

Marcin Kałduński

Ustanowienie jurysdykcji na podstawie klauzuli największego uprzywilejowania : zasada eiusdem generis

Kwartalnik Prawa Publicznego 6/2, 93-127

2006

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Marcin Kałduński *

USTANOWIENIE JURYSDYKCJI NA PODSTAWIE KLAUZULI NAJWIĘKSZEGO UPRZYWILEJOWANIA ZASADA *EIUSDEM GENERIS*

1. Wprowadzenie

Wieloletnia praktyka państw wykształciła pewne wzorcowe uregulowania stosunków międzynarodowych, do których odwoływano się w prawie traktatowym. Jednym z takich wzorców pozostaje klauzula największego uprzywilejowania (KNU), która jest bodaj najstarszym i najbardziej cenionym regulatorem relacji międzynarodowych. Zapewnia ona bowiem traktowanie na stopie niemniej korzystnej niż kraju najbardziej uprzywilejowanego. Mimo, że sama zasada równości w międzynarodowym prawie gospodarczym nie jest przyjęta dzisiaj w charakterze prawa powszechnego, sama KNU prowadzi do takiej równości, pojmowanej przynajmniej jako równość szansy w rozumieniu nadanym przez Johna Rawlsa¹. Możemy więc przyjąć, że KNU jest jednym z najbardziej istotnych oraz najbardziej przydatnych narzędzi, przy pomocy których można osiągnąć równość traktowania w stosunkach międzynarodowych.

KNU powinno się przedstawiać jako postanowienie traktatowe, na mocy którego państwo zobowiązuje się wobec innego państwa przyznać traktowanie najbardziej uprzywilejowane w uzgodnionej sferze stosunków między-

* Dr Marcin Kałduński – Katedra Prawa Międzynarodowego, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

¹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts 1972, s. 60.

dowych. Dalej należy określić traktowanie najbardziej uprzywilejowane, przez które rozumiemy traktowanie udzielone przez państwo przyznające (beneficjariusza) państwu obdarowanemu (beneficjentowi), osobom posiadającym jego obywatelstwo lub przynależność albo rzeczom w określonych stosunkach międzynarodowych z tym państwem, nie mniej korzystne niż to udzielane przez państwo przyznające w przeszłości, bądź też tych, które zostaną udzielone w przyszłości, jakimukolwiek państwu trzeciemu, osobom posiadającym jego obywatelstwo lub przynależność albo rzeczom w tych samych stosunkach międzynarodowych z tym państwem trzecim². Tak więc treścią interesującą nas klauzuli będzie przyznanie traktowania o określonym pułapie (*tertium comparationis*) dla określonych podmiotów w określonej sferze stosunków.

KNU powszechnie występuje w traktatach gospodarczych. Jako cenne narzędzie współpracy międzynarodowej występowała już na szeroko skalę w czasach nowożytnych, gdzie regulowała przede wszystkim współpracę gospodarczą. Traktaty o przyjaźni, handlu i nawigacji (*FCN treaties*) szeroko wówczas wykorzystywały klauzulę jako czynnik regulacji stosunków między państwowymi zapewniając równe traktowanie na poziomie międzynarodowym. Obecnie *FCN treaties* zostały zastąpione przez ich nowoczesny odpowiednik, traktaty inwestycyjne. Te istotne dla międzynarodowych stosunków gospodarczych traktaty również szeroko wykorzystują KNU w celu zapewnienia równości traktowania inwestycji i inwestorów z innych państw. Dzięki temu KNU wraz z klauzulą traktowania narodowego zapewnia pełną niedyskryminację traktowania, zarówno w ujęciu międzynarodowym, jak i krajowym.

Porozumienia inwestycyjne zdobyły dużą popularność w ciągu ostatnich dekad. Mają one dominujące znaczenie w zakresie ustalania warunków i realizowania planów inwestycyjnych. Aby umożliwić i zachęcić podmioty gospodarcze do inwestycji, porozumienia takie czerpią ze standardów wypracowanych przez prawo międzynarodowe, przede wszystkim standardu największego uprzywilejowania, standardu narodowego oraz standardu sprawiedliwego i słusznego traktowania (ang. *fair and equitable treatment*). KNU stanowi zatem zasadniczy element międzynarodowych umów inwestycyjnych.

² W doktrynie istnieje wiele definicji klauzuli. Dla przykładu polski znawca przedmiotu, prof. J. Gilas, rozumie pod terminem KNU postanowienie traktatowe, na podstawie którego sygnatariusze zobowiązują do udzielenia sobie, osobom posiadającym ich obywatelstwo lub przynależność czy też towarom takich korzyści, przywilejów lub ułatwień, z jakich korzystają lub korzystać będą państwa najbardziej uprzywilejowane, ich osoby lub towary. *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, hasło: „klauzula największego uprzywilejowania”, (red. przew. A. Klafkowski), Warszawa 1976, s. 122.

Oznacza ona, że państwo przyjmujące musi traktować inwestorów oraz ich inwestycje z kraju wyposażonego w klauzulę nie gorzej niż inwestorów oraz ich inwestycje z jakichkolwiek innych państw. W grę wchodzi zarówno czas samego inwestowania, jak i faza poinwestycyjna. Implikuje to zatem konieczność przyznania jednostronnie beneficjentowi KNU wszystkich tych korzyści, które przyznało się lub przyzna się w przyszłości innym państwom. Dzięki temu KNU doprowadza do liberalizacji zasad inwestowania oraz zmniejsza międzypaństwowe zaburzenia gospodarcze. W tym też sensie klauzula jest instrumentem *par excellence* multilateracyjnym. Traktowanie najbardziej uprzywilejowane jest zazwyczaj przyznawane w bilateralnych umowach inwestycyjnych (BITs), niemniej od końca II wojny światowej podejmowane były próby umieszczenia KNU w traktatach multilateralnych. Dziś KNU jest jednym z filarów systemu handlu światowego WTO. Operuje nią przede wszystkim GATT (art. I), GATS (art. II) oraz TRIPS (art. IV).

Standard największego uprzywilejowania zawarty w wielu umowach inwestycyjnych stanowi pewny i stały element modelowych umów inwestycyjnych³. Bywa niekiedy również umieszczany wspólnie w jednym przepisie ze standardem traktowania narodowego⁴. Stosowanie jednak KNU w traktatach inwestycyjnych stwarza wiele problemów dotyczących zakresu przedmiotowego klauzuli. Przyjmuje się zatem, że traktowanie najbardziej uprzywilejowane jest powiązane bardzo blisko z samym traktatem inwestycyjnym i nie może mieć związku z prawami, które dotyczą innych kwestii niż sprawy inwestycyjne (*idem genus*)⁵.

Wprowadzenie KNU do traktatów inwestycyjnych w znacznym stopniu ułatwia inwestycje, gdyż inwestorzy nabierają większego zaufania do państwa przyjmującego, wzrasta pewność prawa oraz zmniejsza się ryzyko nagłych zmian, które doprowadzą do sytuacji niekorzystnych dla inwestycji z alternatywą ich całkowitej nierentowności i likwidacji. A zatem nawet wówczas, gdy państwo, pomimo braku KNU, posiada niedyskryminacyjne taryfy celne i przepisy wewnętrzne, zyskuje więcej, gdy traktatowo wprowadza traktowanie najbardziej uprzywilejowane. Co więcej, KNU powstrzymuje państwo

³ Np. umowa modelowa AALCC, ILM, t. 25, poz. 254; umowa modelowa USA, R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Haga-Boston-Londyn 1995, s. 240; umowa modelowa Wielkiej Brytanii, ibidem, s. 230; umowa modelowa Austrii, ibidem, s. 167.

⁴ M.in. art. 3 ust. 2 umowy holendersko-maltańskiej z 10.9.1984 r., UNTS, t. 1458, s. 82; art. 3 ust. 2 umowy holendersko-jemeńskiej z 18.3.1985 r., UNTS, t. 1462, s. 307; art. 3 ust. 2 umowy polsko-szwajcarskiej z 8.11.1989 r., Dz. U. z 1990 r., Nr 63, poz. 366.

⁵ R. Dolzer, M. Stevens, op.cit., s. 66.

od nierównego traktowania inwestycji z różnych krajów. Tym samym stosowanie KNU w ramach inwestycji zachęca inwestorów do lokowania środków w państwie zapewniającym traktowanie najbardziej uprzywilejowane, gdyż nie tylko równość szans i równość konkurencji jest istotnym czynnikiem zachęcającym do inwestowania, ale także pewność prawa i zaufanie do państwa przyjmującego.

Niekiedy sama zasada niedyskryminacji jest zapewniona w przepisach wewnętrznych państwa przyjmującego, np. w ustawie zasadniczej. Wprowadzenie jednak KNU w umowie międzynarodowej daje większą pewność obcym inwestorom, gdyż jest ona regulowana przez prawa międzynarodowe, a akt krajowy może być w każdym czasie zmieniony⁶. Dzięki temu przedsiębiorcy zagraniczni mają znacznie korzystniejszą gwarancję braku dyskryminacji.

Stosowana KNU w traktatach inwestycyjnych ma w zasadzie postać klauzuli dwustronnej i bezwarunkowej. Przywileje płynące z klauzuli przysługują zazwyczaj inwestorom oraz inwestycjom, a samo traktowanie najbardziej uprzywilejowane opisane jest ogólnie bądź też w sposób bardzo rozbudowany i szeroko uszczegółowiony.

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy jednego z aspektów stosowania KNU w BITs, mianowicie ustanowienia jurysdykcji w oparciu na KNU, czerpiąc na jej podstawie z innych traktatów ustanawiających w tym zakresie odpowiednie fora i procedury rozstrzygania sporów. Kwestia ta ma niekiedy zasadnicze znaczenie, gdyż dzięki KNU inwestor może ominąć niekorzystne (w jego opinii) przepisy o rozstrzyganiu sporów z traktatu inwestycyjnego zawartego z państwem przyjmującym i powołać się na przepisy umów inwestycyjnych państwa przyjmującego z państwami trzecimi w celu ustanowienia innej procedury rozstrzygnięcia sporu. Dzieje się tak szczególnie dlatego, że inwestor często nie ma zaufania do władz państwa przyjmującego, w tym jego sądów krajowych, a przepisy innych umów dają możliwość skorzystania z międzynarodowych środków rozstrzygania sporów nie wdając się w spór z państwem przyjmującym przed jego własnymi sądami. Stąd rola KNU w zakresie rozstrzygania sporów inwestycyjnych wzrosła w ostatnich latach, a jej zastosowanie w tym zakresie wymaga pogłębionej analizy. W tym celu koniecznym będzie wyjaśnienie jednej z podstawowych reguł rządzących KNU, zasady *eiusdem generis*, a następnie omówienie orzecznictwa sądów międzynarodowych i trybunałów arbitrażowych. Po dogłębnym zbadaniu powyższych elementów część ostatnia artykułu zostanie poświęcona na wyciągnięcie ostatecznych wniosków.

⁶ Ibidem, s. 9.

2. Zasada *eiusdem generis*

Istotna reguła prawna dotycząca klauzuli, którą literatura przedmiotu i orzecznictwo trybunałów międzynarodowych nazywa *eiusdem generis*, stanowi o zakresie przedmiotowym klauzuli i określa, które przywileje i udogodnienia wejdą w skład *tertium comparationis*. Oznacza ona, że beneficjent KNU może tylko wtedy żądać przywilejów i korzyści udzielanych innym państwom, gdy przedmiot klauzuli oraz przedmiot przywilejów i korzyści będzie identyczny (*idem genus*). Wydaje się przy tym, że co do zasady nie jest konieczne, by traktaty dotyczyły tego samego przedmiotu. Jeden ze znawców tematu odniósł się do niniejszej reguły w ten sposób, że jeśli chodzi o istotną zawartość klauzuli, jest oczywistym, że prawa wynikające z niej rozciągają się tylko na sprawy, które zostały wyraźnie uzgodnione⁷. Pomimo że zasada ta jest stosunkowo prosta i nie nastęrcza większych trudności, to jednak praktyka międzynarodowa wykazała, że pojmowanie powyższej reguły nie zawsze było jednolite. Stąd istotę zasady oraz jej wartość można najlepiej przedstawić podając zarówno kilka ilustracji teoretycznych, jak i kilka przykładów z praktyki państw.

W wypadku, gdy państwa A i B zawarły traktat dotyczący handlu i transportu morskiego zawierający KNU i gdy dalej państwo A przyznało przywileje państwu C w dziedzinie handlu i transportu lądowego, państwo B nie może powoływać się na KNU zawartą w traktacie między A i B dla żądania korzyści z traktatu między A i C. Podobnie będzie, gdy traktat zawierający KNU odnosił się będzie do spraw inwestycyjnych, a państwo A przyzna przywilej konsularny państwu C. W tym wypadku państwo B również nie będzie mogło żądać rozszerzenia na jego rzecz przywileju.

KNU zajmował się w paru sprawach Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. I tak rozważał on zastosowanie klauzuli w sprawie *Anglo-Iranian Oil Company*⁸, sprawie dotyczącej praw obywateli USA w Maroku⁹ oraz wreszcie w sprawie *Ambatielosa*¹⁰, gdzie stosowanie i interpretacja zasady *eiusdem generis* stanowiło główną oś sporu. Podstawowym zagadnieniem była kwestia, czy wyrażenie „wszystkie sprawy dotyczące handlu i nawiga-

⁷ L.E. Visser, *La clause de la nation la plus favorisée dans le traités de commerce*, Revue de Droit international et legislation comparée 1902, s. 81.

⁸ I.C.J. Reports 1952, s. 92.

⁹ Ibidem, s. 176.

¹⁰ I.C.J. Reports 1953, s. 10.

cji” jest dostatecznie pojemne, by mieścić w sobie sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. W niniejszej sprawie Grecja utrzymywała, że jej obywatel nie był traktowany w angielskich sądach na równi z obywatelami Zjednoczonego Królestwa i cudzoziemcami. KNU (z traktatu brytyjsko-greckiego z 1886 roku) stanowiła grecką podstawę roszczenia oraz żądania przekazania sprawy na drogę rozjemstwa międzynarodowego. MTS stwierdził ostatecznie, że Zjednoczone Królestwo jest zobowiązane oddać sprawę pod arbitraż.

Badająca następnie sprawę Komisja Arbitrażowa potwierdziła istotę zasady *eiusdem generis* oraz szeroką wykładnię zwrotu „we wszystkich sprawach dotyczących handlu i nawigacji” zaakceptowaną przez MTS. W swej decyzji stwierdziła, że „klauzula największego uprzywilejowania może odnosić się tylko do rzeczy należących do tej samej kategorii przedmiotu, co do którego odnosi się sama klauzula”¹¹. Dalej, odnosząc się do *genus* niniejszej sprawy, Komisja Arbitrażowa wypowiedziała się następująco:

W Traktacie z 1886 roku pole zastosowania klauzuli największego uprzywilejowania odnosi się do „wszystkich spraw dotyczących handlu i nawigacji”. Wydawałoby się, że ten zwrot nie ma w sobie ściśle określonego znaczenia. Różnorodność przepisów zawartych w traktatach handlu i nawigacji dowodzi, że w praktyce znaczenie nadane tym zwrotom jest dosyć elastyczne. Na przykład, należy zauważyć, że większość z tych traktatów zawiera przepisy dotyczące sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Tak samo sprawa się ma w szczególności w samym Traktacie z 1886 roku, Artykule XI, paragrafie 3, który gwarantuje dla podmiotów dwóch Umawiających się Stron „wolny dostęp do sądów dla dochodzenia i obrony swych praw”.

Tak samo jest w przypadku innych Traktatów przytoczonych przez Rząd Grecki w związku ze stosowaniem klauzuli największego uprzywilejowania. Jest prawdą, że „sprawowanie wymiaru sprawiedliwości”¹², widziane w odosobnieniu, jest inną rzeczą niż „handel i nawigacja”, ale nie jest tak w przypadku, gdy łączy się to z ochroną praw handlowców. Ochrona praw kupców znajduje naturalnie miejsce wśród spraw objętych traktatami handlu i nawigacji.

A zatem nie można mówić, by sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, tak dalece jak dotyczy to ochrony tych praw, było wyłączone spod zastosowania klauzuli największego uprzywilejowania, gdy ta odnosi się do „wszystkich spraw dotyczących handlu i nawigacji”¹³.

¹¹ UNRIAA, t. XII, s. 107.

¹² Ang. *administration of justice*.

¹³ UNRIAA, t. XII, s. 107.

Potwierdzenie zasady *eiusdem generis* możemy również odnaleźć w orzecznictwie sądów krajowych oraz praktyce państw. Kilka przykładów naświetli stosunek państw, organów sądowych do niniejszej reguły i jej zasięgu przedmiotowego.

W pierwszym przypadku, 22.12.1913 r. francuski Sąd Kasacyjny orzekał w sprawie, w której obywatel niemiecki powoływał się na pewne uprawnienia procesowe przysługujące Szwajcarii na podstawie konwencji francusko-szwajcarskiej z 15.6.1869 r. w związku z KNU zawartą w traktacie frankfurckim. Ten ostatni przyznawał największe uprzywilejowanie w stosunkach handlowych, włączając w to przyjęcie i traktowanie obywateli obydwu narodów. Francuski Sąd stwierdził następująco:

te przepisy odnoszą się wyłącznie do relacji handlowych Francji i Niemiec rozpatrywanych z punktu prawa prawa międzynarodowego i nie odnoszą się one, bezpośrednio lub pośrednio, do praw prawa cywilnego, a szczególnie zasad rządzących jurysdykcją i procedurą stosowaną w jakichkolwiek sporach w stosunkach handlowych pomiędzy obywatelami obydwu krajów. [...] Klauzula największego uprzywilejowania może być powoływana tylko wtedy, gdy przedmiot traktatu ją stypulującego jest taki sam, jak w przypadku traktatu, z którego domaga się zawartych w nim korzyści¹⁴.

Stanowisko sądu francuskiego nie jest trafne. W tej sytuacji należy uznać, że ochrona praw kupców wchodzi w zakres KNU dotyczącej spraw handlowych. Przyjmując odmienne stanowisko, uszczupla się zakres przedmiotowy klauzuli poprzez zbyt wąską, a co za tym idzie, niewłaściwą interpretację traktatu frankfurckiego. Uniemożliwianie dochodzenia i obrony swych praw handlowych przeczy celowi klauzuli mającej za zadanie również nawiązywanie, rozszerzanie i ułatwianie stosunków handlowych pomiędzy narodami.

Z tych samych względów nie należy się zgodzić z orzeczeniem francuskiego sądu w sprawie, w której podmiot brytyjski powoływał się na konwencję francusko-szwajcarską w związku z KNU zawartą w konwencji brytyjsko-francuskiej z 28.2.1882 r.¹⁵ Bank brytyjski został zobowiązany do uisz-

¹⁴ *Braunkohlen Briket Verkaufsverein Gesellschaft c. Goffart, és qualities* – cyt. za: M. Whiteman, *Digest of International Law*, Waszyngton 1970, t. 14, s. 755–756; sprawę omawia także H. Batiffol, *Droit international privé*, Paryż 1967, s. 216; P. Level [w:] *Encyclopédie Dalloz – Droit International*, t. IV, Paryż 1968, s. 338.

¹⁵ *Lloyds Bank c. Ricqlés et de Gaillard*, orzeczenie z 4.11.1930 r., „Journal de Droit International” (JDI) 1931, t. 58, s. 1018–1020; J.-B. Sirey, *Recueil general des lois et des arrêts fondé*, cz. II, Paryż 1931, s. 97; „Yearbook of International Law Commission” (YILC) 1973, t. II, s. 131.

czenia zabezpieczenia za koszty (*cautio iudicatum solvi*) jako podmiot zagraniczny. Powód powołał się na art. I konwencji z 1882 r., zgodnie z którym, każda ze stron zobowiązała się przyznać drugiej natychmiastowo i bezwarunkowo każdą korzyść, immunitet lub przywilej w zakresie handlu i przemysłu, który został lub zostanie nadany przez jedną ze stron jakimkolwiek innemu państwu. Zgodnie z preambułą konwencji jej celem była regulacja morskich stosunków handlowych pomiędzy dwoma krajami oraz statusu ich poddanych. Zdaniem banku wykładnia art. I w świetle wstępu do konwencji zwalnia podmioty brytyjskie od zabezpieczenia kosztów postępowania. Sąd rozważając żądanie powoda stwierdził, że traktat brytyjsko-francuski ma charakter ogólny i nie może na jego podstawie domagać się korzyści wywodzących się ze specjalnej konwencji mającej na celu wyłącznie jedną sprawę, zwolnienie od zabezpieczenia kosztów procesu. Ponieważ bank brytyjski nie mógł powołać się na jakąkolwiek konwencję zawartą między Wielką Brytanią a Francją w zakresie zwolnienia od zabezpieczenia kosztów sądowych, sąd francuski oddalił wnioski o zwolnienie z wniesienia tych kosztów.

W innym wypadku sąd francuski również odmówił zastosowania do obywatela Rosji, Serebriakoffa, zwolnienia od zabezpieczenia kosztów procesu. W sprawie, w której powód dochodził stwierdzenia nieważności oświadczenia woli, otrzymał od sądu decyzję nakazującą powodowi złożenie 100 000 franków na zabezpieczenie kosztów procesu. Serebriakoff odwołał się od decyzji, zarzucając m.in., że jest on zwolniony od złożenia zabezpieczenia na podstawie francusko-rosyjskiego porozumienia z 11.1.1934 r. Sąd w uzasadnieniu słusznie stwierdził:

Alexander Serebriakoff nie jest uprawniony do żądania korzyści z tego Porozumienia; [...] chociaż Porozumienie przewiduje, na zasadzie wzajemności, wolny i nieograniczony dostęp rosyjskich obywateli do francuskich sądów, to przywilej w ten sposób przyznany tym obywatelom jest ograniczony ściśle do kupców i przemysłowców; [...] ten wniosek wynika bez wątpienia zarówno z całego Porozumienia jako całości, jak i z jego poszczególnych przepisów; [...] Porozumienie jest zatytułowane jako „Porozumienie handlowe”; [...] różne artykuły potwierdzają ten tytuł, a jego artykuł 9, na którym Serebriakoff szczególnie się opiera, przy określeniu beneficjentów tego przepisu, rozpoczyna się słowami: „O ile później nie zastrzeżono inaczej, francuscy kupcy i producenci, będący osobami fizycznymi lub prawnymi na podstawie prawa

francuskiego, są traktowani nie gorzej [...] niż obywatele najbardziej uprzywilejowanego narodu¹⁶.

W innej sprawie sąd francuski również odmówił zastosowania KNU zawartej w brytyjsko-francuskiej konwencji z 28.2.1882 r., uzupełnionej wymianą listów interpretacyjnych z 21 i 25.5.1929 r. wobec obywatela brytyjskiego mającego miejsce zamieszkania w Szwajcarii. Na podstawie klauzuli zawartej w tych dokumentach brytyjscy obywatele byli uprawnieni do opiekania swych roszczeń na traktatach asymilujących obcokrajowców do obywateli Francji. Sąd prawidłowo stwierdził, że

obywatel brytyjski zamieszkały w Szwajcarii nie może opierać się na traktacie, który przyznaje dobrodziejstwa klauzuli największego uprzywilejowania tylko obywatelom brytyjskim mających miejsce zamieszkania we Francji i uprawnionym w ten sposób do prowadzenia działalności dochodowej na stałych podstawach¹⁷.

Zasada *eiusdem generis* nie jest regułą absolutną i zdaje się, że w pewnych okolicznościach KNU nie znajdzie zastosowania. Chodzi tu o traktaty polityczne, terytorialne lub traktaty pokoju. Pierre Pescatore mówi o innym kontekście prawnym, wywodząc z tego różny przedmiot klauzuli i traktatu pokoju zawierającego udogodnienia¹⁸. Lord McNair stwierdza, że korzyści i przywileje zawarte w takich umowach międzynarodowych nie mogą być przedmiotem roszczeń na podstawie KNU¹⁹. W jego przekonaniu za takim poglądem przypuszczalnie stoi fakt, że koncesje przyznawane w ramach tych traktatów nie mają charakteru handlowego, podczas gdy klauzula zazwyczaj dotyczy handlu²⁰. Powołuje się przy tym na opinię urzędnika do spraw prawnych z 6.3.1851 r., w której sprzeciwia się przyznaniu Portugalii i podmiotom portugalskim prawa do suszenia na wybrzeżach Nowej Funlandii dorsza złapanego przy jej brzegach. Roszczenie opierało się na traktatach z 1783 r.,

¹⁶ *Serebriakoff c. D'Oldenburg*, orzeczenie z 15.6.1935 r., „Receuil general périodique et critique des décisions, conventions et lois relatives au droit international public et privé: année 1935”, cz. III, s. 85; YILC 1973, t. II, s. 132.

¹⁷ *Christian Dior c. Jackson*, orzeczenie z 17.1.1963 r. JDI 1963, t. 90, s. 1068; YILC 1973, t. II, s. 145-146.

¹⁸ P. Pescatore, *La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales*, „Annuaire de l'Institut de droit international” 1969, t. 53, cz. I, s. 208.

¹⁹ A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford 1961, s. 302.

²⁰ *Ibidem*.

gdzie Wielka Brytania przyznała taki przywilej USA i Francji, w związku z KNU zawartą w traktacie z 1842 r. pomiędzy Wielką Brytanią i Portugalią. Porozumienia z 1783 r. miało charakter ogólny i było zawarte na zakończenie wojny²¹.

Podobnie, w liście do konsula Robinsona w Tamatave z 12.5.1886 r. Sekretarz Stanu USA Bayard stwierdził, że przepisy traktatu między Francją a Madagaskarem z 7.12.1885 r. dotyczące i określające francuski protektorat nie mogą być rozciągnięte na podstawie KNU na inne państwa. Stany Zjednoczone nie mogą się opierać na istniejącym traktacie, by żądać udziału w protektoracie lub rekompensacie. Nie są to bowiem korzyści, ale stosunki wynikające ze stanu wojny oraz dotyczące prawa analogicznych do tych opartych na podboju²².

Podobna sprawa o identycznym rozwiązaniu miała miejsce w przypadku sporu zaistniałego między Włochami a Szwajcarią. Pomiedzy tymi państwami zaistniała sprzeczność co do stosowania wobec podmiotów szwajcarskich specjalnego podatku kapitałowego, który był przedmiotem badań Szwajcarsko-Włoskiej Stałej Komisji Koncyliacyjnej utworzonej na podstawie traktatu o concyliacji i sądowym rozwiązywaniu sporów z 1924 r.²³

Komisja w swej opinii z 9.10.1956 r. odrzuciła szwajcarskie żądanie popierając stanowisko włoskie. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji:

z faktu, że warunki Traktatu Pokoju zostały narzucone na Włochy oraz z faktu, że określenie warunków nie było przedmiotem negocjacji między Stronami Traktatu, wnioskowano, że zwolnienie obywateli Mocarstw Sprzymierzonych opiera się na unilateralnej decyzji tych Mocarstw. Dlatego też strona włoska podnosiła, że pozakontraktowa korzyść przeznaczona dla tych obywateli pozostaje poza zasięgiem klauzuli największego uprzywilejowania. Komisja nie podziela tego poglądu. Pomimo faktu, że państwo może być w tym wypadku przymuszone, tym niemniej wola pokonanego państwa ma skutek zawarcia Traktatu Pokoju, jego każdej z osobna klauzuli. Gdyby tak nie było, to wówczas charakter traktatu musiałby być odmówiony każdemu Traktatowi Pokoju kończącemu zwycięską wojnę. [...] W celu rozszerzenia działania

²¹ W opinii stwierdzono: „Jestem zdania, że stypulacja art. 4 traktatu z 1842 r. nie może słusznie być uważana jako właściwa dla wyrażenia zgody, o którą (portugalski Charge d’Affaires – objaśn. M. K.) wnoszą w imieniu portugalskich poddanych. Uważam, że te przywileje były przyznane Francji i Stanom Zjednoczonym Ameryki jako część terytorialnego i politycznego porozumienia wymuszonego na Wielkiej Brytanii przy zakończeniu wojny, która była prowadzona pomyślnie przeciwko niej przez te kraje”.

²² J.B. Moore, *A Digest of International Law of the United States*, t. V, Waszyngton 1906, s. 313.

²³ LNTS, t. 33, s. 91.

klauzuli największego uprzywilejowania na przepis Artykułu 78, paragraf 3 Paryskiego Traktatu Pokoju z 10.2.1947 r., oparto się na absolutnej formie Artykułu 5: „Zarówno w czasie pokoju, jak i w czasie wojny, nie mogą być, w jakichkolwiek okolicznościach [...]”. Uznaje się, że pierwsza formuła („zarówno w czasie pokoju, jak i w czasie wojny”) ma czysto temporalne znaczenie. Z kolei poprzez drugą („w jakichkolwiek okolicznościach”) nie można przypisać klauzuli przesadnej funkcji oraz tej, która byłaby w sprzeczności z powszechnie znaną rolą klauzuli w życiu międzynarodowym, to jest rolą zapewnienia równości traktowania obywatelom różnych państw w normalnych stosunkach prawnych. W niniejszej sprawie, roszczenie oparte na klauzuli największego uprzywilejowania miałyby skutek rozszerzenia wyjątkowej nierówności zastrzeżonej w Artykule 78 Traktatu z 10.12.1947 r. [...] Stosunki będące źródłem Traktatu z 10.2.1947 r. pomiędzy Włochami a Mocarstwami Sprzymierzonymi były relacjami wojennymi i powojennymi, zwycięzcy i pokonane, które same mogą służyć usprawiedliwieniu zwolnienia ze specjalnego podatku kapitałowego zawartego w Artykule 78, paragraf 6 Traktatu Pokoju. Brak podobnych więzi między Włochami a Szwajcarią wyłącza działanie klauzuli największego uprzywilejowania na korzyść tego ostatniego państwa²⁴.

Przedstawione powyżej sprawy jednoznacznie wskazują na trudności we właściwym zrozumieniu zasady *eiusdem generis* oraz wykazują, że możemy znaleźć wyjątki powodujące powstanie sytuacji sprzecznej z celem KNU. Należy zatem podkreślić, że związek pomiędzy traktatem zawierającym KNU a traktatem zawierającym korzyści i przywileje trzeba rozpatrywać pod kątem tego, co jest przedmiotem i celem pierwszego traktatu oraz zawartej w nim klauzuli, oraz tego, co jest przedmiotem i celem drugiego traktatu oraz zawartej w nim korzyści i przywileju uzyskiwanej na podstawie KNU. Gdy nastąpi identyczność obydwu dokumentów rozpatrywanych pod tym względem, to mamy wówczas zawsze do czynienia z faktem inkorporowania ułatwień do traktatu zawierającego KNU. Natomiast, gdy przedmiot traktatów nie pokrywa się, wówczas należy zbadać ich przedmiot oraz cel, by stwierdzić czy intencje stron oraz kontekst prawny uprawnia nas do niezastosowania KNU. Nasze rozumowanie wspiera przede wszystkim wykładnia intencjonalna oraz teleologiczna i dzięki oparciu się na tych metodach interpretacji uzyskujemy najbardziej odpowiedni wyniki w porównywaniu zakresu przedmiotowego

²⁴ Sprawa traktatu pokojowego, Włochy, Ministerstwo Spraw Zagranicznych, *Atti Relativi alla Vertenza per l'Applicazione ai Cittadini Svizzeri dell'Imposta Straordinaria Italiana sul Patrimonio*, Rzym 1960, cyt. za: ILR 1963, s. 313 i n. Warto dodać, że Komisja odrzucając żądanie szwajcarskie na podstawie KNU w dużej części uznała racje Szwajcarii na podstawie klauzuli traktowania narodowego zawartej w art. V traktatu z 1868 r.

interesujących nas traktatów. Dlatego też traktaty dotyczące handlu i nawigacji, podobne do tego będącego przedmiotem rozważań w sprawie *Ambatiosa*, należy rozumieć w sposób nie utrudniający wykonywanie, dochodzenie i ochronę praw handlowych i nawigacyjnych. Ważne znaczenie dla tego zadania będą miały wstępy do umów międzynarodowych, wyrażające intencje stron traktatu. Podobnie, nie można sądzić, by traktat zawierający pewne ułatwienia procesowe i jurysdykcyjne stanowiący *lex specialis* wobec traktatu handlowego (*lex generalis*) wyłączał możliwość zastosowania KNU zawartej w tym ostatnim dokumencie. Jeżeli traktat dotyczy szeroko rozumianego handlu, a za taki należy go domniemywać na podstawie zasadniczego celu klauzuli niedyskryminowania w handlu międzynarodowym, to wówczas dochodzenie i ochrona praw kupców zasługuje na możliwość skorzystania z korzyści traktatu *lex specialis*. Inaczej byłoby w przypadku, gdy dochodzone roszczenie niezwiązane byłoby z działalnością handlową, gdzie należałoby odmówić skorzystania z przywileju. W tym też sensie warto pamiętać, by z drugiej strony nie wychodzić poza przedmiot klauzuli, szczególnie wówczas, gdy jest dokładnie określony oraz zawiera wiele przesłanek warunkujących inkorporowanie przywilejów i korzyści z innych traktatów, tak jak w przedstawionej powyżej sprawie *Diora*, gdzie nie wystąpiło po stronie pozwanej jeden z warunków uzależniających przyznanie dobrodziejstw KNU. Takie i inne podobne przesłanki muszą zaistnieć, by doprowadzić do inkorporowania przepisów z traktatów z państwami trzecimi.

Ostatecznie konkludując powyższe rozważanie możemy się oprzeć na opinii Pierra Pescatore, który w swym raporcie dla Instytutu Prawa Międzynarodowego stwierdził, że stosowanie zasady *eiusdem generis* zależy od spełnienia trzech przesłanek:

- 1) przedmiot klauzuli musi być identyczny albo przynajmniej podobny,
- 2) natura standardu nawiązującego do *tertium comparationis* przewidziana w klauzuli oraz natura korzyści musi być taka sama,
- 3) kontekst prawny klauzuli i podstawa, w ramach której żąda się korzyści, musi być taka sama²⁵.

Z opinią Pierra Pescatore nie zgodził się Endre Ustor, sprawozdawca KPM w przedmiocie projektu konwencji o KNU. Wywodził on, że kontekst prawny jako jedna z przesłanek zastosowania reguły *eiusdem generis* nie może stanowić istotnego elementu z powodu braku punktu oparcia w teorii i praktyce, a dwa odosobnione wypadki nie mogą powodować niewłaściwej gene-

²⁵ P. Pescatore, op.cit., s. 209.

ralizacji odmiennej zasady²⁶. Wspiera się tutaj opinią krytyczną francuskiego znawcy problematyki klauzuli, który zauważa, że rozumowanie Komisji Koncyliacyjnej oraz sprawozdawcy IPM skutkuje transformacją bezwarunkowej klauzuli w warunkową, gdyż KNU będzie tylko wówczas miała zastosowanie, gdy klauzula będzie określonego rodzaju, a stosunki pomiędzy państwem przyznającym i państwem trzecim identyczne lub równoważne, co może być bardzo trudne do określenia²⁷. Stanowisko sprawozdawcy nie jest do końca jasne, gdyż ostatecznie stwierdza, że w sprawie rozważanej przez Komisję rozwiązanie prawne wydaje się leżeć w odwołaniu się do zwyczaju eliminującego konwencje o politycznym charakterze spod pola zastosowania klauzuli²⁸. Sprawozdawca KPM ostatecznie konkluduje, że sprawa szwajcarsko-włoska, gdyby nie była odosobnionym wypadkiem, mogłaby zezwalać na wnioskowanie, że KNU zazwyczaj nie dotyczy korzyści przyznanych w traktatach pokoju. Przyjęcie jednak generalnej tezy na podstawie jednego przypadku wychodzi jego zdaniem poza dopuszczalne granice²⁹. Rzeczywiście wyprowadzenie zwyczajowego wyjątku od stosowania KNU na podstawie trzech wyżej wspomnianych wypadków nie będzie łatwym zadaniem. Tym niemniej należy jednak opowiedzieć się za stanowiskiem wyjęcia przywilejów przyznanych w traktatach pokoju państwom zwycięskim spod zasięgu KNU. Przemawiają za tym dwa elementy: kontekst prawny oraz intencje stron. Nadzwyczajnie udzielone korzyści zawarte są w umowach o zupełnie innym kontekście prawnym, stąd też traktat wyposażony w KNU i traktat pokojowy stanowią dwie całkowicie inne podstawy, które nie mogą być traktowane na tym samym poziomie. Dlatego też klauzula nie może mieć do nich zastosowania. Również istotne pozostają intencje stron. Państwa zawierające traktat pokoju zamierzają ułożyć ponownie wzajemne relacje, a strona przegrywająca jest często zobowiązana udzielić jednostronnych korzyści. W tej sytuacji państwa trzeci zrównane by były z państwem zwycięskim, co stanowi rozszerzenie wyjątkowej nierówności wynikłej z wyjątkowej sytuacji. Powołanie się na KNU w takim przypadku może uruchomić również zasadę nadużycia prawa. Można więc na podstawie powyższych argumentów mówić o zwyczajowym wyjątku w zakresie stosowania KNU.

²⁶ YILC 1973, t. II, s. 107.

²⁷ E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble 1972, s. 73–74.

²⁸ YILC 1973, t. II, s. 107.

²⁹ *Ibidem*.

3. Stosowanie zasady *eiusdem generis* w sporach inwestycyjnych

Sprawa stosowania zasady *eiusdem generis* wyszła w ostatnich latach na bardzo ostre światło dzienne w związku z rozwiązywaniem międzynarodowych sporów inwestycyjnych. Wiele bowiem dwustronnych umów inwestycyjnych (BITs) operuje klauzulą największego uprzywilejowania. Trybunały arbitrażowe, głównie działające w ramach Międzynarodowego Ośrodka Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (ICSID), musiały podjąć się wyzwania odpowiedzi na pytanie, czy KNU zawarta w BITs obejmuje również przepisy o rozwiązywaniu sporów. Od decyzji w tej sprawie często bowiem zależała jurysdykcja trybunałów. Sprawa ta jest istotnej wagi dla inwestorów i państw – siedzib inwestycji, gdyż dzięki temu jest możliwa inkorporacja innych zupełnie przepisów o rozstrzygnięciu sporów, w tym postanowień co do for rozstrzygania sporów. Arbitrzy mając na uwagę decyzje z poprzednich lat, w szczególności MTS, doprowadzili do sprecyzowania zasady, wyłożenia jej w kontekście sporów międzynarodowych, a tym samym rozwinięcia prawa międzynarodowego w zakresie KNU i rozstrzygnięcia sporów. Poszerzeniu uległa również m.in. gałąź dotycząca zaczepienia jurysdykcji arbitrażowej na podstawie traktatów inwestycyjnych.

3.1. Faza I. Sprawa *Maffezini*

W pierwszej sprawie powód utrzymywał, że jurysdykcja Trybunału jest m.in. oparta na art. 10 ust. 2 umowy inwestycyjnej między Hiszpanią a Chile w związku z KNU zawartą w art. IV ust. 2 argentyńsko-hiszpańskiej umowy inwestycyjnej. Ten ostatni traktat stanowił następująco:

we wszystkich sprawach podlegających temu Porozumieniu, traktowanie to nie będzie mniej korzystne od tego przyznawanego przez każdą ze Stron inwestycjom na ich terytorium przez inwestorów państwa trzeciego³⁰.

Zgodnie z niniejszą umową spory inwestycyjne miały być rozpatrywane przez sądy krajowe w ciągu 18 miesięcy, zanim mogły być przekazane

³⁰ *Maffezini (Emilio Augustín) v. Hiszpania*, ICSID Case No. ARB/97/7, postanowienie w sprawie zarzutów co do jurysdykcji z 25.1.2000 r., par. 38.

arbitrażowi międzynarodowemu³¹, podczas gdy umowa z Chile przewidywała jedynie, że inwestor może skierować sprawę do arbitrażu po 6 miesiącach przeznaczonych na negocjacje. W ocenie powoda miał on zatem możliwość skorzystania z powyższego postanowienia traktatu z Chile i tym samym nie musiał przekazywać wpraw sprawę do sądów hiszpańskich.

Przeciwnego zdania była Hiszpania. W jej opinii traktaty zwarte przez ten kraj z państwami trzecimi stanowią *res inter alios acta* i w związku z tym nie mogą być powoływane przez powoda. Co więcej, zgodnie z zasadą *eiusdem generis* KNU może mieć tylko zastosowanie do tego samego przedmiotu i nie może być rozciągnięta na sprawy inne niż te przewidziane w klauzuli. Stanowisko hiszpańskie opierało się przy tym na założeniu, że odniesienie się w KNU zawartej w umowie argentyńsko-hiszpańskiej do „spraw” może być rozumiane jedynie w taki sposób, że odnosi się ona do spraw materialnych lub istotnych aspektów (ang. *substantive matters or material aspects*) traktowania przyznanego inwestorom, a nie spraw proceduralnych lub jurysdykcyjnych. Dodatkowo, zdaniem Hiszpanii, ponieważ celem KNU jest uniknięcie dyskryminacji, to taka dyskryminacja może mieć miejsce w stosunku do materialnego traktowania gospodarczego, a nie traktowania proceduralnego. Tylko w wypadku, w którym odwołanie się do sądów krajowych stanowiłoby obiektywną dyskryminację inwestora, to wówczas tylko można by było zasadnie powoływać się na KNU. W związku z tym należało wykazać, że jurysdykcja sądów krajowych jest mniej korzystna niż arbitraż międzynarodowy³².

Trybunał w poszukiwaniu prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy odwołał się w swym postanowieniu do orzecznictwa MTS. Podkreślił kwestię właściwego ustalenia traktatu podstawowego oraz znaczenie zasady *eiusdem generis*, szczególnie w kontekście wypowiedzi Komisji Arbitrażowej w sprawie *Ambatielosa*. Dlatego też przyznał rację inwestorowi i uznał, że przepisy o rozstrzyganiu sporów wchodzą w zakres KNU i mogą być inkorporowane do argentyńsko-hiszpańsko stosunków inwestycyjnych. Według Trybunału, „jeżeli traktat zawiera przepisy o rozstrzyganiu sporów, które są bardziej korzyst-

³¹ W opinii autora powyższa konkluzja Trybunału nie jest trafna i nie pokrywa się z prawidłową wykładnią przepisu art. 10 umowy. Trybunał zastosował zbyt szeroką wykładnię, nie odpowiadającą wykładni literalnej normy prawnej. Nie miało to jednak większego znaczenia ze względu na zastosowanie odpowiednich przepisów umowy chilijsko-hiszpańskiej na podstawie KNU. Szerzej: *ibidem*, par. 19–37.

³² Stanowisko to jest w pewnej części słuszne, jednak ocena taka będzie zależeć od każdego przypadkowego. Odwrotnie, Trybunał w sprawie *Gas Natural*, o której mowa poniżej, stwierdził, że odwołanie się do arbitrażu międzynarodowego zawsze będzie stanowiło przywilej w porównaniu ze środkami krajowymi.

ne dla ochrony praw i interesów inwestora niż te w traktacie podstawowym to takie przepisy mogą być rozciągnięte na beneficjenta klauzuli największego uprzywilejowania, gdyż są w pełni zgodne z zasadą *eiusdem generis*".

Trybunał szeroko i wyczerpująco uzasadnił swoją pozycję, którą starał się potwierdzić zasadność swojego stanowiska. Trybunał zanalizował następujące czynniki, po których doszedł do powyższej konkluzji:

- 1) praktyka państw – Trybunał zbadał praktykę państw, z której wyciągnął wniosek, że albo państwa wyraźnie stwierdzały, że rozstrzygnięcie sporów wchodzi w zakres KNU albo pozostawiały tę kwestię wyraźnie nierozstrzygniętą. W takim wypadku należało zbadać, czy taka ujęcie było zamierzone, czy też brak szczegółowej normy można sensownie wyprowadzić z późniejszej praktyki inwestycyjnej³³;
- 2) cele BITs i umów o rozstrzygnięciu sporów – traktaty takie są nierozdzielnie powiązane z ochroną obcych inwestorów, podobnie jak traktaty o handlu i nawigacji chroniły prawa kupców. Takie umowy mają na celu lepszą ochronę praw osób za granicą i zapewnienie im odpowiedniej gwarancji³⁴;
- 3) historia BITs i arbitrażu – arbitraż międzynarodowy, jak i inne środki pokojowego rozstrzygnięcia sporów, zastąpił przestarzałe metody powstałe w przeszłości. Stanowi on istotny element rozwoju prawa międzynarodowego, który zapewnia ochronę praw. Według podmiotów, których prawa podlegały ochronie, lepszą formą ochrony było odwołanie się do arbitrażu międzynarodowego, podczas gdy zdaniem państw udzielających praw lepszym rozwiązaniem pozostawało rozstrzygnięcie sporów przez sądy krajowe³⁵;
- 4) *travaux préparatoires* argentyńsko-hiszpańskiego BIT – historia negocjacji tej umowy stanowi typowy przykład konfliktu pomiędzy państwem-siedzibą inwestycji oraz państwem-inwestorem. W tym wypadku chodziło tu odpowiednio o Argentynę i Hiszpanię, jednak w tej kon-

³³ Brak wyraźnego przepisu określającego zakres KNU oznaczają zdaniem Trybunału takie m.in. określenia jak „wszystkie prawa zawarte w niniejszym Porozumieniu”, czy „wszystkie sprawy podlegające temu Porozumieniu”, a zatem stwierdzenia podobne do tego ze sprawy *Ambatielosa*. W gruncie rzeczy należałoby się zastanawiać, czy te przepisy wyraźnie już nie określają zakresu KNU. Zdaniem jednak Trybunału takim przepisem jest postanowienie art. 3 ust. 3 BIT Wielkiej Brytanii z Albanią, zgodnie z którym „dla uniknięcia wątpliwości, potwierdza się, że traktowanie przewidziane w ust. 1 i 2 stosuje się do przepisów Artykułów od 1 do 11 tego Porozumienia”. Ibidem, par. 52–53. Ta konkluzja Trybunału nie wydaje się w pełni przekonywująca.

³⁴ Ibidem, par. 54.

³⁵ Ibidem, par. 55–56.

kretniej sprawie sytuacja wyglądała odwrotnie. W czasie negocjacji Argentyna dążyła do wprowadzenia pewnej formy zasady wyczerpania środków krajowych, gdy Hiszpania celowała w przykazywanie spraw pod arbitraż, co było zresztą udokumentowane BITs z innymi państwami. Tym samym przepis zawarty w argentyńsko-hiszpańskim BIT stanowi oczywisty kompromis pomiędzy przeciwnymi stanowiskami. Argentyna w późniejszym okresie porzuciła swoją politykę i zgodziła się na stypulacje przewidujące bezpośrednio arbitraż międzynarodowy po okresie negocjacji³⁶;

- 5) praktyka Hiszpanii – Trybunał przyjrzał się dokładnie praktyce Hiszpanii w zakresie umów inwestycyjnych. Po ich zbadaniu doszedł do konkluzji, że preferowaną praktyką jest zgoda na arbitraż po sześciomiesięcznym okresie negocjacyjnym³⁷. Tylko w kilku przypadkach przewidziano arbitraż między państwami, a nie państwem i inwestorem³⁸. W jedynym tylko przypadku, z Urugwajem, zastosowano takie same rozwiązanie jak z Argentyną, prawdopodobnie ze względu na tożsamość polityki inwestycyjnych tych krajów amerykańskich. Tylko w jednym wypadku, z Argentyną, zastosowaną formułę „wszystkie sprawy podlegające temu Porozumieniu”. W pozostałych ominięto to określenie i stwierdzono, że KNU odnosi się do „tego traktowania (sprawiedliwego i słusznego)”, co jest oczywiście węższą formułą³⁹.

Na podstawie tych elementów Trybunał doszedł do wniosku, że Emilio Maffezini ma prawo oprzeć się na KNU i skorzystać z rozwiązań traktatu Hiszpanii z Chile. W postanowieniu zabrakło jednak pewnych wywodów nadających ostrości i przejrzystości słusznej skądinąd decyzji Trybunału. Przede wszystkim – po wykazaniu powyższych czynników – należało dowieść, że odwołanie się do arbitrażu międzynarodowego jest korzyścią, przywilejem, czy też zwolnieniem od obowiązkowego działania (tu: oddania sprawy do sądów krajowych) i tym samym lepiej traktuje inwestorów jednej ze stron. Hiszpania słusznie zwracała uwagę Trybunału na fakt, czy przekazanie bezpośrednio sprawy do arbitrażu jest w rzeczywistości korzyścią, *ergo*, czy przyznaje

³⁶ Ibidem, par. 57.

³⁷ Trybunał powołał się tu przykładowo na 21 BITs zawartych z Algierią, Chile, Czechosłowacją, Dominikaną, Egiptem, Filipinami, Hondurasem, Indonezjami, Kazachstanem, Kolumbią, Koreą Południową, Kubą, Litwą, Malezją, Nikaragwą, Pakistanem, Peru, Polską, Tunezją, Salwadorem i Węgrami.

³⁸ W BITs z Boliwią, Marokiem i ZSRR.

³⁹ Ibidem, par. 58–60.

lepsze traktowanie dla inwestora. Istotnie, wydaje się, że takie rozumowanie sprzyja inwestorowi, który ma większe zaufanie do środków międzynarodowych niż krajowych, co odzwierciedla praktyka handlowa i inwestycyjna. Dlatego ocena Trybunału, obiektywna, powinna brać pod uwagę szczególnie stanowisko inwestora i jego pozycję w sprawie i państwie-siedziby inwestycji, a więc jego ocenę subiektywną. Nie można jednak z góry założyć, że takie rozwiązania zawsze jest korzystniejsze, szczególnie w sytuacji, gdy po wyczerpaniu środków krajowych zawsze istnieje możliwość odwołania się do arbitrażu. Możliwe jest bowiem uzyskanie korzystnego rozstrzygnięcia już przed sądem krajowym, co może powodować, że kwestia odwołania się do arbitrażu nie będzie postrzegana w kategorii przywileju. Z kolei dopuszczenie drogi krajowej doprowadzi do długości i przewlekłości postępowania, a tym samym bezpośrednio odwołanie się do arbitrażu może stanowić przywilej dla inwestora. Te kwestie trzeba będzie rozważać w każdorazowym wypadku, ale co do zasady możemy stwierdzić, że przejście na drogę międzynarodową będzie korzystniejsze dla inwestora. Dlatego też Trybunał powinien w pełni odnieść się do tej sprawy i stwierdzić wyraźnie, że bezpośrednie odwołanie się do arbitrażu z pominięciem drogi krajowej stanowi korzyść, która może być objęta KNU. Trybunał słusznie odwołał się do zasad leżących u podstaw arbitrażu inwestycyjnego oraz historii BITs i praktyki państw. Zawarł pomiędzy wierszami to, co należało wyartykułować na pierwszym miejscu. Zasadnie dlatego postąpił Trybunał Arbitrażowy w sprawie *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka*⁴⁰, gdzie wyraźnie stwierdził, że nie zostało udowodnione, że traktat między Sri Lanką a Szwajcarią zawierał korzystniejsze przepisy niż te w traktacie podstawowym między Sri Lanką a Zjednoczonym Królestwem. Stąd KNU nie mogła znaleźć zastosowania.

Bardzo ważnym elementem orzeczenia Trybunału jest to, że nie dokonał on co do zasady rozróżnienia na przepisy proceduralne i materialne w aspekcie KNU⁴¹. Dzięki temu mógł zostać zachowany szeroki zakres przedmiotowy klauzuli, która ma uniwersalne zastosowanie, tj. dotyczy zarówno material-

⁴⁰ *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, orzeczenie arbitrażowe z 27.6.1990 r., ICSID Reports, t. IV, s. 246.

⁴¹ *Maffezini*, op.cit., par. 54. Podkreśla to również literatura przedmiotu. R. Dolzer, T. Myers, *After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements*, ICSID Review – FILJ 2004, nr 2, s. 52. Zagadnienie ustanowienia jurysdykcji na podstawie KNU w sprawach inwestycyjnych poruszają również: D.H. Freyer, D. Herlihy, *Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How „Favored” is „Most-Favored”?*, ICSID Review – FILJ 2005, t. 20, nr 1, s. 58–83.

nych, jak i proceduralnych aspektów umowy. Dystansując się na razie od odpowiedzi na pytanie, czy brak takiego podziału jest zasadny, można pomimo to wskazać, że Trybunał dokonał jednak tego podziału i wyróżnił wyjątki „proceduralne”, o których będzie mowa poniżej. Należy w tym miejscu już jednak odnotować, że przeciwnie, rozróżnienie takie wprowadził London Court of International Arbitration i zdaje się, że wyróżnił na tle KNU sprawy proceduralne i merytoryczne⁴². Sprawa stosowania KNU w kontekście jej przedmiotu była częściowo przedmiotem badań LCIA. W sprawie tej strony toczyły spór o zakres klauzuli i spierały się o znaczenie zwrotu „w podobnych sytuacjach”⁴³. Trybunał nie odniósł się tu szerzej do KNU, gdyż oparł swoje wywodu na KN i jej zasięgu. Niemniej stwierdził za właściwe wyjaśnić, że sprawa *Maffezini* nie ma zastosowania do tej sprawy ze względu na to, że KNU w tej ostatniej dotyczyła spraw proceduralnych, podczas gdy ta przed londyńskim trybunałem dotyczy praw materialnych⁴⁴. To stwierdzenie daje podstawę Rudolfowi Dolzerowi i Terremu Myersowi do stwierdzenia, że orzeczenie LCIA pozostaje w ostrym kontraście ze sprawą *Maffezini*⁴⁵. Nie wiadomo jednak, jakie jest całkowite i ostateczne stanowisko LCIA. Trybunał nie wypowiedział się tu *ex officio*, jakie jest jego stanowisko w zakresie KNU. Tym samym jego stanowisko w przedmiocie pozostaje do końca niewyjaśnione.

W sprawie *Maffezini* Trybunał wypowiedział się jeszcze ogólnie odnośnie zasady *eiusdem generis* w zakresie rozstrzygania sporów (spraw proceduralnych). Traktat z państwem trzecim musi się odnosić do tego samego przedmiotu tak jak traktat podstawowy, np. dotyczyć ochrony inwestycji zagranicznych czy promocji handlu, gdyż przepisy o rozwiązywaniu sporów będą stosowane w kontekście zakresu przedmiotowego traktatów. W innym wypadku mielibyśmy do czynienia z naruszeniem powyższej zasady. Niemniej nawet tak stosowana KNU posiada zdaniem Trybunału pewne ograniczenia w swoim stosowaniu wynikające z rozważań polityki publicznej (ang. *public policy considerations*)⁴⁶. Muszą one zapewnić, że zawarte w traktacie rzeczywiste intencje stron mają pierwszeństwo przed działaniem klauzuli. Trybunał nie podał konkretnej i uteoretyzowanej zasady, zgodnie z którą można by rozgraniczyć przepisy podlegające KNU i pozostające poza jej zakresem stoso-

⁴² *Occidental Exploration and Production Company (OPEC) v. Ekwador* (London Court of International Arbitration, Case No. UN 3467), orzeczenie arbitrażowe z 1.7.2004 r.

⁴³ Ang. *in like situations*.

⁴⁴ *OPEC v. Ekwador*, op.cit., par. 178.

⁴⁵ R. Dolzer, T. Myers, op.cit., s. 60.

⁴⁶ *Maffezini (Emilio) v. Królestwo Hiszpanii*, op.cit., par. 56.

wania. Tym niemniej stwierdził, że z takimi przypadkami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której powyższe rozważania stanowią fundamentalne warunki na zgodę państw na związanie się porozumieniem. W takich przypadkach beneficjent (inwestor) nie będzie mógł się powołać na KNU w celu pominięcia istotnych postanowień traktatowych. Dla Trybunału taka sytuacja może mieć miejsce co najmniej w czterech przypadkach:

- 1) w wypadku, gdy jedna z umawiających się stron uzależni swoją zgodę na arbitraż od wyczerpania środków krajowych (na co zezwala konwencja ICSID), to taki wymóg nie może być ominięty przez powołanie się na przepis traktatu z państwem trzecim (w którym pominięto środki krajowe) w związku z KNU. Dla Trybunału zasad wyczerpania środków krajowych stanowi podstawową normę prawa międzynarodowego;
- 2) gdy strony uzgodnią w zakresie rozstrzygnięcia sporów wybór w zakresie metody rozstrzygnięcia sporu, czy to przez sądy krajowy, czy przez arbitraż międzynarodowy (tzw. klauzula rozwidlenia w drodze, ang. *the fork in the road clause*, FRC). Po podjęciu decyzji co do wyboru środka rozstrzygnięcia sporu, pozostaje on ostateczny i nieodwracalny. Taka stypulacja traktatowa nie może być zmieniona przez powołanie się na KNU. Wzruszyłoby to bowiem ostateczność uzgodnień traktatowych, które wiele państw uważa za istotne jako sprawy polityki publicznej;
- 3) gdy w porozumieniu przewidziano konkretne forum arbitrażowe, jak np. ICSID, to taki wybór nie może być zmieniony poprzez odwołanie się do KNU w celu skierowania sprawy na inną drogę arbitrażową;
- 4) gdy strony uzgodnią wysoce zinstytucjonalizowany system arbitrażu, który zawiera dokładne reguły procedowania, m.in. NAFTA. W takim wypadku jest jasnym dla Trybunału, że żadne z tych postanowień nie może być zmienione przez działanie KNU, ponieważ te bardzo specyficzne postanowienia odzwierciedlają dokładną wolę umawiających się stron⁴⁷.

Inne przypadki ograniczenia działania KNU będą zdaniem Trybunału bez wątplenia rozwinięte przez praktykę (orzecznictwo i stanowisko stron), która jednak z dystansem odniosła się do orzeczenia. Stanowisko Trybunału zostało tutaj jednak podparte na solidnym założeniu, zgodnie z którym należy rozróżnić – z jednej strony – sytuację legalnego rozszerzania praw i korzyści (ang. *legitimate extension of rights and benefits*) za pomocą KNU, a z dru-

⁴⁷ Ibidem, par. 63.

giej destrukcyjne zakupy traktowe (ang. *disruptive treaty-shopping*), które wprowadzałyby zamęt w cele polityczne leżących u podstaw określonych przepisów⁴⁸. W tym miejscu trzeba dodać, że wyznacznikiem pomiędzy jedną a drugą kategorią powinny być intencje stron umowy, których ustalenie będzie rzutować na zasięg KNU.

Powyższe stanowisko można zatem teoretycznie ująć następująco. Co do zasady, KNU rozciąga się na przepisy o rozstrzyganiu sporów. Od tej reguły istnieją wyjątki, które wynikają z rozważań polityki publicznej.

3.2. Faza II. Ewolucja orzecznictwa ICSID

Sprawa *Maffezini* w znaczący sposób wpłynęła na dalsze orzecznictwo organów arbitrażowych ICSID. Praktyka orzecznicza próbowała zastanowić się nad walorem prawnym i jakościowym zasad wyłożonych w niniejszej sprawie, przez co zasady rządzące KNU przechodziły dalszą ewolucję. Zanim zastanowimy się, czy rozważania Trybunału w tej konkretnej sprawie są słuszne, warto odnotować kilka innych orzeczeń. Świetnie odpowiada tym rozważaniom orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.*⁴⁹ W sprawie główną osią sporu była działalność wysypiska śmieci (zezwoienia na działalność). Zdaniem skarżącego, Meksyk bezprawnie nie zezwolił mu na przedłużenie działalności wysypiska. Istotne przy tym było, czy pod lupę Trybunału mogły wejść także fakty mające miejsce przed wejściem w życie BITu między Meksykiem i Hiszpanią z 22.6.1995 r. (który wszedł w życie 18.12.1996 r.), a więc, czy niniejsze porozumienie ma skutek retroaktywny. Trybunał zgodził się, co do zasady, z twierdzeniem, że – patrząc na ten aspekt w odosobnieniu – nie ma jurysdykcji co do zdarzeń mających miejsce przed wejściem w życie porozumienia, to jednak takie fakty wchodzą w zakres jurysdykcji ze względu na to, iż tworzą jeden z elementów postępowania, które miało miejsce już po wejściu w życie BIT⁵⁰. Skarżący używał innych argumentów do stwierdzenia jurysdykcji, przede wszystkim bazował on na KNU zawartej w hiszpańsko-meksykańskim BIT, dzięki czemu mógł się

⁴⁸ Ibidem. W opinii Trybunału poprzednie odwołanie się do hiszpańskich sądów krajowych nie stanowiło fundamentalnej sprawy polityki publicznej w kontekście traktatu, stąd też E. Maffezini miał prawo powołać się na KNU.

⁴⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Meksykańskie Stany Zjednoczone*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, orzeczenie arbitrażowe z 29.5.2003 r.

⁵⁰ Trybunał oparł się tutaj na właściwej wykładni przepisu art. 28 KWPT dotyczącego retrospekcji traktatów.

powołać na korzystniejsze traktowanie austriackiego inwestora na podstawie BIT z 29.6.1998 r. między Austrią a Meksykiem. Konsekwentnie, inwestor hiszpański powinien być tak samo traktowany jak inwestor austriacki. Trybunał odrzucił tę argumentację, tworząc tym samym kolejny, obok czterech przypadków z casusu *Maffezini*, dosyć specyficzny wyjątek w zakresie stosowania KNU. Trybunał stwierdził bowiem, że

sprawy dotyczące stosowania w czasie Porozumienia, które dotyczą bardziej zakresu czasowego stosowania jego postanowień materialnych niż stosowania jego spraw proceduralnych czy jurysdykcji, z powodu swego znaczenia i wagi, należą do sedna spraw⁵¹, które muszą być uznane za specjalnie wynegocjowane między Umawiającymi się Stronami. Te sprawy są istotnymi czynnikami dla uzyskania akceptacji Porozumienia, ponieważ są one bezpośrednio związane z identyfikacją materialnego reżimu ochronnego stosowanego do obcego inwestora i w szczególności do ogólnego (krajowego czy międzynarodowego) kontekstu prawnego, w którym taki reżim działa, jak również do dostępu obcego inwestora do materialnych przepisów takiego reżimu. Ich stosowanie nie może być dlatego osłabione przez zasadę zawartą w klauzuli największego uprzywilejowania⁵².

A zatem kolejnym wyjątkiem (nie dotyczącym ściśle przepisów proceduralnych czy materialnych) są rzeczy należące do sedna spraw, do których należą takie, które muszą być wynegocjowane specjalnie między stronami BIT. Wśród takich spraw będzie tutaj zagadnienie czasowego stosowania przepisów materialnych (nie proceduralnych). Takie rodzaje spraw zdaniem Trybunału nie mogą podpadać pod zakres stosowania KNU i dlatego muszą być z jej działania wyłączone. Tym samym do ich regulacji, badania oraz stosowania nie może służyć KNU. Stanowisko to wysuwa na pierwsze miejsce intencje stron. Mimo, że ostateczna konkluzja jest słuszna, to jednak całe rozumowanie Trybunału nie do końca wydaje się w pełni przekonujące. Czy można bowiem – w niniejszym kontekście – traktować intencje stron w kategorii wyjątku? Rysuje się tutaj również pewne pytanie, mianowicie, jak ustalić, jakie kategorie spraw są tymi najistotniejszymi i specjalnie wynegocjowanymi. Wszak cały traktat stanowi przecież efekt negocjacji. Mogą tu się rodzić poważne problemy i różne stanowiska.

⁵¹ Ang. *the core of matters*.

⁵² *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Meksykańskie Stany Zjednoczone*, op.cit., par. 68. W tym miejscu Trybunał odwołał się do odpowiednich części orzeczenia w sprawie *Maffezini*.

W niniejszym orzeczeniu Trybunał wypowiedział się jeszcze raz w sposób konsekwentny w kontekście KNU. Mając na względzie swe uwagi dotyczące klauzuli w zakresie retroaktywności przepisów BIT, stwierdził, że

jest zdania, że Tytuł II (4) i (5)⁵³ Załącznika do Porozumienia zawiera wymagania odnoszące się do faktycznej dopuszczalności roszczeń zagranicznego inwestora, tj. jego dostępu do materialnego reżimu ochronnego przewidzianego w Porozumieniu. Konsekwentnie, takie wymagania są z konieczności częścią istotnego sedna negocjacji⁵⁴ Umawiających się Stron; powinno dlatego się zakładać, że nie zawarłyby one Porozumienia w braku takich przepisów. Zatem te postanowienia, w opinii Trybunału, nie wchodzą w zakres klauzuli największego uprzywilejowania zawartej w art. 8 (1)⁵⁵ Porozumienia.

Zgodnie z powyższym rozumowaniem Trybunału istnieje pewne sfera zagadnień, które stanowią istotę, sedno porozumienia. Należą do nich z pewnością postanowienia dotyczącego materialnego reżimu ochronnego, w którego skład wchodzi zarówno postanowienia materialne, jak i proceduralne. Decydujący wpływ na to, czy dany przepis należy do tej grupy czy nie, stanowi odpowiedź na pytanie, czy bez danego postanowienia strony zawarłyby takie porozumienie. Waga i znaczenie przepisu wypływa z założenia, że taka jest podstawowa wola stron, inaczej bowiem nie podpisywałyby traktatu. Trybunał nie omawia głębiej jednak tego aspektu i odwołuje się przy tym do swoich wcześniej wywodów na temat retroaktywności. Uważa natomiast, że przepisy regulujące (i nakładające przy tym obowiązki na inwestora) zgłaszanie roszczeń wynikających z naruszenia takiego reżimu wchodzi również w skład takich przepisów. Powyższe postanowienia (Tytuł II (4) i (5)) mają

⁵³ „4. An investor from a Contracting Party may, either on its own behalf or representing a company owned by it or under its direct control, refer to arbitration a claim on the ground that the other Contracting Party has violated an obligation under this Agreement, as long as the investor or its investment have suffered a loss or damage by reason or as a consequence of the breach.

5. The investor may not submit a claim under this Agreement if more than three years have elapsed since the date on which the investor had or should have had notice of the alleged violation, as well as of the loss or damage sustained”. Ibidem, par. 72.

⁵⁴ Ang. *an essential core of negotiations*.

⁵⁵ „If the provisions of law of one of the Contracting Parties or obligations under international law at the margins of the present Agreement, current or future, between the Contracting Parties, result in a general or specific regulation according to which it should be given to investments of investors of the other Contracting Party, a treatment more favorable than that it is envisaged in the present Agreement, such regulation shall prevail over the present Agreement, to the extent that it is more favorable”.

charakter raczej proceduralny i zastanawiające jest przy tym, że Trybunał nie odniósł się w tym zakresie do odpowiednich ustępów sprawy *Maffezini*, gdzie operowano pojęciem rozważań polityki publicznej. Rozważyć jednak należy, czy tak skonstruowany wyjątek jest w ogóle dopuszczalny i jest uzasadniony. Na tym tle brakuje w orzeczeniu Trybunału dogłębnego zbadania przedmiotowej KNU. Trybunał również nie stwierdził dobitnie, że właśnie element intencjonalny jest podstawą takiego ograniczenia. Można jednak śmiało wnioskować, że poprzez intencje stron pewne sprawy nie mogą wchodzić w zakres KNU bez wyraźnego i dobitnego rozszerzenia zasięgu klauzuli na takie przepisy. Jednak w tym kontekście należy się poważnie zastanowić czy tak daleko idący wyjątek nie zaprzecza już samej istocie klauzuli. Słusznie zauważa się, że w takim wypadku wyjątki są równie, czy może nawet bardziej istotne od samej zasady⁵⁶. Trybunał nie podaje jasnych i uzasadnionych reguł, na podstawie których można odróżnić przepisy objęte KNU i nią nieobjęte. O ile jeszcze w przypadku spraw dotyczących retrospekcji możemy mieć małe wątpliwości, o tyle są one już znacznie poważniejsze w przypadku reguł zgłaszania roszczeń. Czy bowiem te przepisy były decydujące dla zawarcia umowy? Odpowiedź negatywna, w braku przeciwnych dowodów, których *notabene* nie znalazł Trybunał, wydaje się tutaj raczej bardziej na miejscu.

Sprawa stosowania i zakresu KNU wróciła na wokandę w sprawie *MTD*⁵⁷. Ta jednak bezpośrednio nie dotyczy rozstrzygnięcia sporów, ponieważ malezyjska firma opierała się w sprawie na KNU zawartej w chilijsko-malezyjskim BIT, by na jego podstawie odwołać się do przepisów materialnych dotyczących ochrony inwestycji ujętych w chilijsko-chorwackim oraz chilijsko-duńskim BIT. Strony nie spierały się o jurysdykcję Trybunału, lecz od razu przeszły do fazy merytorycznej, w której Trybunał zdecydował, że KNU musi być interpretowana w sposób najbardziej sprzyjający dla wypełnienia celu umowy, tj. ochrony inwestycji i tworzenia warunków korzystnych dla inwestowania. Ponieważ KNU odnosiła się do przepisów materialnych (co wyróżnia ją od innych spraw tu opisywanych), dlatego inkorporacja przepisów z wyżej wzmiankowanych BITs pozostaje zupełnie w zgodzie z niniejszym celem⁵⁸.

⁵⁶ R. Dolzer, T. Myers, op.cit., s. 59. Warto również zaznaczyć, że wyżej cytowane przepisy w pewnej mierze ograniczają i narzucają pewne warunki zgłaszania roszczeń. Dlatego powołanie się na podstawie KNU na przepisy innych umów niezajęcie takich ograniczeń czy warunków będzie niewątpliwie korzyścią dla inwestora, co jest przecież tak naprawdę osiłą obrotową klauzuli.

⁵⁷ *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, orzeczenie arbitrażowe z 25.5.2004 r.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 104. Trybunał jednak w całej sprawie nie dopatrył się naruszenia przepisów inkorporowanych z innych umów.

Ze względu na dopuszczenie zastosowania KNU orzeczenie to wyróżnia się spośród innych prezentowanych decyzji inwestycyjnych. Wydaje się, że takie zastosowanie KNU nie było według Trybunału niezgodne z przepisami szczególnie wynegocjowanymi między stronami. Co więcej, zastosowanie KNU było zgodne z celem i przedmiotem traktatu⁵⁹. W tym wypadku, używając formuły *Maffezini*, sprawa *MTD* stanowi jak najbardziej przykład legalnego (uzasadnionego) rozszerzania praw i korzyści. KNU odnosi się do głównie przepisów materialnych. A zatem, tworzenie w tym zakresie wyjątku uderzyłoby w samą istotę klauzuli, a także intencje stron wyrażone poprzez samą klauzulę.

Bardzo interesujące są również wywody Trybunału ICSID w sprawie *Siemensa*⁶⁰. W tej sprawie niemiecki skarżący nie skorzystał z drogi krajowej w celu dochodzenia swoich roszczeń. Pomimo to spółka niemiecka uważała, że nie musi wyczerpać drogi krajowej, ponieważ na podstawie KNU zawartej w argentyńsko-niemieckim BIT może skorzystać z przepisów argentyńsko-chilijskiego BIT, gdzie nie przewidziano przy rozstrzygnięciu sporów drogi krajowej w ogóle. W związku z tym Trybunał miał według spółki jurysdykcję w sprawie. Klauzula z umowy argentyńsko-niemieckiej nie była tak szeroko zaprojektowana jak jej odpowiedniczka w sprawie *Maffezini*⁶¹. Mimo tego Trybunał uznał, że skarżący ma prawo powołać się na umowę z Chile. Stwierdził tak dlatego, ponieważ dostęp do specjalnych procedur rozstrzygnięcia sporów zdaniem Trybunału jest wyróżniającym się elementem umowy. Stąd stanowi on część „traktowania”, które jest objęte KNU. Arbitrzy dostrzegli teoretyczne ograniczenia wynikające z rozważań polityki publicznej, tym niemniej byli zdania, że nie mają one tutaj zastosowania.

Argentyna podniosła argument, że przepisy o rozstrzygnięciu sporów zostały specjalnie wynegocjowane⁶² i nie mogą być dlatego zmienione poprzez zastosowanie KNU. Zdaniem arbitrów przyjęcie czy też nieprzyjęcie modelo-

⁵⁹ S. Fietta, *Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?*, IALR 2005, nr 4, s. 134.

⁶⁰ *Siemens A.G. v. Argentyna (Siemens)*, ICSID Case No. ARB/02/8, postanowienie w zakresie jurysdykcji z 3.8.2004 r.

⁶¹ Art. 4. „The nationals or companies of each Contracting Party shall enjoy in the territory of the other Contracting Party the treatment of the most favored nation”. Brakuje tutaj słów: „In all matters subject to this agreement” podobnie jak w art. 3, gdzie również przyjęto KNU w połączeniu z KN.

⁶² Chodziło tu o to, że argentyńsko-niemiecki BIT różnił się w zakresie rozstrzygnięcia sporów od niemieckiego modelu umowy inwestycyjnej. Zmiany te zostały uzgodnione przez strony, stąd też silniej za tym przepisem stoi wola i intencja stron.

wego przepisu nie ma większego znaczenia. Końcowym efektem negocjacji jest uzgodniony tekst i każdy z jego przepisów ma takie same znaczenie prawne, niezależnie od tego, jak długie i żmudne były negocjacje. W związku z tym Trybunał poczuł się zobowiązany wyklądać intencje stron poprzez promocję inwestycji i kreowanie warunków dla nich korzystnych. W tym kontekście ostatecznie stwierdził, że „celem KNU jest wyeliminowanie skutku specjalnie wynegocjowanych przepisów tak długo, jak długo nie zostały one spod klauzuli wyłączone. Uzupełnia to zobowiązanie każdej ze Stron Traktatu do niestosowania środków dyskryminacyjnych dla inwestycji na podstawie artykułu 2”⁶³. Takie stanowisko jest sprzeczne z poprzednimi orzeczeniami i nie przywiązuje wagi do intencji stron stawiając na pierwszym miejscu wykładnię teleologiczną, cele i przedmiot traktatu, i wykładanie tych intencji poprzez ten rodzaj interpretacji. Szeroka wykładnia KNU, mimo iż została ona wężej sformułowana niż w poprzednich wypadkach, nasuwa pewne wątpliwości. Odzywa się głos w literaturze przedmiotu, szczególnie na gruncie poprzednich i późniejszych orzeczeń, że taka interpretacja jest sprzeczna z intencjami stron i zasadą *eiusdem generis* (ze względu na fakt, że KNU nie odnosi się do rozstrzygnięcia sporów)⁶⁴.

Trybunał poczynił również bardzo ciekawe rozważania na temat inkorporacji przepisów z traktatu z państwem trzecim. Argentyna podnosiła, że jeżeli skarżący powołuje się na przepisy o rozstrzygnięciu sporów z innego traktatu, to wówczas musi on inkorporować nie tylko korzystne dla siebie przepisy, ale także te niekorzystne, regulujące rozstrzygnięcie sporów. Tak w tej sprawie, spółka niemiecka musi zatem stosować cały przepis o rozstrzygnięciu sporów z umowy argentyńsko-chilijskiej, a więc FRC, której nie było w traktacie podstawowym. Na początku Trybunał zauważył, że strony umowy często „wykupują” w zamian za niekorzystne przepisy inne, korzystne już postanowienia. Nie jest to jednak treścią klauzuli, gdyż ta odnosi się tylko do korzyści (a więc FRC nie jest inkorporowana poprzez KNU). Co prawda rozważania polityki publicznej mogą stanowić tu w pewnej mierze ograniczenie, to jednak nie mają zastosowania do tego wypadku⁶⁵.

Takie rozumowanie Trybunału doprowadza do konkluzji, że KNU może nie odnosić się do całości unormowania jednej instytucji traktowej (np. rozstrzygnięcia sporów), a tylko do jej konkretnych przepisów, konkretnych korzyści. Zależać zatem będzie od beneficjenta KNU sposób, w jaki skorzysta on

⁶³ *Siemens*, op.cit., par. 106.

⁶⁴ S. Fietta, op.cit., s. 134.

⁶⁵ *Siemens*, op.cit., par. 120.

z klauzuli i zakres jej zastosowania. Trybunał zatem zezwolił na to, by inwestor dokonał swobodnego i subiektywnego wyboru w zakresie przepisów, z jakich chciałby skorzystać z innych traktatów na podstawie KNU. Celem takiej decyzji Trybunału było dokonanie w niniejszej sprawie pewnej harmonizacji przepisów o rozstrzyganiu sporów, a ogólnie harmonizacji korzyści przyznanych w traktacie podstawowym z korzyściami z traktatu uzupełniającego. Z drugiej strony można jednak postawić pytanie, jak daleko może pójść takie korzystanie z KNU, szczególnie, gdy na przeszkodzie stoją intencje stron, treść klauzuli, a granice stosowania KNU przy rozstrzyganiu sporów starały się już ustalić poprzednie orzeczenia. Dopuszczenie takiej linii orzeczniczej doprowadza do pominięcia przepisów traktatowych, istotnych dla stron, które mogły mieć zamiar wyłączenia pewnych spraw spod KNU. Co więcej, takie działanie doprowadza do tworzenia pewnych nowych kombinacji i manipulacji środkami rozstrzygania sporów. Uwagi te nie mogą być ominięte przy rozważaniu zasięgu klauzuli, intencji stron i zasady nadużycia prawa.

3.3. Etap III. Zmiana stanowiska

Zupełnie inaczej do zagadnienia ustanowienia jurysdykcji na podstawie KNU podszedł Trybunał w sprawie *Salini*⁶⁶, w której decyzję wydano niecałe 3 miesiące później. W tej sprawie nie odnajdujemy niestety wywodów poświeconych sprawie *Siemensa*. Stanowisko Trybunału jest za to bardziej uzasadnione, właściwsze w zakresie zastosowania klauzuli i odpowiada na wyzwanie głębszego rozważenia zagadnienia jej zasięgu.

Osią sporu była rzekomy brak uiszczenia kwot pieniężnych na rzecz włoskiego skarżącego. Podstawą jurysdykcji Trybunału miała być jordańsko-włoska umowa inwestycyjna oraz, na podstawie KNU, amerykańsko-jordański i brytyjsko-jordański BIT.

Głównym zarzutem co do jurysdykcji Trybunału był argument Jordanii, że sedno roszczenia dotyczy sporu kontraktualnego, a strony BIT postanowiły w art. 9 ust. 2, że takie zatargi będą rozstrzygane na podstawie przepisów zawartych w kontraktach. Skarżący z kolei opierał jurysdykcję na KNU, poprzez którą inkorporował odpowiednie przepisy z umów z USA i Zjednoczonym Królestwem. Te zezwalały inwestorom na wnoszenie spraw do Trybunału niezależnie od istnienia oddzielnych podstaw do rozstrzygania sporów przewidzianych w kontraktach z inwestorem.

⁶⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordaniańskie Królestwo Haszymidzkie*, ICSID Case No. ARB/02/13, postanowienie co do jurysdykcji z 29.11.2004 r.

Arbitrzy dokładnie zanalizowali sprawę *Ambatielosa* oraz *Maffezini*. Trybunał stwierdził, że „sprawowanie wymiaru sprawiedliwości”⁶⁷, które było przedmiotem rozważań w sprawie *Ambatielosa*, jest zasadniczo różną sprawą od inkorporacji poprzez KNU przepisów o rozstrzyganiu sporów. Przedmiotem KNU były bowiem przepisy materialne, a nie przepisy proceduralne. Dlatego rozwiązanie przyjęte w *Ambatielosie* nie może mieć tutaj bezpośredniego zastosowania. Z kolei odnosząc się do sprawy *Maffezini* Trybunał wyraził poważne wątpliwości do treści orzeczenia co do możliwych rozszerzających się skutków rozciągnięcia KNU na prawo inwestora do wyboru innych for rozstrzygnięcia sporu. Wyjątki oparte na polityce publicznej mogą być trudne do stosowania i w ten sposób zwiększają ryzyko „zakupów traktatowych” dokonywanych przez skarżących⁶⁸. W tym kontekście zauważył, że niektóre KNU, takie jak w umowach inwestycyjnych Wielkiej Brytanii, przewidują wyraźnie zakres swego zastosowania na sprawy rozwiązywania sporów, podczas gdy inne, m.in. ta ze sprawy *Maffezini*, zostały sformułowane szeroko „do wszystkich spraw” przewidzianych w umowie. W ten sposób doszedł do konkluzji, że KNU przewidziana w jordańsko-włoskim BIT nie rozciąga się na sprawy rozwiązywania sporów, a w związku z tym Trybunał nie ma jurysdykcji w niniejszej sprawie. Świetny wniosek nasuwa się z tej argumentacji, mianowicie, że żadna klauzula największego uprzywilejowania nie jest taka sama; każdy przepis traktatowy, każda klauzula wymaga niezależnego zbadania, czego zresztą dokonał niniejszy Trybunał.

Orzeczenie nie sprzeciwia się, co do zasady, wnioskowi przedstawionemu w sprawie *Maffezini*, tym niemniej starał się wyodrębnić sprawę *Salini* z różnych powodów. Przede wszystkim Trybunał uczynił tak opierając się na przyjętych przez siebie podstawach interpretacyjnych. W tym kontekście przyjął, że nie można znaleźć żadnego dowodu na to, że strony miały intencję na włączenie spraw rozstrzygania sporów w zasięg klauzuli. Uwypuklił więc w tym zakresie intencje stron nie wspominając w ogóle o celu i przedmiocie traktatu. Pomiął zatem całkowicie i słusznie podejście teleologiczne. W tym zakresie dokonał on porównania treści KNU z jej odpowiedniczką ze sprawy *Maffezini*. Zgodnie z zasadą *eiusdem generis* KNU może odnosić się tylko do spraw należących do tej samej kategorii, której ona dotyczy. W związku z tym sprawy rozstrzygania sporu leżały poza zasięgiem KNU.

⁶⁷ Ang. *administration of justice*. Dodatkowo KNU w tej sprawie odnosiła się do „all matters relating to commerce and navigation”.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 115. trybunał stwierdził dosyć enigmatycznie, że podziela obawy, które zostały wyrażone „in some quarters” w stosunku do rozwiązania przyjętego w sprawie *Maffezini*.

W orzeczeniu w sprawie *Salini* da się łatwo zauważyć wątpliwości Trybunału co do stanowiska wypracowanego w sprawie *Maffezini*, szczególnie gdy chodzi o wyjątki dotyczące polityki publicznej. Trybunał zdystansował się w pewnej mierze od szerokiego stanowiska wypracowanego poprzednio, odwołał się do podstawowych zasad prawa międzynarodowego i ich każdorazowego uwzględniania w zależności od stanu faktycznego i prawnego poszczególnych spraw.

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w kolejnej sprawie, wytoczonej przez cypryjskie konsorcjum *Plama*⁶⁹, w której badano stosunek KNU do przepisów o rozstrzygnięciu sporów. Skarżący usiłował ustanowić jurysdykcję Trybunału na podstawie Traktatu Karty Energetycznej oraz bułgarsko-cypryjskiego BIT. Ostatecznie, Trybunał zdecydował, że jest władny rozpoznać sprawę.

BIT z 1987 r. (zawarty zatem jeszcze przed rozpadem bloku sowieckiego) zawierał bardzo wąskie postanowienie w zakresie rozstrzygnięcia sporów co do legalności jakiegokolwiek wyłączenia. Art. 4 stwierdzał tylko, że legalność takiego działania będzie sprawdzona poprzez regularne administracyjne i prawne procedury stron umowy, a tylko spory co do sumy odszkodowania miały podlegać ostatecznie arbitrażowi międzynarodowemu. Z tego względu podmiot cypryjski szukał oparcia w art. 3 BIT zawierającym KNU⁷⁰ w celu inkorporowania korzystniejszych przepisów o rozstrzygnięciu sporów z bułgarsko-finlandzkiego BIT z 1997 roku (po przemianach politycznych).

Trybunał nie podzielił poglądu skarżącego i odrzucił jego stanowisko. Stwierdził bowiem, że umowa inwestycyjna została zawarta w czasie, kiedy Bułgaria przyjmowała BITs z ograniczoną ochroną dla obcych inwestorów i z bardzo ograniczonymi przepisami o rozstrzygnięciu sporów. Również późniejsze negocjacje między stronami z 1998 roku pokazały, że nie miały one zamiaru rozciągać zasięgu KNU na przepisy o rozstrzygnięciu sporów. Istotnym dla Trybunału w tym zakresie była szeroko przyjęta zasada, wynikająca z prawa krajowego i międzynarodowego, że zgoda na arbitraż musi być wyrażona jasno i niedwuznacznie⁷¹. Jeżeli KNU miała inkorporować korzystniejsze przepisy o arbitrażu z innego BIT, to wówczas intencje stron musiałyby być wyłożone wyraźnie i niedwuznacznie. W ocenie Trybunału takiego walo-

⁶⁹ *Plama Consortium Limited v. Bułgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, postanowienie w sprawie jurysdykcji z 8.2.2005 r.

⁷⁰ Art. 3. ust. 1. „Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states”.

⁷¹ *Ibidem*, par. 198.

ru nie można nadać art. 3 umowy, ponieważ pozostaje niejasnym, czy przepis ten zmierzał do objęcia przepisów o rozstrzygnięciu sporów czy też nie.

Argumentem na rzecz inkorporacji były przepisy NAFTA oraz projekt FTAA z 21.11.2003 r., gdzie wyraźnie wyłączono rozstrzygnięcie sporów spod zasięgu KNU. Trybunał jednak stwierdził, że taka uwaga nie może stanowić na rzecz szerokiej wykładni klauzuli. Arbitrzy zauważyli za to, że takie wyrażenie wyłączenie rozstrzygnięcia sporów w projekcie było zapewne efektem orzeczenia w sprawie *Maffezini*⁷². W ten sposób, by uzasadnić rozciągnięcie KNU na rozstrzygnięcie sporów, intencja stron co do takiego stanu rzeczy musi być jasno i niedwuznacznie wyłożona w klauzuli, podobnie jak to uczyniono w art. 3 ust. 3 modelowego BIT Zjednoczonego Królestwa⁷³. Trybunał szczególnie dobitnie podkreślił, że przepisy o rozstrzygnięciu sporów w określonym traktacie zostały wynegocjowane w celu rozwiązania sporów na podstawie tego traktatu. Nie można zakładać, że strony uzgodniły, że takie przepisy mogą być zmienione poprzez inkorporację przepisów o rozstrzygnięciu sporów z innych traktatów wynegocjowanych w zupełnie innym kontekście⁷⁴. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie, gdzie skarżący domagał się zastąpienia jednego mechanizmu rozstrzygnięcia sporów całkowicie innym wziętym z innej umowy.

Trybunał poczynił też kilka interesujących uwag dotyczących casusu *Maffezini*. Celem tego orzeczenia była harmonizacja przepisów o rozstrzygnięciu sporów poprzez zastosowanie KNU. W tym kontekście Trybunał przyjął założenie, że nie można domniemywać, by intencją stron było pozostawienie inwestorom opcji, poprzez KNU, do wybrania przepisów o rozstrzygnięciu spo-

⁷² Ibidem, par. 203. Ze względu na to, że intencja stron była odmienna od orzeczenia w sprawie *Maffezini*.

⁷³ Art. 3 ust. 3 „For avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”. Art. 8 i 9 zawierają przepisy o rozstrzygnięciu sporów. Inną, ciekawą regułą interpretacyjną przyjął E. Gaillard, który stwierdził, że „the interpretation question of whether dispute settlement arrangements constitute a substantive right that can be extended to the beneficiary of an MFN clause arises when the clause is broadly phrased and the contracting parties to the treaty have neither expressly excluded dispute resolution mechanisms nor clarified their intention of including such mechanisms in the protection that is accorded to the beneficiaries of the clause. In those situations, the intention of the contracting parties can reasonably be interpreted to include the whole range of the rights accorded to the investors of a third country, including the right to neutral and effective settlement of their investment disputes through arbitration rather than through the judicial organs of the host state itself”. E. Gaillard, *International Arbitration Law: Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause*, NYLJ 2005, June 2, s. 3.

⁷⁴ Ibidem, par. 207.

rów z różnych BITs. Taka „chaotyczna sytuacja” byłaby oczywiście przeciwna harmonizacji. Co więcej, arbitrzy zastanawiali się nad ogólnym podejściem Trybunału *Maffezini* do przyjętych przez siebie ograniczeń polityki publicznej. W tym zakresie stwierdzili, że „zasada w wieloma wyjątkami, tak ją zaprezentowano to w sprawie *Maffezini*, powinna być inną zasadą z jednym, pojedynczym wyjątkiem: KNU w traktacie podstawowym nie inkorporuje poprzez odesłanie przepisów o rozwiązywaniu sporów w całości lub w części z innego traktatu tak długo jak KNU w traktacie podstawowym nie pozostawia wątpliwości, że Umawiające się Strony zamierzały takie postanowienia inkorporować⁷⁵. W ocenie Trybunału stanowisko zawarte w sprawie *Maffezini* jest co najmniej wątpliwe i oparte na wyjątkowych okolicznościach. Może ono powodować niebezpieczeństwo dla przyszłych sporów arbitrażowych, czego przykładem jest sprawa *Siemens*⁷⁶. W ten sposób odmówiono skarżącemu oparcia się na KNU jako medium inkorporującym przepisy z BIT z Finlandią.

Powyższa decyzja powieliła stanowisko zwarte w sprawie *Salini*, a w niektórych miejscach znacznie ją wzbogaca. Najważniejszym elementem powyższego orzeczenia jest podkreślenie nadrzędnej roli intencji stron. Głównym celem trybunału jest zbadanie, jaka była wola stron umowy, którą można ustalić przede wszystkim poprzez zbadanie języka traktatowego. W tym sensie Trybunał odwołał się do podstawowych reguł interpretacji prawa międzynarodowego. Możliwość powołania się w zakresie rozstrzygania sporów na KNU może mieć miejsce tylko wtedy, gdy ta jest sformułowana w sposób jasny i oczywisty. Nie będzie można skorzystać z dobrodziejstw klauzuli w sytuacji, gdy jej treść nie jest do końca klarowna i niedwuznaczna. Taka sytuacja ma miejsce w sprawie *Plama*, gdzie skarżący chciał powołać się korzystniejsze przepisy o rozstrzyganiu sporów, by zastąpić nimi specjalnie wynegocjowane przepisy umowy podstawowej, niekorzystne dla inwestora. Brak jasnej KNU narusza w ten sposób zasadę *eiusdem generis* i z tej przyczyny nie znajduje ona zastosowania.

Podejście zaprezentowane przez Trybunały w *Plama* i *Salini* jest świetnie ujęte w cytowanym wyżej fragmencie orzeczenia⁷⁷. Takie stanowisko skutecznie odwraca zasady przyjęte w sprawie *Maffezini*. W tamtej sprawie z zasady przyjęto, że KNU odnosi się do rozstrzygania sporów z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z polityki publicznej. Na podstawie dwóch ostatnich spraw możemy przyjąć za ogólną zasadę, że KNU nie rozciąga się na

⁷⁵ Ibidem, par. 223.

⁷⁶ Ibidem, par. 229.

⁷⁷ Ibidem, par. 223.

przepisy o rozstrzyganiu sporów, chyba że istnieje jasna i niedwuznaczna przeciwna wola stron umowy. Trybunał w sprawie *Plama* był co prawda świadomy przywołania w orzeczeniu w sprawie *Maffezini* ograniczeń wynikających z rozważań polityki publicznej, jednak nie uznał ich za uzasadnione⁷⁸.

W zasadzie, na podstawie okoliczności sprawy *Plama*, możemy wywnioskować, że Trybunał wcale nie musiał dokonywać zmiany podejścia do KNU. Wystarczyłoby powołać się na sprawę *Maffezini*, a następnie na jeden z wyjątków polityki publicznej. Skoro jednak Trybunał postąpił inaczej i odwrócił ogólną zasadę, to znaczy, że miał ku temu ważne powody. Decyzja w sprawie *Maffezini* nie była wolna od kontrowersji i nie została przyjęta pozytywnie przez międzynarodowe sfery gospodarcze. Wychodziła poza tym poza dozwoloną interpretację traktatów. Postawienie na pierwszym miejscu intencji stron wyartykułowanych przede wszystkim w przepisie traktatowym stanowi znaczący zwrot w kierunku właściwszej wykładni KNU. W ten sposób zastępuje się sztuczne konstrukcje prawne znacznie bardziej udanym podejściem do problematyki zasięgu klauzuli. Sprawy *Salini* i *Plama* przeciwstawiają celowi i przedmiotowi traktatu, wykładni teleologicznej (podkreślonej w *Maffezini*), znacznie właściwsze i pozostające na pierwszym miejscu wykładnie subiektywną i obiektywną⁷⁹. W ten sposób argumentacja ze sprawy *Plama* powinna być przedkładana nad inne możliwe sposoby interpretacyjne (co do rozstrzygania sporów), szczególnie wtedy, gdy skarżący powołuje się na KNU w celu inkorporacji przepisów oczywiście niezgodnych z przepisami umowy podstawowej tak długo, jak język klauzuli nie przemawia za odmienną interpretacją. Stanowisko to wyrażone w paragrafie 223 orzeczenia w sprawie *Plama* powinno być powielane przez kolejne trybunały. Tak więc wola stron, oddana przez język klauzuli, winna być najważniejszą wskazówką interpretacyjną dla intepretatora.

Trybunał być może za daleko poszedł z krytyką orzeczenia w sprawie *Maffezini*, szczególnie z tego względu, że tamtejsza KNU była dosyć szeroko sformułowana. Nie umniejsza to jednak znaczeniu decyzji w sprawie *Plama* z powyższych względów. Niestety, od tego stanowiska w pewnym zakresie

⁷⁸ Jedna ze stron na pytanie Trybunału dotyczące rozważań polityki publicznej, stwierdziła, że Trybunał *Maffezini* sam sobie to wymyślił. W toku swoich wywodów arbitry nie odwołali się dalej do tego wątku i odwrócili całą regułę.

⁷⁹ Trybunał ograniczając zastosowanie wykładni teleologicznej świetnie zacytował tutaj Sir Iana Sinclaira, który stwierdził, że „risk that the placing of undue emphasis on the ‘object and purpose’ of a treaty will encourage teleological methods of interpretation [which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties.”, I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester 1984, s. 130.

zdaje się odstąpił kolejny Trybunał, w sprawie *Gas Natural*⁸⁰, gdzie okoliczności faktyczne były podobne do tych ze sprawy *Maffezini* (tym razem inwestor hiszpański występował przeciwko Argentynie). Trybunał przywołał poprzednie decyzje w sprawie *Maffezini*, *Siemens*, *Saliani* i stwierdził, że w związku z szerokim ujęciem klauzuli („we wszystkich sprawach”) i wyraźnym wyłączeniem spod jej zasięgu konkretnych spraw obejmuje ona wszystkie elementy ochrony inwestora (ang. *the bundle of protections*), a tym samym także rozstrzyganie sporów. Trybunał słusznie podkreślił, że w sprawach są różne stany faktyczne, w związku z czym może dojść do podjęcia różnych decyzji⁸¹. Dalej jednak stwierdził, że zapewnienie niezależnego arbitrażu międzynarodowego jest istotnym, jeżeli nie najistotniejszym, elementem ochrony inwestora. W związku z tym KNU ma zastosowania do przepisów o rozstrzyganiu sporów tak długo, jak strony nie uzgodnią inaczej⁸². Decyzja Trybunału jest co do zasady prawidłowa, tym niemniej ostatnia wypowiedź arbitrów odbiega od ujęcia prezentowanego w sprawie *Salini* i *Plama*. Wydaje się, że nie należy popierać takiego stanowiska i przyjąć, że KNU będzie miała zastosowanie do przepisów o rozstrzyganiu sporów wtedy, gdy da się ustalić, że strony wyrażały taką intencję, ustalaną czy to poprzez podstawowe reguły wykładni traktatu, czy też poprzez odwołanie się do uzupełniających środków interpretacji.

4. Podsumowanie

Ostateczną konkluzją wydaje się stwierdzenie, że KNU co do zasady odnosi się do zagadnień materialnych. Tym samym pozostałe zagadnienia (w tym proceduralne), w braku odmiennych przesłanek, nie wchodziłyby w zakres KNU ze względu na zasadę *eiusdem generis*. KNU nie wchodziłoby w grę również wtedy, gdy chodziłoby o zakres czasowego stosowania postanowień umowy. W tych zatem przypadkach, gdy chodzi o przepisy proceduralne, retroaktywność przepisów, górę powinny wziąć podstawowe zasady prawa międzynarodowego i intencje stron. W tym także wypadku, gdy intencja stron nie jest wyraźna i niedwuznaczna, należy opowiedzieć się za niedopuszczeniem zastosowania KNU w tym zakresie. Takie rozumowanie

⁸⁰ *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, postanowienie w sprawie jurysdykcji z 17.6.2005 r.

⁸¹ *Ibidem*, par. 49.

⁸² *Ibidem*.

znacznie upraszcza niniejszą konstrukcję. Z kolei zagadnienie przepisów specjalnie wynegocjowanych należałoby odrzucić jako zbędne i naruszające właściwe rozumowanie i wykładnię prawniczą.

Innej natury uwagą jest fakt, że trybunały ICSID nie są w stanie wypracować jednolitego stanowiska w tak istotnej kwestii. Nietrwałość linii orzeczniczej negatywnie wpływa na międzynarodowe stosunki gospodarcze. Sama taka niestabilność jest zapewne wynikiem różnych składów orzeczniczych, gdzie różni arbitrzy mają odmienny pogląd na sprawę. Jest to jeden z niewątpliwych niedostatków arbitrażu międzynarodowego w ogóle, w porównaniu z sądownictwem międzynarodowym. Wydaje się dlatego, że jest to z pewnością jeden z argumentów na rzecz powołania sądu międzynarodowego, być może pod patronatem ICSID, zajmującym się sprawami inwestycyjnymi, względnie powołanie instancji odwoławczej od wyroków arbitrażowych.

Wreszcie na sam koniec możemy się zastanawiać, czy stosowanie KNU w celu inkorporacji przepisów o rozstrzygnięciu sporów nie jest przejawem nadużycia prawa. Wydaje się, że zasada nadużycia prawa jest zasadą ogólną prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 pkt c Statutu MTS i w związku z tym możemy ją rozważać przy interpretacji i wykładni klauzuli⁸³. Potwierdził to m.in. Doradczy Komitet Prawników w 1920 r. w trakcie projektowania Statutu STSM⁸⁴. W zakresie prawa międzynarodowego zasada nadużycia prawa może znaleźć zastosowanie w trzech sytuacjach⁸⁵. W jednej z nich prawo jest wykonywane rozmyślnie w celu, który jest inny od tego, dla którego prawo zostało przewidziane, co powoduje szkodę (*detournement de pouvoir*). Przekładając to na grunt klauzuli można by stwierdzić, że KNU została zaprojektowana i zastosowana w traktacie po to, by zapewnić traktowanie w zakresie praw materialnych takie samo, jak każdemu najbardziej uprzywilejowa-

⁸³ Warto również nadmienić, że art. 31 ust. 3 pkt c konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów stwierdza, że przy interpretacji łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę wszelkie odpowiednie reguły prawa międzynarodowego mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

⁸⁴ Uznano wówczas że zakaz nadużycia prawa oraz zasada *res iudicata* stanowią przykłady zasady ogólnej prawa. Arturo Ricci Busatti, włoski członek Komitetu, podawał przy tym jako przykład spory dotyczące prawa państwa nadbrzeżnego do ustalenia szerokości morza terytorialnego (w 1920 r. nie było to jeszcze rozstrzygnięte). Sąd, rozpatrując taką sprawę, będzie mógł dopuścić przepisy każdego z państw tak dalece jak nie naruszają one innych zasad, np. wolności żeglugi. *Procès-verbaux des séances du comité*, Haga 1920, s. 314-315. Zasadę nadużycia prawa licznie komentuje literatura przedmiotu. Zastosował ją m.in. Organ Odwoławczy WTO w sprawie zakazu importu pewnych krewetek i wyrobów z krewetek, WT/DS58/AB/R, raport przyjęty 6.11.1998 r.

⁸⁵ *Encyclopedia of Public International Law*, hasło: „abuse of rights”, t. 7, Amsterdam 1984, (oprac. A.C. Kiss), s. 1.

nemu państwo. Powołanie się na podstawie klauzuli na przepisy o rozstrzygnięciu sporów z innych traktatów w sytuacji, gdy samo zasady rozstrzygnięcia sporów zostały już przewidziane w traktacie podstawowym, stanowi korzystanie z prawa, jednak w celu innym niż ten pierwotnie projektowany. W związku z tym, gdy działania ma na celu obejście podstawowego celu KNU i nadużycie jej funkcji, to wówczas moglibyśmy rozważyć zastosowanie zasady *abus de droit*.

W innej sytuacji za nadużycie prawa uważa się arbitralne korzystanie z praw przez państwo, powodujące szkodę dla innych państw, nawet jeżeli nie mamy do czynienia z oczywistym naruszeniem ich praw. W takim przypadku zła wiara czy też intencja nie jest konieczna dla powołania zasady nadużycia prawa. Próba przeniesienia rozstrzygnięcia sporu do innego forum sądowego czy arbitrażowego nie będzie – co do zasady – pozbawiała drugiej strony możliwości obrony swych praw. Wydaje się jednak, że po to uwzględniono w traktacie regulację dotyczącą rozstrzygnięcia sporów, by wszelkie konflikty rozstrzygać w ramach jednej i tej samej procedury. W tym kontekście zastosowanie innych przepisów będzie dla drugiej strony jawiło się jako szkodliwe i dlatego może być uważane za nadużycie prawa.