

Filip Balcerzak, Stanisław Sołtysik

Jurysdykcja trybunałów arbitrażowych w sporach inwestycyjnych a kwestia rozszerzenia zgody na arbitraż państwa przyjmującego w wyniku zastosowania klauzuli największego uprzywilejowania

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 12, 133-164

2013

Artykuł został 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.

Filip Balcerzak^{a)}, Stanisław Sołtysik^{b)}

Jurysdykcja trybunałów arbitrażowych w sporach inwestycyjnych a kwestia rozszerzenia zgody na arbitraż państwa przyjmującego w wyniku zastosowania klauzuli największego uprzywilejowania*

Abstract: The article focuses on the issue of application of the most favoured nation (MFN) treatment to the dispute settlement mechanisms included in investment treaties. The analysis is made in the light of two recent, contradictory decisions issued in *Hochtief v. Argentina* and *Daimler v. Argentina* cases.

The article consists of two major parts. The first one starts with explaining the particular nature of the agreement to arbitrate present in investment arbitration based on international treaties.

It then proceeds to describe the MFN treatment using the example of Article 3 of the Bilateral Investment Treaty (BIT) between Argentina — Germany, identifying its basic elements. Subsequently, the analysis turns to the issue of the application of the MFN clause to the dispute settlement mechanisms included in BITs. It focuses on decisions of the arbitral tribunals rendered up to date, which considered this issue.

The authors then identify that the presence of third parties is a standard feature in investment arbitration (as the investors are not parties to the BITs which are concluded between states). Nevertheless the application of the MFN clauses to dispute settlement mechanisms results in an even more convoluted situation — the presence of “fourth” parties to the legal relation between the states — parties to the BITs (i.e. investors invoking the MFN clause in the underlying BIT to invoke the dispute resolution mechanism of another BIT).

^{a)} Mgr, LL.M., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Stypendysta Fundacji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu na 2013 r. Projekt zrealizowany ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2012/07/N/HS5/01003.

^{b)} Mgr, Uniwersytet Warszawski.

* Stan prawny na dzień 4 lutego 2013 r.

The second part of the article is a case study. It contains the analysis of the application of the MFN clause to the dispute settlement mechanisms at the example of the BIT Argentina — Germany (on which the contradictory decisions in *Hochtief v. Argentina* and *Daimler v. Argentina* were based). It focuses on the question whether the MFN clause included in art. 3 of the BIT Argentina — Germany can be invoked to avoid application of the eighteen months requirement included in art. 10 of that BIT.

This part of the article starts with the distinction between jurisdiction and admissibility and its relevance in the context of investment arbitration. Then it turns to the analysis of the elements of the MFN clause at the chosen example: (i) treatment, (ii) in the territory of the host state, (iii) less favourable, (iv) than accorded to investments or investors from a third state, (v) in like circumstances.

The conclusion is that there are arguments “for” and “against” the application of the MFN clause to dispute settlement mechanisms. Given the variety of BITs currently in force the final answer must be always based on the wording of particular provisions of the applicable BIT. The crucial point is whether the provision circumvented by resorting to the MFN clause is a condition to a host state’s consent, and thus an element of jurisdiction of the tribunal, or a procedural requirement, and thus an element of the admissibility of the claim. This, again, depends on the wording of the applicable investment treaty, as well as on the circumstances of a particular case. In case of the analysed Article 3 BIT Argentina — Germany the authors are of the opinion that the eighteen months requirement is part of the states’ consent to arbitrate. Thus, it is a jurisdictional element which means that under this particular BIT, the MFN clause cannot be relied on in order to avoid application of the eighteen months requirement.

Keywords: investment arbitration, investment treaties, BIT, dispute settlement mechanisms, Most Favoured Nation treatment, MFN clause, *Hochtief v. Argentina*, *Daimler v. Argentina*, jurisdiction, admissibility, consent to arbitrate

1. Wprowadzenie

W ciągu ostatnich lat liczba postępowań arbitrażowych opartych na dwu- i wielostronnych traktatach o ochronie i wspieraniu inwestycji [dalej: traktaty inwestycyjne lub BIT, od ang. *Bilateral Investment Treaty*]¹ wzrosła niepomniernie. O ile do 1996 r. w Międzynarodowym Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (ang. *International Center for Settlement of Investment Disputes* — ICSID) zarejestrowanych było jedynie 38 spraw, o tyle do czerwca 2012 r. liczba ta wzrosła do 390². Trzeba

¹ Zwrot BIT odnosi się do umów dwustronnych. Jednakże na potrzeby niniejszego artykułu pojęcie to obejmuje wszystkie traktaty inwestycyjne.

² *The ICSID Caseload — Statistics* (Issue 2012-2), s. 7. Dostępna w Internecie: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English32> [Data dostępu: 30 grudnia 2012 r.].

przy tym wziąć pod uwagę, że nie wszystkie postępowania arbitrażowe oparte na BIT-ach są administrowane przez ICSID. Jeżeli uwzględnić inne sprawy rozstrzygane w drodze arbitrażu inwestycyjnego, o których wiadomo opinii publicznej, to liczba spraw arbitrażowych na linii inwestor — państwo wzrosła według statystyki UNCTAD na koniec 2011 r. do 450 (a więc bez uwzględnienia pierwszych sześciu miesięcy 2012 r. — jak czyni to przytoczona statystyka dotycząca ICSID)³. Według statystyki UNCTAD, w samym 2011 r. wszczętych zostało ogółem 46 postępowań⁴. To aż o 8 postępowań więcej niż łączna liczba wszystkich spraw zarejestrowanych w ICSID do 1996 r.

Ten imponujący wzrost liczby postępowań z zakresu arbitrażu inwestycyjnego oraz fenomen popularności tego sposobu rozwiązywania sporów powodują wzrost liczby problemów prawnych pojawiających się podczas interpretacji traktatów inwestycyjnych. Jednym z nich jest kwestia zastosowania klauzul najwyższego tudzież największego uprzywilejowania (ang. *most favored nation clauses* — klauzule MFN) do szeroko pojętych uprawnień proceduralnych inwestora [dalej: kwestii proceduralnych lub postanowień proceduralnych]. Artykuł jest próbą udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy klauzule MFN mogą służyć temu, by eliminować pewne wymogi w zakresie wszczęcia postępowania arbitrażowego przeciwko państwu przyjmującemu, które są zawarte w BIT, w drodze „importowania” bardziej korzystnych postanowień innego traktatu inwestycyjnego zawartego między państwem przyjmującym a państwem trzecim.

Analiza tego problemu może być skutecznie przeprowadzona jedynie w zakresie ograniczonym do konkretnej klauzuli MFN (ewentualnie, w drodze dokonania ostrożnego uogólnienia, do grupy takich klauzul o podobnym brzmieniu). Należy bowiem zgodzić się z trybunałem orzekającym w sprawie *Tza Yap Shum przeciwko Peru*, że „każda klauzula MFN jest odrębnym światem i wymaga indywidualnej interpretacji w celu ustalenia zakresu jej zastosowania”⁵.

Mając to na uwadze, analiza zawarta w niniejszym artykule oparta jest na konkretnym przykładzie. Jest nim kwestia zastosowania klauzuli MFN zawartej w art. 3 Traktatu między Republiką Federalną Niemiec

³ *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) IIA Issues Note No. 1*, April 2012, s. 1. Dostępna w Internecie: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf [Data dostępu: 30 grudnia 2012 r.].

⁴ *Ibidem*, s. 1.

⁵ *Tza Yap Shum przeciwko Peru*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji oraz właściwości z 19 czerwca 2009 r., sprawa ICSID nr ARB/07/6, § 198 [tłum. — autorzy]. Wszystkie orzeczenia cytowane w niniejszym artykule dostępne w Internecie: <http://italaw.com/> [Data dostępu: 1 lutego 2013 r.].

a Republiką Argentyny o wzajemnym wspieraniu oraz ochronie inwestycji [dalej: BIT Argentyna — Niemcy]⁶ do usunięcia wymogu dochodzenia roszczeń w sądach państwowych przez okres 18 miesięcy, zawartego w art. 10 BIT-u Argentyna — Niemcy. Wybór tego konkretnego traktatu inwestycyjnego jako podstawy do analizy jest nieprzypadkowy. W październiku 2011 r. oraz w sierpniu 2012 r. na podstawie jego postanowień w sprawach *Hochtief przeciwko Argentynie*⁷ oraz *Daimler przeciwko Argentynie*⁸ zostały wydane krańcowo rozbieżne w analizowanym zakresie wyroki.

W artykule poruszona jest również kwestia rozróżnienia między jurysdykcją (ang. *jurisdiction*) trybunału arbitrażowego a dopuszczalnością przedłożonych mu roszczeń (ang. *admissibility*). W ocenie autorów, nie sposób dokonać analizy zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych bez analizy również tego zagadnienia.

2. Mechanizm zawierania umowy o arbitraż w arbitrażu inwestycyjnym

Tytułem wstępu należy najpierw zwrócić uwagę na naturę arbitrażu inwestycyjnego i podstawę jurysdykcji trybunałów arbitrażowych w tego typu postępowaniach.

Analizując jakiegokolwiek postępowanie arbitrażowe, należy określić, czy istnieje prawidłowa podstawa, aby móc rozstrzygać zaistniały spór w drodze arbitrażu. Jego istota opiera się bowiem na dobrowolności — strony postępowania arbitrażowego muszą wyrazić wolę rozstrzygnięcia sporu w taki sposób⁹. Arbitraż inwestycyjny wykazuje w tym zakresie pewne odrębności w porównaniu z arbitrażem handlowym¹⁰. Jedną

⁶ Traktat między Republiką Federalną Niemiec a Republiką Argentyny o wzajemnym wspieraniu i ochronie inwestycji, zawarty w Bonn dnia 9 kwietnia 1991 r. Dostępny w Internecie: http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany_argentina_sp.pdf [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.].

⁷ *Hochtief AG przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 24 października 2011 r., sprawa ICSID nr ARB/07/31.

⁸ *Daimler Financial Services AG przeciwko Argentynie*, orzeczenie z sierpnia 2012 r., sprawa ICSID nr ARB/05/1.

⁹ Tak np. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International 2009, s. 19; C. Schreuer: *Consent to Arbitration*. „Transnational Dispute Management” November 2005, vol. 2, issue 5, s. 1.

¹⁰ Na potrzeby artykułu zwrot „arbitraż inwestycyjny” obejmuje postępowania wszczęte na podstawie traktatów inwestycyjnych. Należy mieć na uwadze, że zwrot

z nich jest fakt, że w przypadku tego sposobu rozwiązywania sporów można mówić wręcz o nieodzownym udziale w postępowaniu osób trzecich, którymi są inwestorzy z państwa-strony danego BIT-u.

W kontekście postępowań między podmiotami niebędącymi państwami (podmiotami „prywatnymi”, tj. osobami fizycznymi, osobami prawnymi lub innego typu podmiotami niepublicznymi) poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego — wedle niektórych teorii — oznacza niejako „zrzeczenie się” jurysdykcji sądów powszechnych na rzecz arbitrażu¹¹. W przypadku arbitrażu inwestycyjnego konsekwencje zgody na arbitraż są nawet poważniejsze. Międzynarodowe prawo inwestycyjne opiera się przede wszystkim na prawie traktatów. Natomiast jedną z podstawowych zasad prawa międzynarodowego jest to, że wszczęcie i toczenie się jakiegokolwiek postępowania kończącego się wiążącym i egzekwowalnym orzeczeniem przeciwko państwu musi być efektem zgody tego państwa na takie postępowanie¹². Regułą jest bowiem brak możliwości postawienia państwa przed trybunałem mogącym wydać wiążące państwo orzeczenie, a zgoda na taką sytuację jest wyjątkiem. W tym kontekście zgoda na arbitraż — a raczej oferta arbitrażu — zawarta przez państwo w BIT oznacza niejako „zrzeczenie się” jednego z atrybutów państwa traktowanego jako suwerenny podmiot prawa międzynarodowego¹³.

Współcześnie większość postępowań arbitrażowych na linii inwestor — państwo opiera się na treści postanowień poszczególnych BIT-ów¹⁴. Są to umowy międzynarodowe zawierane między dwoma lub więcej państwami, które działają w ramach swoich uprawnień jako suwerenne pod-

ten może być rozumiany w szerszy sposób i odnosić się również do postępowań opartych na krajowym ustawodawstwie lub na umowach zawieranych między inwestorem a państwem.

¹¹ Oczywiście, skuteczne tylko do pewnego stopnia — jeśli postępowanie zostanie wszczęte przed sądem powszechnym, mimo wiążącej strony klauzuli arbitrażowej, a druga strona nie podniesie takiego zarzutu, w wielu jurysdykcjach sąd nie będzie badał tej okoliczności z urzędu. Szerzej na temat miejsca arbitrażu w systemie prawnym por. K. Weitz, T. Ereciński: *Sąd arbitrażowy*. Warszawa 2008, elektroniczny system informacji prawnej LexPolonica (rozdział I) oraz A.W. Wiśniewski: *Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego*. „ADR Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2(2), s. 53—77.

¹² Na przykład Status of Eastern Carelia case, PCIJ, Series B, No 5, s. 27; *Ambatielos, Merits: Obligation to Arbitrate case (1953)*, ICJ Reports, 1953, s. 19.

¹³ Zgodnie z niektórymi poglądami, „zapis na sąd polubowny stanowi dla państwa zrzeczenie się części swoich uprawnień władczych i dlatego przy dokonywaniu wykładni należy zachować szczególną ostrożność”. Por. M. Świątkowski: *Naruszenie przez państwo umowy z inwestorem zagranicznym w świetle traktatów inwestycyjnych*. Warszawa 2009, s. 131.

¹⁴ C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins, B. Sabahi: *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press 2008, s. 234.

mioty prawa międzynarodowego. Każdy BIT jest odrębnym traktatem i zawiera postanowienia, które określają zobowiązania, jakie państwa-strony przyjęły na siebie.

Szacuje się, że obecnie istnieje ponad 3 000 BIT-ów¹⁵. Należy mieć to na uwadze, analizując „system” międzynarodowego prawa inwestycyjnego i traktując go jako całość. Jak już zasygnalizowano we wstępie, analiza każdego przypadku musi być poprzedzona analizą tekstu postanowień konkretnego BIT-u, stanowiącego podstawę danego postępowania.

Zarysowuje się zatem pierwsza płaszczyzna zakreślająca krąg podmiotów relacji zachodzącej w przypadku wszczęcia postępowania arbitrażowego na podstawie BIT-u. Traktat inwestycyjny łączy bowiem dwa państwa (lub większą liczbę państw w przypadku traktatów wielostronnych), które go podpisały i ratyfikowały. Na potrzeby niniejszego artykułu, dla uproszczenia, przyjęto, że nie mamy do czynienia z umową wielostronną¹⁶, ale z „klasycznym” BIT-em zawartym przez dwa państwa (przytoczonym przykładem jest BIT Argentyna — Niemcy). Relacja zachodząca w przypadku BIT-u łączy zatem dwa podmioty — państwo A oraz państwo B (na analizowanym przykładzie jest to stosunek prawny między Argentyną a Niemcami).

Arbitraż opiera się na woli stron. W przypadku państw może ona być wyrażona w treści BIT-ów, jeśli zawierają tzw. klauzule jurysdykcyjne¹⁷. Pod tym pojęciem kryją się te postanowienia BIT-ów, zgodnie z treścią których rozstrzygnięcie ewentualnych sporów każdego z państw-stron z inwestorami pochodzącymi z drugiego z nich może odbyć się w drodze postępowania arbitrażowego. Postanowienia takie rozumie się jako „ofertę arbitrażu”, skierowaną nie do jednego konkretnego podmiotu (co jest typową sytuacją w arbitrażu handlowym, opierającym się w głównej mierze na klauzulach arbitrażowych zawierających zgodę na arbitraż wyrażoną w umowach handlowych), ale do pewnego kręgu podmiotów. Krąg ten określa się w sposób pośredni, tj. przez wskazanie pewnych cech, jakie musi mieć podmiot chcący ofertę arbitrażu przyjąć. Najczęściej, aby skorzystać z ochrony oferowanej przez BIT, inwestor musi mieć

¹⁵ Na koniec 2011 r. obowiązywały 3 164 traktaty międzynarodowe obejmujące ochronę inwestycji. Por. *UNCTAD World Investment Report 2012. Towards a New Generation of Investment Policies*. Nowy Jork—Genewa 2012, s. XX. Dostępna w Internecie: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf> [Data dostępu: 20 stycznia 2013 r.].

¹⁶ Jak np. Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu (ang. *North American Free Trade Agreement* — NAFTA), będący przykładem umowy trójstronnej, w której postanowienia dotyczące ochrony inwestycji są elementem szerszego porozumienia.

¹⁷ Istnieją BIT-y bez tego typu postanowień.

narodowość drugiego z państw-stron traktatu inwestycyjnego oraz dokończyć inwestycję w rozumieniu tego traktatu¹⁸.

Mechanizm rozwiązywania sporu w drodze postępowania arbitrażowego opartego na BIT zostaje uruchomiony jednostronnie, przez działanie inwestora. Kontrowersyjna pozostaje kwestia, czy w takiej sytuacji inwestor dochodzi swoich praw, tj. praw materialnych przyznanych mu przez państwa w BIT, czy też BIT przyznaje mu jedynie prawa proceduralne, z których inwestor czyni użytek w celu uzyskania odszkodowania za naruszenia zobowiązań jednego państwa względem drugiego¹⁹. Pozostaje to jednak bez wpływu na możliwość stwierdzenia, że inwestor wszczynający postępowanie arbitrażowe oparte na BIT jest podmiotem trzecim wobec stosunku prawnego istniejącego między państwami-stronami BIT-u.

Nie jest to zresztą jedyna cecha szczególna odróżniająca arbitraż inwestycyjny od arbitrażu handlowego, ani jedyna płaszczyzna podmiotowa, o jakiej można mówić w tym wypadku. W dalszej części artykułu, w kontekście zastosowania klauzul MFN do postanowień proceduralnych BIT-ów, zostanie wskazane, że w arbitrażu inwestycyjnym można wyodrębnić także kategorię „osób czwartych”.

3. Uwagi wstępne na temat klauzul MFN na przykładzie art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy

Analiza kwestii zastosowania klauzul MFN do postanowień proceduralnych BIT-ów musi obejmować wstępne, ogólne opisanie instytucji MFN i przybliżenia sposobu jej funkcjonowania. W kontekście prawa inwestycyjnego treścią klauzuli MFN jest nakaz traktowania przez każdą ze stron BIT-u inwestorów pochodzących z drugiej umawiającej się stro-

¹⁸ W przypadku gdy do danego sporu ma zastosowanie Konwencja z 18 marca 1965 r. o rozstrzygnięciu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw (ang. *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* — Konwencja ICSID), konieczne jest spełnienie również warunków zawartych w Konwencji ICSID, a w szczególności w jej art. 25.

¹⁹ Kwestia ta była analizowana m.in. w: *Cargill Inc. przeciwko Meksykowi*, orzeczenie z 13 sierpnia 2009, sprawa ICSID nr ARB(AF)/05/2; *Corn Products International Inc. przeciwko Meksykowi*, postanowienie w przedmiocie odpowiedzialności z 15 stycznia 2008, sprawa ICSID nr ARB(AF)/04/1; *Archer Daniels Midland Company & Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. przeciwko Meksykowi*, orzeczenie z 21 listopada 2007, sprawa ICSID nr ARB(AF)/04/05.

ny w sposób nie mniej korzystny niż inwestorów z jakiegokolwiek innego państwa²⁰. Celem klauzul MFN jest zapewnienie inwestorom drugiej umawiającej się strony przynajmniej takiej samej pozycji oraz uprawnień, jak innym inwestorom zagranicznym, a tym samym zagwarantowanie równej konkurencji na rynku państwa przyjmującego²¹.

Klauzule MFN funkcjonują nie tylko w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Należą do instytucji międzynarodowego prawa publicznego²². Godny odnotowania jest również fakt, że klauzul MFN nie postrzega się jako części prawa zwyczajowego²³. W związku z tym dla zaciągnięcia przez państwo zobowiązania dla traktowania inwestorów drugiej umawiającej się strony w sposób najbardziej uprzywilejowany konieczne jest zawarcie stosownej klauzuli, będącej podstawą takiego obowiązku²⁴.

Klauzule MFN kwalifikuje się jako relatywny standard ochronny²⁵. Oznacza to, że dla właściwego zastosowania klauzuli MFN konieczne jest porównanie uprawnień, jakie przysługuje inwestorowi na podstawie BIT-u, w którym zawarta jest klauzula MFN, z uprawnieniem przysługującym wobec państwa przyjmującego inwestorom państwa trzeciego na podstawie postanowień BIT-u zawartego między państwem przyjmującym a państwem trzecim²⁶. MFN jest ponadto standardem o charakterze przeciwdyskryminacyjnym²⁷. Ma on bowiem na celu zapobieganie dyskryminacyjnemu traktowaniu inwestora przez państwo przyjmujące w porównaniu z inwestorami z państw trzecich.

²⁰ C. Dugan, P. Hastings, D. Wallace, N. Rubins, B. Sabahi: *Investor-State Arbitration...*, s. 414.

²¹ P. Acconci: *Most Favoured Nation Treatment*. In: P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer: *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press 2008, s. 920.

²² Klauzule MFN pojawiały się już w dwunastowiecznych traktatach międzynarodowych. Por. Y. Radi: *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*. 18. „European Journal of International Law” 2007, 4, s. 758.

²³ R. Dolzer, Ch. Schreuer: *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press 2008, s. 186.

²⁴ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, L. Mistelis: *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press 2007, elektroniczna baza Investment Claims, s. 261–262.

²⁵ M. Jeżewski: *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*. Warszawa 2011, s. 141.

²⁶ A. Newcombe, L. Paradell: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International 2009, s. 225.

²⁷ Oprócz standardu traktowania narodowego oraz zakazu zachowań arbitralnych i dyskryminacyjnych, stanowi on jeden ze sposobów przeciwdziałania dyskryminacji inwestorów zagranicznych przez państwo przyjmujące. Por. C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins, B. Sabahi: *Investor-State Arbitration...*, s. 397.

Jako przykład klauzuli MFN można wskazać art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy. Ze względu na to, że postanowienie to jest przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego artykułu, zasadne jest przytoczenie jego treści w całości:

„Artykuł 3

1. Żadna Umawiająca się Strona **nie będzie przyznawać** inwestycjom dokonywanym **na jej terytorium** przez obywateli lub spółki drugiej Umawiającej się Strony, jak również inwestycjom, w które obywatele lub spółki drugiej Umawiającej się Strony są zaangażowani, **mniej korzystnego traktowania** niż to, które przyznawane jest inwestycjom dokonywanym przez obywateli lub spółki tej Umawiającej się Strony, jak również inwestycjom dokonywanym przez obywateli lub spółki **jakiegokolwiek państwa trzeciego**.
2. W odniesieniu do czynności związanych z inwestycjami **na terytorium** Umawiającej się Strony obywatele lub spółki drugiej Umawiającej się Strony **nie będą traktowani mniej korzystnie** niż obywatele i spółki tej Umawiającej się Strony lub obywatele lub spółki **jakiegokolwiek państwa trzeciego**.
3. Sposób traktowania, o którym mowa powyżej, nie dotyczy przywilejów przyznanych przez Umawiającą się Stronę obywatelom lub spółkom państw trzecich ze względu na członkostwo w unii celnej lub gospodarczej, uczestniczenie we wspólnym rynku lub strefie wolnego handlu.
4. Sposób traktowania przyznany na mocy niniejszego artykułu nie dotyczy przywilejów przyznanych przez Umawiającą się Stronę obywatelom lub spółkom państw trzecich na mocy porozumienia o unikaniu podwójnego opodatkowania lub jakichkolwiek innych porozumień w sprawach podatkowych²⁸.

Klauzule MFN zawarte są w pkt. 1 i 2 art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy, które przewidują traktowanie w sposób najwyższej uprzywilejowany odpowiednio inwestycji, jak i inwestorów. Przytoczone postanowienia łączą MFN ze standardem traktowania narodowego (ang. *National Treatment* — NT). Warto zauważyć, że oba punkty wzorowane są na klauzuli MFN z niemieckiego modelu BIT²⁹. Natomiast pkt. 3 i 4 zawierają wyjątki od standardów MFN i NT.

²⁸ Traktat pomiędzy Republiką Federalną Niemiec a Republiką Argentyny o wzajemnym wspieraniu i ochronie inwestycji, zawarty w Bonn 9 kwietnia 1991 r. Dostępny w Internecie: http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_argentina_sp.pdf [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.]; [podkreśl. i tłum. — autorzy].

²⁹ Takie rozwiązanie bywa nazywane „klasycznym”. R. Dolzer, Ch. Schreuer: *Principles...*, s. 187. Modele BIT to wzory traktatów wskazujących na praktykę danego

Analizując treść pkt. 1 i 2 art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy, można wyróżnić kilka warunków zastosowania klauzuli MFN. Dla ułatwienia w przytoczonej treści postanowień zostały one wyróżnione tekstem pogrubionym. Warunki te mają typowy charakter i są spotykane w wielu klauzulach MFN zawartych w różnych BIT-ach. Uprawnienia, z których może skorzystać inwestor w wyniku zastosowania klauzuli MFN, muszą wynikać z: (1) traktowania (2) na terytorium Umawiającej się Strony, (3) które nie może być mniej korzystne (4) niż to udzielone inwestorom albo inwestycjom inwestorów pochodzących z państw trzecich. Oprócz tego, standard MFN wymaga porównania sytuacji inwestora chcącego skorzystać z tej klauzuli z sytuacją hipotetycznego inwestora z państwa trzeciego. Zakłada to konieczność, by (5) porównywani inwestorzy znajdowali się w podobnej sytuacji (ang. *in like circumstances*)³⁰.

Standard MFN jest ograniczony w zakresie charakteru uprawnień, na jakie może się powołać beneficjent klauzuli MFN. Wyrażają się one w zasadzie *eiusdem generis*, zgodnie z którą zastosowanie klauzuli MFN ograniczone jest do zakresu przedmiotowego traktatu inwestycyjnego, w którym zawarta jest ta klauzula.

Zasadę *eiusdem generis* można wyjaśnić za pomocą porównania, jakiego dokonał A.D. McNair. Wskazał on, że zgodnie tą zasadą, państwo A nie może żądać od państwa B dokonania ekstradycji w myśl postanowienia traktatu o współpracy karnej między państwem B i C na podstawie klauzuli MFN zawartej w traktacie między państwem A i B, jeżeli ten dotyczy tylko wymiany handlowej między tymi państwami³¹. Zakres przedmiotowy traktatu A i B nie obejmuje współpracy w sprawach karnych, stąd i państwo A nie może od państwa B żądać — na zasadzie traktowania w sposób najbardziej uprzywilejowany — przyznania mu stosownych uprawnień, którymi cieszy się państwo C. Ta sama zasada stosuje się do klauzul MFN zawartych w traktatach inwestycyjnych. Dlatego też klauzule MFN zawarte w tego typu traktatach pozwalają na odwołanie jedynie do tych traktatów, które regulują ochronę inwestycji i inwestorów³².

państwa w zakresie konkretnych przepisów BIT, używane przez te państwa w negocjacjach. Por. C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins, B. Sabahi: *Investor-State Arbitration...*, s. 53.

³⁰ A. Newcombe, L. Paradell: *Law and Practice...*, s. 196.

³¹ A.D. McNair: *The Law of Treaties*. Oxford 1962, s. 287, cyt. za: *Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries 1978*. Rezolucja Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ przyjęta na 1522. posiedzeniu Komisji. „Yearbook of the International Law Commission” 1978, vol. 2, Part Two, s. 27. Dostępna w Internecie: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf [Data dostępu: 6 stycznia 2013 r.].

³² M. Jeżewski: *Międzynarodowe...*, s. 153.

4. Zastosowanie MFN do kwestii proceduralnych — zarys problemu oraz dotychczasowego orzecznictwa

4.1. Możliwość występowania w arbitrażu inwestycyjnym „osób czwartych”

Nie wydaje się budzić wątpliwości zastosowanie MFN do standardów materialnoprawnych ochrony inwestorów i inwestycji, takich jak: traktowanie bezstronne i słuszne (ang. *Fair and Equitable Treatment* — FET), zakaz wywłaszczenia (bez odpowiedniego odszkodowania, ang. *Prohibition of Expropriation*) czy też nakaz zapewniania przez państwo przyjmujące inwestorowi zagranicznemu i jego inwestycji pełnej ochrony i bezpieczeństwa (ang. *Full Protection and Security* — FPS)³³.

Pojawia się jednak pytanie, czy do takiej samej konkluzji można dojść w odniesieniu do uprawnień proceduralnych przysługujących inwestorom. Innymi słowy, czy inwestor drugiej umawiającej się strony może skorzystać z bardziej korzystnych dla niego postanowień BIT-u zawartego przez państwo przyjmujące z państwem trzecim, a dotyczących rozwiązywania sporów? Odpowiedź na tak sformułowane pytanie ma przy tym — jak wskazuje praktyka sporów inwestycyjnych — bardzo istotne znaczenie³⁴.

Jednym z wymogów zastosowania klauzuli MFN jest porównanie sytuacji inwestora — strony postępowania z innym podmiotem („komparator”), co wynika z relatywnego charakteru standardu MFN. Przy próbie zastosowania klauzuli MFN do klauzuli proceduralnej analiza musi zatem wykazać, czy inwestor z innego państwa, które również ma zawartą umowę BIT-u z państwem A (państwem przyjmującym inwestycję, na naszym przykładzie Argentyna), znajduje się w lepszej (korzystniejszej) sytuacji niż inwestor — strona postępowania.

Wprowadza to kolejną płaszczyznę podmiotową związaną z wyodrębnieniem kategorii „osób czwartych”. Mianowicie, ma miejsce porównanie inwestora — strony postępowania z investorem narodowości państwa C, tj. państwa-strony BIT-u zawartego między państwami A i C (w przyjętym przykładzie jest to BIT Argentyna — Chile). Następuje zatem porównanie sytuacji inwestora z państwa B (z Niemiec) z sytuacją inwestora z państwa C (z Chile). Inwestor z państwa B jest osobą trzecią w stosunku do

³³ R. Dolzer, Ch. Schreuer: *Principles...*, s. 190—191.

³⁴ Sprawy, w których inwestorzy powoływali się na klauzule MFN w odniesieniu do kwestii proceduralnych, wskazane zostaną w dalszej części artykułu.

traktatu zawartego między Argentyną a Niemcami. Jednocześnie inwestor z państwa C jest podmiotem obcym w odniesieniu do całości tego stosunku zachodzącego między państwami-stronami BIT-u A-B (Argentyna — Niemcy) oraz inwestorem wszczynającym na jego podstawie postępowanie arbitrażowe. W konsekwencji można stwierdzić, że inwestor z państwa C — komparator — jest niejako podmiotem „czwartym” w stosunku do relacji zachodzących między państwem A a państwem B, państwami-stronami traktatu podstawowego.

Analogicznie, inwestor z państwa B jest „osobą czwartą” wobec BIT-u między państwem A a państwem C. Nie będąc inwestorem z państw A i C (czyli osobą trzecią wobec zawartego między tymi państwami traktatu), korzysta on bowiem z postanowień tej umowy międzynarodowej.

4.2. Przykłady jednoznacznych klauzul MFN

Rozwiązanie problemu zastosowania klauzul MFN do postanowień proceduralnych zależy, jak sygnalizowano wcześniej, w znacznym stopniu od brzmienia klauzuli MFN, na którą powołuje się inwestor. Istnieją BIT-y zawierające klauzule, które bezpośrednio regulują analizowaną kwestię. Są to głównie BIT-y zawierane po 2000 r., których brzmienie było wypracowane już po wydaniu orzeczenia w przełomowej sprawie *Maffezini przeciwko Hiszpanii*³⁵. Od czasu publikacji tego orzeczenia zaczęto bowiem bacznie przyglądać się temu konkretnemu aspektowi zastosowania klauzul MFN.

Na przykład art. 3 BIT-u Bośnia i Hercegowina — Wielka Brytania z 2002 r. w sposób niebudzący jakichkolwiek wątpliwości wskazuje, że zastosowanie zawartej w nim klauzuli MFN rozciąga się na kwestie proceduralne (mechanizm rozwiązywania sporów zawarty został w art. 8 tego traktatu)³⁶.

³⁵ *Emilio Agustín Maffezini przeciwko Hiszpanii*, postanowienie w przedmiocie zarzutów jurysdykcyjnych z 25 stycznia 2000 r., sprawa ICSID nr ARB/97/7.

³⁶ Porozumienie między Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej a Bośnią i Hercegowiną w przedmiocie popierania i ochrony inwestycji, podpisane w dniu 2 października 2002 r. Dostępne w Internecie: http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/uk_bosnia.pdf [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.].

„Artykuł 3. **Traktowanie narodowe oraz w sposób najbardziej uprzywilejowany**

- (1) Żadna z Umawiających się Stron nie powinna poddawać na swoim terytorium inwestycji albo przychodów obywateli, albo spółek drugiej Umawiającej się Strony traktowaniu mniej korzystnemu niż to, któremu poddaje inwestycje albo przychody swoich własnych obywateli, albo spółek, albo inwestycje, albo przychody obywateli, albo spółek jakiegokolwiek Państwa trzeciego.

Takie rozwiązanie jest typowe dla BIT-ów zawieranych w ostatnich latach przez Wielką Brytanię³⁷.

Zupełnie odmienne podejście można zaobserwować w norweskim Modelu BIT-u z 2007 r.³⁸ Przyjęto w nim odwrotne rozwiązanie, zgodnie z którym zastosowanie klauzuli MFN do kwestii proceduralnych jest wyłączone³⁹.

Jeżeli sformułowania zawarte w klauzuli MFN danego BIT-u jednoznacznie określają, czy znajduje ona zastosowanie do postanowień proceduralnych, to sprawa jest jasna. Tego typu sytuacje zdarzają się jednak rzadko. Zazwyczaj klauzule MFN nie zawierają bowiem precyzyjnych wskazań co do swojego zastosowania w odniesieniu do kwestii mechanizmów rozwiązywania sporów⁴⁰.

(2) Żadna z Umawiających się Stron nie powinna poddawać na swoim terytorium obywateli albo spółek drugiej Umawiającej się Strony w zakresie zarządzania, używania, korzystania i zbycia inwestycji traktowaniu mniej korzystnemu niż to, któremu poddaje swoich własnych obywateli albo spółki, albo obywateli, albo spółki jakiegokolwiek Państwa trzeciego.

(3) Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości **potwierdza się, że traktowanie, o którym mowa w punkcie (1) oraz (2) powyżej, ma zastosowanie do przepisów artykułów 1–11 niniejszego Traktatu**” [podkreśl. i tłum. — autorzy].

³⁷ Wynika to z faktu, że takie postanowienie zawiera brytyjski Model BIT z 2004 r. Por. Y. Radi: *The Application...*, przyp. 13.

³⁸ Projekt norweskiego Modelu BIT z 2007 r. dostępny w Internecie: <http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf> [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.].

³⁹ „Art. [4]. **Traktowanie w sposób najbardziej uprzywilejowany**

1. Każda ze Stron powinna poddawać inwestorów drugiej Strony oraz dokonywane przez nich inwestycje traktowaniu nie mniej korzystnemu niż traktowanie, któremu poddaje ona w podobnych okolicznościach inwestorów jakiegokolwiek innego Państwa oraz dokonywane przez nich inwestycje, z zastrzeżeniem szczególnych dla niektórych państw wyjątków zawartych w Aneksie [B], w zakresie dostępu do rynku [ang. *establishment*], nabywania, rozwoju, zarządzania, dokonywania, prowadzenia oraz zbywania inwestycji.
2. Jeżeli Strona poddaje bardziej korzystnemu traktowaniu inwestorów jakiegokolwiek innego Państwa albo dokonywane przez nich inwestycje na podstawie porozumienia o wolnym handlu, unii celnej [albo podobnego porozumienia, które również przewiduje zasadniczą liberalizację dotyczącą inwestycji], albo porozumień dotyczących integracji rynku pracy, nie jest ona zobowiązana do poddawania takiemu traktowaniu inwestorów drugiej Strony albo dokonywanych przez nich inwestycji. Jednakże na żądanie drugiej Strony Strona ta powinna dać jej stosowną szansę wynegocjowania korzyści zawartych w takich porozumieniach.
3. Dla uniknięcia wszelkich wątpliwości **traktowanie, o którym mowa w ust. 1, nie obejmuje mechanizmów rozwiązywania sporów zawartych w niniejszym Traktacie albo w innych Traktatach Międzynarodowych**” [podkreśl. i tłum. — autorzy].

⁴⁰ A. Newcombe, L. Paradell: *Law and Practice...*, s. 205.

4.3. Dotychczasowe orzecznictwo trybunałów arbitrażowych

W sytuacji braku wyraźnego uregulowania w tekście klauzuli MFN kwestii jej zastosowania do postanowień proceduralnych rozstrzygnięcie tego problemu musi nastąpić w drodze jej wykładni. Trybunały arbitrażowe podjęły próby interpretacji postanowień BIT-ów w tym zakresie. Dotychczasowa praktyka jest daleka od spójnej, a orzecznictwo w tym zakresie „nie jest jednolite, co sprzyja rozbieżnym opiniom, należy jednak zauważyć dość ścisły związek, jaki istnieje między konkretnym brzmieniem klauzuli a jej skutkami prawnymi w odniesieniu do uprawnień proceduralnych inwestora”⁴¹. Przyczynia się do tego fakt, że — w ocenie trybunałów arbitrażowych — sposoby dochodzenia roszczeń znajdują się na „innym poziomie normatywnym” niż zobowiązanie materialnoprawne państwa do określonego zachowania, którego naruszenie może stanowić podstawę roszczenia⁴².

Pierwszym opublikowanym orzeczeniem, w którym poruszono kwestię zastosowania klauzuli MFN do postanowień proceduralnych zawartych w innym traktacie, było orzeczenie wydane w sprawie *Maffezini przeciwko Hiszpanii*⁴³. Trybunał dopuścił w nim zastosowanie klauzuli MFN do obejścia wymogu dochodzenia roszczeń przed sądami hiszpańskimi krajowymi przez okres 18 miesięcy, stwierdzając między innymi, że „obecnie postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów są nierozzerwalnie związane z ochroną inwestorów zagranicznych”⁴⁴. Jednocześnie w orzeczeniu podniesiono, że zastosowanie klauzuli MFN do kwestii proceduralnych w pewnych sytuacjach musi napotykać ograniczenia.

W wielu orzeczeniach zapadłych po wydaniu postanowienia w sprawie *Maffezini* trybunały dochodziły do podobnych wniosków w zakresie dopuszczalności zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych. Tytułem przykładu można przywołać między innymi orzeczenia w sprawach: *Siemens przeciwko Argentynie*⁴⁵, *Gas Natural przeciwko Argentynie*⁴⁶, *Telefónica przeciwko Argentynie*⁴⁷, *National Grid przeciwko*

⁴¹ M. Jeżewski: *Międzynarodowe...*, s. 165.

⁴² *Ibidem*, s. 175.

⁴³ *Emilio Agustín Maffezini przeciwko Hiszpanii*, postanowienie w przedmiocie zarzutów jurysdykcyjnych z 25 stycznia 2000 r., sprawa ICSID nr ARB/97/7.

⁴⁴ *Ibidem*, § 54. Aczkolwiek należy zwrócić uwagę, że to orzeczenie było oparte na traktacie inwestycyjnym zawierającym bardzo szerokie sformułowanie klauzuli MFN.

⁴⁵ *Siemens A.G. przeciwko Argentynie*, postanowienie w sprawie jurysdykcji z 3 sierpnia 2004 r., sprawa ICSID nr ARB/02/08.

⁴⁶ *Gas Natural SDG, S.A. przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie wstępnych zagadnień dotyczących jurysdykcji z 17 czerwca 2005 r., sprawa ICSID nr ARB/03/10.

⁴⁷ *Telefónica S.A. przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie zarzutów jurysdykcyjnych z 25 maja 2006 r., sprawa ICSID nr ARB-03-20.

Argentynie⁴⁸, *Suez przeciwko Argentynie*⁴⁹, *RosInvest przeciwko Rosji*⁵⁰, *Impregilo przeciwko Argentynie*⁵¹ czy *Hochtief przeciwko Argentynie* (wpisujące się w tzw. linię orzeczniczą *Maffezini*)⁵².

Z wyjątkiem orzeczenia w sprawie *RosInvest przeciwko Rosji*, we wszystkich wyżej wymienionych sprawach arbitrzy zdecydowali o kwestii zastosowania klauzuli MFN w celu obejścia wymogu prowadzenia postępowania w sprawie przez minimum 18 miesięcy przed sądami powszechnymi państwa przyjmującego⁵³.

Jednocześnie w wielu innych postępowaniach trybunały podejmowały decyzje całkowicie odmienne, odmawiając zgody na zastosowanie klauzuli MFN do kwestii proceduralnych. Na przykład, w sprawie *Salini przeciwko Jordanii* trybunał odmówił zastosowania klauzuli MFN do obejścia wymogu rozwiązywania sporów, zgodnie z postanowieniami klauzuli w zawartej przez inwestora umowie inwestycyjnej⁵⁴. W sprawie *Plama przeciwko Bułgarii* za niedopuszczalne uznano zastosowanie klauzuli MFN w celu uzyskania ochrony gwarantowanej w Konwencji ICSID, nieprzewidzianej w traktacie podstawowym, jak również rozszerzenie zakresu jurysdykcji trybunału ponad kwestie ograniczone do określenia wysokości odszkodowania w przypadku wywłaszczenia, do których ograniczała się zgoda na arbitraż wyrażona przez państwo przyjmujące

⁴⁸ *National Grid PLC przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 20 czerwca 2006, reguły UNCITRAL.

⁴⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 16 maja 2006 r., sprawa ICSID nr ARB/03/17; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 3 sierpnia 2006 r., sprawa ICSID nr ARB/03/19.

⁵⁰ *RosInvestCo UK Ltd. przeciwko Federacji Rosyjskiej*, orzeczenie w przedmiocie jurysdykcji z października 2007 r., sprawa arbitrażowa nr V 079/2005 Instytutu Arbitrażowej Sztokholmskiej Izby Handlowej (ang. *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* — SCC).

⁵¹ *Impregilo S.p.A. przeciwko Argentynie*, orzeczenie z 21 czerwca 2011 r., sprawa ICSID nr ARB/07/17.

⁵² *Hochtief AG przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 24 października 2011 r., sprawa ICSID nr ARB/07/31.

⁵³ W sprawie *RosInvest* przedmiotem rozstrzygnięcia było to, czy jest możliwe zastosowanie klauzuli MFN w celu rozszerzenia zakresu jurysdykcji trybunału w sytuacji, gdy traktat podstawowy zawierał zgodę państwa przyjmującego na arbitraż jedynie w zakresie określenia wysokości i sposobu zapłaty odszkodowania za wywłaszczenie lub innych kwestii będących konsekwencją wywłaszczenia, ale nieobejmującej pozostałych materialnoprawnych standardów ochrony ani kwestii samego wywłaszczenia, tj. określenia, czy jest ono zgodne z treścią BIT-u.

⁵⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. przeciwko Jordanii*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z listopada 2004 r., sprawa ICSID nr ARB/02/13.

w traktacie podstawowym⁵⁵. Kilkukrotnie podejmowano (również bezskutecznie) próby zastosowania klauzuli MFN do „rozszerzenia” zakresu jurysdykcji trybunału, ograniczonej w traktatach podstawowych jedynie do kwestii wysokości odszkodowania należnego w przypadku wywłaszczenia — między innymi w sprawach: *Tza-Yap-Shum przeciwko Peru*⁵⁶, *Renta 4 przeciwko Rosji*⁵⁷, *Berschader przeciwko Rosji*⁵⁸, *Telenor przeciwko Węgrom*⁵⁹ czy *Austrian Airlines przeciwko Słowacji*⁶⁰. Natomiast trybunał w sprawie *Wintershall przeciwko Argentynie* odrzucił możliwość zastosowania klauzuli MFN do obejścia wymogu dochodzenia się przed sądami powszechnymi państwa przyjmującego w okresie minimum 18 miesięcy⁶¹.

Można zaobserwować pewien trend, wskazujący, że trybunały arbitrażowe dopuszczały możliwość stosowania klauzuli MFN w przypadkach, gdy inwestor powoływał się na nią „w celu skorzystania z dogodniejszego rozwiązania o charakterze proceduralno-technicznym”⁶², np. skrócenia czasu oczekiwania niezbędnego do wszczęcia postępowania arbitrażowego. Z odmową natomiast spotykały się próby zastosowania klauzuli MFN w przypadku dążenia inwestorów do „rozszerzenia właściwości sądu arbitrażowego na sprawy, które nie zostały mu powierzone w traktacie podstawowym”⁶³. Trend ten wydawał się wskazywać na pewną przewidywalność podejścia trybunałów arbitrażowych do kwestii stosowania klauzuli MFN do postanowień proceduralnych⁶⁴.

Można jednak zauważyć odstępstwa od tak zarysowanej prawidłowości. Po pierwsze, w przywoływanej już sprawie *RosInvest przeciwko Rosji* trybunał zastosował klauzulę MFN do „rozszerzenia” zakresu ju-

⁵⁵ *Plama Consortium Limited przeciwko Bułgarii*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 8 lutego 2005 r., sprawa ICSID nr ARB/03/24.

⁵⁶ *Tza Yap Shum przeciwko Peru*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji i właściwości z 19 czerwca 2009 r., sprawa ICSID nr ARB/07/6.

⁵⁷ *Renta 4 S.V.S.A. et al. przeciwko Rosji*, orzeczenie w przedmiocie zagadnień wstępnych z 20 marca 2009 r., sprawa SCC nr V 024/2007.

⁵⁸ *Vladimir Berschader i Moise Berschader przeciwko Rosji*, orzeczenie z 21 kwietnia 2006 r., sprawa SCC nr V 080/2004.

⁵⁹ *Telenor Mobile Communications A.S. przeciwko Węgrom*, orzeczenie z 22 czerwca 2006 r., sprawa ICSID nr ARB/04/15.

⁶⁰ *Austrian Airlines przeciwko Słowacji*, orzeczenie końcowe z 9 października 2009 r., reguły UNCITRAL.

⁶¹ *Wintershall Aktiengesellschaft przeciwko Argentynie*, orzeczenie z 8 grudnia 2008 r., sprawa ICSID nr ARB/04/14.

⁶² M. Świątkowski: *Naruszenie...*, s. 173.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ G. Domański, M. Świątkowski: *Application of the Most Favored Nation Clause to Jurisdiction Provisions in Light of the Award in Austrian Airlines v. Slovakia*. „Czech Yearbook of International Law” 2011, vol. 2, s. 83.

rysdykcji ponad treść traktatu podstawowego, zgodnie z którą jurysdykcja obejmowała jedynie określenie wysokości odszkodowania z tytułu wywłaszczenia. Drugim przykładem jest sprawa *Wintershall przeciwko Argentynie*, w której uznano za niedopuszczalne zastosowanie klauzuli MFN do obejścia wymogu dochodzenia przez 18 miesięcy roszczeń w sądach powszechnych państwa przyjmującego.

Ta względna przewidywalność orzekania trybunałów arbitrażowych w przedmiocie zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych straciła jednakże na aktualności. Na przestrzeni mniej niż dwunastu miesięcy, w październiku 2011 r. oraz w sierpniu 2012 r., zostały wydane dwa całkowicie z sobą sprzeczne orzeczenia w sprawach *Hochtief przeciwko Argentynie*⁶⁵ i *Daimler przeciwko Argentynie*⁶⁶. Oba rozstrzygnięcia wydane były na podstawie tego samego BIT-u Argentyna — Niemcy, a także dotyczyły identycznego problemu, tj. kwestii możliwości zastosowania klauzuli MFN do obejścia wymogu dochodzenia roszczeń przez 18 miesięcy w sądach państwa przyjmującego. W sprawie *Hochtief przeciwko Argentynie* trybunał uwzględnił argumentację inwestora niemieckiego i stwierdził, że jest właściwy do rozpoznania sporu, mimo że inwestor nie dochodził swoich roszczeń w sądach argentyńskich przez wymagany okres. W sprawie *Daimler przeciwko Argentynie* zapadło zupełnie odmienne rozstrzygnięcie — trybunał stwierdził brak swojej jurysdykcji ze względu na niespełnienie przez inwestora wymogu dochodzenia roszczeń w sądach argentyńskich przez 18 miesięcy. Pikanterii całej sprawie dodaje fakt, że w obu przypadkach orzeczenia nie były jednomyślne, zapadły większością 2 : 1, a przegłosowani członkowie obu trybunałów złożyli obszernie zdania odrębne⁶⁷.

Jak można zauważyć, dyskusja dotycząca zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych wciąż budzi wiele kontrowersji wśród praktyków i teoretyków międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

⁶⁵ *Hochtief AG przeciwko Argentynie*, postanowienie w przedmiocie jurysdykcji z 24 października 2011 r., sprawa ICSID nr ARB/07/31.

⁶⁶ *Daimler Financial Services AG przeciwko Argentynie*, orzeczenie z sierpnia 2012 r., sprawa ICSID nr ARB/05/1.

⁶⁷ Co więcej, wyrok w sprawie *Daimler przeciwko Argentynie* jest jaskrawym przykładem nie tylko rozbieżności w ocenie poruszanego problemu, ale również braku przewidywalności rozstrzygnięć. W skład trybunału w sprawie *Daimler przeciwko Argentynie* wchodził: prof. Pierre-Marie Dupuy, sędzia Charles N. Brower oraz prof. Domingo Bello Janeiro. Profesor Domingo Bello zasiadał wcześniej m.in. w trybunale w sprawie *Siemens przeciwko Argentynie*, która dotyczyła zastosowania tego samego BIT-u Argentyna — Niemcy, a w której trybunał jednomyślnie dopuścił możliwość zastosowania klauzuli MFN do kwestii obejścia wymogu dochodzenia przez 18 miesięcy roszczeń w sądach argentyńskich.

5. Studium przypadku — MFN a wymóg osiemnastomiesięcznego dochodzenia roszczeń w sądach państwowych na przykładzie BIT-u Argentyna — Niemcy

Uwagi poczynione wcześniej wskazują, że analizy zastosowania klauzuli MFN do postanowień proceduralnych nie można dokonywać *in abstracto*. Klauzule MFN różnią się bowiem między sobą brzmieniem i zakresem, wobec tego trudno wysnuwać jednoznaczne wnioski, które miałyby zastosowanie do całego „systemu” arbitrażu inwestycyjnego. Kwestię tę należy rozważać na konkretnym przykładzie.

Jak pokazują powołane przykłady z orzecznictwa, oprócz treści samej klauzuli MFN, znaczenie ma również uprawnienie, jakie inwestor pragnie uzyskać w wyniku jej zastosowania. Ocena możliwości zastosowania klauzuli MFN może się różnić w zależności od tego, czy inwestor będzie próbował obejść wymóg dochodzenia roszczeń przed sądami państwowymi przez minimum 18 miesięcy, czy też będzie chciał rozszerzyć zakres przedmiotowy jurysdykcji trybunału arbitrażowego.

Niniejszy artykuł analizuje pierwszy ze wskazanych przypadków, tj. obejście wymogu osiemnastomiesięcznego dochodzenia roszczeń przed sądami państwowymi. Rozważania zawarte w artykule opierają się na przywołanym BIT Argentyna — Niemcy, zawierającym taki wymóg w art. 10 oraz klauzulę MFN w art. 3⁶⁸. Za podstawę rozważań przyjęto sytuację, w której inwestor niemiecki chce wszcząć postępowanie arbitrażowe przeciwko Argentynie, próbując na podstawie klauzuli MFN powołać się na postanowienie zawarte w art. X BIT-u Argentyna — Chile⁶⁹,

⁶⁸ „Artykuł 10:
[...]

(3) Spór może zostać **przekazany do rozstrzygnięcia międzynarodowemu trybunałowi arbitrażowemu** w następujących przypadkach:

- (a) **na wniosek którejkolwiek ze stron, jeśli w ciągu 18 miesięcy** od wszczęcia postępowania sądowego, zgodnie z pkt. 2 niniejszego artykułu, **sąd nie wydał ostatecznego orzeczenia** w sprawie, lub jeżeli takie postanowienie zostało wydane, lecz spór między stronami nadal istnieje;
- (b) za obopólną zgodą stron” [podkreśl. i tłum. — autorzy].

⁶⁹ Traktat między Republiką Argentyny a Republiką Chile o wzajemnej promocji i ochronie inwestycji, zawarty 2 sierpnia 1991 r. Dostępny w Internecie: http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/chile_argentina_sp.pdf [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.].

zgodnie z którym przed wszczęciem postępowania arbitrażowego inwestor nie musi dochodzić swoich praw przez 18 miesięcy w sądach państwa przyjmującego.

Analiza opiera się na regułach interpretacji traktatów określonych w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r. [dalej: Konwencja wiedeńska]⁷⁰, która w art. 31 odzwierciedla zwyczajowe prawo międzynarodowe⁷¹. Zgodnie z art. 31 ust. 1, traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu. Artykuł 32 Konwencji wiedeńskiej przewiduje możliwość zastosowania uzupełniających środków interpretacji, takich jak prace przygotowawcze do traktatu oraz okoliczności jego zawarcia.

5.1. Jurysdykcja trybunału arbitrażowego a dopuszczalność roszczenia

Pierwsza potencjalna przeszkoda w zastosowaniu klauzuli MFN do postanowień proceduralnych wynika z charakteru kreowanych tymi postanowieniami uprawnień. Przyznają one inwestorowi prawo dochodzenia (przeciwko państwu przyjmującemu) roszczenia o naruszenie standardów ochrony zawartych w BIT. Innymi słowy, stanowią one swoistą ofertę poddania sporu pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego, skierowaną przez państwo do inwestorów⁷². Wymóg dochodzenia przez

„Artykuł X

[...]

- (2) Jeżeli spór **nie został rozstrzygnięty** w ciągu **sześciu miesięcy** od chwili, w której zostało złożone stosowne powiadomienie przez jedną albo drugą stronę, powinien on zostać poddany rozstrzygnięciu, **wedle wyboru obywatela albo spółki**:
- albo sądów krajowych Umawiającej się Strony będącej stroną sporu;
 - albo międzynarodowego trybunału arbitrażowego na warunkach opisanych w pkt. 3.

Dokonany przez obywatela albo spółkę sporu wybór między poddaniem sporu rozstrzygnięciu sądów krajowych Umawiającej się Strony będącej stroną sporu albo międzynarodowego trybunału arbitrażowego jest wiążący” [podkreśl. i tłum. — autorzy].

⁷⁰ Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439.

⁷¹ M. Shaw: *Prawo międzynarodowe*. Warszawa 2006, s. 539.

⁷² Por. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, s. 43. Dostępny w Internecie: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.] — „Zgoda [na poddanie sporu rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego — autorzy] może być wyrażona np. w klauzuli zawartej w umowie inwestycyjnej, zawierającej poddanie przyszłych sporów wynikających z tej umowy pod rozstrzygnięcie Centrum [ICSID — autorzy] albo w kompromisie dotyczącym sporu już

inwestora roszczeń w sądach argentyńskich przez okres 18 miesięcy można więc uznać za warunek oferty państwa — zgody na poddanie sporu ze swoim udziałem rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego. W takim ujęciu byłby on zatem warunkiem *sine qua non* jurysdykcji trybunału arbitrażowego.

Zasadą prawa międzynarodowego jest to, że wszystkie metody prowadzące do wiążącego rozstrzygnięcia sporów z udziałem państw mogą być zastosowane wyłącznie za zgodą tych państw⁷³. Nie oznacza to oczywiście, że taka zgoda musi być zawarta w wyraźnym oświadczeniu państwa⁷⁴. Należy jednak wykazać, że państwo rzeczywiście wyraziło wolę rozstrzygnięcia sporu ze swoim udziałem przez trybunał arbitrażowy. W braku wyrażenia przez państwo zgody nie można domniemywać jej istnienia, ponieważ jakiegokolwiek ograniczenie nakładane na niezależność państwa nie może być domniemywane⁷⁵.

Z powyższych względów wymóg dochodzenia roszczeń w sądach argentyńskich przez minimum 18 miesięcy zawarty w art. 10 BIT-u Argentyna — Niemcy można uznać za warunek wyrażenia przez Argentynę zgody na poddanie sporu rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego. W takim wypadku, dla obejścia tego warunku w drodze zastosowania klauzuli MFN z art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy, konieczne byłoby wykazanie, że państwa-strony traktatu przewidywały zastosowanie klauzuli MFN do postanowień proceduralnych i się na nie zgodziły.

Istnieją argumenty przemawiające za odmienną interpretacją analizowanej kwestii, zgodnie z którą warunek osiemnastomiesięcznego dochodzenia roszczeń przed sądami argentyńskimi nie dotyczy kwestii jurysdykcji trybunału arbitrażowego, lecz dopuszczalności dochodzenia przed nim konkretnego roszczenia⁷⁶.

zaistniałego. Konwencja [ICSID — autorzy] nie wymaga, aby zgoda obu stron była wyrażona w jednym instrumencie. Stąd państwo przyjmujące może zawrzeć w aktach prawnych dotyczących popierania inwestycji ofertę poddania sporów wynikających z pewnych rodzajów inwestycji rozstrzygnięciu Centrum, a inwestor może wyrazić swoją zgodę [na takie poddanie] przez akceptację tej oferty na piśmie"; tłum. — autorzy.

⁷³ M. Shaw: *Prawo Międzynarodowe...*, s. 587.

⁷⁴ Wyrok wydany w sprawie praw mniejszości na Górnym Śląsku (Szkoły Mniejszości), 1928 PCIJ (ser. A) Nr 15 (26 kwietnia), s. 24.

⁷⁵ *Wintershall przeciwko Argentynie*, § 160.3. Należy jednak podkreślić, że wykluczenie zgody domniemanej nie wyklucza możliwości stwierdzenia wyinterpretowania zgody z postanowień traktatów lub umów zawartych przez państwo.

⁷⁶ Koncepcja dopuszczalności roszczenia została przyjęta i rozwinięta przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (ang. *International Court of Justice* — ICJ) na tle art. 79(1) Regulaminu ICJ, zgodnie z którym zarzuty wysuwane przez stronę pozwaną mogą dotyczyć albo jurysdykcji ICJ, albo dopuszczalności podania (ang. *application*), albo innych kwestii (ang. „[a]ny objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection”, Regulamin Trybunału (1978)

Aby przybliżyć różnicę między tymi pojęciami, można posłużyć się słowami G. Fitzmaurice'a. Wskazał on, że „bezskuteczne podniesienie zarzutu braku jurysdykcji nie wyklucza tego, że rozstrzygnięcie co do meritum będzie niemożliwe ze względu na postanowienie w przedmiocie braku materialnoprawnej dopuszczalności roszczenia”⁷⁷. Zarzut dotyczący braku dopuszczalności roszczenia jest więc twierdzeniem, że trybunał arbitrażowy nie może orzec o przedłożonych mu roszczeniach z powodu nieleżącego w sferze *meritum*, lecz dotyczącego wadliwości tych roszczeń⁷⁸, która sprawia, że nie mogą one zostać merytorycznie rozpoznane przez trybunał. Tym różni się on od zarzutu dotyczącego jurysdykcji, którego treścią jest żądanie uznania, że trybunał arbitrażowy nie może wydać jakiegokolwiek orzeczenia⁷⁹. Zarzut braku jurysdykcji dotyczy więc ogólnej kompetencji trybunału do orzekania w danej sprawie⁸⁰, podczas gdy zarzut braku dopuszczalności roszczenia dotyczy wadliwości samego roszczenia⁸¹.

Jeżeli wymóg dochodzenia przez niemieckiego inwestora roszczeń w sądach argentyńskich, zawarty w art. 10 BIT-u Argentyna — Niemcy, uznać za element dotyczący dopuszczalności roszczenia, to można byłoby twierdzić, że nie ma on charakteru jurysdykcyjnego, a zatem nie jest warunkiem zgody Argentyny na poddanie sporów z niemieckimi inwestorami pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego. Przy takim założeniu łatwiej byłoby zaakceptować ominięcie wymogu dochodzenia przez inwe-

przyjęty w dn. 14 kwietnia 1978 r., data wejścia w życie 1 lipca 1978. Dostępny w Internecie: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> [Data dostępu: 13 stycznia 2013 r.].

⁷⁷ G. Fitzmaurice: *The law and procedure of the International Court of Justice*; cyt. za: J. Paulsson: *Jurisdiction and admissibility*. In: G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P.M. Patocchi, A.M. Whitesell: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publishing 2005, publikacja ICC nr 693, s. 604.

⁷⁸ D. Williams: *Jurisdiction and Admissibility*. In: P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer: *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press 2008, s. 919. Jako przykład niedopuszczalności roszczenia wskazuje on nadmierną zwłokę w przedłożeniu roszczeń pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego.

⁷⁹ Poza orzeczeniem końcowym stwierdzającym brak jurysdykcji.

⁸⁰ D. Williams: *Jurisdiction...*, s. 920.

⁸¹ Rozróżnienie między jurysdykcją trybunału a dopuszczalnością skargi może mieć poważne konsekwencje w praktyce. W przypadku bowiem braku dopuszczalności roszczenia wyrok trybunału jest wiążący. Natomiast w przypadku stwierdzenia jurysdykcji, mimo jej rzeczywistego braku, wyrok wydany w postępowaniu arbitrażowym obarczony jest ryzykiem jego anulowania (ang. *annulment*), jeśli postępowanie toczy się w ramach systemu ICSID, uchylecia w państwie, w którym było miejsce arbitrażu, albo odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku poza granicami państwa miejsca arbitrażu. Podobnie J. Paulsson: *Jurisdiction...*, s. 601, 617.

stora roszczeń przez okres 18 miesięcy w sądach argentyńskich w wyniku zastosowania klauzuli MFN.

Oceniając powyższe, należy zauważyć, że samo rozróżnienie między jurysdykcją trybunału a dopuszczalnością roszczenia jest w arbitrażu inwestycyjnym kwestią dyskusyjną⁸². Bardziej przekonujący jest pogląd, zgodnie z którym wymóg dochodzenia roszczeń przed sądami argentyńskimi dotyczy jurysdykcji trybunału, a nie dopuszczalności roszczeń. Należy zgodzić się z trybunałem arbitrażowym orzekającym w sprawie *Daimler przeciwko Argentynie*, który stwierdził, że postanowienia dotyczące rozwiązywania sporów zawarte w traktacie inwestycyjnym mają z istoty rzeczy charakter jurysdykcyjny⁸³. Rzeczony wymóg ma właśnie taki charakter, skoro jest wyraźnie wpisany w treść art. 10 BIT-u Argentyna — Niemcy.

Taki wniosek wydaje się uzasadniony także w świetle poglądów wyrażanych w doktrynie na temat dopuszczalności roszczeń. Wskazuje się, że przyczyną jej braku może być np.: zwłoka w przedłożeniu ich do rozpoznania, niepoddanie się mediacji, mimo zaciągnięcia stosownego zobowiązania, uprzednie zrzeczenie się dochodzonych roszczeń, jałowość sporu, fakt, że zaistniały między stronami spór nie ma charakteru prawnego czy brak w postępowaniu osoby trzeciej, której udział jest nieodzowny⁸⁴. Podane wyżej przykłady łączy to, że niemożliwość wydania orzeczenia merytorycznego nie wynika z niezachowania warunków przewidzianych w danym traktacie, ale raczej ze względów aksjologicznych, słusznościowych czy też praktycznych. Fakt, że wymóg dochodzenia roszczeń przez 18 miesięcy przed sądami argentyńskimi jest wyraźnie zapisany w treści BIT-u Argentyna — Niemcy potwierdza pogląd, że w przypadku jego niespełnienia nie można mówić o braku dopuszczalności roszczeń, ale raczej o braku ziszczenia się warunku będącego elementem zgody Argentyny na arbitraż, wyrażonej w BIT, a tym samym brakiem spełnienia się przesłanki koniecznej dla jurysdykcji trybunału arbitrażowego.

⁸² A. Newcombe: *Investor Misconduct. Jurisdiction, admissibility or merits?* In: C. Brown, K. Miles: *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge University Press 2011, s. 192—193; *Daimler przeciwko Argentynie*, § 192.

⁸³ *Daimler przeciwko Argentynie*, § 193.

⁸⁴ A. Newcombe: *Investor Misconduct...*, s. 196; J. Paulsson: *Jurisdiction...*, s. 616.

5.2. Analiza tekstu i elementów klauzuli MFN zawartej w BIT Argentyna — Niemcy

Artykuł 3 BIT-u Argentyna — Niemcy (cytowany wcześniej w treści artykułu) zawiera elementy charakterystyczne klauzuli MFN, które powtarzają się w innych traktatach inwestycyjnych. BIT ten obejmuje przy tym ochroną zarówno inwestycje (pkt 1), jak i inwestorów, jednakże jedynie w odniesieniu do czynności związanych z inwestycjami (pkt 2).

Z treści przytoczonego przepisu BIT-u można wyodrębnić elementy klauzuli MFN, które muszą być spełnione, aby mogła ona zostać zastosowana: (1) traktowanie, (2) na terytorium państwa-strony BIT-u, (3) które nie może być mniej korzystne (4) niż to udzielone inwestorom albo inwestycjom inwestorów pochodzących z państw trzecich.

Czwarty z elementów wymaga porównania sytuacji inwestora chcącego skorzystać z klauzuli MFN z sytuacją hipotetycznego inwestora z państwa trzeciego, co implikuje występowanie piątego elementu, mimo braku jego wyodrębnienia w treści art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy, zgodnie z którym porównywani inwestorzy muszą znajdować się w podobnej sytuacji (ang. *in like circumstances*).

Podkreślić należy, że wszystkie elementy muszą zostać spełnione łącznie. Brak spełnienia któregokolwiek z nich wyklucza możliwość zastosowania klauzuli MFN.

Na potrzeby niniejszego artykułu nie trzeba poddawać szczegółowej analizie czwartego i piątego ze wskazanych elementów. Można bowiem założyć, że wykazanie ich spełnienia w przypadku zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych co do zasady nie budzi wątpliwości.

5.2.1. Traktowanie

Pojęcie „traktowanie” co do zasady nie jest definiowane w BIT-ach. Niewątpliwie obejmuje wszelkiego rodzaju działania „pozytywne” państwa, tj. działania polegające na pewnej aktywności państwa lub jego organów wobec inwestycji lub inwestorów⁸⁵. Tym samym zastosowanie klauzuli MFN w zasadzie bezdyskusyjnie może mieć miejsce w stosunku do materialnoprawnych standardów ochrony interesów.

Należałoby zatem rozumieć traktowanie jako pewne zachowanie w stosunku do inwestorów lub inwestycji. Wątpliwości może budzić kwestia, czy „traktowanie” może polegać nie tylko na działaniu, ale również

⁸⁵ Na przykład trybunał w sprawie *Siemens przeciwko Argentynie* w § 85 stwierdził, że pojęcie „traktowanie” w zwykłym znaczeniu odnosi się do „zachowania” w stosunku do osoby. Trybunał zwrócił uwagę, że omawiany w orzeczeniu BIT nie nadaje użytemu zwrotowi autonomicznego znaczenia ani nawet go nie opisuje.

na zaniechaniu podejmowania pewnych działań. Pojęcie „traktowanie” jest jednak tak szerokie, że nie można wykluczyć sytuacji, w której traktowaniem jest zaniechanie. W konsekwencji klauzula MFN może mieć zastosowanie także do standardów typu odmowa sprawiedliwości (ang. *denial of justice*). Tym samym można stwierdzić, że pojęcie „traktowanie” co do zasady obejmuje każde zachowanie państwa względem inwestora⁸⁶.

Podstawową kwestią, którą należałoby rozstrzygnąć w tym miejscu, jest określenie, co miałyby stanowić „traktowanie” na potrzeby zastosowania klauzuli MFN do postanowień proceduralnych. Pierwszą możliwością byłoby przyjęcie, że traktowaniem jest wyrażenie zgody na arbitraż w traktacie inwestycyjnym w postaci oferty skierowanej do inwestorów z drugiego państwa-strony BIT-u. Drugim rozwiązaniem byłoby rozumienie traktowania jako odmowy zgody na konkretne postępowanie, wyrażającej się w podniesieniu przez państwo przyjmujące zarzutu braku jurysdykcji trybunału arbitrażowego do rozpoznania sporu na skutek niespełnienia wymogu dochodzenia roszczeń przed sądami państwowymi przez okres minimum 18 miesięcy.

Analizując przedstawione możliwości, przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że postępowanie arbitrażowe zostaje wszczęte przez inwestora w konsekwencji naruszenia przez państwo BIT-u. Już sam arbitraż jest więc wynikiem pewnego zachowania państwa — a więc „traktowania” w rozumieniu innych materialnoprawnych standardów ochrony zawartych w traktacie, które — w ocenie inwestora — naruszyło te standardy ochrony inwestora lub inwestycji. W tym kontekście logicznie poprawne jest, aby zwrot „traktowanie” w kontekście MFN nie obejmował swoim zakresem postanowień BIT-u. Natomiast kwestie proceduralne, które próbuje obejść inwestor, są postanowieniami BIT-u odnoszącymi się do „oferty” państwa na arbitraż⁸⁷. Znajdują one zastosowanie dopiero w wyniku wniesienia powództwa opartego na zarzucie naruszenia BIT-u. Do tego momentu bowiem postanowienie jurysdykcyjne zawarte w BIT jest niejako „uśpione” i może znaleźć zastosowanie dopiero, gdy inwestor zdecyduje się na uruchomienie procedury rozwiązywania sporów przewidzianej w traktacie⁸⁸.

⁸⁶ M. Jeżewski (*Międzynarodowe...*, s. 156—157) wskazuje w tym zakresie, że termin „traktowanie” może też obejmować zachowania związane z rozwiązywaniem sporu w drodze arbitrażu międzynarodowego. Dodaje także, że „nie zmienia to faktu, że ostateczna konkluzja co do możliwości takiego zastosowania klauzuli zależy przede wszystkim od specyficznego jej sformułowania w danym traktacie”.

⁸⁷ Nawet jeśli przyjąć, że stanowią one o dopuszczalności roszczenia, a nie jurysdykcji trybunału.

⁸⁸ Możliwe jest teoretycznie wyrażenie zgody na arbitraż przez inwestora wcześniej, przed powstaniem sporu. Nie zdarza się to jednak w praktyce.

Czy można natomiast zgodzić się ze stwierdzeniem, że „traktowaniem” jest zachowanie państwa przyjmującego, polegające na odmowie wyrażenia zgody na poddanie sporu rozstrzygnięciu sądu polubownego z inwestorem wszczynającym postępowanie, podczas gdy państwo wyraża taką zgodę wobec inwestorów z innego państwa? Innymi słowy, czy takim traktowaniem może być podniesienie zarzutu dotyczącego braku jurysdykcji trybunału lub, alternatywnie, braku dopuszczalności roszczenia?

W udzieleniu odpowiedzi na tak postawione pytanie pomocna może okazać się analiza wyjątków zawartych w pkt. 3 oraz 4 art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy. Te postanowienia BIT-u wskazują wiele wyłączeń przedmiotowych dotyczących „traktowania”, w odniesieniu do których państwa-strony BIT-u wyraźnie przewidziały, że MFN nie ma zastosowania.

Rozwiązywania sporów nie ma wśród wyjątków wskazanych w klauzuli MFN. Może to stanowić pewną wskazówkę interpretacyjną, zgodnie z którą gdyby państwa-strony BIT-u chciały wyłączyć z katalogu przypadków „traktowania” rozumianego jako element klauzuli MFN kwestie związane z rozwiązywaniem sporów, to mogłyby to wyraźnie przewidzieć w art. 3 BIT-u i zawrzeć w tym zakresie odpowiednie, wyraźne postanowienie. Takie rozumienie wyjątków zawartych w art. 3 BIT-u jest zgodne z zasadą *expressio unius est exclusio alterius*, tj. wyraźne wskazanie jednego elementu wyłącza pozostałe⁸⁹.

Przeciwko takiemu rozumieniu przemawia natomiast to, że wszystkie przewidziane w art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy wyjątki odnoszą się do kwestii o charakterze materialnoprawnym. Odwołują się bowiem do „traktowania” dotyczącego przywilejów wynikających: z unii celnych lub gospodarczych, uczestniczenia we wspólnych rynkach lub strefach wolnego handlu, jak również wynikających z porozumień o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz innych, związanych ze sprawami podatkowymi. Żaden z wyjątków nie odnosi się do kwestii o charakterze proceduralnym. Całkowicie odmienny charakter wyjątków przewidzianych w BIT od postanowień tego samego BIT-u zawierających zgodę (ofertę) na arbitraż może być interpretowany w taki sposób, że podmioty zawierające traktat nie brały pod uwagę zastosowania klauzuli MFN do „klauzuli jurysdykcyjnej”, a z tego powodu w trakcie negocjacji treści BIT-u strony w ogóle nie rozważały możliwości zawarcia stosownego wyjątku w treści klauzuli MFN⁹⁰.

⁸⁹ Tak np. trybunał w *National Grid przeciwko Argentynie*, § 82.

⁹⁰ W tym sensie wypowiedział się trybunał w *Daimler przeciwko Argentynie*, § 238—239.

Takie podejście wymaga, aby badać zgodny zamiar państw-stron BIT-u w momencie zawierania traktatu. W 1991 r. państwa zawierając BIT-y nie brały pod uwagę możliwości zastosowania klauzul MFN do kwestii proceduralnych. Problem ten pojawił się w praktyce po raz pierwszy dopiero w 2000 r., w sprawie *Maffezini przeciwko Hiszpanii*. Do tego momentu problematyka zastosowania klauzul MFN do kwestii proceduralnych nie pojawiała się ani w praktyce, ani nie była analizowana w doktrynie⁹¹.

Przy takim założeniu należy wziąć pod uwagę, że strony BIT-u Argentyna — Niemcy oficjalnie nie zaprzeczyły interpretacji dopuszczającej zastosowanie MFN do postanowień jurysdykcyjnych, jak również jej nie potwierdziły. Ich pasywność można byłoby rozumieć jako milczące uznanie dopuszczalności tej praktyki.

Problematiczne jest jednakże pytanie, czy rzeczywiście decydujące znaczenie powinien mieć zamiar stron zawierających traktat inwestycyjny w momencie jego zawierania. Jest to podejście niewątpliwie odpowiednie w przypadku badania woli stron w sytuacji klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie prawa handlowego lub umowie inwestycyjnej. Niekoniecznie musi ono zawsze znajdować zastosowanie w przypadku badania znaczenia postanowienia BIT-u rozumianego jako traktat prawa międzynarodowego. Rozważyć można by zastosowanie dynamicznej metody interpretacji, tj. interpretacji postanowień traktatu w świetle obecnych okoliczności. Dynamiczna interpretacja traktatów, jako odpowiedź na nieustanny rozwój rzeczywistości, stosowana jest na przykład w przypadku traktatów gwarantujących ochronę praw człowieka⁹². Należałoby zwrócić uwagę, że oba typy traktatów — BIT-y oraz traktaty gwarantujące ochronę praw człowieka — mają wspólny mianownik, jakim jest ochrona praw jednostek⁹³. Jednakże wątpliwości rodzą się między inny-

⁹¹ W raporcie UNCTAD dotyczącym klauzuli MFN wskazuje się, że interpretacja klauzuli MFN dokonana w sprawie *Maffezini przeciwko Hiszpanii* „była zaskoczeniem” (ang. *came as a surprise*) dla osób uczestniczących w negocjacjach BIT-ów, osób odpowiedzialnych za kształtowanie polityki, jak również akademików i praktyków międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Por. *United Nations Conference on Trade and Development, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on International Investment Agreements II* (Nowy Jork—Genewa 2010), s. 100.

⁹² Prawa człowieka chronione w międzynarodowych traktatach są stosowane w świetle zmieniających się stosunków społecznych (ang. *developing social attitudes*) — *Ros-Invest przeciwko Rosji*, § 39. Jeśli chodzi o dynamiczną interpretację traktatów, których przedmiotem jest ochrona praw człowieka, por. M. Shaw: *Prawo międzynarodowe...*, s. 541, który wskazuje w odniesieniu do Europejskiej konwencji praw człowieka (Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności), że jest ona „żyjącym dokumentem, który powinien być interpretowany w świetle obecnych warunków”.

⁹³ Oczywiście, jednostki muszą spełnić inne wymagania, aby móc skorzystać z ochrony gwarantowanej przez oba typy instrumentów prawnych. Zastosowanie dynamicznej

mi w odniesieniu do kwestii, czy dynamiczna metoda interpretacji traktatu inwestycyjnego powinna wziąć górę nad zgodnym zamiarem stron w przypadku traktatów dwustronnych, a nie wielostronnych.

Jak można zauważyć, istnieją przekonujące argumenty, przemawiające zarówno „za”, jak i „przeciw” rozumieniu „traktowania” jako elementu klauzuli MFN, pozwalającego na jej zastosowanie do postanowień proceduralnych traktatu inwestycyjnego.

5.2.2. Na terytorium państwa

Drugim z elementów klauzuli MFN, które muszą być spełnione, aby ta mogła zostać zastosowana, jest wymóg, by traktowanie miało miejsce „na terytorium państwa”, któremu zarzuca się naruszenie BIT-u.

Należy mieć na uwadze, że jedną z najważniejszych cech arbitrażu inwestycyjnego jest jego międzynarodowy charakter, wyrażający się między innymi w oderwaniu od terytorium państwa przyjmującego. Dzięki temu ryzyko wpływu autorytetu państwa na decyzje podejmowane przez skład orzekający jest znacząco zredukowane. Jest to jeden z elementów, które w oczach inwestorów zagranicznych decydują o atrakcyjności rozstrzygnięcia sporów z państwem przyjmującym w drodze międzynarodowego arbitrażu.

Co więcej, to właśnie sądownictwa powszechnego orzekającego „na terytorium państwa” przyjmującego inwestor stara się uniknąć. Ten sam cel przyświeca mu, gdy próbuje wszcząć postępowanie arbitrażowe przy jednoczesnym powołaniu się na klauzulę MFN, w celu obejścia wymogu dochodzenia przez 18 miesięcy roszczeń w sądach powszechnych państwa przyjmującego.

Podchodząc do tej kwestii od strony praktycznej, miejsce arbitrażu (ang. *seat of arbitration*) w przypadku postępowań arbitrażowych wszczętych na podstawie oferty zawartej w BIT w ogromnej większości przypadków znajduje się poza terytorium państwa przyjmującego inwestycję. Oczywiście, miejsce arbitrażu może znajdować się na terytorium państwa przyjmującego, jednakże jest to sytuacja w zasadzie niespotykana w praktyce⁹⁴.

W świetle przytoczonych argumentów należałoby podsumować, że w postępowaniach arbitrażowych nie jest spełniony element klauzuli

interpretacji traktatu w powyższym znaczeniu zostało odrzucone m.in. przez trybunał w sprawie *RosInvest przeciwko Rosji*, który stwierdził w § 39, że dynamiczna interpretacja nie może przeważać nad koniecznością analizy jurysdykcji trybunału na podstawie zgody na arbitraż wyrażonej przez strony postępowania.

⁹⁴ W takim sensie wypowiada się trybunał w *Daimler przeciwko Argentynie*, § 227—231.

MFN „na terytorium”. Jednak możliwa jest również inna interpretacja analizowanego tutaj elementu. Jeśli bowiem zgodzić się z założeniem przedstawionym wcześniej, że „traktowaniem” w myśl pierwszego elementu klauzuli MFN jest dokonana przez państwo przyjmujące odmowa poddania sporu z inwestorem jurysdykcji trybunału arbitrażowego, a nie sama treść postanowienia BIT-u, to fakt, czy postępowanie się toczy, czy też nie jest jedynie skutkiem takiego traktowania. Samo traktowanie, rozumiane jako odmowa udzielenia zgody na arbitraż, tj. działanie podjęte przez państwo przyjmujące, może być uważane za podjęte na terytorium państwa⁹⁵.

Taka interpretacja ma jednakże zasadniczą słabość. Mianowicie, jeśli postępowanie rzeczywiście się już toczy i miejsce arbitrażu znajduje się poza terytorium państwa, to zarzut braku jurysdykcji lub niedopuszczalności skargi jest podnoszony przez państwo w ramach tego postępowania. Możliwe jest więc sformułowanie argumentu, że czynność ta jest podejmowana w miejscu wskazanym przez strony jako miejsce arbitrażu.

Zatem także i w odniesieniu do elementu „na terytorium państwa” istnieją argumenty, które mogą być użyte zarówno dla uzasadnienia dopuszczenia zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych, jak i przeciwko takiemu zastosowaniu.

5.2.3. W sposób nie mniej korzystny

Nawet jeśli mimo wszelkich wcześniej wskazanych wątpliwości uznać, że w przypadku postanowień proceduralnych można mówić o traktowaniu na terytorium państwa, to wciąż nie oznacza to, że można zastosować klauzulę MFN do postanowień proceduralnych. Powstaje bowiem pytanie, jak można porównać wymóg dochodzenia roszczeń przed sądami argentyńskimi przez okres 18 miesięcy zawarty w art. 10 BIT-u Argentyna — Niemcy z wymogiem, aby inwestor poddał swoje roszczenie albo rozstrzygnięciu sądów krajowych, albo trybunału arbitrażowego w myśl art. X BIT-u Argentyna — Chile (określanego mianem *fork in the road*).

Odpowiedź na to pytanie zależy od miernika, jaki przyłoży się do obu sytuacji. Teoretycznie trybunały mogą albo polegać na twierdzeniach inwestora, albo analizować sytuację *in abstracto*, albo wreszcie poddać analizie okoliczności konkretnej sprawy i ocenić, które z rozwiązań jest korzystniejsze dla tego konkretnego inwestora.

⁹⁵ W taki sposób argumentował trybunał w sprawie *Hochtief przeciwko Argentynie*, stwierdzając w § 109, że traktowaniem było „naleganie” (ang. *insistence*) państwa na zachowanie wymogu postępowania przed sądami powszechnymi przez minimum 18 miesięcy, również w formie podniesienia zarzutu braku jurysdykcji trybunału opartego na niespełnieniu tego wymogu.

Pierwszą ze wskazanych możliwości należy odrzucić. Artykuł 3 BIT-u Argentyna — Niemcy stanowi, że „[ż]adna Umawiająca się Strona nie będzie przyznawać mniej korzystnego traktowania”. Postanowienie to nie zawiera żadnych dalszych wskazań w kontekście sposobu ustalania przypadków, w których zachodzi mniej korzystne traktowanie. Wobec tego należy uznać, że konieczne jest dokonanie przez trybunał arbitrażowy badania tego czynnika w sposób obiektywny. Poprzestanie na samych twierdzeniach inwestora, że dane traktowanie jest dla niego bardziej korzystne byłoby niewystarczające⁹⁶.

Mniej zastrzeżeń budzi druga z wymienionych możliwości, polegająca na porównaniu postanowień BIT-ów w oderwaniu od konkretnej sytuacji danego inwestora. Zaletą takiego rozwiązania jest nadanie pojęciu „traktowanie w sposób nie mniej korzystny” obiektywnego znaczenia, które zwiększa pewność prawa oraz pozwala państwom-stronom traktatu inwestycyjnego na racjonalną ocenę zobowiązań, które podjęły, zawierając BIT. Jednakże przy takim założeniu często trudno jest dojść do jednoznacznych wniosków, czy postanowienie BIT-u, z którego przez zastosowanie klauzuli MFN chce skorzystać inwestor, jest bardziej korzystne od postanowienia BIT-u, w którym klauzula ta jest zawarta.

Zwolennicy stosowania klauzul MFN do postanowień proceduralnych wskazują, że zawsze bardziej korzystna jest sytuacja, w której inwestorowi przysługuje wybór między uprawnieniami, z których może on skorzystać, niż sytuacja, w której taki wybór nie istnieje⁹⁷. Przeciwnicy twierdzą natomiast, że „mniej korzystny” nie oznacza „nieidentyczny”⁹⁸, co zakłada, że dopóki nie można jasno powiedzieć, że jedno z rozwiązań jest *in abstracto* korzystniejsze od drugiego, dopóty klauzula MFN nie ma zastosowania. Powoduje to, że zastosowanie obiektywnego miernika do oceny, czy traktowanie jest mniej korzystne, choć z pozoru może wydawać się nieskomplikowane, okazuje się zależne od punktu widzenia każdego arbitra. Pozwala to w prosty sposób uzasadnić dojście do skrajnych konkluzji.

Z wymienionych powodów może się więc wydawać, że trzecie rozwiązanie, tj. analiza tego, czy dane rozwiązanie jest mniej korzystne w sytuacji danego inwestora, jest najlepszym pomysłem. Takie podejście pozwala bowiem jednoznacznie i obiektywnie ocenić, czy traktowanie w konkretnej sprawie jest mniej korzystne, czy też nie. Stosując to rozwiązanie w omawianym w niniejszym artykule przypadku, można jednoznacznie stwierdzić, czy w danej sytuacji korzystniejsze jest dla inwestora nie-

⁹⁶ Do takiej samej konkluzji, choć opierając się na innych przesłankach, doszedł trybunał w sprawie *Daimler przeciwko Argentynie*. Trybunał odwołał się do wartości, jaką jest pewność prawa. Por. § 245—246.

⁹⁷ *Hochtief przeciwko Argentynie*, § 100.

⁹⁸ *Daimler przeciwko Argentynie*, § 242.

mieckiego pozostanie przy art. 10 BIT-u Argentyna — Niemcy, przewidującym wymóg osiemnastomiesięcznego dochodzenia roszczeń przed sądami argentyńskimi, czy też może skorzystanie z art. X BIT-u Argentyna — Chile, zawierającego klauzulę rozłącznego wyboru forum.

Jednakże ta metoda niesie z sobą pewną nieprzewidywalność. Zastosowanie klauzuli MFN będzie bowiem za każdym razem zależało od okoliczności danej sprawy, nie zaś od obiektywnego porównania dwóch rozwiązań prawnych, którego dokonuje się w przypadku zastosowania drugiego rozwiązania, opisanego wcześniej. Dlatego też trudno jednoznacznie wskazać, które z tych rozwiązań należy stosować, oceniając element MFN, którym jest wymóg traktowania inwestora w sposób nie mniej korzystny niż inwestorów z innych państw trzecich.

6. Podsumowanie

Problematyka zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych zawartych w BIT-ach wciąż wywołuje wiele wątpliwości. Prawdopodobnie upłynie jeszcze sporo czasu, zanim utrwali się w tym zakresie jednolita linia orzecznicza, a sama kwestia przestanie budzić kontrowersje⁹⁹.

Do niedawna wydawało się, że klaryfikowały się pewne zasady dotyczące zastosowania klauzul MFN do postanowień proceduralnych. Dotychczasowe rozstrzygnięcia trybunałów arbitrażowych w odniesieniu do tej kwestii można było zasadniczo podzielić na dwie grupy. Jeżeli zastosowanie klauzuli MFN miało dotyczyć obejścia wymogów czysto proceduralnych, takich jak wymóg dochodzenia roszczeń przed sądami państwowymi przez wskazany okres, to trybunały arbitrażowe zazwyczaj uwzględniały argumentację inwestora. Za niedopuszczalne uznawały one natomiast próby rozszerzenia zakresu *ratione materiae* jurysdykcji trybunału.

Sytuację zmieniło wydanie przez trybunały orzekające w sprawach *Hochtief przeciwko Argentynie* oraz *Daimler przeciwko Argentynie* dwóch zupełnie rozbieżnych orzeczeń na podstawie tego samego traktatu inwestycyjnego i dotyczących tego samego postanowienia tegoż traktatu.

W tym świetle ponownego podkreślenia wymaga fakt, że jakakolwiek analiza poruszanej problematyki musi uwzględniać to, że brzmienie klauzul MFN zawartych w poszczególnych BIT-ach jest zróżnicowane. Kształt i znaczenie norm prawnych zawartych w klauzulach MFN oraz w klauzulach proceduralnych zależy bowiem w głównej mierze od tre-

⁹⁹ Przy zastrzeżeniu, że arbitraż inwestycyjny nie uznaje, przynajmniej formalnie, wiążącej mocy precedensu.

ści zawierających je postanowień każdego BIT-u¹⁰⁰. Można pokusić się o stwierdzenie, że pominięcie znaczenia tekstu konkretnego instrumentu prawnego prowadzi w wielu analizach do utrzymujących się rozbieżności w poglądach na temat możliwości zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych.

Mając jednakże powyższe na uwadze, dla celów akademickich możliwe jest dokonanie uogólnień. Prowadzą one do zarysowania pewnych „klasycznych” elementów klauzuli MFN, zawartych w większości klauzul MFN, które muszą być spełnione łącznie, aby zastosowanie klauzuli MFN było prawnie dopuszczalne.

W treści artykułu przedstawiono argumenty „za” i „przeciw” zastosowaniu klauzuli MFN do kwestii proceduralnych na przykładzie BIT-u Argentyna — Niemcy oraz hipotetycznego inwestora z Niemiec, który próbowałby podnieść argument o zastosowaniu art. 3 tegoż BIT-u w celu obejścia wymogu prowadzenia postępowania przed argentyńskimi sądami powszechnymi przez okres minimum 18 miesięcy. Zarówno argumenty „za”, jak i argumenty „przeciw” są oparte na regułach interpretacji i znajdują uzasadnienie w treści BIT-u, jego celach oraz okolicznościach przykładowej sprawy.

To, które argumenty bardziej przemawiają do poszczególnych osób, w dużej mierze zależy od punktu wyjścia przyjętego w prowadzonych rozważaniach, który jest konsekwencją dotychczasowego doświadczenia oraz profilu osoby — czy podchodzi się do tematu z perspektywy arbitrażu handlowego, czy też z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego? Czy swoim wykształceniem i pracą reprezentuje się system prawa kontynentalnego, czy też *common law*? Jakkolwiek poszczególne czynniki nie przesądzają samoistnie o podejściu do sprawy, niewątpliwie wpływają na postrzeganie problemu.

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem przywoływanym przez zwolenników zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych, zgodnie z którym arbitraż jest częścią ochrony inwestycji gwarantowanej w BIT-ach, z której mogą skorzystać inwestorzy¹⁰¹. W ocenie autorów nie przesądza to jeszcze o możliwości zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych. Nie można dorozumiewać, jakoby klauzula MFN ze swej natury obejmowała kwestie proceduralne. Aby tak było, klauzula MFN nie może pozostawiać wątpliwości, że taki był zamiar państw-stron BIT-u¹⁰².

W każdym przypadku ostateczna odpowiedź na problem zastosowania MFN do kwestii proceduralnej musi sprowadzać się do oceny, czy

¹⁰⁰ A. Newcombe, L. Paradell: *Law and Practice...*, s. 204—205.

¹⁰¹ Tak np. *Siemens przeciwko Argentynie*, § 102.

¹⁰² Tak np. *Plama przeciwko Bułgarii*, § 223.

w danych okolicznościach wymóg proceduralny, do którego obejścia dąży inwestor, stanowi element jurysdykcji trybunału, czy też dopuszczalności roszczenia. Innymi słowy, ostateczna decyzja będzie zależała od określenia, czy wymóg jest elementem zgody państwa na arbitraż, wyrażonej w postaci oferty ujętej w traktacie inwestycyjnym.

Artykuł podejmuje próbę rozstrzygnięcia tej kwestii na wybranym przykładzie. W ocenie autorów, wymóg procesowania przed sądami powszechnymi przez okres minimum 18 miesięcy zawarty w BIT Argentyna — Niemcy stanowi element oferty na arbitraż wyrażonej przez państwa-strony BIT-u¹⁰³. Skoro jest to element oferty arbitrażu, inwestor może z oferty skorzystać na warunkach w niej określonych, albo nie może z niej skorzystać w ogóle. Nie może on natomiast skorzystać tylko z tych elementów oferty, które sam wybierze¹⁰⁴. W takim bowiem przypadku trybunał musi stwierdzić brak jurysdykcji.

Nie oznacza to, że autorzy odrzucają jakąkolwiek możliwość zastosowania klauzuli MFN do kwestii proceduralnych. Konstatacja o niedopuszczalności takiego postępowania została sformułowana na tle analizowanego przykładu skorzystania z art. 3 BIT-u Argentyna — Niemcy dla ominięcia wymogu dochodzenia roszczeń przed sądami powszechnymi przez minimum 18 miesięcy. Odmienne okoliczności faktyczne i stan prawny, a w szczególności jeżeli można ustalić, że wola państw-stron BIT-u było dopuszczenie stosowania klauzuli MFN do postanowień proceduralnych, mogą uzasadniać zakwalifikowanie wymogów proceduralnych jako elementu dopuszczalności roszczenia, a nie jurysdykcji trybunału, a w konsekwencji możliwość zastosowania klauzul MFN do postanowień proceduralnych¹⁰⁵.

¹⁰³ Tak np. *Wintershall przeciwko Argentynie*, § 160. Odmienne np. *Hochtief przeciwko Argentynie*, § 86.

¹⁰⁴ Do podobnych wniosków dochodzi M. Świątkowski: „Słuszne wydaje się zatem podejście sądu w sprawie *Wintershall*, że przepisy jurysdykcyjne traktatu stanowią ofertę dotyczącą sposobu rozwiązywania sporów, którą inwestor może, wedle własnego uznania, przyjąć albo nie. Jeżeli inwestor decyduje się na jej przyjęcie, to jego oświadczenie może dotyczyć jedynie całej oferty, a nie jej poszczególnych elementów”. Por. M. Świątkowski: *Naruszenie...*, s. 174.

¹⁰⁵ Może to wynikać nie tylko z jasnego uregulowania tej kwestii w treści BIT-u, ale również z innych okoliczności, jak np. z prac przygotowawczych (*travaux préparatoires*) danego traktatu (art. 32 Konwencji wiedeńskiej) lub też ze stosownej deklaracji obu państw-stron BIT-u (art. 31 ust. 3 Konwencji wiedeńskiej, aczkolwiek dyskusyjna pozostaje skuteczność takiej deklaracji w odniesieniu do postępowań, które w momencie jej wydania już się toczą). Wniosek ten jest zbieżny z poglądem wyrażonym przez M. Świątkowskiego: „powyższe jest prawdziwe, o ile z treści traktatu albo z innych dokumentów nie wynika, że wola państwa-strony traktatu była odmienna, a mianowicie, że godziły się na stosowanie klauzuli najwyższego uprzywilejowania do części albo do wszystkich przepisów jurysdykcyjnych”. Por. M. Świątkowski: *Naruszenie...*, s. 131.