

Łukasz Gruszczyński*
Lucja Nowak**

**JEDNOLITE OPAKOWANIA WYROBÓW
TYTONIOWYCH A MIĘDZYNARODOWE PRAWO
INWESTYCYJNE: UWAGI W KONTEKŚCIE SPORU
*PHILIP MORRIS ASIA LIMITED V. AUSTRALIA*¹**

I. Wstęp

Celem międzynarodowego prawa inwestycyjnego jest zapewnienie odpowiedniej ochrony inwestorom zagranicznym. Zakłada się, że istnienie takiej ochrony poprawia atrakcyjność inwestycyjną danego państwa, przyczyniając się do większego napływu kapitałów i technologii, a tym samym szybszego rozwoju gospodarczego. W ostatnich latach międzynarodowe prawo inwestycyjne stało się jednak również przedmiotem intensywnej krytyki. Często zarzuca mu się, że w nadmierny sposób chroni interesy inwestorów oraz ogranicza wolność regulacyjną poszczególnych krajów, i to w dziedzinach, które tradycyjnie były postrzegane jako suwerenne obszary działalności państwowej (np. ochrona zdrowia i środowiska naturalnego). Przekonanie to wynika z pewnej liczby kontrowersyjnych rozstrzygnięć wydanych przez inwestycyjne trybunały arbitrażowe w sporach, które dotyczyły delikatnych, z politycznego punktu widzenia, kwestii. W efekcie część państw bądź dokonała już modyfikacji swoich zobowiązań (np. poprzez zmianę treści nowo podpisywanych umów o ochronie inwestycji), bądź jest w trakcie ich wprowadzania².

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych PAN.

** Doktor nauk prawnych, radca prawny.

¹ Niniejszy artykuł został przygotowany przy wykorzystaniu środków z grantu Narodowego Centrum Nauki (UMO-2012/07/B/HS5/03767).

² W ramach aktualnie prowadzonych negocjacji w sprawie powołania strefy wolnego handlu pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską (tzw. *Transatlantic Trade and Investment Partnership*) jedną z kontrowersyjnych kwestii jest włączenie do umowy arbitrażu inwestycyjnego. Interesujące opracowanie dotyczące tej kwestii można znaleźć w Euractive, *TTIP and the*

Spór pomiędzy Philip Morris Asia Limited (dalej jako PMA) a Australią, dotyczący zgodności wymogu jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych z międzynarodowym prawem inwestycyjnym, jest dobrym przykładem takiej trudnej sprawy. Dotyczy on podstawowych prerogatyw przysługujących każdemu państwu, do jakich niewątpliwie należy ochrona zdrowia. Część komentatorów obawia się, że w przypadku wydania niekorzystnego dla Australii rozstrzygnięcia zostanie podważone nie tylko prawo tego kraju do prowadzenia ambitnej polityki antynikotynowej, ale również że decyzja taka będzie miała daleko idące konsekwencje systemowe. Może ona bowiem stanowić istotną przeszkodę w przyjmowaniu tego typu środków regulacyjnych w innych jurysdykcjach³, jak również podważyć aksjologiczną zasadność aktualnie funkcjonującego systemu ochrony inwestycji, przyspieszając tym samym zmiany, o których była mowa wyżej.

Oczekując na rozstrzygnięcie trybunału, warto pokusić się do dokonanie wstępnej analizy zgodności australijskiego prawa ze zobowiązaniami tego kraju wynikającymi z międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Ponieważ zobowiązania będące przedmiotem postępowania są w dużym stopniu standardowe dla aktualnie obowiązujących umów o wzajemnej ochronie inwestycji, analiza taka pozwoli na generalne nakreślenie zakresu swobody regulacyjnej przysługującej państwom w dziedzinie polityki antynikotynowej oraz umożliwi ocenę adekwatności aktualnych zobowiązań inwestycyjnych w stosunku do wyzwań istniejących w tym obszarze regulacyjnym. Warto przy tym dodać, że kwestie te są przedmiotem intensywnej dyskusji w zagranicznej prasie naukowej, do tej pory nie doczekały się one jednak opracowania w języku polskim. Niniejsza publikacja ma celu przybliżenie polskim czytelnikom tej problematyki.

Poniższa analiza została poprowadzona w następujący sposób. Pierwsza część zawiera krótkie omówienie podstawowych założeń nowej australijskiej ustawy o jednolitych opakowaniach oraz jej przepisów wykonawczych. Druga część skupia się na postępowaniu arbitrażowym wszczętym przez PMA przeciwko Australii w oparciu o umowę o wzajemnej ochronie inwestycji pomiędzy tym krajem a Hong Kongiem. W tym kontekście omówione zostały dwie kwestie, które naszym zdaniem mają podstawowe znaczenie dla określenia zakresu swobody przysługującej państwom w obszarze regulacji wyrobów tytoniowych: po pierwsze, zagadnienie możliwości uznania wymogu jednolitych opakowań za formę wyłączenia; po drugie analiza wymaganego przez międzynarodowe prawo inwestycyjne standardu postępowania państw w ramach klauzuli sprawiedliwego i równego traktowania. Podsumowanie wcześniejszych rozważań zawarte jest w ostatniej części niniejszego artykułu.

Arbitration Clause. Special Report, 8–12 grudnia 2014 r., dokument dostępny na http://www.euractiv.com/files/euractiv_special_report_-_ttip_and_the_arbitration_clause.pdf (strona odwiedzona 30 stycznia 2015 r.).

³ Nowa Zelandia otwarcie stwierdziła, iż uzależnia przyjęcie wymogu jednolitych opakowań od wyniku sporów, w które zaangażowana jest Australia (por. Release from the NZ Minister of Health Tariana Turia, *Government moves forward with plain packaging of tobacco products*, 19 lutego 2013 r., dokument dostępny na <http://beehive.govt.nz/release/government-moves-forward-plain-packaging-tobacco-products> (strona odwiedzona 30 stycznia 2015 r.)).

II. Wymóg jednolitych opakowań

Przyjęcie przez Australię nowego prawa spotkało się ze zdecydowanym sprzeciwem ze strony branży tytoniowej. Koncerny tytoniowe, bądź działając samodzielnie, bądź korzystając z pomocy innych państw, zakwestionowały ustawę zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym, zarzucając Australii naruszenie gwarancji konstytucyjnych w zakresie ochrony własności prywatnej⁴, jak również międzynarodowych zobowiązań handlowych⁵ i inwestycyjnych⁶.

Na reformę przygotowaną przez Australię składa się szereg aktów prawnych (zwanych dalej zbiorczo regulacjami). Najważniejszym z nich jest ustawa o jednolitych opakowaniach wyrobów tytoniowych (dalej jako TPPA)⁷, wprowadzająca obowiązek stosowania zunifikowanych opakowań dla wszystkich produktów tytoniowych. Wymogi ustawowe zostały uszczegółowione w specjalnym akcie wykonawczym⁸. Celem nowego prawa jest wyeliminowanie możliwości oddziaływania na zachowania konsumentów poprzez wygląd paczki (zmniejszenie jej atrakcyjności) oraz poprawienie skuteczności ostrzeżeń zdrowotnych poprzez usunięcie z opakowań elementów, które mogłyby odwracać od nich uwagę aktualnych i potencjalnych użytkowników⁹. Zgodnie z tymi postanowieniami na opakowaniach wszystkich wyrobów tytoniowych mogą się znaleźć tylko określone przez prawo elementy, takie jak ostrzeżenia zdrowotne, informacje o infolinii dla osób chcących rzucić palenie oraz – w ograniczonym zakresie – dane pozwalające na identyfikację produktu. Sam kształt opakowania

⁴ Zob. np. *JT International SA v. Commonwealth of Australia* [2012] HCA 43, 5 października 2012 r., dokument dostępny na: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2012/43.html> (strona odwiedzona 30 stycznia 2015 r.). Australijski Sąd Najwyższy oddalił ostatecznie skargi, uznając, że nie doszło do wywłaszczenia, gdyż jego konstytucyjnym elementem w australijskim porządku prawnym jest nabycie własności przez państwo. Szczegółowe omówienie wyroku Sądu Najwyższego można znaleźć w J. Liberman, *Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia*, *American Journal of Law & Medicine* 2013, vol. 39, s. 361 i n.

⁵ Zob. np. *Request for the Establishment of a Panel by Ukraine, Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS434/11, 17 sierpnia 2012 r. W sporze, poza Ukrainą, uczestniczą jeszcze cztery inne państwa. Wszystkie one zarzucają Australii naruszenie zobowiązań wynikających z Porozumienia w sprawie Technicznych Barier w Handlu (dalej jako Porozumienie TBT) oraz Porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (dalej jako Porozumienie TRIPS). Raport Panelu WTO jest spodziewany najwcześniej w 2016 r. Odnośnie do analizy legalności australijskiej ustawy w ramach Porozumienia TRIPS por. Ł. Gruszczyński, *Wymóg jednolitych opakowań wyrobów tytoniowych w kontekście zobowiązań Porozumienia TRIPS*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2015 z. 127, s. 92.

⁶ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12.

⁷ *Tobacco Plain Packaging Act 2011 (An Act to discourage the use of tobacco products, and for related purposes)*, No. 148, 2011.

⁸ *Tobacco Plain Packaging Regulations 2011*, SLI 2011 No. 263, z późn. zm.

⁹ Art. 3.2 TPPA. Ustawa miała również na celu implementację do australijskiego porządku prawnego postanowień Konwencji ramowej WHO o ograniczeniu użycia tytoniu (zob. pkt IV.3).

również uległ standaryzacji – zarówno w odniesieniu do jego wielkości, sposobu otwierania, jak i formy opakowania (np. zakaz zaokrąglania krawędzi). TPPA nakazuje stosowanie jednolitego ciemnooliwkowego tła (w technicznej nomenklaturze kolor Pantone 448C)¹⁰, na którym może być umieszczona marka wyrobu (np. Marlboro) oraz określenie wariantu produktu (np. menthol); na paczce może się również pojawić nazwa producenta. Wszystkie te oznaczenia muszą być jednak zapisane za pomocą określonej czcionki (Lucida Sans, rozmiar 10 lub 14 w zależności od konkretnego elementu). Sama czcionka nie może być pogrubiona, zaś jej kolor być inny niż ten, który został określony przez nowe prawo (w technicznej nomenklaturze Pantone Cool Gray 2C)¹¹. Jednocześnie ustawa wprowadza zakaz umieszczania na opakowaniach wyrobów tytoniowych jakichkolwiek znaków towarowych i innych oznaczeń sprzecznych z powyższymi wymaganiami¹². Oznacza to, że firmy tytoniowe nie mogą używać na swoich produktach ani słowno-graficznych ani graficznych znaków towarowych. Nieprzestrzeganie powyższych zasad jest zagrożone sankcjami karnymi i administracyjnymi. Z drugiej strony ustawa potwierdza, że jej przepisy ani nie uniemożliwiają rejestracji nowych znaków towarowych dla wyrobów tytoniowych, ani nie naruszają już dokonanych rejestracji (tzn. nie prowadzą do ich unieważnienia)¹³.

Wraz z TPPA wszedł w życie również inny akt prawny (Competition and Consumer (Tobacco) Information Standard 2011¹⁴), którego celem jest określenie nowych wielkości ostrzeżeń zdrowotnych umieszczanych na opakowaniach oraz ich treści. Zgodnie z nowymi standardami powierzchnia przeznaczona na ostrzeżenie o skutkach palenia została zwiększona z 30 do 75% przedniej części opakowania i utrzymana na dotychczasowym poziomie w przypadku tylnej części (90%). Standard zawiera również nową bibliotekę ostrzeżeń słowno-graficznych – wszystkie one mają bardzo drastyczną formę.

III. Spór inwestycyjny pomiędzy PMA a Australią

Philip Morris zdecydował się pozwać Australię, wykorzystując mechanizm rozstrzygania sporów przewidziany przez umowę z 15 września 1993 r. o promocji i ochronie inwestycji pomiędzy tym krajem a Hong Kongiem (dalej jako HKA BIT)¹⁵. Jak wspomnieliśmy wyżej, tego typu porozumienia są powszechnie stosowane we współczesnych międzynarodowych stosunkach gospodarczych, zaś ich celem jest zapewnienie pewnego minimalnego poziomu ochrony dla inwestorów umawiających się państw. Większość umów o ochronie inwestycji przewiduje możliwość dochodzenia roszczeń w ramach specjalnego postępowania arbitrażowego. Inwestorzy pochodzący z krajów będących stronami umowy nie muszą więc korzystać z pośrednictwa

¹⁰ Art. 19 TPPA oraz art. 2.4.1–2 Tobacco Plain Packaging Regulations 2011.

¹¹ Art. 21 TPPA.

¹² *Ibidem*, art. 20.

¹³ *Ibidem*, art. 28.

¹⁴ Competition and Consumer (Tobacco) Information Standard 2011, F 2011 L 02766.

¹⁵ Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments [1993] ATS 30.

swojego państwa i mają możliwość bezpośredniego dochodzenia roszczeń od państwa przyjmującego, również bez konieczności wyczerpania drogi krajowej. Ewentualny spór jest rozstrzygany przez międzynarodowy trybunał arbitrażowy powoływany na potrzeby konkretnej sprawy. HKA BIT nie stanowi tu wyjątku. Umowa przewiduje w art. 10, że wszelkie spory inwestycyjne są rozstrzygane przez trybunał arbitrażowy typu *ad hoc*, działający na podstawie Regulaminu Arbitrażowego Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (ang. United Nations Commission on International Trade Law, dalej jako UNCITRAL)¹⁶.

PMA zarzuca Australii naruszenie szeregu przepisów HKA BIT. W szczególności inwestor twierdzi, że skutkiem wejścia w życie regulacji jest pośrednie wyłączenie jego australijskiej inwestycji z naruszeniem art. 6 HKA BIT¹⁷. PMA twierdzi również, że regulacje naruszają standard równego i sprawiedliwego traktowania inwestorów, zawarty w art. 2.2 HKA BIT¹⁸. Warto w tym miejscu dodać, że HKA BIT nie zawiera klauzuli pozwalającej na usprawiedliwienie (np. ze względu na konieczność ochrony zdrowia publicznego) niezgodnych z umową działań państwa przyjmującego.

Postępowanie arbitrażowe toczy się od listopada 2011 r.¹⁹ Trybunał arbitrażowy ukonstytuował się w maju 2012 r. Australia podniosła zarzuty co do właściwości trybunału i wniosła o wyłączenie ich do postępowania wstępnego (tzw. *bifurcation*). Postanowieniem z 14 kwietnia 2014 r. trybunał przychylił się częściowo do wniosku Australii i zdecydował się podzielić postępowanie na dwa etapy: ocenę dwóch z trzech zarzutów co do właściwości trybunału oraz ocenę trzeciego zarzutu jurysdykcyjnego wraz merytoryczną oceną skargi inwestora²⁰.

Najpoważniejszym zarzutem Australii, wyłączonym do wstępnego postępowania, jest fakt zaistnienia sporu przed nabyciem przez PMA udziałów pozwalających mu na skorzystanie z mechanizmu arbitrażowego przewidzianego w HKA BIT. Philip Morris przeniósł bowiem swoje australijskie aktywa w formie udziałów w Philip Morris (Australia) Limited (dalej jako PML) do spółki zależnej zarejestrowanej w Hong Kongu (tj. PMA) w lutym 2011 r. Stworzenie tego łącznika jurysdykcyjnego nastąpiło więc 10 miesięcy po ogłoszeniu przez rząd australijski zamiaru wprowadzenia wymogu jednolitych opakowań, choć jeszcze przed ostatecznym uchwaleniem ustawy. Australia twierdzi, że wszczęcie postępowania przez PMA w tych okolicznościach stanowi nadużycie prawa²¹.

¹⁶ United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Arbitration Rules (w wersji uzgodnionej w 2010 r.), uchwała Zgromadzenia Ogólnego ONZ 65/22, A/RES/65/22.

¹⁷ Notice of arbitration under the agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments (*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*), 21 listopada 2011 r., par. 7.3–7.5.

¹⁸ *Ibidem*, par. 7.6–7.8.

¹⁹ Bardziej szczegółowe kalendarium można znaleźć w par. 8–31 Procedural Order No. 8 Regarding Bifurcation of the Procedure (*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*), 14 kwietnia 2014 r.

²⁰ *Ibidem*, par. 110–131.

²¹ Ze względu na ograniczenia wielkościowe niniejszego tekstu nie przeprowadzamy w nim analizy tego zagadnienia. Opracowanie takie można znaleźć np. w T. Voon, A. Mitchell, J. Munro,

Z ustalonego kalendarza procedury wynika, że decyzji w sprawie własności oczekiwać należy w drugiej połowie 2015 r.²² Jeżeli zarzuty Australii nie zostaną uwzględnione na tym etapie, postępowanie toczyć będzie się dalej w odniesieniu m.in. do kwestii naruszeń omawianych niżej. Philip Morris, przyjmując taki scenariusz, podaje rok 2017 jako przewidywany czas zakończenia postępowania arbitrażowego²³.

Postępowanie arbitrażowe jest w pełni poufne i, poza postanowieniami trybunału oraz wstępnymi pismami, strony nie zdecydowały się na ujawnienie składanych pism. W konsekwencji informacje na temat szczegółowych argumentów podnoszonych w sporze są ograniczone.

IV. Wyłączenie praw własności intelektualnej i związanej z nią renomy

IV.1. Argumentacja inwestora i treść art. 6 HKA BIT

PMA twierdzi, że regulacje spowodowały znaczne obniżenie wartości zarówno jego udziałów w PML, jak i własności intelektualnej oraz powiązanej z nią renomy (*goodwill*). Wartość tych aktywów, dotyczących m.in. marek Marlboro, Longbeach i Peter Jackson, jest ze sobą ściśle powiązana. Udziały straciły bowiem na wartości, gdyż PML nie może już oznaczać wyrobów tytoniowych i ich opakowań w dotychczasowy sposób, a więc korzystać z własności intelektualnej na dotychczasowych zasadach. Nowe prawo, zdaniem PMA, niszczy wartość komercyjną własności intelektualnej kontrolowanej pośrednio przez inwestora, gdyż jego spółka zależna nie może z niej już korzystać w celu odróżniania swoich wyrobów tytoniowych od wyrobów konkurencji²⁴.

HKA BIT zawiera standardowe dla umów o ochronie inwestycji postanowienia w zakresie ochrony przed wyłączeniem. Artykuł 6 przewiduje między innymi, że: „Inwestorzy Umawiających się Stron nie zostaną pozbawieni swoich inwestycji ani poddani środkom mającym skutki równoznaczne z takim pozbawieniem [...], chyba że nastąpi to zgodnie z odpowiednią procedurą, dla celów publicznych związanych z wewnętrznymi potrzebami danej Strony, bez dyskryminacji i za odszkodowaniem [...]”

Przepis ten wskazuje, że stwierdzenie jego naruszenia wymaga ustalenia dwóch wstępnych kwestii: (i) czy w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z inwestycją (innymi słowy, czy prawa do własności intelektualnej i związanej z nią renomy

Legal Response to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, Journal of International Dispute Settlement 2014, vol. 5(1), s. 41 i n.

²² Procedural Order No. 9 Regarding the Timetable for the First Phase of the Bifurcated Proceedings (*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*), 16 maja 2014 r.

²³ Philip Morris International, *Bilateral Investment Treaty (BIT) Arbitration*, oficjalne stanowisko Philip Morris International, dokument dostępny na: http://www.pmi.com/eng/media_center/company_statements/Pages/bilateral_investment_treaty.aspx (strona odwiedzona 30 stycznia 2015 r.).

²⁴ Notice of arbitration, par. 7.3 i 4.3.

przysługujące PML mogą być uznane za inwestycję) oraz (ii) czy miało miejsce wywłaszczenie. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na oba pytania należy rozważyć, czy: (iii) wywłaszczenie odbyło się zgodnie z odpowiednią procedurą prawną, (iv) dla celów publicznych, (v) nie miało charakteru dyskryminacyjnego oraz (vi) czy doszło do wypłaty odszkodowania. Pozytywna odpowiedź na te pytania oznacza, że doszło do wywłaszczenia zgodnego z prawem²⁵.

Pierwszy z powyższych elementów wydaje się łatwy do wykazania. HKA BIT w art. 1(e) definiuje inwestycję bardzo szeroko, stwierdzając, że stanowi ją „każdy rodzaj aktywów, będący własnością lub **kontrolowany** przez inwestora jednej z Umawiających się Stron [podkr. Ł.G., Ł.N.]”. Przepis ten wymienia również przykładowe aktywa mogące stanowić inwestycje – wśród nich znajdują się prawa własności intelektualnej i przemysłowej, w tym prawa do znaku towarowego (punkt (iv))²⁶. W skład takich aktywów nie wchodzi jednak renoma (*goodwill*)²⁷. Może ona jednak mieć znaczenie na etapie ustalania wysokości szkody.

Drugi element jest bardziej problematyczny, HKA BIT nie definiuje pojęcia „wywłaszczenie”. W doktrynie przez wywłaszczenie bezpośrednie rozumie się przymusowe przeniesienie tytułu prawnego przysługującego inwestorowi do mienia będącego inwestycją lub fizyczne pozbawienie władztwa nad takim mieniem²⁸. Analiza przepisów regulacji nie daje podstaw do uznania, że mamy do czynienia z tą formą wywłaszczenia²⁹. Nie wyklucza to jednak możliwości potraktowania wymogu jednolitych opakowań jako wywłaszczenia pośredniego. HKA BIT nie definiuje również tego pojęcia, stwierdzając jedynie, że wywłaszczeniem są również środki mające skutki równoznaczne z pozbawieniem inwestycji. Jednocześnie HKA BIT, w przeciwieństwie do nowszych umów o wzajemnej ochronie inwestycji, nie zawiera klauzuli zawężającej zakres tego pojęcia³⁰.

²⁵ Co do różnicy między wywłaszczeniem zgodnym i niezgodnym z prawem zob. *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/30), Decision on Jurisdiction and the Merits, 3 września 2013 r., par. 342.

²⁶ Do podobnego wniosku dochodzą również T. Voon, A. Mitchell, *Time to Quit? Assessing International Investment Claims Against Plain Tobacco Packaging in Australia*, Journal of International Economic Law 2011, vol. 14(3), s. 521.

²⁷ W sprawie *Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium)* z 1934 r. Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej stwierdził m.in., że renoma nie stanowi prawa nabytego inwestora (orzeczenie z 12 grudnia 1934 r., PCIJ Series A/B Fascicule no. 63, s. 88).

²⁸ Np. UNCTAD, *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations: 2012, s. 6; OECD, “*Indirect Expropriation*” and the “*Right to Regulate*” in *International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment 2004, no. 04, s. 3.

²⁹ Zgodnie z postanowieniami TPPA koncerny tytoniowe nie mogą jedynie używać znaków towarowych na opakowaniach produktów tytoniowych, pozostają one jednak cały czas ich własnością. Art. 15 ustawy stwierdza wprost, że jej postanowienia nie skutkują wywłaszczeniem.

³⁰ Por. np. Annex 11-B Australia – United States Free Trade Agreement (umowa podpisana 18 maja 2004 r., [2005] ATS 1, weszła w życie 1 stycznia 2005 r.) stwierdzający, iż „działania regulacyjne o charakterze niedyskryminacyjnym, które zostały przygotowane i wprowadzone w celu osiągnięcia dobra publicznego, takiego jak ochrona zdrowia i bezpieczeństwa publicznego oraz środowiska naturalnego, nie stanowią pośredniego wywłaszczenia”.

Kwestię, czy regulacje stanowią wywłaszczenie pośrednie PMA, można zasadniczo analizować na dwa sposoby. Po pierwsze, można rozważać, czy doszło do istotnego pozbawienia inwestora jego inwestycji. Po drugie, można skupić się na tym, czy regulacje stanowią wykonywanie suwerennych funkcji ochronnych państwa. W praktyce trybunałów arbitrażowych nie jest jasne, czy drugie z podejść jest odrębne, czy komplementarne wobec pierwszego³¹. Poniższa analiza skupia się kolejno na obu z nich.

IV.2. Istotne pozbawienie inwestora jego inwestycji

Orzecznictwo sądów arbitrażowych jednoznacznie wskazuje, że istotnym czynnikiem dla stwierdzenia wywłaszczenia pośredniego jest skutek, który regulacja wywiera na inwestycję rozumianą jako całość przedsięwzięcia gospodarczego inwestora, nie zaś na poszczególny jego składnik. Wymóg zaistnienia „skutków równoznacznych z pozbawieniem inwestycji” rozumiany jest w praktyce jako jej „istotne pozbawienie” (tzw. *substantial deprivation*)³². Może się ono manifestować w dwojaki sposób – bądź polegać na utracie kontroli nad inwestycją (np. w razie niemożności zarządzania przedsiębiorstwem) lub rozporządzania udziałami³³, bądź przybrać formę pozbawienia inwestycji jej wartości ekonomicznej³⁴. W każdym jednak przypadku skutki te muszą osiągnąć pewien stopień intensywności i być tożsame z prawie całkowitym pozbawieniem inwestora jego inwestycji czy też jej neutralizacją³⁵. Trybunały uznają, że jeżeli inwestor ma nadal kontrolę nad przedsiębiorstwem, które przynosi zyski, to do wywłaszczenia w formie pośredniej nie doszło³⁶. Obniżenie dochodowości inwestycji, nawet znaczne, jest niewystarczające dla stwierdzenia takiego wywłaszczenia³⁷. Jednocześnie trybunały arbitrażowe akceptują, że dla stwierdzenia pośredniego wywłaszczenia nie jest konieczne przejście władztwa lub kontroli nad inwestycją na

³¹ Udaną analizę tej kwestii przeprowadził A. Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, ICSID Review 2005, vol. 20, s. 1 i n. Por. również z uwagami w punkcie IV.4.

³² Por. m.in. A. Newcombe, L. Paradel, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International 2009, s. 344.

³³ Stosuje się tu powszechnie test z orzeczenia w sprawie *Pope & Talbot*, zob. *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* (UNCITRAL), Interim Award, 26 czerwca 2000 r., par. 100.

³⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America* (UNCITRAL), Award, 8 czerwca 2009 r. (dalej jako „*Glamis Gold*”), par. 355.

³⁵ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, 13 września 2001 r. (dalej jako „*CME*”), par. 604; *Técnicas Medioambientales TECMED SA v. The United Mexican States* (ICSID Case No ARB(AF)/00/2), Award, 29 maja 2003 r. (dalej jako „*TECMED*”), par. 116.

³⁶ Zob. np. *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v. United States of America* (UNCITRAL), Award, 12 stycznia 2011 r. (dalej jako „*Grand River Enterprises*”), par. 155; *Pope & Talbot*, par. 102; *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador* (UNCITRAL), Final Award, 1 lipca 2004 r. (dalej jako „*Occidental*”), par. 89.

³⁷ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG & International, Inc v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability, 3 października 2006 r. (dalej jako „*LG&E*”), par. 191.

państwo lub osoby trzecie³⁸. Wystarczającym elementem jest pozbawienie inwestora ekonomicznej wartości jego inwestycji lub możliwości zarządzania nią³⁹.

Jeżeli zastosujemy powyższe kryteria do oceny australijskich regulacji, to z dużym prawdopodobieństwem należy uznać, że nie został przekroczony wymagany stopień intensywności. PML może nadal prowadzić swoją podstawową działalność polegającą na imporcie, produkcji oraz sprzedaży wyrobów tytoniowych. Regulacja nie wpływa również na inne niż własność intelektualna składniki majątku będące inwestycją PMA (nieruchomości, kontrakty, gotówka, udziały w innych spółkach, bazę produkcyjną) oraz na kontrolę PMA nad spółką i jej przedsiębiorstwem. PML może również nadal używać na opakowaniach wyrobów tytoniowych znaków towarowych w formie słownej, regulacje blokują jedynie możliwość używania ich wersji graficznej i słowno-graficznej. Dane finansowe PML nie są wprawdzie dostępne publicznie, ale z informacji prasowych wynika, że spółka jest nadal dochodowa, nawet jeżeli doszło do zmniejszenia jej zysków na skutek ograniczenia spożycia wyrobów tytoniowych na terenie Australii oraz zmiany jego struktury⁴⁰.

Wydaje się więc mało prawdopodobne, aby PMA przekonało trybunał, że znaczne ograniczenie możliwości korzystania z własności intelektualnej do odróżniania jego produktów stanowi istotne pozbawienie inwestycji opierającej się na produkcji i dystrybucji wyrobów tytoniowych, skutkujące faktyczną neutralizacją całości tej inwestycji. PMA ma także raczej niewielką szansę na przekonanie trybunału, że sytuacja ta stanowi wyłączenie częściowe. W orzecznictwie oraz w doktrynie brak jest bowiem wsparcia dla koncepcji takiego wyłączenia⁴¹. O możliwości częściowego wyłączenia trybunały wspominają jedynie na marginesie swoich rozważań i żaden z nich nie zdecydował się na przyjęcie tej koncepcji na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnego sporu⁴². W szczególności takiego „precedensu” nie stanowi często przywoływane przed doktrynę orzeczenie w sprawie *Middle East Cement Shipping and Handling*⁴³⁴⁴. Trybunał arbitrażowy wyraźnie bowiem stwierdził w tej sprawie, że pomiędzy stronami nie ma sporu co do tego, że doszło do wyłączenia. Nie analizował on więc kwestii, czy prawo inwestycyjne dopuszcza uznanie, że ograniczenie możliwości korzystania z inwestycji jest równoznaczne z wyłączeniem.

³⁸ *Occidental*, par. 85; *TECMED*, par. 113.

³⁹ Por. również R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press 2008, s. 92.

⁴⁰ *Impact of Strong Regulations on Philip Morris in Australia*, Forbes, 10 sierpnia 2014 r., dokument dostępny na: <http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2014/10/08/impact-of-strong-regulations-on-philip-morris-in-australia/> (strona odwiedzona 3 stycznia 2015 r.).

⁴¹ *Grand River Enterprises*, par. 154–155.

⁴² Por. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* (UNCITRAL), Partial Award, 13 listopada 2000 r. (dalej jako „*S.D. Myers*”), par. 283; *Waste Management, Inc v. United Mexican States II* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award, 30 kwietnia 2004 r. (dalej jako „*Waste Management*”), par. 141.

⁴³ *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No ARB/99/6), Award, 12 kwietnia 2002 r., par. 107 et seq.

⁴⁴ U. Kriebaum, *Partial Expropriation*, *Journal of World Investment & Trade* 2007, vol. 8(1), s. 69 i n.; por. także B. Mercurio, *Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements*, *Journal of International Economic Law* 2012, vol. 15(3), s. 902.

W konsekwencji należy uznać, że na obecnym etapie rozwoju międzynarodowego prawa inwestycyjnego częściowe wyłączenie, jako niespełniające warunku istotności, nie może stanowić formy pośredniego wyłączenia.

IV.3. Wykonywanie funkcji ochronnych

Kwestię wyłączenia pośredniego można również rozpatrywać przez pryzmat wykonywania przez państwo suwerennych funkcji ochronnych (ang. *police powers*)⁴⁵. Obejmują one wykonywanie funkcji władczych dla ochrony określonych istotnych interesów publicznych, a mianowicie: porządku publicznego, moralności, zdrowia ludzkiego i środowiska⁴⁶. Zgodnie z ogólną zasadą prawa międzynarodowego publicznego skutki regulacji przyjętej wskutek wykonywania suwerennych funkcji ochronnych państwa nie wymagają odszkodowania⁴⁷. Trybunały inwestycyjne uznają istnienie tej zasady. W sprawie *Methanex* trybunał stwierdził, że:

„regulacja o niedyskryminacyjnym charakterze, przyjęta dla celów publicznych oraz zgodnie z prawem [*due proces*], która wywiera skutki [...] na inwestorze lub inwestycji, nie stanowi automatycznie wyłączenia podlegającego odszkodowaniu [...]”⁴⁸.

Podobnie w sprawie *Saluka* trybunał potwierdził, że:

„Państwa nie są zobowiązane do zapłaty odszkodowania zagranicznemu inwestorowi, jeżeli – w ramach zwykłego wykonywania swoich kompetencji regulacyjnych – ustanawiają one w sposób niedyskryminacyjny regulacje w dobrej wierze [*bona fide*] służące realizacji dobra publicznego”⁴⁹.

W podobnym tonie wypowiadały się również trybunały w innych sprawach, np. *S.D. Myers*⁵⁰ oraz *LG&E*⁵¹.

Kwestią podstawową w tej analizie jest więc odpowiedź na pytanie, czy dana regulacja stanowi wykonywanie funkcji ochronnych. Wydaje się, że regulacje australijskie stanowią wykonywanie takich funkcji. Służą one ochronie zdrowia obywateli, a ten interes publiczny jest bezdyskusyjnie zaliczany do kategorii funkcji ochronnych⁵². Stanowisko to potwierdzają trybunały arbitrażowe⁵³, jak również inne

⁴⁵ Ogólnie na temat doktryny funkcji ochronnych państwa w prawie międzynarodowym zob. np. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, wyd. 7, Oxford University Press 2008, s. 532.

⁴⁶ Newcombe, *op. cit.*, s. 26 oraz 30.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 29.

⁴⁸ *Methanex Corporation v. United States of America* (UNCITRAL), Final Award (Jurisdiction and Merits), 3 sierpnia 2005 r. (dalej jako „*Methanex*”), IV D, par. 7.

⁴⁹ *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, 17 marca 2006 r. (dalej jako „*Saluka*”), par. 255.

⁵⁰ *S.D. Myers*, par. 281 (stwierdzając, że działalność o charakterze regulacyjnym nie jest generalnie traktowana jako prowadząca do wyłączenia).

⁵¹ *LG&E*, par. 195–196.

⁵² Newcombe, *op. cit.*, s. 30.

⁵³ *Methanex*.

sądy międzynarodowe⁵⁴. Należy przy tym zauważyć, że analiza wykonywania funkcji ochronnych nie sprowadza się jedynie do określenia, czy cel danej regulacji mieści się w kategorii chronionego interesu publicznego. Następną kwestią jest **sposób** wykonywania funkcji ochronnych wywierających negatywny wpływ na inwestycję inwestora zagranicznego. Z tego punktu widzenia istotne znaczenie ma to, czy Australia dysponuje wystarczającymi dowodami naukowymi dotyczącymi nowego rozwiązania regulacyjnego.

W przeciwieństwie do innych działów prawa międzynarodowego problematyka oceny dowodów naukowych w arbitrażu inwestycyjnym jest nowym zagadnieniem. W literaturze i orzecznictwie brak jest ustalonego standardu badania, czy państwo przyjmujące prawidłowo wykonywało swoje funkcje ochronne. Istniejące przykłady wskazują jednak na dość liberalne podejście trybunałów do tej kwestii. Pozostawiają one bowiem państwom przyjmującym stosunkowo duży margines swobody w ocenie dowodów naukowych, uznając, że jego wyspecjalizowane organy mają większe kompetencje merytoryczne niż trybunał do podejmowania tego typu działań⁵⁵.

W sprawie *Methanex* trybunał wymienił zgodność postępowania z obowiązującymi procedurami (*due process*), brak dyskryminacji oraz brak szczególnych zobowiązań państwa wobec inwestora do niedokonywania zmian regulacyjnych jako elementy takiej oceny⁵⁶. Odnosząc się do dowodów naukowych, trybunał w szczególności stwierdził, że podstawy naukowe przyjętych rozwiązań legislacyjnych stanowiły „poważne, obiektywne i naukowe podejście do złożonego problemu”, nawet jeżeli inni naukowcy w dobrej wierze nie zgadzali się z nimi. Badanie dostępnej wiedzy naukowej nastąpiło w drodze „otwartej i kompetentnej debaty”, publicznych wysłuchań, wystąpień i recenzji, nie dając podstawy do stwierdzenia, że stanowią one jedynie „przykrywkę” dla działań motywowanych politycznie⁵⁷.

Trybunały są zainteresowane badaniem, czy powoływanie się na wykonywanie funkcji ochronnych nie stanowi jedynie „wymówki” mającej odwrócić uwagę od tego, że *de facto* dochodzi do wyłączenia inwestycji. Nie dokonują więc szczegółowej analizy prawdziwości użytej wiedzy naukowej. Dlatego w sprawie *Methanex* trybunał wyjaśnił, że jego badanie w kwestiach naukowych ogranicza się do stwierdzenia, czy wyniki badań przedstawianych przez państwo spełniają pewne wymagania co do ich jakości, a nie czy reprezentują najlepszą, zdaniem trybunału, aktualnie dostępną wiedzę (a więc jedynie czy są możliwie do obrony jako twierdzenia naukowe, a nie czy są „prawdziwe”)⁵⁸. Analogicznie do sprawy podszedł trybunał w sprawie *Chemtura*. Oceniając kanadyjski zakaz używania lindanu, stwierdził on, że

⁵⁴ Por. np. Raport WTO Appellate Body w sprawie *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, WT/DS18/AB/R, 6 listopada 1998 r., par. 199.

⁵⁵ Por. L. Gruszczynski, V. Vadi, *Standard of review and scientific evidence in WTO law and international investment arbitration. Converging parallels?* [w:] L. Gruszczynski, W. Werner (red.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press 2014, s. 152–172.

⁵⁶ *Methanex*, IV D, par. 7.

⁵⁷ *Ibidem*, III A, par. 101.

⁵⁸ *Ibidem*, II D, par. 7–22 oraz III A, par. 1–36.

brak konsensusu naukowego nie może stanowić *per se* podstawy do uznania danego środka regulacyjnego za niezgodny z umową o ochronie inwestycji⁵⁹.

Jak więc wygląda stan wiedzy naukowej i jej zastosowanie w kontekście sporu między PMA a Australią? Nie ulega wątpliwości, że regulacje wprowadzono w drodze otwartego, pełnego i kompetentnego procesu decyzyjnego. W szczególności TPPA została przyjęta zgodnie z właściwą procedurą prawną (ustawodawczą), była poparta przez olbrzymią większość parlamentarzystów reprezentujących wszystkie opcje polityczne, była poprzedzona zarówno konsultacjami społecznymi (w których firmy tytoniowe brały aktywny udział, wypowiadając się negatywnie o proponowanych rozwiązaniach), oceną jej skutków ekonomiczno-prawnych, jak również badaniami naukowymi (w zakresie, jak wskazujemy niżej, możliwym do zrealizowania na obecnym etapie⁶⁰). Australia nie podejmowała również w przeszłości żadnych specjalnych zobowiązań wobec Philip Morris ani jego spółek zależnych.

Zakładając, że trybunał dokona w jakimś zakresie badania skuteczności australijskiego środka regulacyjnego, należy zauważyć, że aktualny stan wiedzy nie pozwala na jej jednoznaczne określenie. Ten brak pewności naukowej wynika z dwóch czynników. Po pierwsze, Australia jest pierwszym krajem na świecie, który zdecydował się na wprowadzenie wymogu jednolitych opakowań, same zaś regulacje obowiązują dopiero dwa lata. W konsekwencji liczba przeprowadzonych badań nie jest zbyt duża (a ich część kwestionuje skuteczność przyjętych rozwiązań⁶¹); w większości mają one również charakter pośredni i dotyczą oceny opinii konsumentów, a nie ich rzeczywistego zachowania (empiryczne ustalenie pewnych trendów zachowania wymaga wieloletnich obserwacji). Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że wraz z wprowadzeniem regulacji podniesiono również wysokość akcyzy na wyroby tytoniowe oraz kontynuowano stosowanie dotychczasowych środków kontroli rynku tytoniowego. Powoduje to, że z metodologicznego punktu widzenia trudno jest zidentyfikować indywidualny wpływ wymogu jednolitych opakowań na obserwowany spadek spożycia wyrobów tytoniowych. Jak jednak wykazaliśmy wyżej, ten brak jednoznaczności naukowej nie musi mieć negatywnych konsekwencji dla Australii. Badania, na których opiera się Australia, pochodzą z prestiżowych ośrodków badawczych, zaś ich wyniki były publikowane w uznanych (i w pełni recenzowanych) periodykach

⁵⁹ *Chemtura Corporation v Government of Canada* (UNCITRAL), Award, 2 sierpnia 2010 r. (dalej jako „*Chemtura*”), par. 154.

⁶⁰ *Explanatory Memorandum to the Tobacco Plain Packaging Bill 2011*, s. 1–2 oraz dowody w nich przytoczone, dokument dostępny na http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/bill_em/tppb2011190/memo_0.html (strona odwiedzona 30 stycznia 2015 r.).

⁶¹ Podsumowanie istniejących badań w tej dziedzinie (potwierdzających skuteczność polityki jednolitych opakowań) można znaleźć np. w C. Moodie et al., *Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review*, The University of Stirling 2012; C. Chantler, *Standardised packaging of tobacco: Report of the independent review*, kwiecień 2014 r., dokument dostępny na <http://tnijurl.com/a91b9df53289/> (strona odwiedzona 30 stycznia 2015 r.). Z drugiej strony należy wspomnieć o badaniach opublikowanych przez A. Kaula, M. Wolfa, którzy krytycznie oceniają skuteczność australijskiego rozwiązania (*The (Possible) Effect on Plain Packaging on the Smoking Prevalence of Minors in Australia: A Trend Analysis*, Working Paper Department of Economics University of Zurich 2014, no. 149).

naukowych. Niewątpliwie wyniki te można zakwalifikować jako możliwe do obrony twierdzenia naukowe.

Dla oceny trybunału istotne mogą się również okazać międzynarodowe instrumenty prawne wspierające politykę zdrowotną stosowaną przez państwo przyjmujące. W sprawie *Chemtura* trybunał odwołał się w swoich rozważaniach do takich dokumentów w celu potwierdzenia istnienia ryzyka związanego z używaniem lindanu⁶². W kontekście TPPA analogiczne znaczenie będzie mieć Konwencja ramowa Światowej Organizacji Zdrowia o ograniczeniu użycia tytoniu (dalej jako FCTC), której stroną jest Australia, oraz jej wytyczne dotyczące opakowań i oznakowania wyrobów tytoniowych. Naszym zdaniem dokumenty te mogą posłużyć trybunałowi do ustalenia skuteczności kwestionowanych regulacji. Wytyczne do art. 11 FCTC zachęcają bowiem strony konwencji do „przyjęcia środków mających na celu ograniczenie lub zakaz wykorzystywania na opakowaniach logo, kolorów, wizerunków marki lub informacji promocyjnych, innych niż nazwy marek i nazwy wyrobów napisanych w standardowym kolorze i standardową czcionką (jednolite zwykle opakowania)”⁶³. Jak wskazano w wytycznych, rozwiązanie to nie tylko zwiększa widoczność ostrzeżeń zdrowotnych, ale również pozwala przeciwdziałać praktykom koncernów tytoniowych, które za pomocą wyglądu opakowania manipulują percepcją potencjalnych i aktualnych konsumentów.

Odnosząc się na koniec do pozostałych warunków wskazanych przez trybunały w sprawie *Methanex* i *Saluka*, nie powinno budzić większych wątpliwości, że przyjęcie regulacji nastąpiło w ramach zwykłego wykonywania uprawnień regulacyjnych. Australia, jak wiele innych państw, konsekwentnie wprowadza od wielu lat ograniczenia sprzedaży, promocji i używania wyrobów tytoniowych⁶⁴. Pomimo że TPPA ma charakter innowacyjny (jest pierwszym tego typu rozwiązaniem na świecie), sama aktywność państw w tej sferze jest powszechną praktyką⁶⁵. Trudno także uznać regulacje za dyskryminujące. Ich przepisy znajdują zastosowanie w stosunku do wszystkich producentów, importerów i dystrybutorów, niezależnie od ich narodowości. Ustawa jest również wykonywana w dobrej wierze – celem rządu australijskiego nigdy nie było wywłaszczenie inwestorów zagranicznych, lecz ochrona zdrowia publicznego. Jak już o tym wspomniano, TPPA została przyjęta zgodnie z właściwą procedurą prawną, brak jest również jakichś specjalnych zobowiązań Australii wobec Philip Morris.

⁶² *Chemtura*, par. 135–137.

⁶³ Wytyczne dotyczące wdrożenia art. 11 Konwencji ramowej WHO o ograniczeniu użycia tytoniu (Opakowanie i oznakowanie wyrobów tytoniowych) (2008), FCTC/COP3(10), par. 46.

⁶⁴ Kwestia ta ma również znaczenie dla oceny istnienia naruszenia zasady równego i sprawiedliwego traktowania, por. z uwagami w punkcie V niniejszego artykułu.

⁶⁵ Por. np. World Health Organization, *WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2013. Enforcing bans on tobacco advertising, promotion and sponsorship*, dokument dostępny na: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85380/1/9789241505871_eng.pdf?ua=1 (strona odwiedzona 2 marca 2015 r.).

IV.4. Relacja pomiędzy wykonywaniem funkcji ochronnych a wymogiem istotnego pozbawienia inwestycji

Jak sygnalizowaliśmy w punkcie IV.3, nie jest w pełni jasne, czy podejście do wywłaszczenia pośredniego z perspektywy wykonywania funkcji ochronnych wymaga przeprowadzenia analizy intensywności wpływu regulacji na inwestycję⁶⁶. Z perspektywy sporu między PMA a Australią szczególnie istotne są dwa pytania, na które istniejąca praktyka arbitrażowa nie daje jednoznacznej odpowiedzi. Po pierwsze, czy stwierdzenie, że regulacje stanowią wykonywanie władczych funkcji ochronnych jest wystarczające do uznania, że nie doszło do wywłaszczenia, niezależnie od intensywności wpływu regulacji na inwestycję PMA? Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest negatywna, to należałoby rozważyć, jaki stopień ograniczenia określonych uprawnień przysługujących inwestorowi jest konieczny, by można było mówić o wywłaszczeniu.

Językowa analiza powołanych powyżej decyzji trybunałów skłania do pozytywnej odpowiedzi na pierwsze z powyższych pytań, tj. prowadzi do wniosku, że prawidłowe wykonywanie funkcji ochronnych nigdy nie jest wywłaszczeniem, nawet jeżeli prowadzi do istotnego pozbawienia inwestora jego inwestycji⁶⁷. Analiza kontekstu, w jakim pojawiają się te sformułowania, nakazuje jednak ostrożność⁶⁸. Pokazują to chociażby orzeczenia powołane na początku niniejszego punktu, tj. *Methanex*, *Saluka*, *LG&E* i *S.D. Myers*. W sprawach tych trybunały nie stwierdziły wywłaszczenia także dlatego, że inwestor nie wykazał utraty kontroli nad inwestycją⁶⁹ lub jej neutralizacji⁷⁰. Istotne również było to, że aktywa wskazywane przez inwestora (baza klientów, renoma i udział w rynku) nie zostały zakwalifikowane jako „inwestycja”⁷¹ oraz że wprowadzone środki miały jedynie czasowy charakter⁷². W jedynej sprawie, w której nastąpiła utrata kontroli nad inwestycją niestanowiąca wywłaszczenia, analiza dotyczyła wykonywania swobody kompetencyjnej przy podejmowaniu decyzji administracyjnych, nie zaś działań legislacyjnych⁷³. Orzeczenia te nie potwierdzają więc wprost tezy o niezależności funkcji ochronnych od wymogu istotnego pozbawienia inwestycji w kontekście legislacyjnym, który jest istotny dla sprawy PMA.

Jeżeli więc przyjąć, że ocena negatywnego wpływu regulacji na inwestycję jest elementem oceny wykonywania funkcji władczej, pojawia się kwestia, jak wyważyć oba elementy? Jest to powrót do pytania o granicę, po przekroczeniu której regulacja, choćby w ramach wykonywania funkcji ochronnych, staje się wywłaszczeniem i wy-

⁶⁶ Newcombe, *op. cit.*, s. 29.

⁶⁷ A. Mitchell, S. Wurzberger, *Boxed in? Australia's Plain Tobacco Packaging Initiative and International Investment Law*, Melbourne Legal Studies Research Paper 2011, no. 559, s. 15.

⁶⁸ V. Vadi, *Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law*, *Stanford Journal of International Law* 2012, vol. 48, s. 110.

⁶⁹ *Methanex*, IV D, par. 16; *LG&E*, par. 199.

⁷⁰ *LG&E*, par. 200.

⁷¹ *Methanex*, IV D, par. 16–18.

⁷² *LG&E*, par. 200; *S.D. Myers*, par. 284, 287.

⁷³ *Saluka*, par. 267–275. Zaskarżonym działaniem była decyzja nadzoru bankowego o wprowadzeniu zarządu komisarycznego w banku, od której inwestor bezskutecznie się odwoływał.

maga odszkodowania. Jednym z nielicznych przykładów tak zaawansowanej analizy w orzecznictwie inwestycyjnym jest sprawa *TECMED*, w której trybunał odwołał się do zasady proporcjonalności⁷⁴. Trybunał ten stwierdził, że aby regulacja nie stanowiła wyłączenia, istnieje musi racjonalny stosunek proporcjonalności pomiędzy obciążeniem, jakie regulacja nakłada na inwestora, a celem tej regulacji. Dla tej oceny istotny jest również zakres, w którym inwestora pozbawiono jego inwestycji, oraz to, czy mógł on uczestniczyć w procesie decyzyjnym⁷⁵.

Orzeczenie w sprawie *TECMED* wyraża ogólną zasadę proporcjonalności. Stosując ją w kontekście analizowanej sprawy, wydaje się, że TPPA nie stanowi jej naruszenia. Przedmiotem jej ochrony jest zdrowie ludzkie, a więc wartość znajdująca się na szczycie jakiegokolwiek hierarchii. Co prawda zakres praw ekonomicznych, których został pozbawiony inwestor, jest równie duży (choć nie całkowity, gdyż, jak wspomniano o tym wyżej, ustawa dopuszcza używanie słownych znaków towarowych), jest to równoważone przez wagę chronionych wartości. Sam środek, jak wskazano wyżej, jest zaś wystarczająco uzasadniony z naukowego punktu widzenia.

IV.5. Konkluzje dotyczące wyłączenia

Podsumowując powyższe rozważania, należy uznać, że zakwalifikowanie przez trybunał arbitrażowy regulacji jako formy pośredniego wyłączenia jest bardzo mało prawdopodobne. Z tego względu (jak również w związku z ograniczeniami objętościowymi tego tekstu) w dalszych rozważaniach pominęliśmy analizę pozostałych wymogów stawianych przez art. 6 HKA BIT. W tym miejscu chcemy tylko zasygnalizować, że w przypadku gdy trybunał jednak uzna, iż doszło do wyłączenia, jedynym problematycznym elementem wydaje się wysokość odszkodowania, którego wypłata nie była oczywiście częścią regulacji⁷⁶. Jak wskazano wyżej, TPPA została bowiem przyjęta w ramach odpowiedniej procedury prawnej, służy realizacji celu publicznego, zaś jej postanowienia nie mają charakteru dyskryminacyjnego.

V. Zasada sprawiedliwego i równego traktowania

V.1. Treść standardu i argumentacja inwestora

Drugim naruszeniem podnoszonym przez PMA jest standard sprawiedliwego i równego traktowania (ang. *fair and equitable treatment*). W praktyce arbitrażu inwestycyjnego jest to najczęściej wykorzystywany standard ochrony. Podobnie jak wiele umów o ochronie inwestycji starszej generacji, HKA BIT wyraża ten standard

⁷⁴ Por. też *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award, 14 lipca 2006 r. (dalej jako „*Azurix*”), par. 311–312 i 322.

⁷⁵ *TECMED*, par. 122.

⁷⁶ Szczegółowe omówienie standardów odszkodowawczych można znaleźć w T.W. Walde, B. Sabahi, *Compensation, Damages, and Valuation* [w:] P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (red.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press 2008, s. 1049–1124.

bardzo lakonicznie. Zgodnie z art. 2.2 HKA BIT: „inwestycje i przychody inwestorów z każdego z umawiających się państw będą traktowane równo i sprawiedliwie [...]”.

Sformułowanie to reprezentuje tzw. autonomiczną koncepcję sprawiedliwego i równego traktowania, która nie odwołuje się do podstawowego standardu traktowania inwestorów w prawie międzynarodowym (tzw. *minimum standard of treatment*). W praktyce arbitrażowej dotyczącej umów o ochronie inwestycji istnienie bądź brak takiego odwołania jest często szeroko dyskutowane. Nie ma jednak zasadniczo wpływu na podejście trybunału do treści i stosowania standardu sprawiedliwego i równego traktowania⁷⁷.

Standard sprawiedliwego i równego traktowania nie został nigdzie precyzyjnie zdefiniowany. Stanowi on raczej „ogólny punkt wyjścia dla argumentu, że inwestor zagraniczny nie został dobrze potraktowany ze względu na dyskryminacyjne bądź inne niesprawiedliwe działania podjęte przeciwko jego interesom”⁷⁸. Do składowych elementów tego standardu zalicza się m.in. działanie zgodnie z prawem (ang. *due process*), przejrzystość, niearbitralność i brak dyskryminacji w działaniach państwa przyjmującego⁷⁹. Jednakże jego dominującym elementem jest ochrona tzw. uzasadnionych oczekiwań (ang. *legitimate expectations*) inwestora.

Właśnie do tego ostatniego elementu odwołuje się PMA. Inwestor argumentuje, że standard sprawiedliwego i równego traktowania wymaga wyważenia uzasadnionych oczekiwań inwestora z regulacyjnymi interesami Australii⁸⁰. PMA twierdzi, że regulacje zaburzają tę równowagę i naruszają jego uzasadnione oczekiwania. Wiąże owo naruszenie z tym, że regulacje: (i) mają fundamentalny i negatywny wpływ na wartość i dochodowość inwestycji PMA; (ii) odniosą w praktyce skutek odwrotny od zamierzonej ochrony zdrowia publicznego; (iii) naruszają prawo międzynarodowe; (iv) pozbawiają PMA własności intelektualnej i renomy, redukując jego działalność z producenta wyrobów markowych do producenta wyrobu generycznego; oraz że (v) istnieją alternatywne metody ochrony przed paleniem, które nie wymagają naruszania własności intelektualnej ani renomy inwestora. PMA argumentuje również, że wpływ regulacji na zdrowie publiczne będzie nieproporcjonalny do wyrządzonej mu szkody⁸¹.

Z powyższego widać, że ustosunkowanie się do kwestii podniesionych przez inwestora pokrywać się będzie częściowo z analizą przeprowadzoną w kontekście wywłaszczenia. Takie ząębienie się argumentacji jest częste. Trybunały arbitrażowe rzadko orzekają, że doszło do wywłaszczenia, znacznie częściej natomiast dopatrują się w tych samych okolicznościach naruszenia standardu równego i sprawiedliwego traktowania.

⁷⁷ Do takiego wniosku dochodzą także Voon i Mitchell, *op. cit.*, s. 534–535.

⁷⁸ P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, wyd. 2, Oxford University Press 2007, s. 639.

⁷⁹ K. Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard* [w:] K. Yannaca-Small (red.), *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to Key Issues*, Oxford University Press 2010, s. 393–409; UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations 2012, s. 61–83.

⁸⁰ Notice of arbitration, par. 7.7.

⁸¹ *Ibidem*, par. 7.6–7.8.

V.2. Poza zakresem standardu: wartość i dochodowość przedsiębiorstwa i naruszenie prawa międzynarodowego

Naszym zdaniem niektóre z elementów przywołanych przez PMA nie mają znaczenia w kontekście oceny standardu równego i sprawiedliwego traktowania. Po pierwsze, odwołanie się do wpływu regulacji na wartość i dochodowość inwestycji czy podnoszenie, że inwestor został pozbawiony pewnych aktywów, nie należy do składników naruszenia standardu równego i sprawiedliwego traktowania, choć ma niewątpliwe znaczenie przy ustalaniu wysokości odszkodowania. Standard równego i sprawiedliwego traktowania określa wymogi co do **jakości** działania organów państwa przyjmującego wobec inwestorów zagranicznych⁸². Co prawda część doktryny uważa, że jest to standard ochrony praw własności⁸³, ale pogląd ten nie znalazł dotychczas odzwierciedlenia w orzecznictwie trybunałów inwestycyjnych.

Po drugie, odwołanie się do naruszenia prawa międzynarodowego zakwalifikować należy jako naruszenie tzw. klauzuli parasolowej (ang. *umbrella clause*), a nie standardu równego i sprawiedliwego traktowania. W ramach tego argumentu PMA twierdzi, że regulacje naruszają międzynarodowe zobowiązania Australii podjęte w innych umowach międzynarodowych⁸⁴. Szanse inwestora zależą będą od interpretacji klauzuli parasolowej w HKA BIT, której sformułowanie jest dość szerokie⁸⁵.

V.3. Naruszenie uzasadnionych oczekiwań inwestora

Argumentacja PMA wydaje się koncentrować na koncepcji uzasadnionych oczekiwań. Jest to pojęcie, które nie doczekało się jeszcze jednolitej konceptualizacji w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Uważa się je jednak obecnie za najistotniejszy element standardu równego i sprawiedliwego traktowania⁸⁶.

Koncepcja uzasadnionych oczekiwań obejmuje dwa zasadnicze podejścia. Według pierwszego inwestor podlega ochronie, jeżeli uzyskał od państwa przyjmującego zapewnienia, w oparciu o które dokonał on następnie inwestycji. Jeżeli zapewnienia takie zostały następnie złamane, powodując szkodę, inwestor może domagać się ochrony⁸⁷. W kontekście TPPA takie zapewnienia mogłyby dotyczyć np. ochrony własności intelektualnej czy renomy, niezmienności regulacji mających zastosowanie do działalności inwestora, gwarancji przychodów inwestora na określonym poziomie

⁸² C. McLachlan et al., *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press 2007, s. 205.

⁸³ Newcombe, Paradell, *op. cit.*, s. 283.

⁸⁴ M. in. Porozumień TRIPS i TBT (zob. Notice of arbitration, par. 6.6–6.12, 7.7).

⁸⁵ Zob. R.P. Alford, *The Convergence of International Trade and Investment Arbitration*, Santa Clara Journal of International Law 2013, vol. 12, s. 55–60.

⁸⁶ Zob. np. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 listopada 2012 r. (dalej jako „*Electrabel*”), par. 7.75.

⁸⁷ Zob. np. *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States* (UNCITRAL), Arbitral Award, 26 stycznia 2006 r., par. 147.

czy gwarancji modelu biznesowego prowadzonej działalności. Jak wskazano wyżej, ani PMA, ani PML nie uzyskały od Australii żadnych tego rodzaju zapewnień.

Drugie podejście do koncepcji uzasadnionych oczekiwań dotyczy „podstawowych oczekiwań [...] wziętych pod uwagę przez inwestora zagranicznego dla dokonania inwestycji”⁸⁸. Oczekiwania wywodzą się tu z okoliczności istniejących w czasie, gdy inwestor podejmował decyzję o dokonaniu inwestycji, które wziął bądź powinien był wziąć pod uwagę. Dotyczy to dość szeroko pojętej wiedzy o rynku, na którym inwestor inwestuje, obejmującej jego elementy gospodarcze, polityczne i prawne⁸⁹. Orzecznictwo arbitrażowe nie jest jednolite co do tego, czy podnoszenie istnienia uzasadnionych oczekiwań w tym kontekście wymaga kontraktowego bądź quasi-kontraktowego (np. w postaci koncesji bądź licencji) łącznika pomiędzy inwestorem a państwem przyjmującym. Niektóre trybunały odmawiały pójścia ścieżką uzasadnionych oczekiwań z powodu braku takiego łącznika⁹⁰.

Wykorzystanie tej drugiej koncepcji uzasadnionych oczekiwań przez PMA jest bardziej prawdopodobne. Podnoszona w tym kontekście argumentacja często odwołuje się do oczekiwań stabilnych i przewidywalnych warunków prowadzenia działalności⁹¹. W skrajnej formie pogląd ten oznacza, że jakiegokolwiek zmiany regulacyjne wpływające na warunki prowadzenia działalności są naruszeniem standardu równego i sprawiedliwego traktowania⁹². Takie stanowisko spotkało się z krytyką w niedawnych orzeczeniach arbitrażowych. Podkreśla się, że zmiany regulacyjne są normalnym elementem warunków prowadzenia działalności gospodarczej, również przez inwestorów zagranicznych⁹³. W przeciwnym razie standard równego i sprawiedliwego traktowania prowadziłby do „zamrożenia” suwerennych uprawnień regulacyjnych państw przyjmujących⁹⁴.

PMA nie neguje suwerennych uprawnień regulacyjnych Australii, twierdzi jednak, że HKA BIT je ogranicza i że te granice zostały przekroczone⁹⁵. Argument ten nie jest mocny, gdyż co najmniej z dwóch powodów PMA nie mógł oczekiwać, że Australia nie będzie ze swoich uprawnień regulacyjnych korzystać. Po pierwsze, restrykcyjne uregulowania mające na celu zmniejszenie liczby palaczy mają w Australii długą tradycję. Dokonując inwestycji, PMA powinien był uważnie zapoznać się z kontekstem regulacyjnym⁹⁶. Z okoliczności sprawy wynika, że PMA, jak każdy inny producent

⁸⁸ *TECMED*, par. 154.

⁸⁹ Np. *Metalpar S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/5), Award on the Merits, 6 czerwca 2008 r., par. 187.

⁹⁰ Zob. np. *Glamis Gold*, par. 766.

⁹¹ Newcombe, Paradell, *op. cit.*, s. 279–280.

⁹² Zob. np. *Occidental*, par. 191–192.

⁹³ *Saluka*, par. 305; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* (ICSID Case No. ARB/05/8), Award, 11 września 2007 r., par. 332.

⁹⁴ Zob. np. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/15), Award, 31 października 2011 r. (dalej jako „*El Paso*”), par. 372.

⁹⁵ Notice of arbitration, par. 7.7.

⁹⁶ *Grand River Enterprises*, par. 144; *Mobil Investments Canada Inc v. Canada* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/4), Decision on Liability and on Principles of Quantum, 22 maja 2012 r. (dalej jako „*Mobil*”), par. 158.

papierosów w Australii, wiedział o trwającej od lat kampanii antynikotynowej w tym kraju. Mógł się więc spodziewać dalszych restrykcyjnych regulacji. Po drugie, w czasie dokonywania inwestycji PMA wiedział o planach wprowadzenia TPPA i z pełną świadomością oraz pomimo sprzeciwu wobec niej dokonał inwestycji. Nie może więc obecnie narzekać, że prawo weszło w życie i znajduje doń zastosowanie⁹⁷.

PMA nie sprzyja również charakter dokonanej inwestycji. Produkcja i dystrybucja wyrobów tytoniowych nie jest koncesjonowana, nie wymaga wysokich nakładów inwestycyjnych i długoterminowego planowania, którego dochodowość jest sztywno powiązana z polityką fiskalną państwa przyjmującego. Wiele sporów inwestycyjnych zakończonych sukcesem inwestora dotyczyło inwestycji w projekty wydobywcze bądź o charakterze użyteczności publicznej. Długoterminowa zgodna współpraca między państwem przyjmującym a inwestorem miała tu zasadnicze znaczenie dla trwania inwestycji⁹⁸. Działalność PMA nie należy do tej kategorii inwestycji. Nie ma więc podstaw do argumentowania, że powinna korzystać ze zwiększonej przewidywalności i stabilności warunków jej prowadzenia.

V.4. Poza uzasadnionymi oczekiwaniami: granice swobody regulacyjnej, działania zgodne z prawem, niearbitralność, niedyskryminowanie

Główne argumenty PMA w ramach standardu sprawiedliwego i równego traktowania dotyczą standardów, którym powinien odpowiadać proces legislacyjny państwa przyjmującego. Te argumenty znajdują się poza koncepcją uzasadnionych oczekiwań. Proces legislacyjny podlega ogólnym regułom standardu równego i sprawiedliwego traktowania. Wyznaczają one tzw. dopuszczalny zakres zmiany, czyli granicę, poza którą proces legislacyjny stanowi naruszenie zobowiązań międzynarodowych państwa przyjmującego⁹⁹. W orzeczeniach trybunałów inwestycyjnych znaleźć można cały szereg określeń mających oddać standard jakości działań legislacyjnych państwa przyjmującego. Zarówno prawo, jak i proces jego stanowienia i zmiany nie mogą być arbitralne, rażąco niesprawiedliwe, dyskryminacyjne czy niezgodne z zasadą państwa prawa¹⁰⁰.

Zasadniczo trybunały stronią od uznania, że istnieje specjalny standard skupiający się na merytorycznej ocenie kwestii leżących u podstaw dokonanych decyzji legislacyjnych czy administracyjnych. W sprawie *Chemtura* trybunał podkreślił, że analizie podlegają wszystkie fakty mające znaczenie dla sprawy. Obejmuje to również fakt, że decyzja podejmowana jest przez wyspecjalizowany organ państwa,

⁹⁷ McLachlan et al., *op. cit.*, s. 236–237.

⁹⁸ Przykładem są tu spory z Argentyną inwestorów w sprywatyzowanych sektorach wodociągów i oczyszczania ścieków, dystrybucji gazu i elektryczności. Inwestycje te obejmowały długoterminowe nakłady na unowocześnienie i utrzymanie rozległej infrastruktury oraz świadczenie usług użyteczności publicznej po cenach regulowanych przez państwo. Zob. np. *LG&E, Azurix, El Paso*.

⁹⁹ *El Paso*, par. 402.

¹⁰⁰ *Ibidem*, par. 364; *Mobil*, par. 153; *Glamis Gold*, par. 625–626; *Waste Management*, par. 98; *Electrabel*, par. 7.75.

k który ustala stan wiedzy naukowej oraz relewantne kwestie z zakresu polityki publicznej¹⁰¹, oraz tzw. klimat regulacyjny odzwierciedlający np. rosnącą świadomość szkodliwości pewnych działań¹⁰². Trybunały pozostawiają tu państwu przyjmującym szeroki margines swobody działania i nie stosują żadnych konkretnych reguł czy doktryn wytyczających granicę swobody rozwiązań legislacyjnych czy administracyjnych¹⁰³.

Możliwym podejściem do kwestii naruszenia zasady równego i sprawiedliwego traktowania w odniesieniu do TPPA jest analiza poszczególnych elementów **procesu**, który doprowadził do uchwalenia regulacji¹⁰⁴. Nie wydaje się, aby sposób oceny różnił się od dokonywanego w kontekście wykonywania funkcji ochronnych¹⁰⁵. Znaczenie będzie tu miało np. to, że wydane opinie i decyzje są oparte na istniejącym prawie i są odpowiednio uzasadnione, nawet jeżeli prowadzą do radykalnych zmian warunków prowadzenia inwestycji¹⁰⁶. Trybunały uznają, że regulacje nie są arbitralne, jeżeli odpowiadają na obiektywnie uzasadnione obawy społeczeństwa, nawet gdy ich skutki są niekorzystne dla inwestora zagranicznego¹⁰⁷. Unikają natomiast merytorycznego oceniania kwestii naukowych, koncentrując się raczej na faktach uzasadniających podjęcie działań legislacyjnych¹⁰⁸. Tak jak wspomniano wyżej, regulacje nie mają charakteru arbitralnego, są niedyskryminacyjne oraz zostały wprowadzone zgodnie z obowiązującymi procedurami prawnymi.

Ostatnią kwestią jest, czy analiza obejmuje intensywność wprowadzonych rozwiązań legislacyjnych? W sprawie *El Paso*, dotyczącej długoterminowej inwestycji infrastrukturalnej, trybunał uznał, że zmiany legislacyjne nie mogą stanowić kompletnej zmiany warunków¹⁰⁹. Jak pisaliśmy wyżej, nawet jeżeli uznać, że regulacje wprowadzają kompletną zmianę prowadzenia działalności przez PMA, inwestycja polegająca na produkcji i dystrybucji produktów konsumpcyjnych nie uzasadnia zwiększonej stabilności i przewidywalności warunków prowadzenia działalności. Ponadto dotyczy ona produktów szkodliwych dla zdrowia i życia ludzkiego. Bardziej adekwatne jest tu stwierdzenie trybunału w sprawie *Mobil*, że zmiany regulacyjne odzwierciedlające nowe polityki i potrzeby państwa przyjmującego (tj. państwa, w którym dokonywana jest inwestycja) mogą mieć daleko idące konsekwencje oraz skutki i nawet nakładać na inwestora istotne obciążenia¹¹⁰. Oznacza to, że podnoszona przez PMA nieproporcjonalność obciążenia nową regulacją nie będzie miała decydującego znaczenia dla jej oceny w świetle art. 2 HKA BIT.

¹⁰¹ *Chemtura*, par. 123.

¹⁰² *Glamis Gold*, par. 767; *Chemtura*, par. 135.

¹⁰³ *Chemtura*, par. 123; *Glamis Gold*, par. 762.

¹⁰⁴ Zob. np. metodologię trybunałów w *Glamis Gold*, par. 628–829; *Methanex*, III.A.

¹⁰⁵ Zob. punkt IV.3.

¹⁰⁶ *Glamis Gold*, par. 761.

¹⁰⁷ *Electrabel*, par. 8.23.

¹⁰⁸ *Chemtura*, par. 134–135; *Glamis Gold*, par. 779, 783.

¹⁰⁹ *El Paso*, par. 374.

¹¹⁰ *Mobil*, par. 153.

V.5. Konkluzje dotyczące standardu sprawiedliwego i równego traktowania

Podnoszona przez PMA argumentacja dotycząca naruszenia standardu równego i sprawiedliwego traktowania w dużym stopniu nie mieści się w ramach tego standardu. Brak jest również argumentów mogących uzasadnić naruszenie uzasadnionych oczekiwań inwestora. Ponieważ Australia nie udzieliła inwestorowi żadnych zapewnień, które chroniłyby go przed wprowadzonymi regulacjami, nie może on powoływać się na naruszenie uzasadnionych oczekiwań opartych na tego rodzaju zobowiązaniach. Wydaje się również, że inwestorowi brakuje mocnych argumentów na poparcie tezy, że naruszono jego uzasadnione oczekiwania stabilnych i przewidywalnych warunków prowadzenia działalności. Najprawdopodobniej PMA skoncentruje się na argumentacji, że regulacje są arbitralne ze względu na brak naukowego uzasadnienia, niezgodny z prawem proces legislacyjny (naruszenie *due process*) oraz nieproporcjonalność obciążenia wskutek wprowadzonych regulacji. Odniesienie się do takich argumentów wymagałoby od trybunału dogłębnej analizy merytorycznej podjętych decyzji regulacyjnych, co w praktyce nie zdarza się często. Nawet jeżeli taka analiza będzie miała miejsce, wprowadzenie regulacji wpisuje się w prowadzoną od lat przez Australię politykę mającą na celu ograniczenie palenia tytoniu, było poprzedzone konsultacjami publicznymi, nastąpiło na podstawie rzetelnej wiedzy naukowej i z zachowaniem procedur państwa prawa, w sposób niearbitralny i nie-dyskryminacyjny.

VI. Podsumowanie

Przedstawiona w niniejszym artykule analiza daje mocne podstawy do uznania regulacji za zgodne ze zobowiązaniami Australii wynikającymi z HKA BIT, w szczególności z wymogami w zakresie ochrony przed bezprawnym wywłaszczeniem oraz sprawiedliwego i równego traktowania¹¹¹. Wniosek ten pozwala uznać, że międzynarodowe prawo inwestycyjne co do zasady nie ogranicza państw w prowadzeniu polityki antynikotynowej, nawet jeżeli konkretne środki regulacyjne naruszają interesy ekonomiczne koncernów tytoniowych będących inwestorami.

W powyższym kontekście można się zastanawiać, dlaczego PMA, mając świadomość słabości swoich argumentów, zdecydował się na wszczęcie postępowania arbitrażowego. Celem tej strategii jest najprawdopodobniej chęć zniechęcenia innych państw do wprowadzania wymogu jednolitych opakowań. Koncerny tytoniowe, wykorzystując nieprecyzyjność międzynarodowych zobowiązań handlowych i inwestycyjnych oraz niejednolitość orzecznictwa, często skutecznie argumentowały w przeszłości, że reguły te ograniczają wolność regulacyjną państw w obszarze kontroli rynku wyrobów tytoniowych¹¹². W konsekwencji część państw, obawiając się

¹¹¹ Ze względu na brak jednolitości w istniejącym orzecznictwie oraz precedensowy charakter sporu nie można jednak wykluczyć, że trybunał stwierdzi, choć jest to mało prawdopodobne, naruszenie postanowień tej umowy.

¹¹² Np. w latach 90. R.J. Reynolds skutecznie przekonywał, że wprowadzenie wymogu jednolitych opakowań przez Kanadę stanowiłoby naruszenie reguł NAFTA; rząd kanadyjski wycofał

ewentualnej odpowiedzialności międzynarodowej, decydowała się na niewprowadzenie innowacyjnych działań antynikotynowych¹¹³. Z tego punktu widzenia Philip Morris zyskuje w najgorszym dla siebie scenariuszu kilka dodatkowych lat wstrzymania globalnych zmian regulacyjnych. Jednak nawet wygrana Australii nie musi prowadzić do redukcji takiego efektu schładzającego. Stwierdzenie przez trybunał arbitrażowy braku właściwości spowoduje, że nie odniesie się on do merytorycznych aspektów sporu, konserwując tym samym istniejący stan niepewności. W takim przypadku można oczekiwać w przyszłości kolejnych procesów wytaczanych przez koncerny tytoniowe w odpowiedzi na regulacje wprowadzające wymóg jednolitych opakowań.

SUMMARY

TOBACCO PLAIN PACKAGING AND INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: SOME COMMENTS ABOUT *PHILIP MORRIS ASIA LIMITED V. AUSTRALIA*

International investment law is frequently criticized for restricting regulatory space enjoyed by States in important policy areas such as protection of human health. The article tests this hypothesis by analyzing the recent international investment dispute over the tobacco plain packaging law, instituted in 2011 by Philip Morris Asia Limited against Australia under the Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments (*Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*). More specifically, its aim is to examine Australia's compliance with the standards of international investment protection in light of its innovative regulatory control measures.

The article argues that a mere limitation of the use of trademarks on marketed products cannot be qualified as indirect expropriation as it does not meet the required threshold of State interference. The article also asserts that compensable expropriation needs to be distinguished from situations where a State, in the exercise of its police powers, affects foreign investments. Measures falling within this category do not give a raise to international State responsibility, unless they meet certain requirements. The article claims that the plain packaging law can be classified as such measures. With regard to the fair and equitable treatment (FET) claim, the article shows that PMA's strongest argument is that the Regulations are arbitrary and go beyond the acceptable margin of legislative change. The investor's chances of succeeding depend on how deep the investment tribunal wishes to analyse the plain packaging measures. Jurisprudence of investment tribunals shows that they abstain from substantive analysis of such measures

się ostatecznie z tej inicjatywy. Por. J. Kelsey, *International Trade and Tobacco Control. Report*, 2012, dokument dostępny na: <http://turanga.org.nz/node/49> (strona odwiedzona 3 marca 2015 r.), s. 52.

¹¹³ Por. z dyskusją w L. Gruszczynski, *Australia Plain Packaging Law, International Litigations and Regulatory Chilling Effect*, *European Journal of Risk Regulation* 2014, vol. 2, s. 160.

and are deferential to the host States, provided that the measures are adopted with due process, with due consideration and are non-discriminatory. This leads the authors to conclude that it is unlikely that the tribunal will find violation of the FET standard. On the basis of the presented analysis, the article concludes that international investment law generally does not limit State policies in relation to tobacco control, even if such policies affect investments held by transnational tobacco companies.