Warszawa, dnia 4 lutego 2020 r.
DPUE.9323.71.2020/1/mn

DO PREZESA I CZŁONKÓW
TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

UWAGI NA PIŚMIE RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

przedkładane na podstawie art. 23 Statutu Trybunału Sprawiedliwości
w postępowaniu o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie

C-741/19
Republika Mołdawii
(sąd krajowy: Cour d'appel de Paris – Francja)

Pełnomocnik Rzeczypospolitej Polskiej:

B[redacted] Majczyna

Adres do doręczeń:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych
al. J. Ch. Szucha 23
00-580 Warszawa – POLSKA

SPIS TREŚCI

I. PRZEDMIOT SPRAWY I PYTANIA PREJUDYCJALNE 3

II. STANOWISKO RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ 4

II.1. Uwagi wstępne 4

II.2. Uwagi w przedmiocie pytania pierwszego 10

II.3. Uwagi w przedmiocie pytania drugiego 14

II.4. Uwagi w przedmiocie pytania trzeciego 16

III. PROPOZYCJA ROZSTRZYGNIĘCIA 18

I. PRZEDMIOT SPRAWY I PYTANIA PREJUDYCJALNE

1. Wniosek do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w sprawie C-741/19 *Republika Mołdawii* został złożony przez sąd francuski (*Cour d'appel de Paris*) w toku rozpoznawania odwołania od orzeczenia sądu polubownego *ad hoc*, wydanego w Paryżu po przeprowadzeniu postępowania arbitrażowego na podstawie Traktatu Karty Energetycznej (TKE)[1].

2. Jak wynika z uzasadnienia wniosku, spór rozstrzygany w postępowaniu arbitrażowym powstał w następujących okolicznościach. W lutym 1999 r. doszło do podpisania umów łączących cztery spółki: dwie spółki ukraińskie (Ukrenergo – producenta energii elektrycznej i Energoalians – dystrybutora energii elektrycznej), spółkę mołdawską (Moldtranselectro – odbiorcę energii elektrycznej w ramach tych kontraktów, odpowiedzialnego za jej późniejsze rozprowadzenie i sprzedaż odbiorcom końcowym) oraz spółkę z Brytyjskich Wysp Dziewiczych (Derimen – pośrednika). W umowie z dnia 1 lutego 1999 r. uzgodniono następujący łańcuch dostaw energii elektrycznej (a w ich wyniku – łańcuch zobowiązań finansowych między spółkami): spółka Ukrenergo wytwarzała energię elektryczną, po czym sprzedawała ją spółce Energoalians, która z kolei przesyłała ją swoją siecią do granicy z Mołdawią, gdzie z kolei odbierała ją spółka Moldtranselectro. Dodatkową umową z dnia 24 lutego 1999 r. do ww. łańcucha wprowadzono pośrednika (spółkę Derimen), który kupował energię dostarczoną przez spółkę Energoalians i następnie od razu odsprzedawał ją spółce Moldtranselectro za kwotę około dwukrotnie wyższą od ceny zakupu.

3. Opisany powyżej schemat dostaw funkcjonował w latach 1999-2000 i wygenerował dług spółki Moldtranselectro względem spółki Derimen w wysokości ok. 18 mln USD. Jednocześnie nie powstało zadłużenie względem spółki Energoalians, której spółka Derimen płaciła na bieżąco za przeprowadzone dostawy.

4. Spółka Derimen scedowała swoją wierzytelność względem spółki Moldtranselectro na spółkę Energoalians, która wszczęła postępowania arbitrażowe przeciwko Mołdawii. Następnie w prawa spółki Energoalians weszła spółka ukraińska Komstroy (która jest obecnie stroną postępowania przeciwko Mołdawii, w ramach którego skierowano pytania prejudycjalne). W wyniku postępowania arbitrażowego *ad hoc* wszczętego przez spółkę Energoalians, sąd polubowny w Paryżu uznał w 2013 r., że Mołdawia

[1] Dz. Urz. WE L 380 z 31.12.1994, str. 24.

naruszyła swoje zobowiązania na gruncie TKE i nakazał jej zapłacić karę na rzecz spółki Energoalians. Sąd polubowny uznał, że spółka Energoalians dokonała „inwestycji" w rozumieniu TKE w przedsiębiorstwo publiczne Moldtranselectro (opierając się na szerokiej definicji tego pojęcia w TKE).

5. Orzeczenie sądu polubownego zostało następnie uchylone w 2016 r. przez *Cour d'appel de Paris*, który wskazał, że jedynym celem należności była sprzedaż energii i nie może być w tym przypadku mowy o „inwestycji" w rozumieniu TKE. Jednak orzeczenie *Cour d'appel de Paris* zostało uchylone w 2018 r. przez *Cour de cassation*, który zwrócił sprawę do ponownego rozpatrzenia, ze względu na niejasności dotyczące wykładni terminu „inwestycja" w świetle TKE.

6. W tych okolicznościach sąd odsyłający skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania:

   1) Czy art. 1 pkt 6 TKE należy interpretować w ten sposób, że wierzytelność wynikająca z umowy sprzedaży energii elektrycznej, która nie implikuje żadnego wkładu ze strony inwestora w państwie przyjmującym, może stanowić „inwestycję" w rozumieniu tego artykułu?

   2) Czy art. 26 ust. 1 TKE należy interpretować w ten sposób, że nabycie przez inwestora z umawiającej się strony wierzytelności przedsiębiorcy spoza państw stron Traktatu stanowi inwestycję?

   3) Czy art. 26 ust. 1 TKE należy intepretować w ten sposób, że wierzytelność inwestora wynikająca z umowy sprzedaży energii elektrycznej, dostarczonej do granicy państwa przyjmującego, może stanowić inwestycję dokonywaną na obszarze innej umawiającej się strony, mimo braku wykonywania przez inwestora jakiejkolwiek działalności gospodarczej na terytorium tej umawiającej się strony?

II. STANOWISKO RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

II.1. Uwagi wstępne

7. Rzeczpospolita Polska odniesie się do wszystkich pytań sformułowanych przez sąd odsyłający. Pytania te zmierzają do uzyskania interpretacji kluczowych postanowień TKE. Traktat ten, jako umowa mieszana, jest elementem unijnego porządku prawnego,

zaś niniejsza sprawa stanowi pierwszą okazję, by Trybunał Sprawiedliwości dokonał wykładni jego postanowień.

8. TKE jest jednym z nielicznych wielostronnych traktatów o ochronie inwestycji (*Multirateral Investment Treaties*), a jego rola w ostatnich latach wydaje się wzrastać, w szczególności w związku z rosnącą liczbą postępowań arbitrażowych inicjowanych przeciwko kolejnym państwom-stronom TKE, w tym państwom członkowskim Unii Europejskiej, a ostatnio również przeciwko samej Unii Europejskiej. Zostało to podkreślone w Sprawozdaniu Komisji dla Parlamentu i Rady z dnia 19 listopada 2019 r. dotyczącym rozporządzenia (UE) nr 912/2014 w sprawie odpowiedzialności finansowej związanej z rozstrzyganiem sporów między inwestorem a państwem na mocy umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska[2].

9. Odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości na pytania prejudycjalne w niniejszej sprawie powinna przyczynić się do spójnego rozumienia pojęć „inwestycja" i „inwestor" w ramach unijnego porządku prawnego. Podkreślić należy, że pojęcie „inwestycja" pojawia się w różnych aktach prawa unijnego (zarówno pierwotnego[3], jak i wtórnego[4]), a także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, wskazującym na kluczowe znaczenie tego pojęcia w kontekście artykułu 64 TFUE[5]. Jak w szczególności stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *SEGRO i in.*, na podstawie art. 64 TFUE wywłaszczonemu inwestorowi z innego państwa członkowskiego przysługuje odszkodowanie[6].

---

[2] COM(2019) 597 final.

3 Zobacz np. art. 101 ust. 1 lit. b), art. 126 ust. 3, art. 199 ust. 3 i 4, art. 309 TFUE; protokół nr 5 w sprawie statutu Europejskiego Banku Inwestycyjnego; protokół nr 10 w sprawie stałej współpracy strukturalnej ustanowionej na mocy artykułu 42 Traktatu o Unii Europejskiej; deklaracja nr 30 odnosząca się do artykułu 126 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

[4] Zobacz tytułem przykładu:

1) dyrektywa Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu (Dz. Urz. WE L 178 z 8.7.1988, str. 5; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 10, t. 1, str. 10) – definicje zamieszczone w załączniku I;
2) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 174 z 26.6.2013, str. 1) – pkt 4.65 załącznika A oraz załącznik 7.1 – Podsumowanie poszczególnych kategorii aktywów;
3) rozporządzenie (WE) nr 184/2005 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 stycznia 2005 r. w sprawie statystyki Wspólnoty w zakresie bilansu płatniczego, międzynarodowego handlu usługami i zagranicznych inwestycji bezpośrednich (Dz. Urz. WE L 35 z 8.2.2005, str. 23) – załącznik II.

Zobacz także na przykład wytyczne Europejskiego Banku Centralnego z dnia 9 grudnia 2011 r. w sprawie wymogów sprawozdawczości statystycznej Europejskiego Banku Centralnego w zakresie statystyki zagranicznej (EBC/2011/23) (Dz. Urz. UE L 65 z 3.3.2012, str. 1) – załącznik III, pkt 6.1.

[5] Zob. przykładowo wyrok z dnia 24 listopada 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 73 i nast.

[6] Wyrok z dnia 6 marca 2018, C-52/16 i C-113/16, *SEGRO i in.*, EU:C:2018:157, pkt 56-57.

10. Należy też zauważyć, że brak jednoznacznej interpretacji pojęcia „inwestycja" może spowodować problemy przy stosowaniu tzw. rozporządzenia „screeningowego" – rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiającego ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii[7].

11. Wykładnia pojęcia „inwestycja" jest jednym z najważniejszych zagadnień spornych w doktrynie i orzecznictwie prawa ochrony inwestycji. Z uwagi na fragmentację tego orzecznictwa (poszczególne trybunały arbitrażowe funkcjonują w sposób niezależny od siebie i nie są związane swoimi rozstrzygnięciami), rozbieżności te mają charakter trwały, a wręcz – jak się wydaje – w miarę upływu czasu ulegają pogłębieniu.

12. W orzecznictwie arbitrażowym doszło do wykształcenia się dwóch przeciwstawnych sposobów rozumienia pojęcia inwestycji, określanych niekiedy mianem obiektywnego i subiektywnego. Zwolennicy podejścia obiektywnego opowiadają się za poszukiwaniem uniwersalnych kryteriów pozwalających na odróżnienie inwestycji od innego rodzaju aktywności gospodarczej, w szczególności o charakterze handlowym lub spekulacyjnym. Z kolei podejście subiektywne zakłada każdorazowe rekonstruowanie definicji inwestycji w oparciu o instrument prawny, z którego wynika zgoda państwa na arbitraż (w praktyce są to głównie traktaty inwestycyjne). Mając na uwadze, że większość traktatów inwestycyjnych, w szczególności zawieranych w latach 80. i 90. XX w. (w tym TKE), zawiera szeroką definicję inwestycji, obejmującą „każdego rodzaju aktywa" (*every kind of assets*)[8], podejście subiektywne w praktyce jest bardziej korzystne z perspektywy inwestorów[9]. W szczególności jego skutkiem może być powstanie sytuacji, takiej jak w sprawie przed sądem odsyłającym, w której dostęp do arbitrażu inwestycyjnego uzyska podmiot faktycznie nieprowadzący jakiejkolwiek działalności gospodarczej na terytorium państwa przyjmującego.

13. Najbardziej wpływowym orzeczeniem, w którym zaprezentowane zostało stanowisko obiektywne, był wyrok trybunału arbitrażowego ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) w sprawie *Salini Construttori i Italstrade przeciwko Maroku*. Sformułowano w nim cztery kryteria charakteryzujące inwestycję, określane w późniejszej doktrynie i orzecznictwie arbitrażowym mianem „testu Salini" (*Salini test*). Są nimi: wkład (*contribution*), długotrwałość (*duration*), ryzyko inwestycyjne

[7] Dz. Urz. UE L 79I z 21.3.2019, str. 1.
[8] W polskiej praktyce traktatowej pojęcie „assets" tłumaczone jest zazwyczaj jako „mienie".
[9] M. Pyka, *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C.H. Beck, 2018.

(*risk*) oraz przyczynienie się do rozwoju ekonomicznego państwa przyjmującego (*contribution to the host State's economy*)[10]. Pomimo początkowych wahań, orzecznictwo trybunałów arbitrażowych funkcjonujących w ramach systemu ICSID zasadniczo zaakceptowało test Salini, z wyłączeniem ostatniego z wymienionych w nim kryteriów (przyczynienie się do rozwoju ekonomicznego państwa przyjmującego), które zostało uznane za nadmiernie dowolne i w praktyce nieoperatywne.

14. W związku jednak z faktem, że test Salini został sformułowany w kontekście interpretacji inwestycji na gruncie Konwencji ICSID, która nie zawiera definicji legalnej tego pojęcia, możliwość stosowania wskazanych kryteriów przez trybunały arbitrażowe orzekające poza systemem ICSID pozostaje przedmiotem istotnych kontrowersji. Część doktryny i orzecznictwa uznaje, że trybunały te są związane wyłącznie definicją inwestycji wynikającą z poszczególnych traktatów inwestycyjnych, stanowiących podstawę roszczeń inwestora w konkretnych postępowaniach.[11] W ostatnich latach coraz większą akceptację uzyskuje jednak stanowisko przeciwne, wskazujące, że pojęcie inwestycji zawarte w traktatach inwestycyjnych musi być odczytywane przez pryzmat zwyczajnego rozumienia tego pojęcia, a w konsekwencji – z uwzględnieniem kryteriów takich jak wkład, długotrwałość i ryzyko inwestycyjne. Znajduje to zastosowanie również do tych traktatów inwestycyjnych, które odczytywane literalnie nie przewidują tego rodzaju warunków, definiując inwestycję wyłącznie jako „każdy rodzaj aktywów". Trybunały arbitrażowe wskazują, że pojęcie inwestycji posiada „inherentne znaczenie" (*inherent meaning*), zaś zawarte w treści traktatów inwestycyjnych definicje wskazują jedynie formy, jakie w typowych sytuacjach przybierać może inwestycja. Sztandarowym przykładem wskazanej linii orzeczniczej jest wyrok w sprawie *Romak przeciwko Uzbekistanowi*, w którym wskazano:

The Arbitral Tribunal therefore considers that the term 'investments' under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk. (...) By their very nature, asset types enumerated in the BIT's non-exhaustive list may exhibit these hallmarks. But if an asset

[10] Orzeczenie trybunału arbitrażowego w sprawie jurysdykcji z 31.01.2006, ICSID Case No ARB/02/13, *Salini Construttori S.p.A. i Italstrade S.p.A przeciwko Królestwu Maroka*, pkt 52.

[11] Zob. np. R. Dolzer, Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, wyd. 2, Oxford University Press, 2012, str. 65.

does not correspond to the inherent definition of 'investment', the fact that it falls within one of the categories listed in Article 1 does not transform it into 'investment'.[12]

15. Stanowisko wyrażone w wyroku w sprawie *Romak przeciwko Uzbekistanowi* zostało następnie zaakceptowane w innych orzeczeniach trybunałów arbitrażowych[13]. Nadal ma ono jednak charakter kontrowersyjny i trudno je uznać za dominujące.

16. Problemy analogiczne do zasygnalizowanych powyżej dotyczą również wykładni pojęcia „inwestycja" na gruncie TKE. Zawarta w TKE definicja inwestycji, odczytywana w sposób literalny, bywa określana jako „ekstremalnie szeroka"[14] i obejmująca swym zakresem również typowe transakcje handlowe[15]. Opierając się na literalnej wykładni tej definicji, część trybunałów arbitrażowych kwestionuje możliwość stosowania do niej kryteriów niewysłowionych wprost w treści TKE, takich jak np. elementy testu Salini[16]. Z drugiej strony, również na gruncie TKE część trybunałów arbitrażowych opowiada się za stanowiskiem obiektywnym, stwierdzając, że definicja inwestycji zawarta w TKE nie może być odczytywana w oderwaniu od zwykłego znaczenia tego pojęcia[17]. Stanowisko obiektywne jest akceptowane również przez przedstawicieli doktryny[18].

17. W dotychczasowym, bardzo ograniczonym orzecznictwie, sądy państw członkowskich rozpatrujące skargi o uchylenie wyroków trybunałów arbitrażowych, na gruncie zarówno BIT-ów (*Bilateral Investment Treaties*), jak i TKE, z reguły nie akceptowały

---

[12] Wyrok trybunału arbitrażowego z 26.11.2009, UNCITRAL, PCA Case No AA280, *Romak S.A. przeciwko Republice Uzbekistanu*, pkt 207.

[13] Zob. np. wyrok trybunału arbitrażowego z 5.3.2011, UNCITRAL, *Alps Finance przeciwko Republice Słowacji*, pkt 230-241; wyrok trybunału arbitrażowego z 7.2.2011, ICSID Case No ARB/08/18, *Malicorp Limited przeciwko Arabskiej Republice Egiptu*, pkt 110; wyrok trybunału arbitrażowego z 17.10.2013, ICSID Case No ARB/09/8, *KT Asia Investment Group B.V. przeciwko Republice Kazachstanu*, pkt 166; wyrok trybunału arbitrażowego z 31.5.2017, ICSID Case No ARB/12/35, *Orascom TMT Investment S.à.r.l. przeciwko Algierskiej Republice Ludowo-Demokratycznej*, pkt 372.

[14] Wyrok trybunału arbitrażowego z 19.12.2013, SCC Case No V 116/2010, A*natolie Stati et al. przeciwko Republice Kazachstanu*, pkt 806.

[15] E. Gaillard, M. McNeill, *The Energy Charter Treaty*, w: K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2010, str. 42.

[16] Wyrok trybunału arbitrażowego z 19.12.2013, SCC Case No V 116/2010, *Anatolie Stati et al. przeciwko Republice Kazachstanu*, pkt 806; decyzja trybunału arbitrażowego w sprawie jurysdykcji z 6.6.2016, ICSID Case No. ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd et al. przeciwko Królestwu Hiszpanii*, pkt 156-158; wyrok trybunału arbitrażowego z 15.5.2019, *UNCITRAL*, PCA Case No. 2014-20, *Voltaic Network GmbH przeciwko Republice Czeskiej*, pkt 206.

[17] Wyrok trybunału arbitrażowego z 16.7.2012, ICSID Case No ARB/08/13, *Alapli Elektrik B.V. przeciwko Republice Turcji*, pkt 349-384; wyrok trybunału arbitrażowego z 12.7.2016, SCC Case No V 2013/153, *Isolux Netherlands B.V. przeciwko Królestwu Hiszpanii*, pkt 683-686; wyrok trybunału arbitrażowego z 16.5.2018, ICSID Case No ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. przeciwko Królestwu Hiszpanii*, pkt 193-199.

[18] Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2011, str. 163-165, 231-232; T. Roe, M. Happold, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, 2011, str. 54-57.

tezy o istnieniu „inherentnego znaczenia" inwestycji, uznając, że trybunały arbitrażowe są związane wyłącznie odczytywanymi w sposób literalny definicjami inwestycji, zawartymi w treści poszczególnych traktatów inwestycyjnych[19].

18. Z kolei w niniejszej sprawie *Cour d'appel de Paris* uchylił zaskarżony wyrok trybunału arbitrażowego, uznając, że wierzytelność, której dotyczył spór, nie stanowiła inwestycji w rozumieniu TKE z uwagi na brak spełnienia kryterium wkładu[20]. Wyrok *Cour d'appel de Paris* został jednak uchylony przez *Cour de cassation*, który uznał, że definicja inwestycji, zawarta w TKE nie przewiduje warunku, by nabycie aktywu stanowiącego inwestycję wiązało się z dokonaniem wkładu[21].

19. Wreszcie należy również zwrócić uwagę na pozaunijny charakter sporu zawisłego przed sądem odsyłającym. Okoliczność ta ma istotne znaczenie ze względu na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym klauzule poddające jurysdykcji trybunałów arbitrażowych spory między inwestorem a państwem nie mają zastosowania do sporów między inwestorami z państw członkowskich a innymi państwami członkowskimi. Stanowisko takie wynika zwłaszcza z wyroku *Achmea*[22]. Odnosi się ono również do TKE, na co zwraca uwagę nie tylko większość państw członkowskich[23], ale również Komisja Europejska w swoim Komunikacie do Parlamentu i Rady z dnia 19 lipca 2019 r. – Ochrona inwestycji wewnątrzunijnych[24].

20. W tym jednakże przypadku kwestie te nie mają bezpośredniego znaczenia dla udzielenia przez Trybunał Sprawiedliwości odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego, gdyż pytania te zostały sformułowane w ramach sporu między państwem trzecim (Mołdawia) a inwestorem z państwa trzeciego (ukraińską spółką Komstroy, następcą prawnym spółki Energoalians).

21. Podsumowując powyższe rozważania, a także mając na względzie, że przedmiotem pytań drugiego i trzeciego jest wykładnia art. 26 TKE, dotyczącego rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem-stroną TKE, Rzeczpospolita Polska zaznacza,

---

[19] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu (*Cour d'Appel de Paris*) z 25.9.2008, 07/04675 (P*ren Nreka przeciwko Republice Czeskiej*), str. 5; wyrok Sądu Apelacyjnego Svea w Sztokholmie (*Svea Hovrätt*) z 19.1.2007, T5208-05 (*Petrobart Ltd przeciwko Republice Kirgistanu*), str. 10.
[20] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 12.4.2016, 13/22531 (*Komstroy przeciwko Republice Mołdawii*).
[21] Wyrok Sądu Kasacyjnego z 28.3.2018, 16-16568 (*Komstroy przeciwko Republice Mołdawii*).
[22] Wyrok z dnia 6 marca 2018 r., *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, pkt 56 i 58.
[23] Deklaracja przedstawicieli 22 rządów państw członkowskich UE z dnia 15 stycznia 2019 r. w sprawie konsekwencji prawnych orzeczenia Trybunału w sprawie Achmea oraz o ochronie inwestycji w Unii Europejskiej. Odmienne stanowisko przedstawiły: Szwecja, Słowenia, Malta, Luksemburg, Finlandia oraz Węgry.
[24] COM(2018) 547 final.

że jej uwagi w tym zakresie odnoszą się do stosowania art. 26 TKE jedynie w relacji do państw trzecich. Wydaje się, że podobne zastrzeżenie powinien uczynić Trybunał Sprawiedliwości w ramach proponowanego rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Brak takiego zastrzeżenia może bowiem zostać błędnie odczytany jako akceptacja dla stosowania art. 26 TKE w wymiarze wewnątrzunijnym, a więc między inwestorami z państw członkowskich a samymi państwami członkowskimi.

II.2. Uwagi w przedmiocie pytania pierwszego

22. W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży do uzyskania wykładni terminu „inwestycja" na gruncie TKE, a w szczególności do ustalenia, czy za „inwestycję" można uznać takie działanie inwestora w państwie przyjmującym, które nie jest związane z poniesieniem przez niego jakiegokolwiek wkładu na terytorium tego państwa.

23. Rzeczpospolita Polska uważa, że termin „inwestycja", którym posługuje się TKE, powinien być interpretowany zgodnie z zasadami wykładni umów międzynarodowych, skodyfikowanymi w art. 31 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, tj. w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle przedmiotu i celu traktatu.

24. Chociaż TKE definiuje pojęcie inwestycji jako obejmujące „każdy rodzaj aktywów", nic jednak w tekście TKE nie wskazuje, by jego strony zamierzały rozumieć to pojęcie w sposób całkowicie abstrahujący od jego typowego rozumienia przyjętego w naukach ekonomicznych[25]. Na gruncie zwykłego rozumienia pojęcia inwestycji jest zaś oczywiste, że nabycie określonych aktywów stanowiących inwestycję musi być związane z działaniami przedsiębiorcy (aktem inwestowania), polegającymi na wniesieniu wkładu i akceptacji ryzyka w celu osiągnięcia zysku.

25. Artykuł 1 pkt 6 lit. c) TKE wskazuje, że pojęcie inwestycji nie ogranicza się do samego roszczenia pieniężnego, ponieważ roszczenie takie musi być powiązane z wniesieniem przez inwestora wkładu na terytorium państwa przyjmującego i akceptacją ryzyka w celu osiągnięcia zysku („każdy rodzaj aktywów <u>stanowiących własność lub kontrolowanych bezpośrednio bądź pośrednio przez inwestora</u>", który obejmuje m.in. „roszczenia pieniężne oraz roszczenia o wykonanie świadczenia zgodnie z kontraktem, posiadające wartość ekonomiczną i <u>związane z inwestycją</u>**"**). Pojęcie inwestycji jest analogicznie rozumiane na gruncie prawa unijnego: zgodnie z art. 2 pkt 1

[25] T. Roe, M. Happold, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, str. 56.

rozporządzenia 2019/452 „bezpośrednia inwestycja zagraniczna" oznacza wszelkiego rodzaju inwestycje inwestora zagranicznego dokonane w celu ustanowienia lub utrzymania trwałych i bezpośrednich powiązań między tym inwestorem zagranicznym a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępniany jest kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej w danym państwie członkowskim, w tym inwestycje, które umożliwiają skuteczne uczestnictwo w zarządzaniu spółką prowadzącą działalność gospodarczą lub w jej kontrolowaniu.

26. Jedna z autentycznych wersji TKE (angielska) dokonuje rozróżnienia między zdefiniowanym w TKE pojęciem „Inwestycja" (zapisywanym z wielkiej litery jako *Investment*), a zastanym pojęciem „inwestycja" (zapisywanym z małej litery jako *investment*). Za przykład tego rozróżnienia może posłużyć art. 1 pkt 6 TKE, który w angielskiej (autentycznej) wersji językowej stanowi:

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term 'Investment' includes all investments whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the 'Effective Date') provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

'Investment' refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as 'Charter efficiency projects' and so notified to the Secretariat.

27. Posłużenie się pojęciem „inwestycja", zapisywanym małą literą, wyraźnie wskazuje, że sens tego pojęcia jest odmienny od wprowadzonego w definicji legalnej. Odsyła ono zatem do zwykłego rozumienia inwestycji.

28. Po drugie, definicja zamieszczona w art. 1 pkt 6 TKE zawiera jedynie przykładowe (lit. a – f) wyliczenie aktywów mogących stanowić inwestycję (form inwestycji). W braku stwierdzenia, jakie jest „zwykłe" rozumienie pojęcia inwestycji i na czym polega ekonomiczna aktywność związana z „inwestowaniem", nie byłoby możliwe ustalenie, jakiego rodzaju inne aktywa, niewskazane w przykładowym wyliczeniu, mogą być objęte zakresem tego pojęcia.

29. Po trzecie, literalne odczytanie definicji zamieszczonej w TKE, bez odwołania się do „inherentnego znaczenia" inwestycji, prowadziłoby do błędnego wniosku, że każdy

składnik majątkowy, niezależnie od wartości, celu i okoliczności nabycia (np. nabycie pod tytułem darmym, dziedziczenie), należący do podmiotu z innego państwa-strony TKE, może być uznany za „Inwestycję" w rozumieniu tego traktatu. Co więcej, podejście takie oznaczałoby, że inwestycjami są również wierzytelności wynikające ze zwykłych umów handlowych (np. umów sprzedaży energii). TKE zawiera tymczasem przepisy dotyczące handlu i inwestycji w dwóch odrębnych częściach. Gdyby uznać, że każda transakcja handlowa stanowi jednocześnie inwestycję, wprowadzenie takiego rozróżnienia byłoby pozbawione sensu.

30. Po czwarte, treść „inherentnego znaczenia" pojęcia inwestycji jest obecnie przedmiotem szerokiego konsensusu międzynarodowego. W aktualnie zawieranych umowach handlowych i inwestycyjnych państwa i organizacje międzynarodowe często wskazują, że cechami inwestycji jest wkład, podjęcie ryzyka oraz oczekiwanie zysku[26]. Postanowienia tego rodzaju pojawiają się również w umowach handlowych i inwestycyjnych zawieranych przez Unię Europejską i jej państwa członkowskie[27]. Postanowienia te, jak wyraźnie wynika ze sposobu ich sformułowania, mają jednak wyłącznie charakter wyjaśniający – służą nie tyle wprowadzeniu do traktatów nowej treści normatywnej, ile raczej objaśnieniu zwykłego znaczenia zastanego pojęcia inwestycji[28]. Jak się wydaje, są one inspirowane projektem Wielostronnej Umowy Inwestycyjnej (MAI), przygotowanym w ramach OECD w 1998 r. Niezależnie od przyjęcia w tej umowie szerokiej definicji inwestycji, obejmującej „każdy rodzaj aktywów", przewidziano również wydanie noty interpretacyjnej precyzującej, że inwestycja podlegająca ochronie musi posiadać cechy (*characteristics*) inwestycji, takie jak wkład kapitału lub innych aktywów, oczekiwanie zysku i podjęcie ryzyka[29].

31. Konieczność dokonania przez inwestora wkładu wynika również z definicji pojęcia „inwestycja bezpośrednia", przyjętej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości na gruncie art. 64 ust. 1 TFUE[30].

---

[26] Zob. np. art. 10.28 CAFTA, art. 1 Modelowego BIT Stanów Zjednoczonych Ameryki z 2004 r., art. 1 Modelowego BIT Stanów Zjednoczonych Ameryki z 2012 r., art. 9.1 Trans-Pacific Partnership Agreement.
[27] Zob. art. 8.1 CETA, Art. 1.2 EU-Vietnam IPA, Art. 1.2 EU-Singapore IPA.
[28] Por. w odniesieniu do modelowego BIT Stanów Zjednoczonych Ameryki z 2004 r.: V. Heiskanen, *Of capital import: the definition of 'investment' in international investment law*, w: A.K. Hoffmann (ed.), *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration. Diversity and Harmonisation, ASA Special Series No. 34*, 2010, str. 57; K.J. Vandevelde, U*.S. International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2009, str. 121-122.
[29] *The Multilateral Agreement on Investment. Draft consolidated text*, 22 kwietnia 1998 r., str. 11.
[30] Zob. np. wyrok z dnia 24 maja 2007 r., *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, pkt 33-34.

32. Tym samym istnieją istotne przesłanki przemawiające za obiektywną koncepcją inwestycji. W szczególności jest ona zgodna z zasadami wykładni umów międzynarodowych wynikającymi z art. 31 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, a przy tym pozwala ona zapewnić spójność wykładni TKE z innymi aktami prawa unijnego.

33. Należy z kolei rozważyć, czy wkład (*contribution*), będący jedną z immanentnych cech inwestycji, powinien zostać dokonany na terytorium państwa przyjmującego. Odpowiedź na tak postawione pytanie musi być pozytywna. Artykuł 26 ust. 1 TKE, regulujący spory pomiędzy inwestorem a państwem przyjmującym, wprost wskazuje, że spory te muszą odnosić się do „inwestycji tego inwestora na obszarze tej pierwszej Umawiającej się Strony" (*relating to an Investment of the latter in the Area of the former*). Inwestycja musi zatem mieć charakter transgraniczny, to znaczy musi być dokonana z zagranicy na terytorium państwa przyjmującego[31]. Posłużenie się przez TKE powyższym sformułowaniem wskazuje ponadto na konieczność aktywnej relacji pomiędzy inwestorem a inwestycją (aktu inwestowania), związanej z transferem wartości (np. pieniędzy, know-how, kontaktów, doświadczenia) na terytorium państwa przyjmującego[32].

34. Konieczność dokonania wkładu na terytorium państwa przyjmującego wynika również z celu TKE, wysłowionego wprost w treści jego preambuły, jakim jest ułatwienie wzrostu gospodarczego stron umowy. Przyczyną, dla której państwa związują się traktatami inwestycyjnymi i wyrażają zgodę na poddanie sporów z inwestorem jurysdykcji trybunałów arbitrażowych, jest przyciągnięcie zagranicznego kapitału do ich gospodarek (tzw. *quid pro quo* arbitrażu inwestycyjnego)[33]. W konsekwencji, mając na uwadze cel TKE, należy przyjąć, że inwestor powinien dokonać transferu wartości (niekoniecznie wyrażonej w pieniądzu) na terytorium państwa przyjmującego, by móc uzyskać ochronę traktatową. Jak wskazuje się w doktrynie:

---

[31] Wyrok trybunału arbitrażowego z 20.4.2016, SCC Case No V 2014/023, *Cem Cenzig Uzan przeciwko Turcji*, pkt 146, 152.

[32] Zob. wyrok trybunału arbitrażowego z 2.11,2012. ICSID Case No ARB/10/12, *Standard Chartered Bank przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii*, pkt 230-232 (wyrok dotyczył klauzuli jurysdykcyjnej zawartej w BIT pomiędzy Wielką Brytanią a Tanzanią, sformułowanej w podobny sposób jak art. 26 ust. 1 TKE).

[33] Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2010, str. 161-163.

the territorial connection between the claimant contribution of capital and an investment enterprise in the host state must be direct rather than indirect or consequential[34].

35. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej powyższe rozważania wskazują na zasadność przyjęcia obiektywnego rozumienia pojęcia inwestycji na gruncie TKE, a w konsekwencji prowadzą do wniosku, że immanentną cechą każdej inwestycji jest konieczność dokonania przez inwestora wkładu, w postaci kapitału lub zasobów. Cel zawarcia TKE, jak również treść art. 26 ust. 1 TKE wskazują przy tym, że wkład ten powinien być dokonany na terytorium państwa przyjmującego.

36. W okolicznościach sprawy przed sądem odsyłającym, rzekoma inwestycja miała polegać na nabyciu wierzytelności przez ukraińskiego przedsiębiorcę od spółki zarejestrowanej na Brytyjskich Wyspach Dziewiczych. Ewentualny wkład związany z nabyciem inwestycji (cena nabycia wierzytelności), został zatem dokonany na Brytyjskich Wyspach Dziewiczych, a nie na terytorium Mołdawii. Fakt, że dłużnikiem scedowanej wierzytelności była spółka mołdawska, nie jest w tym kontekście wystarczający do uznania, iż wskutek cesji doszło do „inwestycji" na terytorium Mołdawii.

37. W tym świetle Rzeczpospolita Polska proponuje Trybunałowi Sprawiedliwości udzielenie następującej odpowiedzi na pierwsze pytanie:

    Artykuł 1 pkt 6 TKE należy interpretować w ten sposób, że wierzytelność wynikająca z umowy sprzedaży energii elektrycznej, która nie implikuje żadnego wkładu ze strony inwestora w państwie przyjmującym, nie stanowi „Inwestycji" w rozumieniu tego postanowienia.

II.3. Uwagi w przedmiocie pytania drugiego

38. W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy nabycie przez inwestora z umawiającej się strony wierzytelności przedsiębiorcy spoza państw-stron TKE stanowi inwestycję.

39. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej należy w pierwszej kolejności rozróżnić dwie sytuacje: 1) cesję wierzytelności odszkodowawczej, przysługującej inwestorowi w związku z naruszeniem przez państwo standardów ochrony wynikających z TKE oraz

[34] *Ibidem*, str. 191.

2) cesję wierzytelności cywilnoprawnej, która potencjalnie może stanowić inwestycję podlegającą ochronie na podstawie TKE.

40. Jeżeli chodzi o pierwszą z powyższych sytuacji, przedsiębiorca posiadający siedzibę w innym państwie niż państwa-strony TKE nie może zostać uznany za „Inwestora" w rozumieniu TKE. W konsekwencji podmiotowi takiemu nie mogą przysługiwać jakiekolwiek roszczenia związane z dokonaniem inwestycji na podstawie TKE, co w oczywisty sposób pociąga za sobą brak możliwości przeniesienia nieistniejących roszczeń na podmiot trzeci (*nemo dat quod non habet*)[35]. Jak się wydaje, sytuacja taka nie miała jednak miejsca na gruncie stanu faktycznego sprawy przed sądem odsyłającym. Powodowa spółka nabyła bowiem nie tyle roszczenie odszkodowawcze przeciwko Mołdawii na gruncie TKE, co wierzytelność cywilnoprawną w stosunku do spółki mołdawskiej.

41. Jeżeli chodzi o drugą z powyższych sytuacji, nie można wykluczyć, że wierzytelność nabyta od podmiotu niepochodzącego z państwa-strony TKE będzie stanowiła inwestycję w rozumieniu art. 1 pkt 6 TKE, przy założeniu, że jej nabycie będzie związane z dokonaniem wkładu na terytorium państwa przyjmującego. Wierzytelność taka musi posiadać cechy inwestycji. Muszą również zostać spełnione dodatkowe warunki wynikające z art. 1 pkt 6 lit. c) TKE, w szczególności wierzytelność musi być związana z inną inwestycją w rozumieniu TKE.

42. Wierzytelność może być uznana za prawo posiadające cechy inwestycji, jeżeli spełnia kryteria wskazane we wcześniejszej części niniejszych uwag (wkład, ryzyko, określony czas trwania). Co do zasady zwykła jednorazowa transakcja handlowa nie będzie mogła zostać uznana za inwestycję. Za uznaniem wierzytelności wynikającej z transakcji handlowej za inwestycję mogą natomiast przemawiać czynniki takie jak ponadstandardowy stopień skomplikowania związanego z nią przedsięwzięcia, jego powtarzalny charakter oraz podwyższony stopień związanego z nim ryzyka (ryzyko inwestycyjne, nie zaś zwykłe ryzyko handlowe związane z możliwością niewykonania świadczenia przez kontrahenta)[36].

43. Artykuł 1 pkt 6 lit. c) TKE wskazuje – jako jedną z przykładowych form inwestycji – „roszczenia pieniężne oraz roszczenia o wykonanie świadczenia zgodnie z kontraktem, posiadające wartość ekonomiczną i związane z Inwestycją" (*claims to money and*

[35] Por. wyrok trybunału arbitrażowego z 15.3.2002, ICSID Case No ARB/00/2, *Mihaly International Corporation przeciwko Demokratycznej Socjalistycznej Republice Sri Lanki*, pkt 24.
[36] Zob. M. Pyka, *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, str. 175-181.

claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment). Sposób sformułowania tego postanowienia TKE pozostawia wiele do życzenia, gdyż stanowiąc część definicji „Inwestycji", jednocześnie samo odsyła do tego pojęcia (błąd *circulus in definiendo*). Mimo to, znaczenie tego postanowienia jest możliwe do odczytania. Wynika z niego mianowicie, że aby roszczenie mogło zostać uznane za inwestycję, musi być „związane" z inną inwestycją w rozumieniu TKE, nieobjętą zakresem art. 1 pkt 6 lit. c) TKE[37]. W konsekwencji wierzytelność pieniężna, nawet jeżeli spełnia wskazane powyżej kryteria wkładu, ryzyka i określonego czasu trwania, będzie mogła zostać uznana za inwestycję jedynie wówczas, gdy wykazuje związek z inną inwestycją tego samego podmiotu na terytorium państwa przyjmującego, niebędącą roszczeniem pieniężnym lub roszczeniem o wykonanie świadczenia.

44. W tym świetle Rzeczpospolita Polska proponuje Trybunałowi Sprawiedliwości następującą odpowiedź na drugie pytanie:

Artykuł 1 pkt 6 lit. c) TKE należy interpretować w ten sposób, że nabycie przez inwestora z umawiającej się strony wierzytelności przedsiębiorcy spoza państw-stron TKE stanowi „Inwestycję", o ile wierzytelność ta posiada cechy inwestycji (takie jak wkład, odpowiedni czas trwania i ryzyko inwestycyjne) oraz jest związana z inną „Inwestycją" w rozumieniu art. 1 pkt 6 TKE, niebędącą roszczeniem pieniężnym lub roszczeniem o wykonanie świadczenia.

II.4. Uwagi w przedmiocie pytania trzeciego

45. W trzecim pytaniu sąd odsyłający próbuje ustalić, czy ochronie w ramach TKE podlega taka wierzytelność inwestora, która nie była powiązana z jakąkolwiek działalnością gospodarczą tego inwestora na terytorium państwa przyjmującego.

46. Jak wskazano powyżej, ochronie na podstawie art. 26 ust. 1 TKE podlegają jedynie inwestycje dokonane „na terytorium" umawiającej się strony. Wymóg zlokalizowania inwestycji na terytorium państwa przyjmującego nie nasuwa większych trudności w przypadku składników majątkowych, takich jak prawa rzeczowe lub udziały w spółkach. Znacznie większe trudności pojawiają się w odniesieniu np. do praw na

[37] T. Roe, M. Happold, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, str. 62; orzeczenie trybunału arbitrażowego z 30.11.2012, ICSID Case No. ARB/07/19, *Electrabel S.A. przeciwko Republice Węgier*, pkt 5.52.

dobrach niematerialnych lub – jak w rozpatrywanej sprawie – wierzytelności[38]. Dodatkowym wymogiem pozwalającym na uznanie takich praw lub działań za inwestycję w rozumieniu TKE jest związek z inną inwestycją, niestanowiącą roszczenia. Miejsce zlokalizowania inwestycji powiązanej z wierzytelnością może służyć ustaleniu, czy wierzytelność ta stanowi inwestycję „dokonaną" na terytorium państwa przyjmującego. Można ponadto wskazać dalsze kryteria pozwalające na stwierdzenie, jakie jest miejsce zlokalizowania wierzytelności – takie jak miejsce jej wykonania lub prawo właściwe.

47. Warto również podkreślić, że pojęcie „Inwestycja" na gruncie TKE odnosi się do inwestycji związanych z działalnością gospodarczą w sektorze energii. Pojęcie „działalność gospodarcza w sektorze energii" zostało zdefiniowane w art. 1 pkt 5 TKE. Przykłady działalności gospodarczej w sektorze energii zostały z kolei wskazane w drugim wyjaśnieniu stron do tekstu TKE. Jak podkreśla się w doktrynie, z wyjaśnienia tego jasno wynika, że podjęcie działalności gospodarczej w sektorze energii, w celu doprowadzenia do powstania inwestycji powinno być powiązane z ustanowieniem przez inwestora obecności w państwie przyjmującym[39]. W braku takiej obecności nie można zatem uznać, że doszło do powstania inwestycji.

48. Przekładając powyższe wymagania na okoliczności sprawy przed sądem odsyłającym należy zauważyć, że przedsięwzięcie powodowej spółki związane ze sprzedażą energii nie było związane z jakąkolwiek obecnością na terytorium Mołdawii (taką jak przykładowo ustanowienie tam spółki celowej albo własność sieci przesyłowych). Aktywność ta sprowadzała się do sprzedaży energii elektrycznej dostarczanej do granicy Mołdawii. W tej sytuacji nie jest możliwe stwierdzenie, że doszło do powstania inwestycji podlegającej ochronie na podstawie TKE.

49. W tym świetle Rzeczpospolita Polska proponuje Trybunałowi Sprawiedliwości udzielenie następującej odpowiedzi na trzecie pytanie:

    Artykuł 26 ust. 1 TKE należy interpretować w ten sposób, że wierzytelność inwestora wynikająca z umowy sprzedaży energii elektrycznej dostarczonej do granicy państwa przyjmującego i niezwiązana z jakąkolwiek działalnością gospodarczą inwestora na terytorium państwa przyjmującego nie stanowi „Inwestycji" dokonywanej na terytorium innej umawiającej się strony.

---

[38] Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2010, str. 171-172.
[39] *Ibidem*, s. 194; T. Roe, M. Happold, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, str. 64.

III. PROPOZYCJA ROZSTRZYGNIĘCIA

50. W związku z argumentacją przedstawioną powyżej, Rzeczpospolita Polska proponuje Trybunałowi Sprawiedliwości udzielenie następujących odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego:

1) **Artykuł 1 pkt 6 Traktatu Karty Energetycznej należy interpretować w ten sposób, że wierzytelność wynikająca z umowy sprzedaży energii elektrycznej, która nie implikuje żadnego wkładu ze strony inwestora w państwie przyjmującym, nie stanowi „inwestycji" w rozumieniu tego postanowienia.**

2) **Artykuł 1 pkt 6 lit. c) Traktatu Karty Energetycznej należy interpretować w ten sposób, że nabycie przez inwestora z umawiającej się strony wierzytelności przedsiębiorcy spoza państw-stron tego traktatu stanowi inwestycję, o ile wierzytelność ta posiada cechy inwestycji (takie jak wkład, odpowiedni czas trwania i ryzyko inwestycyjne) oraz jest związana z inną inwestycją w rozumieniu art. 1 pkt 6 tego traktatu, niebędącą roszczeniem pieniężnym lub roszczeniem o wykonanie świadczenia.**

3) **Artykuł 26 ust. 1 Traktatu Karty Energetycznej należy interpretować w ten sposób, że wierzytelność inwestora wynikająca z umowy sprzedaży energii elektrycznej dostarczonej do granicy państwa przyjmującego i niezwiązana z jakąkolwiek działalnością gospodarczą inwestora na terytorium państwa przyjmującego nie stanowi inwestycji dokonywanej na terytorium innej umawiającej się strony.**

B[redacted] Majczyna

Pełnomocnik Rzeczypospolitej Polskiej