Warszawa, dnia 31 sierpnia 2016 r.

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-284/16
Achmea
(sąd krajowy: Bundesgerichtshof – Niemcy)

Pełnomocnik Rzeczypospolitej Polskiej:

Bogusław 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. UWAGI WSTĘPNE 4

III. PYTANIE TRZECIE 7

III.1. Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w prawie unijnym 7

III.2. Charakterystyka wewnątrzunijnych BIT-ów w świetle zasady niedyskryminacji 10

III.3. Dyskryminacja ze względu na niespójność standardów ochrony 14

III.4. Dyskryminacja ze względu na procedurę arbitrażową 20

III.5. Porównywalność sytuacji i brak obiektywnego uzasadnienia dla odmiennego traktowania 22

III.6. Brak możliwości usunięcia dyskryminacji w drodze rozszerzenia praw wynikających z BIT-ów na wszystkich przedsiębiorców unijnych 29

IV. PYTANIE PIERWSZE 32

V. PYTANIE DRUGIE 35

VI. UWAGI KOŃCOWE 37

VII. PROPOZYCJA ROZSTRZYGNIĘCIA 39

I. PRZEDMIOT SPRAWY I PYTANIA PREJUDYCJALNE

1. Wniosek do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie C-284/16 *Achmea* został złożony przez sąd niemiecki (*Bundesgerichtshof*), w związku z toczącym się przed tym sądem postępowaniem o uchylenie orzeczenia sądu polubownego, działającego na mocy klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie pomiędzy Czechosłowacją a Holandią z 1991 r. o wspieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (umowy tego rodzaju będą w dalszej części niniejszych uwag nazywane w skrócie „wewnątrzunijnymi BIT-ami", w ślad za angielską nazwą *intra-EU bilateral investment treaties*). Słowacja jest państwem sukcesorem Czechosłowacji w odniesieniu do tej umowy. Drugą stroną sporu jest holenderska grupa ubezpieczeniowa, która działała na Słowacji jako zakład ubezpieczeń zdrowotnych.

2. Sąd polubowny zobowiązał Słowację do wypłaty odszkodowania na rzecz tego inwestora, który poniósł stratę w wyniku zmian ustawowych, uznanych następnie za sprzeczne ze słowacką konstytucją. W odpowiedzi Słowacja złożyła skargę o uchylenie orzeczenia sądu polubownego, a następnie zażalenie na postanowienie oddalające tę skargę. Słowacja powołała się przy tym na przesłankę uchylenia, zgodnie z którą zapis na sąd polubowny jest nieważny (bądź bezskuteczny) ze względu na niezgodność z prawem unijnym.

3. Słowacja twierdzi, że od czasu jej przystąpienia do Unii Europejskiej zawarta w wewnątrzunijnym Bicie klauzula arbitrażowa narusza prawo unijne, mające pierwszeństwo na jej terytorium. W szczególności klauzuli tej nie da się pogodzić z systemem ochrony prawnej ustanowionym w art. 344 TFUE, art. 267 TFUE oraz z zakazem dyskryminacji przewidzianym w art. 18 ust. 1 TFUE. Tym samym zapis na sąd polubowny dokonany na podstawie tej klauzuli jest co najmniej nieskuteczny, o ile wręcz nie jest nieważny, zaś właściwość sądu polubownego nie mogła zostać ustalona[1].

4. Sąd odsyłający powziął wątpliwości co do zgodności klauzuli arbitrażowej zawartej w wewnątrzunijnym Bicie z postanowieniami TFUE. Sąd odsyłający trafnie zauważył,

[1] Sposób zreferowania przez sąd odsyłający stanowiska procesowego Słowacji nie jest jednoznaczny, niemniej podstawą zarzutu Słowacji wydaje się być § 1059 ust. 2 pkt 1 lit. a) niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego (Zivilprozessordnung, ZPO) który w swojej treści zawiera niemiecki przymiotnik „ungültig" (pol. „nieważny"). Polskim odpowiednikiem tego przepisu jest art. 1206 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (k.p.c., t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 101, ze zm.), który stanowi: „Strona może w drodze skargi żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli brak było zapisu na sąd polubowny, zapis na sąd polubowny jest nieważny, bezskuteczny albo utracił moc według prawa dla niego właściwego".

że kwestia ta nie była dotychczas przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W tej sytuacji sąd odsyłający skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

1) Czy art. 344 TFUE sprzeciwia się uregulowaniu w dwustronnej umowie dotyczącej ochrony inwestycji zawartej pomiędzy państwami członkowskimi (tzw. wewnątrzunijny BIT), zgodnie z którym inwestor umawiającego się państwa w przypadku sporów dotyczących inwestycji w drugim umawiającym się państwie może wszcząć przeciwko ostatniemu wymienionemu państwu postępowanie przed sądem polubownym, jeżeli umowa o ochronie inwestycji została zawarta przed przystąpieniem jednego z umawiających się państw do Unii, ale postępowanie przed sądem polubownym zostało wszczęte dopiero po przystąpieniu?

W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze:

2) Czy art. 267 TFUE sprzeciwia się stosowaniu takiego uregulowania?

W wypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytania pierwsze i drugie:

3) Czy art. 18 akapit pierwszy TFUE sprzeciwia się stosowaniu takiego uregulowania w okolicznościach opisanych w pytaniu pierwszym?

II. UWAGI WSTĘPNE

5. Przed przystąpieniem do analizy prawnej, konieczne wydaje się poczynienie kilku uwag natury ogólnej.

6. Po pierwsze, problem zgodności wewnątrzunijnych BIT-ów z prawem unijnym jest zagadnieniem o wielkiej doniosłości praktycznej, w szczególności dla nowych państw członkowskich. Istotny dla oceny wewnątrzunijnych BIT-ów wydaje się kontekst historyczny. Państwa Europy Środkowo-Wschodniej zawierały BIT-y głównie w schyłkowym okresie komunizmu lub w czasach transformacji prawno-gospodarczej tuż po upadku systemu komunistycznego, w celu przyciągnięcia inwestycji zagranicznych. Środkiem do osiągnięcia tego celu było przyznanie inwestorom daleko idących gwarancji materialnych i proceduralnych. Przykładem takiego BIT-u, zawartego jeszcze w czasach komunizmu, a zatem w całkowicie innej sytuacji geopolitycznej, jest chociażby Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony

inwestycji, podpisana w Paryżu dnia 14 lutego 1989 r.[2] BIT-y były więc zawierane w czasach, gdy gospodarki państw Europy Środkowo-Wschodniej znajdowały się na skraju bankructwa, a ich systemy prawne znacznie odbiegały od systemów prawnych państw Europy Zachodniej. Stan ten uległ jednak zmianie na przestrzeni ostatnich 25 lat, gdy państwa Europy Środkowo-Wschodniej zreformowały swoje systemy prawno-gospodarcze i po zakończeniu okresu głębokiej transformacji przystąpiły do Unii Europejskiej. Obecnie państwa Europy Środkowo-Wschodniej, pomimo związania prawem unijnym od chwili przystąpienia do Unii Europejskiej, w tym jego ogólnymi zasadami takimi jak m.in. zasada pierwszeństwa tego prawa, spotykają się z roszczeniami inwestorów unijnych, wywodzonymi z klauzul ochronnych zawartych w BIT-ach – umowach niebędących częścią *acquis communautaire* – kierowanymi przed trybunały arbitrażowe, które nie są częścią unijnego sądownictwa.

7. Roszczenia podnoszone przez inwestorów pochodzących z niektórych państw członkowskich, często opiewające na ogromne kwoty, niekiedy oddziaływały wręcz negatywnie na spełnienie kryteriów konwergencji (tzw. kryteria z Maastricht) przez nowe państwa członkowskie[3]. Są to roszczenia, które niejednokrotnie byłyby niezasadne, gdyby oceniać je w świetle prawa unijnego.[4] Czasami są to roszczenia nawet bezpośrednio lub pośrednio powodowane przez wdrożenie dyrektyw unijnych przez państwa członkowskie z Europy Środkowo-Wschodniej.[5] Skutkiem obecnej sytuacji jest więc konflikt prawnomiędzynarodowych zobowiązań państw członkowskich: z jednej strony zobowiązań wynikających z BIT-ów i egzekwowanych przed przedsiębiorców unijnych na drodze międzynarodowego arbitrażu, z drugiej zaś strony zobowiązań państw członkowskich wynikających z prawa unijnego. Już jednak sama groźba poniesienia wysokich odszkodowań na podstawie wewnątrzunijnych BIT-ów może prowadzić do zakłóceń w stosowaniu prawa unijnego w państwach członkowskich, przeciwko którym takie roszczenia są, czy też mogą być kierowane.

8. Po drugie, problem zgodności wewnątrzunijnych BIT-ów z prawem unijnym został dostrzeżony na forum Unii Europejskiej, w szczególności przez Komisję Europejską. Komisja wszczęła w tej sprawie postępowania formalne w stosunku do pięciu państw

[2] Dz.U. z 1990 r. Nr 38, poz. 220.
[3] Najwyższe w historii roszczenie podniesione przeciwko Rzeczpospolitej Polskiej wynosiło ok. 36 mld PLN (*Eureko B.V. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*) i wpływało na kryteria konwergencji.
[4] Zob. sprawa *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) przeciwko Republice Czeskiej*, SCC nr 088/2004.
[5] Zob. sprawa *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, PCA, UNCITRAL.

członkowskich (Austrii, Holandii, Rumunii, Słowacji i Szwecji), co potwierdza komunikat prasowy z dnia 18 czerwca 2015 r.[6] W komunikacie tym Komisja stwierdziła:

„(…) Wiele z tych wewnątrzunijnych dwustronnych umów inwestycyjnych zawarto w latach 90. XX w., przed rozszerzeniami UE w latach 2004, 2007 i 2013. Ich stronami były głównie państwa będące ówcześnie członkami UE i trzynaście państw, które miały się nimi stać po kolejnych rozszerzeniach. Celem tych umów było wzmocnienie zaufania inwestorów, którzy chcieli inwestować w krajach przyszłej unijnej trzynastki, w czasach gdy inwestorzy prywatni – czasami z powodów historyczno-politycznych – mogli żywić w związku z tym pewne obawy. Dwustronne umowy inwestycyjne były zatem ukierunkowane na zwiększenie ochrony inwestorów, na przykład za pomocą odszkodowań za wywłaszczenie oraz procedur arbitrażowych służących do rozstrzygania sporów inwestycyjnych.

Od czasu rozszerzenia takie dodatkowe zabezpieczenia nie powinny być potrzebne, ponieważ wszystkie państwa członkowskie podlegają tym samym unijnym przepisom na jednolitym rynku, w tym w sprawie inwestycji transgranicznych (w szczególności swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego przepływu kapitału). Wszyscy unijni inwestorzy korzystają także z jednakowej ochrony dzięki przepisom UE (np. obowiązuje zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową). Tymczasem wewnątrzunijne dwustronne umowy inwestycyjne przyznają prawa na zasadzie wzajemności jedynie inwestorom z wybranych państw członkowskich; zgodnie z jednolitym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dyskryminacja ze względu na przynależność państwową jest niezgodna z prawem UE.

Z powyższych powodów Komisja postanowiła zwrócić się do pięciu państw członkowskich (Austria, Holandia, Rumunia, Słowacja i Szwecja) o rozwiązanie wewnątrzunijnych dwustronnych umów inwestycyjnych obowiązujących między nimi. (…)”

9. W stosunku do większości pozostałych państw członkowskich, w tym Polski, Komisja uruchomiła natomiast postępowania nieformalne (EU-Pilot). Znane jest stanowisko nowych państw członkowskich, wskazujące na potrzebę zakończenia stosowania wewnątrzunijnych BIT-ów (wyrażała je również Słowacja w dyskutowanej sprawie

[6] Komunikat dostępny na stronie internetowej: zob. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_pl.htm

z powództwa holenderskiego inwestora). Niestety problem ten nie doczekał się do tej pory kompleksowego rozstrzygnięcia. Warto przy tym zwrócić uwagę, że problem wewnątrzunijnych BIT-ów jest dostrzegany nie tylko przez nowe państwa członkowskie. Szereg umów tego rodzaju (m.in. z Polską, Węgrami, Czechami, Słowacją) zostało wypowiedzianych przez Włochy.

10. Z tego względu, po trzecie, wydaje się, że wyrok w niniejszej sprawie – oczywiście gdyby Trybunał Sprawiedliwości uznał, że stosowanie wewnątrzunijnych BIT-ów jest niezgodne z TFUE – mógłby stanowić nieocenioną pomoc w rozwiązaniu problemu. Aby ta pomoc mogła być należycie wykorzystana, wszelkie wskazówki co do skutków i sposobu wykonania wyroku, jakie Trybunał Sprawiedliwości zechciałby w nim zamieścić, byłyby niezwykle przydatne.

11. W niniejszych uwagach Rzeczpospolita Polska odniesie się w pierwszej kolejności do pytania trzeciego. Niezgodność wewnątrzunijnych BIT-ów (a w szczególności klauzul arbitrażowych w nich zawartych) z zasadą niedyskryminacji, jedną z podstawowych zasad unijnego porządku prawnego, ma znaczenie pierwszoplanowe i stanowi istotę problemu. Przykłady dyskryminacji przedsiębiorców, wynikającej ze stosowania wewnątrzunijnych BIT-ów, potwierdza praktyka. Przypadki te mają niekiedy charakter rażący, zaś ich negatywna ocena na gruncie prawa unijnego nie powinna budzić wątpliwości.

12. Odpowiedź na pytania pierwsze i drugie jest mniej oczywista. Tym niemniej zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej istnieją istotne argumenty przemawiające na rzecz stanowiska, że klauzule arbitrażowe zawarte w wewnątrzunijnych BIT-ach są niezgodne również z art. 344 i 267 TFUE. Argumenty te Rzeczpospolita Polska przedstawi w dalszej części niniejszych uwag.

III. PYTANIE TRZECIE

III.1. Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w prawie unijnym

13. Artykuł 18 akapit pierwszy TFUE stanowi, że w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową.

14. Zasada równości jest jedną z ogólnych zasad prawa unijnego. Wymaga ona, aby porównywalne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób jednakowy, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.[7]

15. Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, przewidziany w art. 18 TFUE, jest szczególnym wyrazem tej ogólnej zasady, odzwierciedlonej w szeregu postanowień TFUE oraz wielokrotnie potwierdzanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.[8]

16. W przypadku zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, kryterium dyskryminacji stanowi nie tylko obywatelstwo osoby fizycznej, ale również położenie siedziby (miejsce rejestracji) osoby prawnej.[9]

17. Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, przewidziany w art. 18 TFUE, dotyczy nie tylko dyskryminacji bezpośredniej ze względu na przynależność państwową, lecz również wszelkich pośrednich form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów rozróżnienia prowadzą w rzeczywistości do takiego samego rezultatu.[10]

18. Cztery kwestie, które wydają się istotne dla dalszych rozważań, warto zaznaczyć już w tym miejscu.

19. Po pierwsze, art. 18 TFUE stanowi o zakazie dyskryminacji „w zakresie stosowania Traktatów". Ów zakres zastosowania jest w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości ujmowany szeroko. Trybunał Sprawiedliwości przyjmuje, że obejmuje on nie tylko całość pozytywnych regulacji prawa unijnego, ale również stany faktyczne, które „nie są niepowiązane z prawem unijnym".[11] Istotne jest to, czy dany środek oddziałuje w pewien sposób na swobody unijne,[12] przy czym może tu chodzić o przepisy, które nie

---

[7] Por. np. wyrok *IATA i ELFAA*, C-344/04, EU:C:2006:10, pkt 95.; wyrok *S.P.C.M. i in.*, C-558/07, EU:C:2009:430, pkt 74.
[8] Por. np. wyrok *Pastoors i Trans-Cap*, C-29/95, EU:C:1997:28, pkt 14; wyrok *ČEZ*, C-115/08, EU:C:2009:645, pkt 89 i orzecznictwo tam przywołane.
[9] Por. wyrok *ČEZ*, EU:C:2009:645, pkt 92 i orzecznictwo tam przywołane
[10] Por. wyrok *Komisja/Austria*, C-75/11, EU:C:2012:605, pkt 49 i orzecznictwo tam przywołane.
[11] *Komentarz do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, (red. A. Wróbel), Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
[12] Por. wyrok *Hayes*, C-323/95, EU:C:1997:169, pkt 17.

odnoszą się bezpośrednio do wykonywania swobód unijnych, ale nawet pośrednio mogą prowadzić do ograniczeń w wykonywaniu tych swobód.[13]

20. Po drugie, art. 18 TFUE może być stosowany samodzielnie wyłącznie w sytuacjach podlegających prawu unijnemu, w odniesieniu do których TFUE nie zawiera szczególnych postanowień zakazujących dyskryminacji. W szczególności postanowienia TFUE dotyczące swobód traktatowych zawierają zakazy dyskryminacji, które mają pierwszeństwo zastosowania przed art. 18 TFUE.[14] Oznacza to, że w przypadkach wchodzących w zakres swobód traktatowych ocena pod kątem dyskryminacji powinna być dokonywana na podstawie postanowień dotyczących tych swobód (jako postanowień szczególnych), nie zaś na podstawie art. 18 ust. 1 TFUE. W kontekście niniejszej sprawy warto zauważyć, że standardy ochrony inwestorów, ustanowione w wewnątrzunijnych BIT-ach, przynajmniej po części wchodzą w zakres swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody przepływu kapitału (art. 63 TFUE).

21. Po trzecie, art. 18 TFUE zakazuje nie tylko dyskryminacji rzeczywistej, ale również dyskryminacji potencjalnej, a zatem takiej, która jeszcze nie miała miejsca, ale która może wystąpić na skutek obowiązujących regulacji bądź przyjętych praktyk krajowych.[15]

22. Po czwarte, zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, przewidziany w art. 18 TFUE, obejmuje nie tylko płaszczyznę materialnoprawną, ale również płaszczyznę proceduralną.[16] Dyskryminacja może więc polegać na ustanowieniu środków ochrony prawnej lub ułatwień procesowych, z których mogą korzystać jedynie podmioty pochodzące z niektórych państw członkowskich.

23. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że art. 18 TFUE (a w pierwszej kolejności szczególne postanowienia TFUE, dotyczące zwłaszcza swobód traktatowych) zakazują wszelkiej, bezpośredniej i pośredniej, rzeczywistej i potencjalnej, na płaszczyźnie materialnoprawnej lub procesowej, dyskryminacji ze względu na przynależność państwową we wszystkich sytuacjach związanych z prawem unijnym, a zwłaszcza mogących oddziaływać, nawet pośrednio, na wykonywanie swobód unijnych.

---

[13] Por. wyrok *Saldanha i MTS Securities Corporation*, C-122/96, EU:C:1997:458, pkt 17 i orzecznictwo tam przywołane.
[14] Por. np. wyrok *Missionswerk Werner Heukelbach*, C-25/10, EU:C:2011:65, pkt 18 i 19; wyrok *Nagy*, C-583/14, EU:C:2015:737, pkt 24.
[15] Por. wyrok *Komisja/Belgia*, C-471/98, EU:C:2002:628, pkt 141-143.
[16] Por. np. wyrok *Grauel Rüffer*, C-322/13, EU:C:2014:189.

24. W tym świetle należy rozważyć trzecie pytanie sądu odsyłającego.

25. Trzecie pytanie odnosi się do oceny zgodności z art. 18 TFUE tylko jednego (choć w istocie zapewne najbardziej problematycznego) elementu wewnątrzunijnych BIT-ów, jakim jest klauzula arbitrażowa. Należy zgodzić się z sądem odsyłającym, że klauzula arbitrażowa nie jest połączona nierozerwalnie z materialnymi przepisami wewnątrzunijnego BIT-u. Tym niemniej, nawet jeżeli można sobie wyobrazić funkcjonowanie wewnątrzunijnego BIT-u bez klauzuli arbitrażowej, istnienie powiązań między tą klauzulą a przepisami materialnymi nie budzi wątpliwości. Z tego względu, a także z uwagi na doniosłość zagadnienia, wydaje się zasadne nieco szersze spojrzenie na wewnątrzunijne BIT-y w świetle unijnego zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

III.2. Charakterystyka wewnątrzunijnych BIT-ów w świetle zasady niedyskryminacji

26. BIT-y są produktem ubocznym nieudanych prób stworzenia wielostronnego międzynarodowego porozumienia inwestycyjnego[17]. Wewnątrzunijne BIT-y bywają zaś niekiedy nazywane produktem ubocznym rozszerzenia Unii Europejskiej.[18] Jak wskazano na wstępie, były one zawierane w większości w latach 80. lub 90. ubiegłego wieku, na niedługo przed albo niedługo po upadku systemu komunistycznego, między państwami Europy Środkowo-Wschodniej (wówczas zabiegającymi o inwestycje zagraniczne) a ówczesnymi państwami członkowskimi (będącymi eksporterami inwestycji i zabiegającymi o ochronę swoich inwestorów). Z chwilą zakończenia procesu transformacji i przystąpienia państw Europy Środkowo-Wschodniej do Unii Europejskiej umowy te utraciły swoją *ratio legis*. Są one w istocie produktem ubocznym rozszerzenia Unii Europejskiej w podwójnym znaczeniu. Po pierwsze, z chwilą rozszerzenia stały się one umowami wewnątrzunijnymi, generując cały szereg problemów w relacjach z prawem unijnym. Po drugie, z chwilą rozszerzenia odpadł cel, dla którego umowy te były we wcześniejszym okresie zawierane i którego od tej chwili nie mogły już skutecznie realizować.

---

[17] Carrie E. Anderer, *Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty*, 35 Brook. J. Int'l L. (2010), http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol35/iss3/9

[18] Joel Dahlquist, Hannes Lenk, Love Rönnelid, *The infringement proceedings over intra-EU investment treaties – an analysis of the case against Sweden*, Swedish Institute for European Policy Studies, luty 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749153

27. Jednocześnie warto podkreślić, że w rezultacie genezy historycznej „sieć wewnątrzunijnych BIT-ów" nie jest pełna. O ile BIT-y wiążą w większości przypadków stare państwa członkowskie z nowymi państwami członkowskimi (inaczej ujmując, państwa będące eksporterami inwestycji z państwami będącymi odbiorcami inwestycji), to w mniejszej liczbie przypadków istnieją takie umowy tylko między starymi albo tylko między nowymi państwami członkowskimi.[19]

28. Ochronę materialną inwestorów zapewnia szereg standardowych klauzul zamieszczanych w wewnątrzunijnych BIT-ach. W szczegółach klauzule te mogą jednak różnić się między sobą w poszczególnych BIT-ach.

29. Klauzula traktowania narodowego (*national treatment*) wprowadza obowiązek traktowania inwestorów z jednego z umawiających się państw na terytorium drugiego umawiającego się państwa na takich samych warunkach, na jakich traktowani są jego właśni obywatele. Klauzula najwyższego uprzywilejowania (*most-favored nation*) wprowadza obowiązek przyznania inwestorom z umawiającego się państwa uprawnień nie mniejszych niż zostały przyznane inwestorom z jakiegokolwiek innego państwa. Klauzula sprawiedliwego i równego traktowania (*fair and equitable treatment*) ma na celu ochronę uzasadnionych oczekiwań inwestora co do przyszłych działań i zaniechań przyjmującego go państwa w stosunku do realizowanej przez niego inwestycji. Klauzula sprawiedliwego i równego traktowania zapewnia również ochronę inwestorów przed nieprawidłowościami krajowego wymiaru sprawiedliwości oraz przed arbitralnym i dyskryminacyjnym traktowaniem, opartym na innych kryteriach niż przynależność państwowa.

30. BIT-y stanowią także dla inwestorów zagranicznych źródło ochrony przed wywłaszczeniem, zakazując wywłaszczenia inwestycji dokonywanych przez inwestorów z umawiających się państw, chyba że wywłaszczenie dokonywane jest w interesie publicznym i za sprawiedliwym odszkodowaniem, które powinno odpowiadać wartości wywłaszczonej inwestycji oraz powinno zostać wypłacone niezwłocznie po dokonaniu wywłaszczenia. Państwo dokonujące wywłaszczenia powinno także zapewnić inwestorowi rzeczywistą możliwość wykorzystania i transferu otrzymanego odszkodowania poza swoje terytorium.

[19] Jedynie tytułem przykładu można wskazać, że nie ma obecnie BIT-u wiążącego Holandię i Austrię, czy też BIT-u wiążącego chociażby Polskę i Maltę.

31. W BIT-ach często przyznawana jest również inwestorom ochrona transferu środków uzyskanych z inwestycji. Polega ona na przyznaniu inwestorom swobodnego transferu płatności związanych z inwestycjami, zarówno w trakcie trwania inwestycji, jak i po jej zakończeniu, w tym najczęściej odsetek, dywidend, zysków i innych bieżących przychodów, spłaty pożyczek, kwot przeznaczonych na pokrycie kosztów związanych z zarządzaniem inwestycją oraz wpływów pochodzących ze sprzedaży lub częściowej albo całkowitej likwidacji inwestycji.[20]

32. Wskazane powyżej klauzule materialne wewnątrzunijnych BIT-ów uzupełnione są przez klauzulę arbitrażową. Umożliwia ona inwestorowi poddanie sporu z państwem, w którym dokonał inwestycji, pod rozstrzygnięcie międzynarodowego trybunału arbitrażowego. Być może sformułowanie „uzupełnione" nie do końca oddaje znaczenie tej klauzuli, która jest jedną z najważniejszych korzyści, jakie czerpią z wewnątrzunijnych BIT-ów inwestorzy objęci ich ochroną.

33. Powyższe (a także inne, rzadziej występujące) klauzule kształtują określony standard ochrony inwestorów na podstawie wewnątrzunijnego BIT-u.

34. Nie ulega wątpliwości, że wspomniane klauzule wewnątrzunijnych BIT-ów nakładają się na postanowienia TFUE, w szczególności dotyczące swobód traktatowych oraz zasad ogólnych prawa unijnego, takich jak zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz zasada ochrony własności. Sytuacja inwestora działającego w innym państwie członkowskim niewątpliwie znajduje się w zakresie zastosowania TFUE i unijnego zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Inwestor chroniony na podstawie wewnątrzunijnego BIT-u jest równocześnie przedsiębiorcą korzystającym ze swobody przedsiębiorczości, świadczenia usług lub przepływu kapitału, gwarantowanych na podstawie TFUE. Ale inwestor chroniony na podstawie wewnątrzunijnego BIT-u może też być konkurentem przedsiębiorcy, który z ochrony BIT-u nie korzysta, ale który ma prawo do równego traktowania w świetle prawa unijnego.

35. Prawo unijne co do zasady nie zakazuje państwom członkowskim przyjmowania wyższych standardów ochrony przedsiębiorców (w tym inwestorów) niż te wynikające z TFUE, o ile jednak te wyższe standardy są wprowadzane i stosowane z poszanowaniem zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

---

[20] Marta Dobosz, *Ochrona polskich inwestycji za granicą*, http://eksport.pl/2016/04/13/ochrona-polskich-inwestycji-granica/

36. Wymóg ten nie jest oczywiście spełniony w przypadku wewnątrzunijnych BIT-ów, które ze swej istoty przewidują gwarancje ochrony wyłącznie dla inwestorów z państw będących stronami danego BIT-u, z wyłączeniem inwestorów z pozostałych państw członkowskich. Już tylko ze względu na fakt, że wewnątrzunijne BIT-y nie wiążą między sobą wszystkich państw członkowskich, może dochodzić do sytuacji, w której konkurujący ze sobą przedsiębiorcy (inwestorzy) korzystają z odmiennego zakresu uprawnień i gwarancji w relacjach z państwem przyjmującym inwestycję. Nie ulega bowiem wątpliwości, ze względów które zostaną szerzej omówione w dalszej części niniejszych uwag, że standard (poziom, intensywność) ochrony inwestora wynikający z wewnątrzunijnego BIT-u nie pokrywa się, a ściślej rzecz ujmując – nie musi się pokrywać i z pewnością nie będzie się pokrywać w każdym przypadku, ze standardami ochrony przysługującymi przedsiębiorcy na podstawie prawa unijnego.

37. Ponadto standardy ochrony oraz mechanizmy służące ich realizacji przewidziane w poszczególnych BIT-ach mogą się różnić między sobą. Te różnice dotyczyć mogą nawet tak podstawowych kwestii jak definicja „inwestora" oraz zakres przedmiotowy klauzuli arbitrażowej (np. klauzula zawarta w Umowie między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji obejmuje zakresem kognicji trybunału arbitrażowego tylko przypadki wywłaszczenia, podczas gdy klauzula zawarta w podobnej Umowie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Finlandii nie zawiera żadnych tego rodzaju ograniczeń). Jeżeli dodatkowo weźmiemy pod uwagę, że orzecznictwo arbitrażowe jest często niespójne, otrzymamy w miarę pełny zarys problemu.

38. Dochodzimy zatem do pytania, które zadał, i na które w zasadzie sam udzielił sobie odpowiedzi sąd odsyłający, a mianowicie, czy klauzula arbitrażowa zawarta w wewnątrzunijnym Bicie jest zgodna z art. 18 TFUE. Sąd odsyłający w zasadzie przyznaje, że mamy w tym przypadku do czynienia z dyskryminacją ze względu na przynależność państwową, zakazaną w świetle prawa unijnego. Powstaje jednak pytanie, co stanowi podstawę tej dyskryminacji. Czy jest to podstawa czysto proceduralna (co zdaje się sugerować sąd odsyłający), która sprowadzałaby się po prostu do braku możliwości skorzystania przez inwestorów niechronionych na podstawie BIT-u z pewnych ułatwień procesowych (brak możliwości wyboru między sądem powszechnym a trybunałem arbitrażowym). Czy też być może podstawa

wspomnianej dyskryminacji ma swoje źródło w przepisach materialnych. W tym ujęciu chodziłoby o to, że trybunał arbitrażowy (do którego mają dostęp tylko niektórzy inwestorzy) stosuje inny (niekiedy wyższy) materialny standard ochrony niż standard stosowany przez sądy powszechne, związane prawem unijnym.

39. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej dyskryminacja, jaka wynika z klauzul arbitrażowych zawartych w wewnątrzunijnych BIT-ach, ma podstawy zarówno czysto proceduralne, jak również, a może przede wszystkim, materialne.

III.3. Dyskryminacja ze względu na niespójność standardów ochrony

40. Dalszą analizę warto rozpocząć od przypomnienia kilku głośnych spraw przed trybunałami arbitrażowymi, które dobrze obrazują problem dyskryminacji związany z brakiem spójności standardów ochrony wynikających z wewnątrzunijnych BIT-ów oraz z prawa unijnego.

41. W sprawie *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) przeciwko Republice Czeskiej*[21] postępowanie arbitrażowe zostało wszczęte przez inwestora holenderskiego, który podniósł zarzut naruszenia klauzuli sprawiedliwego i równego traktowania w Bicie zawartym przez Holandię z Czechosłowacją (był to zatem ten sam BIT, którego dotyczy także niniejsza sprawa). Naruszenie przedmiotowej klauzuli miało być wynikiem wprowadzenia przez władze czeskie regulacji cenowych. Czechy wskazały jednak, że wprowadzenie takich regulacji było koniecznym wymogiem wynikającym z prawa unijnego, a w szczególności z art. 18 TFUE. Czechy twierdziły również, powołując się na list Komisji Europejskiej, że ich zobowiązania wynikające z BIT-u z chwilą przystąpienia do Unii Europejskiej zostały zastąpione zobowiązaniami wynikającymi z prawa unijnego. W konsekwencji Czechy podniosły zarzut braku jurysdykcji trybunału arbitrażowego.

42. Trybunał arbitrażowy nie podzielił stanowiska Czech. Uznał on, że jedna z kwestionowanych regulacji w istocie narusza klauzulę sprawiedliwego i równego traktowania, zaś art. 18 TFUE nie usprawiedliwia naruszenia tej klauzuli. Trybunał arbitrażowy zauważył, że BIT nie został wyraźnie uchylony przez traktat o przystąpieniu Czech do Unii Europejskiej, nie ma też podstaw do odmowy stosowania BIT-u w świetle art. 59 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. W tym kontekście

[21] SCC nr 088/2004, orzeczenie z dnia 27 marca 2007 r., tekst orzeczenia dostępny na stronie: http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_eastern_sugar.pdf

trybunał arbitrażowy uznał, że zakres przedmiotowy BIT-u i traktatów unijnych nie jest dokładnie taki sam, ponieważ traktaty unijne nie zawierają postanowień będących dokładnymi odpowiednikami fundamentalnych gwarancji przewidzianych w Bicie, wynikających z klauzuli sprawiedliwego i równego traktowania oraz klauzuli ochrony przed wywłaszczeniem, przede wszystkim zaś z klauzuli arbitrażowej.

43. W odniesieniu do kwestii naruszenia unijnego zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, trybunał arbitrażowy w sprawie *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) przeciwko Republice Czeskiej* stwierdził zaś, co następuje (pkt 170 orzeczenia):

If the BIT gives right to the Netherlands and to Dutch investors that it does not give other EU countries and investors, it will be for those other countries and investors to claim their equal rights. But the fact that these rights are unequal does not make them incompatible.

44. W sprawie *Eureko BV przeciwko Republice Słowackiej*[22] inwestor holenderski wszczął postępowanie arbitrażowe przeciwko Słowacji również na podstawie BIT-u zawartego przez Holandię z Czechosłowacją. Inwestor działający w sektorze ubezpieczeń podniósł, że Słowacja dokonała pośredniego wywłaszczenia jego inwestycji oraz naruszyła klauzulę sprawiedliwego i równego traktowania. Z kolei Słowacja twierdziła, że postanowienia BIT-u niezgodne z prawem unijnym nie mogą być stosowane oraz podniosła zarzut braku jurysdykcji trybunału arbitrażowego.

45. Również w tej sprawie trybunał arbitrażowy odrzucił zarzuty Słowacji. W orzeczeniu z dnia 26 października 2010 r. trybunał arbitrażowy stwierdził, że BIT oraz TFUE nie mają tego samego zakresu przedmiotowego. W szczególności standard ochrony wynikający z klauzuli sprawiedliwego i równego traktowania nie wykształcił się dotychczas w prawie unijnym, zaś gwarantowana w Bicie ochrona przed wywłaszczeniem nie jest objęta unijną swobodą przedsiębiorczości.

46. Trybunał arbitrażowy stwierdził następnie (pkt 266 i 267 ww. orzeczenia):

The consequence is that in any particular case investors protected by the BIT may have wider rights than those given under the substantive provisions of EU law to investors of (other) EU Member States. Affording such wider protection to those investors while not

[22] PCA Case No. 2008-13. Jest to sprawa, której dotyczy niniejsze postępowanie (obecnie *Achmea BV przeciwko Republice Słowackiej*). Tekst orzeczenia z dnia 26 października 2010 r. dostępny na stronie: http://www.italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf

affording it to investors of other EU States may violate EU law prohibitions on discrimination. But that is not a reason for cancelling Claimant's wider rights under the BIT. More significantly, it is still less a reason for treating the Parties' consent to these arbitration proceedings as invalid or otherwise ineffective, particularly where the first stage of such consent pre-dated the relevant EU Treaties, the second stage pre-dated the Lisbon Treaty, and Claimant is an EU investor.

There is moreover no reason, legal or practical, why an EU Member State should not accord to investors of all other EU Member States rights equivalent to those which the State has bound itself to accord to investors of its EU bilateral investment treaty partners – or, indeed, to investors from States that are not members of the EU. Certainly, it is not for an arbitral tribunal to cancel rights created by a valid treaty in order to safeguard a State party against the possibility that it might one day decide to apply the treaty in a way that could violate its obligations under one or more other later treaties.

47. W sprawie *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. i S.C. Multipack S.R.L. przeciwko Rumunii*[23] skarżącymi byli inwestorzy szwedzcy, którzy poczynili pewne inwestycje w sektorze spożywczym na słabiej rozwiniętych obszarach Rumunii. Zachęty przyznane tym inwestorom zastały następnie wycofane przez Rumunię po przystąpieniu do Unii Europejskiej, w celu dostosowania prawa rumuńskiego do wymogów wynikających z członkostwa. Inwestorzy podnieśli, że w ten sposób Rumunia naruszyła gwarancje wynikające z BIT-u, dotyczące ochrony uzasadnionych oczekiwań i ochrony przed wywłaszczeniem. Rumunia wskazała natomiast, że wycofanie zachęt było konieczne, ponieważ w świetle TFUE stanowiły one niedozwoloną pomoc publiczną.

48. W orzeczeniu z dnia 11 grudnia 2013 r. trybunał arbitrażowy uznał, że postępowanie Rumunii było uzasadnione w świetle wymagań prawa unijnego. Nie powstrzymało to jednak tego trybunału przed stwierdzeniem naruszenia przez Rumunię gwarancji ochrony inwestorów wynikających z BIT-u. W pkt 825 i 827 ww. orzeczenia trybunał arbitrażowy stwierdził mianowicie:

[23] ICSID Case No. ARB/05/20. Tekst orzeczenia z dnia 11 grudnia 2013 r. dostępny na stronie: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf. *Nota bene*, również ta sprawa ma swój ciąg dalszy przed sądami unijnymi.

For the reasons stated above, the Tribunal finds that, with one exception, Romania did not act unreasonably. Romania's decision to revoke the incentives was reasonably tailored to the pursuit of a rational policy (specifically, EU accession), and there was an appropriate correlation between that objective and the measure adopted to achieve it (...).Even if Romania could have done more to maintain the incentives, its failure to negotiate transitional periods or compensation was not arbitrary, but appears justified under the specific circumstances of the accession negotiations.

In other words, (...) Romania's repeal of the incentives was a reasonable action in pursuit of a rational policy. That being said, this conclusion does not detract from the Tribunal's holding (...) that Romania undermined the Claimants' legitimate expectations with respect to the continued availability of the incentives until 1 April 2009. As a result, Romania's actions, although for the most part appropriately and narrowly tailored in pursuit of a rational policy, were unfair or inequitable vis-à-vis the Claimants.

49. Powyżej przywołane sprawy stanowią zaledwie kilka, ale wyrazistych przykładów naruszeń zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wynikających ze stosowania klauzul arbitrażowych zawartych w wewnątrzunijnych BIT-ach.

50. Dyskryminacja wynika przede wszystkim z odmiennych norm prawa materialnego, jakie są stosowane przez sądy powszechne i trybunały arbitrażowe. Jak już wspomniano, te zespoły norm tylko częściowo pokrywają się ze sobą. Sądy powszechne stosują prawo unijne, które tworzy złożony system prawny (*acquis comunautaire*). Trybunały arbitrażowe stosują postanowienia konkretnej umowy międzynarodowej – wewnątrzunijnego BIT-u. O ile dany BIT nie odsyła do prawa krajowego państwa przyjmującego inwestycję (co oznaczałoby też odesłanie do prawa unijnego wiążącego to państwo), prawo unijne traktowane jest jedynie jako kontekst faktyczny rozstrzygnięcia.[24] Wiele BIT-ów nie odsyła jednak do prawa krajowego (ani międzynarodowego), lub czyni to tylko posiłkowo. W rezultacie na gruncie

[24] Na przykład w orzeczeniu z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie *Electrabel S.A. przeciwko Węgrom*, ICSID Case No. ARB/07/19 (tekst dostępny na stronie: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf) trybunał arbitrażowy stwierdził (pkt 4.127 i 4.195), co następuje:
EU Law as Fact: In the Tribunal's view, when it is not applied as international rules under the Energy Charter Treaty, EU law must in any event be considered as part of the Respondent's national legal order, i.e. to be treated as a 'fact' before this international tribunal.
The Tribunal further concludes that EU law (not limited to EU Treaties) forms part of the rules and principles of international law applicable to the Parties' dispute under Article 26(6) Energy Charter Treaty. Moreover EU law, as part of the Respondent's national law, is also to be taken into account as a fact relevant to the Parties' dispute.

poszczególnych BIT-ów prawo unijne może mieć w toku orzekania nawet mniejsze znaczenie niż prywatne oświadczenia lub publiczne przyrzeczenia składane wobec inwestora przez władze państwa przyjmującego jego inwestycje.

51. W rezultacie nawet gwarancje, które na pierwszy rzut oka wydają się zbieżne, mogą posiadać odmienną treść normatywną na gruncie prawa unijnego oraz na gruncie poszczególnych BIT-ów.

52. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia na przykład w przypadku gwarancji dotyczącej ochrony własności. BIT-y z reguły przewidują ochronę przed wywłaszczeniem, przy czym w orzecznictwie trybunałów arbitrażowych ochrona ta ujmowana bywa szeroko i obejmuje też tzw. wywłaszczenie pośrednie. Z kolei w myśl utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości prawo własności należy do podstawowych zasad prawa unijnego. Zasady te nie stanowią jednak praw absolutnych, lecz muszą być widziane w perspektywie ich funkcji społecznej. Wobec tego wykonywanie prawa własności może zostać poddane ograniczeniom, pod warunkiem że ograniczenia te rzeczywiście odpowiadają celom służącym dobru ogólnemu i nie stanowią, w stosunku do swego celu, ingerencji nieproporcjonalnej i niemożliwej do przyjęcia, która naruszałaby istotę tego prawa.[25] Ze względu na potrzebę realizacji różnorodnych celów (np. ochrony zdrowia, środowiska naturalnego, bezpieczeństwa w ruchu drogowym), na gruncie prawa unijnego dopuszcza się dosyć daleko idące ograniczenia prawa własności, pod warunkiem że nie naruszają one istoty tego prawa. BIT, którego jedynym celem jest ochrona inwestycji (czyli własności inwestora), nie zna podobnych ograniczeń, nawet jeżeli w sposób ogólny dopuszcza (za rekompensatą) wywłaszczenie inwestora w interesie publicznym. Różnorodność celów akceptowanych na gruncie prawa unijnego z jednej strony, zaś z drugiej strony jednowymiarowość celu BIT-u, skutkuje (może skutkować) stosowaniem odmiennych standardów ochrony własności w obu przypadkach.

53. Występują również przypadki gwarancji, które ukształtowane zostały na gruncie BIT-ów jako dogodny instrument realizacji wspomnianego celu tych umów, ale które nie wykształciły się w podobnej formie na gruncie prawa unijnego. Z taką sytuacją mamy do czynienia na przykład w przypadku klauzuli sprawiedliwego i równego traktowania, która nie ma swojego dokładnego odpowiednika w prawie unijnym. Do pewnego

[25] Np. wyrok *Kadi i Al Barakaat International Foundation / Rada i Komisja*, C-402/05 P i C-415/05 P, EU:C:2008:461, pkt 355.

stopnia na gruncie prawa unijnego można byłoby w takim przypadku odwołać się do zasad ogólnych tego prawa, takich jak zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, jak również do podstawowych swobód rynku wewnętrznego, takich jak swoboda przedsiębiorczości. Trudno jednak założyć, aby standard ochrony w obu przypadkach był tożsamy.

54. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, każdy przedsiębiorca, u którego instytucja wywoła uzasadnione oczekiwania, ma prawo powołać się na zasadę ich ochrony. Jednakże, mimo że zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań należy do zasad ogólnych prawa unijnego, przedsiębiorcy nie mogą w sposób uzasadniony oczekiwać, że zostanie utrzymana istniejąca sytuacja, która może zostać zmieniona w ramach uprawnień dyskrecjonalnych przyznanych instytucjom unijnym, zwłaszcza w dziedzinach, których cele uwzględniają ciągłe dostosowywanie się do zmian sytuacji gospodarczej.[26]

55. Ze względu na swoją złożoność oraz różnorodność celów, prawo unijne dopuszcza przyjmowanie przepisów (np. w dziedzinach ochrony środowiska lub ochrony konsumentów), które mogą zmieniać w nieoczekiwany i niekorzystny dla przedsiębiorców sposób otoczenie prawne, w którym prowadzą oni swoją działalność. Przepisy takie nie mogą być na gruncie prawa unijnego skutecznie kwestionowane ze względu na naruszenie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań. Równocześnie na gruncie wewnątrzunijnego BIT-u, jako aktu jednowymiarowego, ukierunkowanego na ochronę inwestorów, wspomniane zmiany mogłyby być skutecznie zakwestionowane, ze względu na zakres lub sposób wprowadzenia, jako naruszające klauzulę sprawiedliwego i równego traktowania.

56. Jeżeli zaś chodzi o unijną swobodę przedsiębiorczości, art. 52 TFUE umożliwia państwom członkowskim wprowadzanie ograniczeń ze względów porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Dodatkowo, w przypadku gdy środki krajowe nie mają charakteru dyskryminującego, Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza również powołanie się na tzw. wymogi imperatywne, których katalog jest stale rozwijany w drodze orzecznictwa (np. ochrona pracowników, konsumentów i usługobiorców, cele polityki społecznej i kulturalnej, zwalczanie nadużyć). Ograniczeń takich nie przewidują klauzule sprawiedliwego i równego traktowania zawarte w BIT-ach. Nawet jeżeli trybunały arbitrażowe akceptują niekiedy

[26] Np. wyrok *Polska/Komisja*, C-335/09 P, EU:C:2012:385, pkt 180.

ograniczenia stosowane ze względów porządku publicznego, również na tym polu trudno byłoby mówić o równoważności standardów wynikających z prawa unijnego i z BIT-ów.

57. Mamy wreszcie przypadki gwarancji, które wydają się oczywiście sprzeczne z prawem unijnym. Na przykład przewidziana w BIT-ach bezwarunkowa ochrona transferu środków uzyskanych z inwestycji narusza kompetencję Parlamentu Europejskiego i Rady do nakładania ograniczeń dotyczących przepływu kapitału i płatności, wynikających z art. 75 akapit pierwszy TFUE.[27] Nawet jeżeli instytucje unijne nie skorzystały z tej kompetencji, wskazana sprzeczność prowadzi do potencjalnej dyskryminacji inwestorów z państw niebędących stronami BIT-u.

58. Prawo unijne może także wykluczać możliwość honorowania przez państwa członkowskie pewnych gwarancji, które zostały udzielone inwestorom i są chronione na podstawie wewnątrzunijnych BIT-ów. Z takimi przypadkami możemy mieć do czynienia zwłaszcza wówczas, gdy udzielone gwarancje wchodzą w zakres unijnego prawa konkurencji, w tym (jak w ww. sprawie *Micula*) pomocy państwa.

III.4. Dyskryminacja ze względu na procedurę arbitrażową

59. Dyskryminacja ze względu na procedurę arbitrażową ma dwa wymiary.

60. Pierwszy wymiar, najbardziej oczywisty, wynika z ograniczenia dostępności procedury arbitrażowej. Jest ona bowiem dostępna wyłącznie dla inwestorów pochodzących z państw będących stronami wewnątrzunijnych BIT-ów.

61. Wyłącznie tacy inwestorzy mają zatem wybór drogi dochodzenia roszczeń (przed sądem powszechnym lub trybunałem arbitrażowym) podczas gdy pozostali inwestorzy mogą dochodzić swoich roszczeń wyłącznie przed sądami powszechnymi.

62. Dyskryminacja istnieje niezależnie od tego, czy w konkretnym przypadku inwestor pochodzący z państwa będącego stroną wewnątrzunijnego BIT-u zdecydował się skorzystać z procedury arbitrażowej. Wystarczy, że miał on wybór, którego pozbawieni są inni inwestorzy znajdujący się w podobnej sytuacji.

63. Procedura arbitrażowa daje przy tym inwestorom szereg korzyści w porównaniu z postępowaniem przed sądami powszechnymi.

---

[27] W zakresie transferu płatności zob. wyroki *Komisja/Austria*, C-205/06, EU:C:2009:118; *Komisja/Szwecja*, C-249/06, EU:C:2009:119 oraz *Komisja/Finlandia*, C-118/07, EU:C:2009:715.

64. Zaletę procedury arbitrażowej, z punktu widzenia inwestora, stanowi jej prowadzenie na forum innym niż sądowe. Dzięki brakowi zwykłych środków zaskarżenia, orzeczenia trybunałów arbitrażowych mogą być nieco łatwiej egzekwowane niż orzeczenia sądowe, zaś tradycyjny immunitet egzekucyjny państwa może zostać w praktyce zrelatywizowany przez tzw. *forum shopping*. Zarazem kontrola merytoryczna orzeczeń arbitrażowych jest ograniczona. Procedura arbitrażowa umożliwia prowadzenie sporu w języku preferowanym przez inwestora (na przykład w języku angielskim) nie zaś w języku urzędowym państwa przyjmującego inwestycję. Umożliwia również rozstrzyganie sprawy przez arbitra wybranego przez strony, którego kompetencje są stronom znane i którego wybór dokonany został przez strony właśnie w oparciu o renomę zawodową arbitra. Arbitrzy mogą być dobrani do sprawy stosownie do swojej specjalizacji i doświadczenia, jak też zostać wyselekcjonowani pod kątem wyrażanych poglądów. Kolejną korzyścią jest możliwość wyboru jurysdykcji oraz zasad, w oparciu o które postępowanie to będzie się toczyć.

65. Drugi wymiar dyskryminacji wynika z charakteru inwestycyjnej procedury arbitrażowej.

66. Procedura ta opiera się na arbitrach pochodzących z sektora prywatnego i często wykonujących swoje obowiązki w niepełnym wymiarze czasu (a niekiedy zaledwie dorywczo, incydentalnie). Równocześnie procedura ta daje arbitrom ogromny zakres swobodnego uznania. Rozstrzygnięcia opierają się na ogólnych klauzulach BIT-ów, które mogą być wypełniane treścią w sposób dosyć dowolny. Procedura arbitrażowa jest z reguły jednoinstancyjna, a więc orzeczenia nie podlegają merytorycznej kontroli instancyjnej (kontroli co do prawidłowości ustaleń faktycznych oraz prawidłowości wykładni i stosowania prawa). Kontrola tych orzeczeń przez sądy powszechne na etapie uznania albo stwierdzenia wykonalności jest w tym przypadku zawodna i z pewnością niewystarczająca (będzie o tym mowa szerszej w dalszej części niniejszych uwag, dotyczącej pytania drugiego). Orzeczenia arbitrażowe nie mają charakteru prejudycjalnego, a zatem nie są wiążące i nie muszą być w ogóle brane pod uwagę przy rozstrzyganiu podobnych spraw w przyszłości. W związku z brakiem kontroli instancyjnej nie istnieje też jakikolwiek organ, który mógłby nadawać kierunek i ujednolicać inwestycyjne orzecznictwo arbitrażowe.[28]

[28] Mark A. Clodfelter, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, 12 Santa Clara J. Int'l L. 159 (2014), http://digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/7

67. W rezultacie nie mamy do czynienia ze spójnym systemem inwestycyjnego orzecznictwa arbitrażowego, który można by próbować wpisać w ramy systemu prawa unijnego. Mamy raczej do czynienia z chaosem orzecznictwa arbitrażowego, który to chaos może w rezultacie prowadzić do trudnych do przewidzenia kolizji z systemem prawa unijnego. W istocie zasada niedyskryminacji jest naruszana nie tylko ze względu na możliwość wyboru dwóch konkurencyjnych ścieżek dochodzenia roszczeń (przed sądami powszechnymi stosującymi prawo unijne bądź przed trybunałami arbitrażowymi stosującymi wewnątrzunijne BIT-y). Zasada niedyskryminacji jest naruszana również w ramach samego orzecznictwa arbitrażowego, a to ze względu na brak spójności i nieprzewidywalność rozstrzygnięć trybunałów arbitrażowych oraz brak instrumentów prawnych (takich jak w szczególności merytoryczna kontrola instancyjna), które umożliwiałyby korygowanie błędów i nadawały temu orzecznictwu pewną spójność.

III.5. Porównywalność sytuacji i brak obiektywnego uzasadnienia dla odmiennego traktowania

68. Sąd odsyłający zauważył w pkt 38 i 39 wniosku, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości korzyść, która jest uregulowana w umowie dwustronnej, jest uważana tylko wtedy za dyskryminującą obywateli państw członkowskich, gdy nie stanowi integralnej części umowy i przyczynia się do jej ogólnej równowagi. W tym kontekście sąd odsyłający wyraził pogląd, że klauzula arbitrażowa nie jest nierozerwalnie połączona z materialnymi postanowieniami BIT-u.

69. Rzeczpospolita Polska w pełni zgadza się z powyższym poglądem. Tym niemniej kwestii zasygnalizowanej przez sąd odsyłający, która w istocie dotyczy porównywalności sytuacji i obiektywnego uzasadnienia dla odmiennego traktowania obywateli (przedsiębiorców) z różnych państw członkowskich, warto poświęcić nieco więcej uwagi.

70. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej w niniejszej sprawie nie może mieć zastosowania, na zasadzie analogii, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące dwustronnych wewnątrzunijnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania (dalej w skrócie: umowy UPO).

71. W wyroku *D*[29] Trybunał Sprawiedliwości przypomniał, odwołując się przy tym do wcześniejszego orzecznictwa, że zgodne z art. 293 WE państwa członkowskie w miarę potrzeby podejmują między sobą rokowania w celu zapewnienia swoim obywatelom zniesienia podwójnego opodatkowania wewnątrz Wspólnoty. Wobec braku przepisów wspólnotowych oraz umów wiążących wszystkie państwa członkowskie, pomiędzy tymi państwami zostały zawarte liczne umowy dwustronne. Państwom członkowskim przysługuje swoboda w zakresie określania w ramach umowy reguł kolizyjnych w celu podziału kompetencji podatkowych, zaś odmienne traktowanie obywateli dwóch umawiających się państw, wynikające z takiego podziału, nie może stanowić przejawu dyskryminacji sprzecznej z art. 39 WE.

72. Analizując w powyższym kontekście belgijsko-holenderską umowę UPO Trybunał Sprawiedliwości uznał[30], że okoliczność, iż wzajemne prawa i obowiązki wynikające z tej umowy znajdują zastosowanie jedynie wobec osób będących rezydentami jednego z dwóch umawiających się państw członkowskich, jest konsekwencją właściwą dwustronnym umowom UPO. Zasada, zgodnie z którą osoby fizyczne będące rezydentami jednego z tych dwóch państw korzystają w drugim państwie z ulg osobistych, które są przyznawane przez to państwo jego rezydentom, nie powinna być rozpatrywana jako korzyść, która może być oderwana od pozostałej części umowy, lecz jako jej integralna część, przyczyniająca się do jej ogólnej równowagi.

73. Tezy wyroku *D* zostały następnie potwierdzone w wyroku *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*[31]. W obu wyrokach Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że postanowienia Traktatu nie stoją na przeszkodzie, aby przewidziane w dwustronnej umowie UPO zwolnienia miały zastosowanie wyłącznie do przedsiębiorców z państw członkowskich będących stronami tej umowy.

74. Trybunał Sprawiedliwości uznał zatem, że wewnątrzunijne umowy UPO nie przyznają przedsiębiorcom przywilejów podatkowych, a jedynie regulują, które z dwóch umawiających się państw będzie pobierać podatek w sytuacjach transgranicznych. Istotą tych umów jest rozgraniczenie kompetencji podatkowych umawiających się państw. Są to więc umowy zawierające normy kolizyjne, nie zaś normy materialne lub procesowe, które mogłyby być źródłem przywilejów dla podatników. „Przywilej" polegający na

[29] Wyrok *D*, C-376/03, EU:C:2005:424, pkt 49-52.
[30] Wyrok *D*, EU:C:2005:424, pkt 61-62.
[31] Wyrok *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, EU:C:2006:773.

zwolnieniu z opodatkowania pewnych dochodów podatnika w jednym z umawiających się państw jest powiązany z opodatkowaniem tych samych dochodów w drugim z umawiających się państw. Innymi słowy, celem umów UPO jest ustalenie, w którym z umawiających się państw należy opodatkować dochody podatnika, nie zaś przyznanie wzajemnie przez umawiające się państwa przywilejów podatkowych swoim rezydentom, które mogłyby dyskryminować podatników z pozostałych państw członkowskich.

75. W przypadku wewnątrzunijnych BIT-ów, w wyraźnym odróżnieniu od wewnątrzunijnych umów UPO, celem jest właśnie przyznanie przedsiębiorcom (inwestorom) z państw będących stronami umowy szeregu materialnoprawnych i procesowych przywilejów, które nie są dostępne dla przedsiębiorców z pozostałych państw członkowskich. Przywileje te zostały już szeroko omówione w niniejszych uwagach. Wewnątrzunijny BIT jest więc ze swojej istoty dyskryminujący.

76. Oczywiście rozgraniczenie kompetencji podatkowych umawiających się państw, które pozwala uniknąć opodatkowania tych samych dochodów w obu państwach, jest korzystne dla podatników. Nie chodzi tu jednak o przywileje, ale o zniesienie obciążenia wynikającego z nakładających się kompetencji podatkowych dwóch państw członkowskich, które trudno uznać za uzasadnione i które, co więcej, stanowi przeszkodę w prawidłowym funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Nie budzi wątpliwości, że podwójne opodatkowanie tych samych dochodów w dwóch państwach członkowskich skutkuje zniechęceniem obywateli tych państw do korzystania ze swobód rynku wewnętrznego. Prowadzi ono do wzrostu ogólnych obciążeń podatkowych, zwiększa obciążenia administracyjne oraz negatywnie wpływa na inwestycje, co z kolei przekłada się na spadek konkurencyjności i poziomu zatrudnienia.

77. Z tego względu art. 293 WE (w brzmieniu sprzed wejścia w życie Traktatu z Lizbony) wyraźnie stanowił, że państwa członkowskie w miarę potrzeby podejmują między sobą rokowania w celu zapewnienia swoim obywatelom zniesienia podwójnego opodatkowana wewnątrz Wspólnoty. Jak przy tym wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Gilly*[32], zniesienie podwójnego opodatkowania jest jednym z celów Wspólnoty. Obecnie, mimo braku odpowiednika art. 293 WE w postanowieniach

[32] Wyrok *Gilly*, C-336/96, EU:C:1998:221, pkt 15-16.

TFUE, wspomniany cel z pewnością nie stracił aktualności. Nie zniknęły bowiem problemy związane z podwójnym opodatkowaniem.

78. Potwierdza to dobitnie komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z dnia 11 listopada 2011 r. „Podwójne opodatkowanie w obrębie jednolitego rynku”[33]. Komisja stwierdziła w nim, że „przy obecnym stanie prawnym [państwa członkowskie] nie są co do zasady zobowiązane do eliminowania podwójnego opodatkowania” (pkt 2, str. 5), a równocześnie „podwójne opodatkowanie jest jedną z kwestii będących przedmiotem największej troski obywateli i przedsiębiorstw UE” (pkt 3, str. 6). Jak dalej wskazano w ww. komunikacie (pkt 5.2, str. 11) „Komisja uważa, że istnieje potrzeba uzupełnienia ram umów o unikaniu wzajemnego opodatkowania między 27 państwami członkowskimi i będzie wspierać dialog między państwami członkowskimi w przypadku sporów utrudniających zawieranie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania.”

79. W przypadku wewnątrzunijnych BIT-ów żaden z powyższych względów nie ma zastosowania. Nie istnieje bowiem problem, taki jak niewystarczająca ochrona inwestorów, który ze względu na brak odpowiednich instrumentów unijnych mógłby stanowić obiektywne uzasadnienie dla zawierania umów dwustronnych w tej materii. W istocie, jak już wyjaśniono w niniejszych uwagach, ochrona inwestorów jest i może być zapewniona na gruncie prawa unijnego. Wewnątrzunijne BIT-y nie przyczyniają się do osiągnięcie celów Unii Europejskiej, w szczególności dotyczących funkcjonowania rynku wewnętrznego. Przeciwnie, wewnątrzunijne BIT-y, wprowadzając system ochrony konkurencyjny w stosunku do prawa unijnego, prowadzą do zakłóceń w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego, rozbijają jego jednolitość.

80. W rezultacie nie może budzić zdziwienia, że w przeciwieństwie do wewnątrzunijnych umów UPO, Komisja Europejska nie tylko nie zachęca do zawierania wewnątrzunijnych BIT-ów, ale podejmuje wysiłki na rzecz wyeliminowania BIT-ów z obrotu prawnego. Wspomniano już w niniejszych uwagach o postępowaniach, jakie Komisja wszczęła w stosunku do niektórych państw członkowskich w związku ze stosowaniem wewnątrzunijnych BIT-ów (por. komunikat prasowy z dnia 18 czerwca 2015 r., cytowany w pkt 8 niniejszych uwag).

[33] KOM(2011) 712 wersja ostateczna.

81. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że ze względu na cele, charakter i umiejscowienie względem systemu prawa unijnego, pomiędzy wewnątrzunijnymi BIT-ami a umowami UPO nie istnieje żadne podobieństwo, które mogłoby uzasadniać zastosowanie w niniejszej sprawie w drodze analogii orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego umów UPO (w szczególności wyroków *D* oraz *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*). To właśnie ze względu na te fundamentalne różnice (nie zaś ze względu na brak nierozerwalnego związku klauzuli arbitrażowej z pozostałymi postanowieniami wewnątrzunijnego BIT-u, jak błędnie sugeruje sąd odsyłający w pkt 39 wniosku) ocena wewnątrzunijnych BIT-ów musi całkowicie różnić się od oceny umów UPO. Nawet w przypadku pozbawienia wewnątrzunijnych BIT-ów klauzul arbitrażowych (które w istocie nie są nierozerwalne, choć stanowią centralny punkt tych umów) problem dyskryminacji nie zniknąłby całkowicie, lecz zostałby jedynie złagodzony. Jak już wyjaśniono, również klauzule materialne wewnątrzunijnych BIT-ów zastrzegają dla inwestorów pochodzących z państw będących stronami umowy przywileje niedostępne dla inwestorów pochodzących z pozostałych państw członkowskich.

82. W kontekście wewnątrzunijnych BIT-ów warto więc sięgnąć nie do orzecznictwa dotyczącego wewnątrzunijnych umów UPO, lecz do orzecznictwa dotyczącego innych umów dwustronnych, ocenianych przez Trybunał Sprawiedliwości w świetle zasady niedyskryminacji.

83. Wyrok *Matteuci*[34] dotyczył belgijsko-włoskiego porozumienia kulturalnego, który zastrzegał dostęp do pewnych stypendiów dla obywateli państw będących stronami tego porozumienia. W pkt 19 tego wyroku Trybunał Sprawiedliwości orzekł:

Aux termes de l'article 5 du traité, les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du traité. Si, par conséquent, l'application d'une disposition de droit communautaire risque d'être entravée par une mesure prise dans le cadre de la mise en oeuvre d'une convention bilatérale, même conclue hors du champ d'application du traité, tout Etat member est tenu de faciliter l'application de cette disposition et d'assister, à cet effet, tout autre État membre auquel incombe une obligation en vertu du droit communautaire.

[34] Wyrok *Matteucci*, 235/87, EU:C:1988:460.

84. Z kolei wyrok *Komisja/Belgia*[35] dotyczył m.in. zgodności z traktatem klauzuli dotyczącej własności lub kontroli linii lotniczych, zawartej w Umowie dwustronnej w dziedzinie transportu lotniczego między Belgią a Stanami Zjednoczonymi Ameryki. Na podstawie tej klauzuli Belgia nie przyznała obywatelom innych państw członkowskich, a zwłaszcza liniom lotniczym i przedsiębiorstwom utworzonym w tych państwach członkowskich i działającym w Belgii, traktowania zastrzeżonego dla podmiotów pochodzących z Belgii. W toku postępowania rząd belgijski wskazał, że zaproponował Stanom Zjednoczonym Ameryki zmianę przedmiotowej klauzuli, zmierzającą do odebrania temu państwu możliwości odrzucenia wyznaczenia wspólnotowej linii lotniczej niebędącej belgijską linią lotniczą. W pkt 141-143 wyroku Trybunał Sprawiedliwości stwierdził tym niemniej:

„(140) Wynika z powyższego, iż wspólnotowe linie lotnicze mogą być zawsze pozbawione korzyści będących skutkiem umowy transportu lotniczego wiążącej Królestwo Belgii ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki, podczas gdy taką korzyść zapewnia się belgijskim liniom lotniczym. W konsekwencji, wspólnotowe linie lotnicze są poddane dyskryminacji, która wyklucza ich korzystanie z traktowania narodowego w przyjmującym państwie członkowskim, a mianowicie Królestwie Belgii.

(141) W odróżnieniu od tego, co utrzymuje Królestwo Belgii, ta dyskryminacja znajduje bezpośrednio swoje źródło nie w potencjalnym zachowaniu Stanów Zjednoczonych, ale w klauzuli dotyczącej własności lub kontroli linii lotniczych, która w sposób precyzyjny przyznaje Stanom Zjednoczonym Ameryki prawo do takiego zachowania.

(142) Wynika stąd, iż klauzula dotycząca własności i/lub kontroli linii lotniczych jest sprzeczna z art. 52 traktatu.

(143) Wysiłek podjęty przez Królestwo Belgii w 1995 r., aby wyeliminować niezgodność tej klauzuli z art. 52 traktatu, bez względu na to jak godny pochwały, jest wyraźnie nie wystarczający na to aby poddać w wątpliwość ustalenie przyjęte w punkcie poprzednim.”

85. Wyrok *Gottardo*[36] dotyczył włosko-szwajcarskiej umowy o zabezpieczeniu społecznym, która zastrzegała pewne przywileje w zakresie sumowania składek dla

[35] Wyrok *Komisja/Belgia*, EU:C:2002:628.
[36] Wyrok *Gottardo*, C-55/00, EU:C:2002:16.

obywateli państw będących stronami tej umowy. Trybunał Sprawiedliwości orzekł w pkt 34 tego wyroku, że „w sytuacji, w której państwo członkowskie zawiera z państwem trzecim dwustronną umowę międzynarodową z zakresu zabezpieczenia społecznego, przewidującą, że okresy ubezpieczenia uzyskane w państwie trzecim będą uwzględniane w celu nabycia praw do świadczeń emerytalnych, podstawowa zasada równego traktowania zobowiązuje to państwo członkowskie do przyznania obywatelom innych państw członkowskich takich samych przywilejów, z jakich korzystają jego obywatele na podstawie owej umowy, chyba że może ono przedstawić obiektywne uzasadnienie dla swej odmowy". Trybunał Sprawiedliwości stwierdził ponadto w pkt 36-38 tego wyroku, że takiego obiektywnego uzasadnienia (którym mogłoby być naruszenie równowagi i wzajemności dwustronnej umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy państwem członkowskim i państwem trzecim) nie wykazano.

86. Wyrok *Komisja/Niemcy*[37] dotyczył z kolei zgodności z prawem unijnym praktyki stosowania polsko-niemieckiej umowy o oddelegowaniu pracowników polskich przedsiębiorstw do realizacji umów o dzieło. Praktyka ta, stosowana przez organy niemieckie, polegała na interpretacji stosowanego w przedmiotowej umowie terminu „przedsiębiorstwo drugiej strony" jako „przedsiębiorstwo niemieckie". W rezultacie tej praktyki przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich, chcące wykonywać prace w Niemczech, nie mogły (o ile nie założyły spółki zależnej w Niemczech) zawierać umów o dzieło z polskimi przedsiębiorcami, wykorzystując w ten sposób w ramach świadczenia usług ustaloną na mocy przedmiotowej umowy maksymalną liczbę polskich pracowników niezależnie od przepisów przejściowych zawartych w akcie o przystąpieniu. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że taka praktyka powoduje dyskryminację bezpośrednią, sprzeczną z art. 49 WE. W pkt 42 tego wyroku Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy wykonywaniu zobowiązań zaciągniętych na podstawie umów międzynarodowych, zarówno gdy chodzi o umowę zawartą pomiędzy państwami członkowskimi, jak i umowę zawartą pomiędzy państwem członkowskim i państwem trzecim lub kilkoma państwami trzecimi, państwa członkowskie powinny przestrzegać zobowiązań, które na nich ciążą na mocy prawa wspólnotowego. W pkt 44 tego wyroku Trybunał Sprawiedliwości zwrócił uwagę, że stosowanie polsko-niemieckiej umowy od chwili przystąpienia Polski do Unii Europejskiej dotyczy dwóch państw członkowskich, w związku z czym postanowienia tej umowy mogą być

[37] Wyrok *Komisja/Niemcy*, C-546/07, EU:C:2010:25.

stosowane w relacjach między tymi państwami członkowskimi jedynie z poszanowaniem prawa wspólnotowego.

87. Przywołane wyroki potwierdzają, że przywileje zastrzeżone w umowach dwustronnych dla obywateli państw będących stronami umowy, z wyłączeniem obywateli pozostałych państw członkowskich, co do zasady stanowią naruszenie unijnej zasady niedyskryminacji. Chodzi przy tym o umowy dwustronne, których stosowanie może wpływać, nawet pośrednio i potencjalnie, na korzystanie ze swobód unijnych. W przypadku umów dwustronnych z państwami trzecimi Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza co prawda możliwość obiektywnego uzasadnienia odmiennego traktowania ze względu na konieczność zachowania równowagi i wzajemności umowy. Tego typu uzasadnienie nie może mieć jednak zastosowania do wewnątrzunijnych BIT-ów. Są to umowy między państwami członkowskimi, które mogłyby być stosowane jedynie z poszanowaniem prawa unijnego. Nie istnieje też żadne obiektywne uzasadnienie dla wynikającego z tych umów uprzywilejowania niektórych inwestorów. Pozostaje zatem do rozważenia pytanie, czy przywileje wynikające z wewnątrzunijnych BIT-ów (w szczególności z klauzuli arbitrażowej) mogłyby zostać rozszerzone na wszystkich unijnych inwestorów, i czy w ten sposób możliwe byłoby zapobieżenie dyskryminacji, której źródłem są BIT-y.

III.6. Brak możliwości usunięcia dyskryminacji w drodze rozszerzenia praw wynikających z BIT-ów na wszystkich przedsiębiorców unijnych

88. Sąd odsyłający stwierdził w pkt 41 wniosku odsyłającego, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości obrona przed udzielaniem korzyści, które dyskryminują podmioty trzecie, przebiega co do zasady w ten sposób, że osoby pokrzywdzone mają prawo do takiego samego traktowania oraz stosowania tych samych przepisów, jakie przysługują osobom uprzywilejowanym. Zdaniem tego sądu dyskryminacja inwestorów z innych państw członkowskich wskutek działania klauzuli arbitrażowej zawartej w wewnątrzunijnym Bicie powinna być zlikwidowana w ten sposób, że tym inwestorom należałoby umożliwić taki sam dostęp do sądownictwa polubownego w przypadku sporów ze Słowacją lub z Holandią.

89. Sugerowany przez sąd odsyłający sposób rozwiązania problemu dyskryminacji znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości[38].

90. Rzeczpospolita Polska zauważa jednak, że nawet gdyby zaproponowany przez sąd odsyłający sposób rozwiązania problemu dyskryminacji inwestorów był praktycznie możliwy do zastosowania w przypadku wewnątrzunijnych BIT-ów, *quod non*, nie zmienia to faktu aktualnej niezgodności wewnątrzunijnych BIT-ów, która istniałaby w dalszym ciągu do czasu wprowadzenia w życie tego hipotetycznego remedium. Nie powinno to zatem wpływać na odpowiedź na trzecie pytanie.

91. Ponadto, nawet gdyby zaproponowany sposób był praktycznie możliwy, *quod non*, pójście tą drogą pogłębiłoby drastycznie inny problem związany z wewnątrzunijnymi BIT-ami, a mianowicie problem zachowania autonomicznego charakteru prawa unijnego. Załóżmy bowiem przez chwilę, że wszystkie wewnątrzunijne BIT-y (i wszystkie klauzule arbitrażowe w nich zawarte) mają zastosowanie do wszystkich inwestorów unijnych. W praktyce oznaczałoby to, że istotny obszar regulacji prawa unijnego (i to obszar znajdujący się w samym sercu tej regulacji, ponieważ dotyczący transgranicznej działalności gospodarczej i podstawowych swobód rynkowych) został wyłączony spod oddziaływania prawa unijnego i będzie kształtowany odtąd w drodze orzecznictwa arbitrażowego, z bardzo słabą i jedynie incydentalną możliwością korygowania tego orzecznictwa przez sądy powszechne i Trybunał Sprawiedliwości.

92. Przede wszystkim jednak, niezależnie od powyższych zastrzeżeń wstępnych, zaproponowany przez sąd odsyłający sposób rozwiązania problemu dyskryminacji inwestorów nie jest praktycznie możliwy do wprowadzenia w życie w przypadku wewnątrzunijnych BIT-ów. Sposób ten ma rację bytu na gruncie prawa unijnego, lecz nie na gruncie wewnątrzunijnych BIT-ów.

93. Na gruncie prawa unijnego obywatel unijny, który uważa, że jest dyskryminowany (na przykład przez państwo członkowskie, w którym zamieszkuje nie będąc jego obywatelem, w stosunku do obywateli tego państwa) może wszcząć postępowanie przed sądem powszechnym tego państwa i domagać się traktowania takiego samego, jakie jest przyznane obywatelom tego państwa, powołując się wprost na unijną zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Sądy powszechne powinny, stosując bezpośrednio wspomnianą zasadę, powinny przyznać tej osobie takie samo

[38] Por. np. wyrok *Forcheri*, 152/82, EU:C:1983:205.

traktowanie, zaś w razie wątpliwości w zakresie wykładni prawa unijnego mogą poprosić Trybunał Sprawiedliwości o ich wyjaśnienie w trybie prejudycjalnym.[39]

94. Na gruncie wewnątrzunijnego BIT-a taka metoda nie może zadziałać. Przykładowo, inwestor polski działający na Malcie (Polskę nie wiąże z Maltą wewnątrzunijny BIT) nie mógłby wszcząć przeciwko Malcie postępowania arbitrażowego na podstawie BIT-u holendersko-maltańskiego, powołując się na zasadę niedyskryminacji względem inwestorów holenderskich.

95. Brak takiej możliwości, w świetle tego, co już napisano w niniejszych uwagach na temat orzecznictwa trybunałów arbitrażowych, jest oczywisty. Trybunały arbitrażowe działają na podstawie umowy międzynarodowej, jaką jest wewnątrzunijny BIT, i są związane zakresem tej umowy, w tym jej zakresem podmiotowym. Zakres jurysdykcji trybunałów arbitrażowych określa treść tych umów, interpretowana w świetle prawa międzynarodowego, w tym w świetle Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. W postanowieniach prawa międzynarodowego nie ma podstaw prawnych do tego, aby w drodze domniemania bądź analogii rozszerzać zakres podmiotowy lub przedmiotowy ochrony przewidzianej w dwustronnej umowie międzynarodowej, wbrew jej literze, na podmioty pochodzące z państw niebędących stronami tej umowy. Rozszerzanie zakresu podmiotowego wewnątrzunijnych BIT-ów na wszystkich inwestorów unijnych byłoby więc nie do zaakceptowania dla trybunałów arbitrażowych, a co więcej, brak akceptacji dla takiej praktyki jest z perspektywy tych trybunałów w pełni uzasadniony.

96. Tego rodzaju rozszerzenie zakresu podmiotowego wewnątrzunijnych BIT-ów (klauzul arbitrażowych w nich zawartych) narażałoby rozstrzygnięcia co najmniej niektórych trybunałów arbitrażowych na uchylenie ze względu na wykroczenie poza zapis na sąd polubowny. Nie jest wykluczone, że mogłoby to w konsekwencji skutkować również odpowiedzialnością odszkodowawczą samych arbitrów, bądź przynajmniej obowiązkiem zwrotu przez nich kosztów postępowania.

97. Problem dyskryminacji inwestorów z pozostałych państw członkowskich oczywiście nie mógłby też zostać rozwiązany w drodze jednostronnego zapewnienia przez państwo członkowskie wszystkim inwestorom prowadzącym inwestycje na jego terytorium możliwości powoływania się przed sądami powszechnymi tego państwa na wewnątrzunijny BIT zawarty przez to państwo (czyli na materialne klauzule ochronne

[39] Por. np. wyrok *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217.

tego BIT-u). Możliwość powoływania się przed sądami powszechnymi na klauzule materialne BIT-u jako żywo nie jest tym samym, co możliwość uruchomienia procedury arbitrażowej na podstawie tego BIT-u. Jak już wyjaśniono w niniejszych uwagach, dyskryminacja wynikająca z wewnątrzunijnych BIT-ów w wymiarze proceduralnym polega na braku możliwości wyboru między sądem powszechnym a trybunałem arbitrażowym, a co za tym idzie, na braku dostępu do preferowanej przez inwestorów ścieżki dochodzenia roszczeń. Chodzi zresztą nie tylko o możliwość wyboru ścieżki proceduralnej, ale i metody orzekania. Jak już wskazano, trybunały arbitrażowe orzekają na podstawie wewnątrzunijnego BIT-u, abstrahując od prawa krajowego i unijnego, które często traktują jedynie jako element staniu faktycznego. Sądy powszechne związane są zasadą pierwszeństwa prawa unijnego i co za tym idzie, stosują pro-unijną metodę wykładni.

98. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że jedynym skutecznym sposobem rozwiązania problemu dyskryminacji wynikającej z wewnątrzunijnych BIT-ów wydaje się zaprzestanie stosowania tych BIT-ów – czyli uznanie co najmniej ich klauzul arbitrażowych za nieznajdujące zastosowania (*inapplicable*) – lub po prostu ich rozwiązanie i objęcie inwestorów ochroną wyłącznie w ramach prawa unijnego. Do kwestii bezskuteczności wewnątrzunijnych BIT-ów w kontekście rozstrzygnięcia obecnej sprawy Rzeczpospolita Polska powróci jeszcze na zakończenie niniejszych uwag. Jeżeli zaś chodzi o rozwiązanie wewnątrzunijnych BIT-ów, w tej kwestii pożądane byłoby porozumienie wszystkich państw członkowskich. Należy mieć przy tym na względzie, że rozwiązanie wewnątrzunijnych BIT-ów musi być dokonane z zachowaniem wymagań wynikających z prawa międzynarodowego.

IV. PYTANIE PIERWSZE

99. Zgodnie z art. 344 TFUE „państwa członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania Traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana”. Celem art. 344 TFUE jest zapewnienie, aby umowy międzynarodowy zawierane przez państwa członkowskie nie naruszały struktury kompetencyjnej określonej w traktatach i tym samym autonomii systemu prawnego Unii, nad której przestrzeganiem czuwa Trybunał Sprawiedliwości.[40]

[40] Por. opinia 2/13, EU:C:2014:2454, pkt 201.

100. Jak wynika z uwag dotyczących pytania trzeciego, klauzule materialne wewnątrzunijnych BIT-ów pokrywają się z postanowieniami TFUE, nawet jeżeli ustanawiają odmienny standard ochrony inwestorów.

101. Utrzymywanie w mocy wewnątrzunijnego BIT-u oznacza więc przynajmniej zgodę na to, że spory dotyczące wykładni lub stosowania Traktatów mogą być poddawane procedurze arbitrażowej (co gorsza, oznacza to również zgodę na to, że spory, które powinny być rozstrzygane w świetle Traktatów i prawa unijnego, mogą być rozstrzygane z ich pominięciem). Nie ulega wątpliwości, że procedura arbitrażowa ustanowiona w wewnątrzunijnych BIT-ach nie jest procedurą rozstrzygania sporów przewidzianą w Traktatach.

102. Sąd odsyłający wskazał w pkt 20 i 21 wniosku, że przeciwko zastosowaniu art. 344 TFUE do sporu między państwem członkowskim a inwestorem z innego państwa członkowskiego przemawia okoliczność, iż taki spór nie może być rozstrzygany w postępowaniu przed sądem Unii. Zdaniem sądu odsyłającego uprawnienie lub obowiązek sądów krajowych skierowania pytania prejudycjalnego nie jest procedurą rozstrzygania sporów przewidzianą w Traktatach w rozumieniu art. 344 TFUE.

103. Rzeczpospolita Polska nie zgadza się z tym stanowiskiem.

104. Zgodnie z art. 19 TUE państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem unijnym. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, Traktaty ustanawiają kompletny system ochrony sądowej, przy czym kontrola poszanowania prawa unijnego zapewniania jest zarówno przez Trybunał Sprawiedliwości, jak i przez sądy państw członkowskich.[41] Sądy państw członkowskich (sądy powszechne) nie tylko zatem są jednocześnie sądami unijnymi, ale stanowią podstawowy element systemu ochrony sądowej, przewidzianego w Traktatach.

105. Oznacza to, że Traktaty przewidują procedurę sądową, w której inwestor może dochodzić roszczeń odszkodowawczych przysługujących mu względem państwa członkowskiego. Procedurą tą jest mianowicie skarga do sądu powszechnego, który ma możliwość lub obowiązek zadania pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości.

---

[41] Por. np. wyrok *T & L Sugars i Sidul Açúcares/Komisja*, C-456/13 P, EU:C:2015:284, pkt 45 i orzecznictwo tam przywołane.

106. Należy z kolei rozważyć, czy art. 344 TFUE ma zastosowanie do sporów między państwem członkowskim a jednostką (inwestorem), czy tylko do sporów między samymi państwami członkowskimi. Brzmienie tego postanowienia nie daje jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie, chociaż przemawia raczej na rzecz pierwszej z tych opcji, a zatem za szeroką wykładnią. Postanowienie to zakazuje bowiem państwom członkowskim „poddawania sporów", nie zaś „poddawania sporów między sobą". Gdyby art. 344 TFUE dotyczył wyłącznie sporów między państwami członkowskimi, autorzy Traktatu zapisaliby to wyraźnie w jego treści, podobnie jak uczynili to na przykład w art. 273 TFUE, który stanowi właśnie o „sporach między państwami członkowskimi". Artykuł 344 TFUE został jednak sformułowany odmiennie niż art. 273 TFUE, co przemawia za jego szerszą interpretacją. Należy więc przyjąć, że drugą stroną sporu, którego państwo członkowskie nie powinno poddawać procedurze nieprzewidzianej w Traktatach, może być zarówno inne państwo członkowskie, jak i podmiot niebędący państwem, w tym przedsiębiorca.

107. Wykładnia systemowa art. 344 TFUE potwierdza powyższy wniosek. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej postanowienie to należy interpretować w świetle podstawowych zasad prawa unijnego, takich jak zasady pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa unijnego, oraz zasada równego traktowania. Jak wynika z uwag dotyczących pytania trzeciego, stosowanie procedury arbitrażowej przewidzianej w wewnątrzunijnych BIT-ach może prowadzić do naruszenia podstawowych zasad prawa unijnego, a w konsekwencji do podważenia autonomii systemu prawnego Unii.

108. Sąd odsyłający w pkt 24 wniosku przywołał opinię 1/09[42]. Trybunał Sprawiedliwości orzekł w niej (pkt 63), że utworzeniu sądu patentowego nie może stanąć na przeszkodzie art. 344 TFUE, ponieważ postanowienie to ogranicza się do zakazania państwom członkowskim poddawania sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana. Natomiast właściwość, która zgodnie z projektem porozumienia miałaby zostać przyznana sądowi patentowemu, dotyczyłaby jedynie związanych z patentami sporów między jednostkami.

109. W tym kontekście Rzeczpospolita Polska zwraca jednak uwagę, że pomiędzy niniejszą sprawą a sprawą rozstrzyganą przez Trybunał Sprawiedliwości w opinii 1/09 występują pewne różnice, które mogłyby uzasadniać odmienną ocenę obu przypadków w świetle

[42] Opinia 1/09, EU:C:2011:123.

art. 344 TFUE. Po pierwsze, przedmiotem oceny w opinii 1/09 był system rozstrzygania sporów wyłącznie między jednostkami, nie zaś między jednostką a państwem członkowskim. Po drugie, sąd powołany na mocy porozumienia analizowanego w opinii 1/09 uzyskał możliwość zadawania do Trybunału Sprawiedliwości pytań prejudycjalnych, co gwarantowało jednolitość wykładni i stosowania prawa Unii. Po trzecie, naruszenie art. 344 TFUE było w opinii 1/09 analizowane w kontekście art. 262 TFUE, który przewiduje jedynie możliwość przyznania Trybunałowi Sprawiedliwości jurysdykcji w odniesieniu do sporów dotyczących praw własności intelektualnej, a zatem nie przesądza o wyłącznej właściwości Trybunału Sprawiedliwości w tej dziedzinie.

110. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z systemem rozstrzygania sporów w obszarze zastosowania prawa unijnego, utworzonym przez państwa członkowskie na mocy umowy dwustronnej, który może przynajmniej po części obejmować spory dotyczące wykładni lub stosowania Traktatów i który jest konkurencyjny, nie zaś komplementarny w stosunku do procedur przewidzianych w Traktatach. Jest to zatem system, który pozostaje w sprzeczności z art. 344 TFUE.

V. PYTANIE DRUGIE

111. Zgodnie z art. 267 TFUE Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów instytucji unijnych. W przypadku gdy pytanie z tym związane jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania. Sąd krajowy, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, jest w takim przypadku zobowiązany wnieść sprawę do Trybunału Sprawiedliwości.

112. Artykuł 267 TFUE, łącznie z art. 344 TFUE, ma na celu zapobieganie rozbieżnościom w wykładni prawa unijnego, zapewnienie jednolitości i skuteczności tego prawa.

113. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że sądy arbitrażowe nie są uprawnione do zadawania pytań prejudycjalnych w trybie art. 267 TFUE.[43]

[43] Por. np. wyrok *Denuit i Cordenier*, C-125/04, EU:C:2005:69.

114. Równocześnie jednak system prawa unijnego nie wyklucza co do zasady możliwości dochodzenia roszczeń przed sądami polubownymi. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika jedynie, że sąd krajowy (powszechny) rozpatrujący wniosek o uchylenie, uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego, który zgodnie z krajowymi przepisami proceduralnymi jest obowiązany dokonać z urzędu oceny zgodności tego wyroku z krajowymi zasadami porządku publicznego (*ordre public*), jest również zobowiązany do dokonania oceny zgodności z przepisami unijnymi, zgodnie z zasadą równoważności.[44] Jak trafnie wskazuje sąd odsyłający w pkt 32 wniosku, dopuszczalne jest zatem ograniczenie kompetencji kontrolnych sądów krajowych nad orzecznictwem arbitrażowym.

115. Wydaje się jednak, że ten ograniczony zakres kontroli sądów powszechnych (a w rezultacie także Trybunału Sprawiedliwości) nad orzecznictwem arbitrażowym, akceptowalny w przypadku typowego arbitrażu, to znaczy wówczas gdy podmioty prywatne w drodze prywatnej umowy poddają pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wzajemne spory, jest znacznie trudniejszy do zaakceptowania w sytuacji, gdy to państwo członkowskie tworzy w drodze umowy międzynarodowej specjalny system orzecznictwa arbitrażowego, wyłączający pewien znaczny obszar spraw objętych zakresem prawa unijnego spod jurysdykcji sądów powszechnych.

116. W takim przypadku nie mamy już do czynienia z poszczególnymi orzeczeniami arbitrażowymi, które mogą być kontrolowane (również pod względem zgodności z prawem unijnym) w ograniczonym zakresie w oparciu o klauzulę porządku publicznego. Mamy natomiast do czynienia z rozwiązaniem systemowym, które jako takie pozbawia sądy powszechne w nadmiernym stopniu kompetencji w zakresie wykładni i stosowania prawa unijnego, zaś Trybunał Sprawiedliwości – kompetencji do wykładni tego prawa w trybie prejudycjalnym. Stosowana na etapie postarbitrażowym klauzula porządku publicznego stanowi tylko *ultimum refugium* i w przypadku specjalnego systemu orzecznictwa arbitrażowego jaki tworzą wewnątrzunijne BIT-y nie można traktować jej jako narzędzia zapewniającego dostateczną kontrolę nad zgodnością tego orzecznictwa z prawem unijnym.

117. Pomimo oczywistych różnic, uderzające są podobieństwa pomiędzy systemem orzecznictwa arbitrażowego tworzonego przez wewnątrzunijne BIT-y oraz systemem

[44] Por. wyroki *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 41; oraz *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, pkt 53.

rozstrzygania sporów patentowych, który został zakwestionowany przez Trybunał Sprawiedliwości w opinii 1/09[45].

118. W obu przypadkach system alternatywny wobec sądownictwa państw członkowskich (sądownictwa powszechnego) został ustanowiony w drodze umów międzynarodowych.

119. W obu przypadkach spod jurysdykcji sądownictwa powszechnego zostały wyłączone szerokie dziedziny objęte zakresem prawa unijnego.

120. W obu też przypadkach alternatywny system sądownictwa powodował zasadnicze trudności w przypisaniu jakiemukolwiek państwu członkowskiemu odpowiedzialności za orzeczenia sądów (arbitrażowych bądź patentowych) naruszające prawo unijne. Co gorsza, w przypadku inwestycyjnego orzecznictwa arbitrażowego orzeczenia naruszające prawo unijne są co do zasady wiążące w stosunku do państwa będącego stroną postępowania.

121. Trybunał Sprawiedliwości w pkt 89 opinii 1/09 stwierdził: „W konsekwencji planowane porozumienie, przewidując przyznanie wyłącznej właściwości do rozstrzygania określonych rodzajów powództw wnoszonych przez jednostki w dziedzinie patentu wspólnotowego oraz do dokonywania wykładni i stosowania prawa Unii w tej dziedzinie międzynarodowemu organowi sądowemu, który nie jest osadzony w instytucjonalnych i sądowniczych ramach Unii, pozbawiłoby sądy państw członkowskich ich kompetencji w zakresie dokonywania wykładni i stosowania prawa Unii, a Trybunał jego właściwości do udzielania w ramach trybu prejudycjalnego odpowiedzi na zadawane przez te sądy pytania, a w rezultacie zmieniłoby kluczowe dla zapewnienia istoty prawa Unii kompetencje instytucji Unii i państw członkowskich przyznane im na mocy traktatów.” Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej powyższa teza opinii 1/09 może mieć w drodze analogii zastosowanie do oceny systemu orzecznictwa arbitrażowego, funkcjonującego na podstawie klauzul arbitrażowych zawartych w wewnątrzunijnych BIT-ach.

VI. UWAGI KOŃCOWE

122. Na zakończenie niniejszych uwag należy pokrótce rozważyć skutki wyroku w obecnej sprawie, w przypadku gdyby Trybunał Sprawiedliwości orzekł o niezgodności klauzul arbitrażowych zawartych w wewnątrzunijnych BIT-ach z postanowieniami TFUE.

[45] EU:C:2011:123.

123. W tym kontekście warto zauważyć, że w obecnym stanie prawnym wyrok trybunału arbitrażowego wydany na podstawie wewnątrzunijnego BIT-u, może podlegać kontroli w świetle klauzuli porządku publicznego, w postępowaniu przed sądem powszechnym w przedmiocie uchylenia, uznania lub stwierdzenia wykonalności tego wyroku. Kontrola ta ma charakter kazuistyczny i wymaga indywidualnej oceny każdego przypadku. Jeszcze raz warto podkreślić, że do etapu postarbitrażowego może też w ogólne nie dojść w danej sprawie.

124. O ile klauzula porządku publicznego, obejmująca przypadki naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego państwa członkowskiego, w tym prawa unijnego, może stanowić właściwe remedium w sytuacji wadliwej treści danego orzeczenia arbitrażowego bądź błędnej oceny istnienia jurysdykcji przez trybunał arbitrażowy, o tyle klauzula ta nie może stanowić takiego remedium w sytuacji, gdy orzeczenie zapadło na podstawie wadliwej klauzuli arbitrażowej. Postępowanie przed sądem powszechnym w przedmiocie uchylenia, uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku trybunału arbitrażowego obejmuje wyłącznie badanie podstawowych kwestii dotyczących ważności oraz zakresu zapisu na sąd polubowny, jak również badanie naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego. Zapewnienie prawu Unii Europejskiej *effet utile* wymaga więc co najmniej zmiany płaszczyzny kontroli wyroku arbitrażowego – tak, aby poddać go kontroli pod kątem braku skuteczności zawartej w Bicie klauzuli arbitrażowej.

125. Reasumując, orzeczenie przez Trybunał Sprawiedliwości, że stosowanie klauzuli arbitrażowej jest niezgodne z postanowieniami TFUE, w szczególności z art. 18 TFUE, przeniosłoby postępowanie postarbitrażowe przed sądem powszechnym z płaszczyzny kazuistycznej oceny danego orzeczenia arbitrażowego w świetle klauzuli porządku publicznego na płaszczyznę oceny wadliwości klauzuli arbitrażowej (i tym samym wadliwości koncepcji tzw. *standing offer of arbitration*)[46]. W istotnym stopniu wzmocniłoby to skuteczność ochrony przed naruszeniami art. 18 TFUE, umożliwiając pozwanemu państwu członkowskiemu (znacznie skuteczniej niż dotychczas) na podniesienie zarzutu niewłaściwości trybunału arbitrażowego.

[46] Chodzi o wadliwość państwowej oferty arbitrażu zawartej w klauzuli, która z uwagi na sprzeczność z art. 18 TFUE nie może być podtrzymywana. Artykuł 18 TFUE sprzeciwia się uznawaniu tej oferty za wiążącą, a tym samym stoi na przeszkodzie jej akceptacji.

126. Rzeczpospolita Polska uważa ponadto, że skutki wyroku Trybunału Sprawiedliwości w niniejszej sprawie (gdyby stwierdzał on niezgodność klauzuli arbitrażowej z postanowieniami TFUE) oraz sposób wykonania tego wyroku powinny zostać możliwie dokładnie określone w samym wyroku, tak aby zapewnić jego maksymalną użyteczność. Wydaje się również, że skutki tego wyroku nie powinny prowadzić do podważania orzeczeń arbitrażowych zapadłych w przeszłości.

VII. PROPOZYCJA ROZSTRZYGNIĘCIA

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

Na pytanie 1:

Artykuł 344 TFUE sprzeciwia się uregulowaniu w dwustronnej umowie dotyczącej ochrony inwestycji zawartej pomiędzy państwami członkowskimi (tzw. wewnątrzunijny BIT), zgodnie z którym inwestor umawiającego się państwa w przypadku sporów dotyczących inwestycji w drugim umawiającym się państwie może wszcząć przeciwko ostatniemu wymienionemu państwu postępowanie przed sądem polubownym, jeżeli umowa o ochronie inwestycji została zawarta przed przystąpieniem jednego z umawiających się państw do Unii, ale postępowanie przed sądem polubownym zostało wszczęte dopiero po przystąpieniu.

Na pytanie 2:

Artykuł 267 TFUE sprzeciwia się stosowaniu takiego uregulowania.

Na pytanie 3:

Artykuł 18 akapit pierwszy TFUE sprzeciwia się stosowaniu takiego uregulowania w okolicznościach opisanych w pytaniu pierwszym.

Bogusław Majczyna

Pełnomocnik Rzeczypospolitej Polskiej