



PISM | POLSKI INSTYTUT SPRAW MIĘDZYNARODOWYCH
THE POLISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AFFAIRS

BIULETYN

Nr 58 (1631), 19 kwietnia 2018 © PISM

Redakcja: Sławomir Dębski ● Bartosz Wiśniewski ● Rafał Tarnogórski
Katarzyna Staniewska (sekretarz redakcji)

Karolina Borońska-Hryniewiecka ● Anna Maria Dynier ● Aleksandra Gawlikowska-Fyk
Sebastian Płóciennik ● Patrycja Sasnal ● Justyna Szczudlik ● Marcin Terlikowski ● Tomasz Żornaczuk

Decyzja Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie dwustronnych umów inwestycyjnych wewnątrz UE

Marek Wąsiński, Szymon Zaręba

W wyroku z 6 marca br. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) orzekł, że model rozstrzygania sporów na drodze arbitrażu przewidziany w umowie inwestycyjnej między Słowacją i Holandią jest niezgodny z prawem Unii Europejskiej. Wyrok może utrudnić dalsze funkcjonowanie tego typu rozwiązań. Ta sytuacja sprzyja polskim dążeniom do wypowiedzania umów o ochronie inwestycji z państwami członkowskimi UE.

Bezprawne klauzule arbitrażowe. Rozstrzygnięta sprawa dotyczyła sporu między holenderską firmą ubezpieczeniową Achmea BV i Słowacją. W 2012 r. trybunał arbitrażowy we Frankfurcie nad Menem, powołany na podstawie dwustronnej umowy inwestycyjnej (Bilateral Investment Treaty – BIT) między Republiką Słowacką a Królestwem Niderlandów, zasądził na rzecz Achmei odszkodowanie w wysokości 22 mln euro. Słowacja zwróciła się z wnioskiem do niemieckich sądów (właściwych ze względu na siedzibę trybunału arbitrażowego) o uchylenie tego orzeczenia jako sprzecznego z prawem UE.

W toku postępowania niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości poprosił TSUE o ocenę zgodności z prawem unijnym klauzuli arbitrażowej inwestor–państwo (Investor-State Dispute Settlement – ISDS), zawartej w słowacko-holenderskiej umowie. Klauzule te służą zabezpieczeniu firm inwestujących za granicą przed nacjonalizacją ich mienia, dyskryminacją bądź wywłaszczeniem. Umożliwiają, z pominięciem krajowego systemu sądownictwa, dochodzenie roszczeń przed niezależnym sądem arbitrażowym od państwa, które wyrządziło im szkodę.

TSUE orzekł, że klauzule ISDS są sprzeczne z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Jest tak dlatego, że sądy arbitrażowe nie są elementem systemów sądowniczych państw członkowskich, a ponieważ w swoich orzeczeniach mogą interpretować prawo UE w sposób niepodlegający kontroli Trybunału, ich orzeczenia naruszają zasadę autonomii tego prawa.

Skutki dla umów między państwami UE. Chociaż formalnie wyrok TSUE w sprawie Achmei odnosi się tylko do umowy między Holandią a Słowacją, z uwagi na precedensowy charakter wpłynie też na stosowanie ok. 200 innych BIT-ów między państwami UE, zawierających podobne przepisy. W świetle wyroku utrzymanie tych klauzul w mocy grozi naruszeniem zobowiązań wynikających z prawa Unii. Ten problem dotyka szczególnie państwa, które przystąpiły do UE po 2004 r., gdyż art. 351 TFUE nakazuje eliminację postanowień umów zawartych przed przystąpieniem do Unii, jeśli są niezgodne z unijnymi traktatami.

Wyrok w sprawie Achmei sam z siebie nie prowadzi do unieważnienia klauzul ISDS zawartych w BIT-ach. Stanowi natomiast wyraźny impuls dla państw UE, by doprowadziły do zakończenia obowiązywania wiążących je umów tego typu. Jest to spójne z wcześniejszymi zaleceniami KE dla państw członkowskich, by wypowiedziały wewnątrzunijne BIT-y właśnie ze względu na niezgodność ISDS z prawem UE. Większość z tych umów zawiera jednak postanowienia, które przewidują ich dalsze stosowanie – w zależności od umowy przez kolejne 10–20 lat – do inwestycji dokonanych przed ich wypowiedzeniem. Inwestorzy będą mogli nadal na ich podstawie wszczynać nowe postępowania przeciw państwom.

Skutki, jakie wyrok TSUE wywołuje dla postępowań arbitrażowych, są mniej oczywiste. Pozywane państwa będą powoływać się na wyrok w sprawie Achmei w celu zakwestionowania jurysdykcji trybunałów, przed które je pozwano, i zakończenia postępowań już na wstępnym etapie. Nie oznacza to jednak, że wszystkie trybunały zaakceptują ten argument i odmówią wydawania orzeczeń. W takiej sytuacji będzie możliwe uchylanie zapadłych orzeczeń arbitrażowych przez sądy krajowe w państwach UE, w których odbywał się arbitraż, np. w Niemczech, z uwagi na niezgodność z klauzulą porządku publicznego. Z kolei sądy w państwach pozwanych będą prawdopodobnie odmawiać wykonania części orzeczeń arbitrażowych, które nie są bezpośrednio skuteczne, kierując się zasadą pierwszeństwa prawa unijnego. Wówczas państwa te będą mogły narazić się na zarzut łamania prawa międzynarodowego ze względu na niestosowanie wiążących je umów dwustronnych. Pozwane państwa będą musiały zatem wybierać między przestrzeganiem albo prawa UE, albo BIT-ów.

Nie jest jasne, czy w myśl orzeczenia TSUE państwa będą mogły dochodzić od inwestorów zwrotu już wypłaconych wielomilionowych odszkodowań jako nienależnych, gdyż uzyskanych na podstawie przepisów sprzecznych z prawem UE, a także jakie kroki będą mogły podjąć, jeśli inwestorzy odmówią spłaty takich żądań.

Wpływ na pozaunijne BIT-y. Wyrok TSUE nie dotyczy umów zawieranych z państwami trzecimi. Dlatego wątpliwe jest, by jego skutki mogły wpłynąć negatywnie na funkcjonowanie np. BIT-u między Polską a USA. Należy go jednak rozpatrywać jako przejaw szerszej tendencji kwestionującej dotychczasowe zasady ochrony inwestorów. W maju 2017 r. TSUE orzekł, wbrew stanowisku KE, że ochrona inwestycji uwzględniona w umowie o wolnym handlu UE z Singapurem nie należy do kompetencji wyłącznych Unii. To oznacza, że dotyczące jej umowy powinny podlegać procedurze ratyfikacyjnej na poziomie nie tylko UE, lecz także wszystkich państw członkowskich.

Na rozpatrzenie przez Trybunał czeka także wniosek o opinię w sprawie umowy handlowej z Kanadą (CETA). Rząd Belgii zwrócił się o zweryfikowanie zgodności z prawem UE zreformowanej klauzuli ISDS – systemu sądów ds. inwestycji (Investment Court System – ICS). Wyrok w sprawie Achmei sugeruje, że UE może zawierać umowy międzynarodowe tworzące nowe organy sądowe, których orzeczenia dotyczą wykładni i stosowania samych umów, pod warunkiem że zachowana zostanie autonomia prawa UE. Kluczowy będzie tu sposób, w jaki TSUE zinterpretuje przepis o możliwości brania pod uwagę przez ICS prawa krajowego strony jako „elementu stanu faktycznego”. Zależnie od tego, czy uzna ten przepis za naruszający autonomię prawa UE, czy nie, konieczna będzie renegotjacja podpisanej umowy bądź możliwa stanie się jej ratyfikacja.

Dążenie do zmian klauzuli ISDS nie dotyczy jednak jedynie UE – takie głosy pojawiły się również przy negocjacji umowy o całościowym i progresywnym partnerstwie transpacyficznym (po rezygnacji USA z umowy) czy renegotjacji NAFTA między Kanadą, Meksykiem i USA. Od 2017 r. rozważana jest reforma regulaminu przyjętego przez Komisję NZ ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), stosowanego w części postępowań arbitrażowych. 20 marca br. Rada UE udzieliła KE mandatu do prowadzenia rozmów w tej sprawie. KE ma starać się upowszechnić ICS i przekształcić go w wielostronny system sądów ds. inwestycji. Szanse na to są jednak ograniczone ze względu na sprzeciw USA czy wciąż podpisywane nowe umowy z klauzulą ISDS. Nawet Wietnam i Kanada, które zgodziły się na propozycję ICS w dwustronnych umowach z UE, jako sygnatariusze zreformowanego Partnerstwa Transpacyficznego, związały się między sobą klauzulą ISDS.

Wnioski. Wyrok w sprawie Achmei znacząco utrudni, jeśli nie całkowicie uniemożliwi, funkcjonowanie trybunałów arbitrażowych działających na podstawie klauzul ISDS, zakłócając stosowanie wewnętrznych BIT-ów. Ze względu na prawdopodobieństwo uchylania wyroków arbitrażowych, związane z ich niezgodnością z prawem UE, inwestorzy będą wykorzystywać możliwości arbitrażowe w państwach spoza Unii, np. Szwajcarii. Może dojść także do spadku atrakcyjności takich państw jak Holandia czy Luksemburg, które były miejscem lokowania inwestycji m.in. z USA ze względu nie tylko na członkostwo w UE i dobre warunki rynkowe, lecz także zabezpieczenie inwestorów poprzez liczne BIT-y z innymi państwami UE.

Wyrok jest pozytywnie odbierany przez organizacje pozarządowe, które uznawały ISDS za zagrożenie dla krajowego prawodawstwa. Może to zwiększyć presję na państwa członkowskie UE do rezygnacji z BIT-ów i szukania alternatywnych form ochrony ich przedsiębiorców. Rezygnacja z BIT-ów i ISDS może zostać jednak uznana przez część inwestorów, obecnych i przyszłych, za pogorszenie warunków na danym rynku. Dotyczy to szczególnie tych państw UE, wobec których mogą istnieć wątpliwości co do sprawności i niezależności krajowego systemu sądownictwa.

Z punktu widzenia Polski, która w 2016 r. rozpoczęła wypowiedzanie BIT-ów (zob. aneks), wyrok TSUE jest korzystny, gdyż daje silną podstawę do podejmowania takich działań. Pomimo to pozbawienie przez TSUE wiarygodności arbitrażu i jednoczesne wypowiedzanie umów przez Polskę może osłabić poczucie bezpieczeństwa inwestorów z innych państw członkowskich, z których pochodzi znacząca większość bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Polsce.

ANEKS

Kraj	Stan zobowiązań Polski z tytułu BIZ na koniec 2016 r. (w mln PLN)	Udział w łącznej wartości BIZ w Polsce	Napływ BIZ do Polski w 2016 r. (w mln PLN)	Udział w napływie BIZ	Czy przygotowano projekt wypowiedzenia?	Liczba lat obowiązywania umowy po jej wypowiedzeniu
Unia Europejska	717 801,1	92,2%	50 441,0	91,9%	nie dotyczy	nie dotyczy
Niderlandy	149 944,5	19,3%	20 189,6	36,8%	tak	15
Niemcy	129 356,7	16,6%	13 711,5	25,0%	tak	20
Belgia i Luksemburg	130 957,4	16,8%	10 711,4	19,5%	tak	10
Francja	78 729,3	10,1%	4069,9	7,4%	tak	15
Hiszpania	45 392,6	5,8%	-747,3	-1,4%	tak	10
Wielka Brytania	39 592,5	5,1%	2092,1	3,8%	tak	15
Austria	31 293,3	4,0%	4029,9	7,3%	tak	10
Cypr	25 987,2	3,3%	346,8	0,6%	tak	10
Szwecja	15 590,7	2,0%	76,0	0,1%	tak	20
Dania	13 406,8	1,7%	-313,4	-0,6%	wygaśnięcie za zgodą stron (podpis prezydenta)	10 (po wygaśnięciu 0)
Finlandia	6011,3	0,8%	-167,8	-0,3%	tak	20
Portugalia	4516,6	0,6%	305,5	0,6%	wypowiedziana	do 3.08.2029
Republika Czeska	2307,0	0,3%	9,4	0,0%	trwają negocjacje	10
Węgry	1876,1	0,2%	-366,3	-0,7%	tak	10
Litwa	1117,4	0,1%	59,6	0,1%	tak	10
Słowacja	623,7	0,1%	-162,0	-0,3%	nie	10
Łotwa	277,7	0,0%	45,9	0,1%	wygaśnięcie za zgodą stron (w Sejmie)	10 (po wygaśnięciu 0)
Słowenia	268,8	0,0%	-25,7	0,0%	nie	10
Bułgaria	205,8	0,0%	249,3	0,5%	tak	10
Grecja	196,4	0,0%	34,0	0,1%	tak	20
Chorwacja	100,3	0,0%	32,5	0,1%	tak	10
Estonia	94,0	0,0%	15,6	0,0%	nie	10

Rumunia	-164,2	0,0%	45,6	0,1%	trwają negocjacje	10
Włochy	32 454,4	4,2%	-1649,5	-3,0%	wypowiedziana	do 9.01.2018
Irlandia	5579,7	0,7%	-2258,9	-4,1%	brak umowy	nie dotyczy
Malta	2085,2	0,3%	107,4	0,2%	brak umowy	nie dotyczy
USA	19 613,9	2,5%	125,9	0,2%	nie	20

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych NBP.