

Bogusław Lackoroński\*, Bartosz Pawłowski\*\*

## **Opinia na temat wniosku dotyczącego decyzji Rady w sprawie zawarcia w imieniu Unii Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych dotyczącej przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem [COM(2015) 20 final]<sup>1</sup>**

Opinion on the proposal for a Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the United Nations Convention on transparency in treaty-based investor-State arbitration: The opinion concerns spreading the use and extending the substantive and temporal scope of the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Possible conflict of obligations of Member States under international law may arise regardless of whether the United Nations Convention on the transparency will be concluded only by the European Union or by its Member States. The position of the European Commission according to which the Convention relates only to exclusive competence of the European Union should be considered as doubtful.

**Keywords:** International Investment Law | Convention | European Union | arbitration proceedings

**Słowa kluczowe:** międzynarodowe prawo inwestycyjne | konwencja | Unia Europejska | postępowanie arbitrażowe

\* Doktor nauk prawnych, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego, ekspert ds. legislacji BAS; boguslas@interia.pl.

\*\* Ekspert ds. legislacji BAS; bartosz.pawlowski@sejm.gov.pl.

---

<sup>1</sup> Opinia sporządzona 17 marca 2015 r. na zlecenie przewodniczącej Komisji ds. Unii Europejskiej; BAS-WAL/WAPEiM-376/15.

## Opinia merytoryczna

### Przedmiot dokumentu UE

#### ■ Treść dokumentu UE

Celem dokumentu jest zawarcie w imieniu Unii Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych dotyczącej przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem (dalej: konwencja dotycząca przejrzystości, konwencja) oraz upoważnienie państw członkowskich do indywidualnego przystąpienia do tej konwencji. Konwencja dotycząca przejrzystości ma stosować się do sporów rozstrzyganych w postępowaniu arbitrażowym na podstawie traktatów inwestycyjnych zawartych przed 1 kwietnia 2014 r. Istotą konwencji dotyczącej przejrzystości jest umożliwienie stosowania Zasad dotyczących przejrzystości w odniesieniu do rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem, które zostały przyjęte przez Komisję ONZ ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) 10 lipca 2013 r. i zatwierdzone przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 16 grudnia 2013 r. rezolucją nr 68/109 (dalej: zasady przejrzystości, ZP) w sporach objętych dwustronnymi traktatami inwestycyjnymi (*bilateral investment treaties* – BIT) zawartymi przed 1 kwietnia 2014 r.

Zasady przejrzystości, zgodnie z ich art. 1, mają zastosowanie do rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem na podstawie traktatów inwestycyjnych (BIT), zawartych po 1 kwietnia 2014 r. Zasady przejrzystości przewidują, że: *najważniejsze dokumenty z postępowania między inwestorem a państwem będą podawane do wiadomości publicznej (zarówno decyzje trybunału, jak i oświadczenia stron), przesłuchania będą otwarte dla publiczności, a zainteresowane podmioty niebędące stronami będą mogły wypowiadać się przed trybunałem*. W konsekwencji można stwierdzić, że konwencja dotycząca przejrzystości zapewnia retroaktywność zasad przejrzystości.

#### ■ Geneza i kontekst dokumentu UE

Rosnąca w drugiej połowie XX wieku liczba inwestycji zagranicznych powoduje konieczność zapewnienia inwestorom zagranicznym efektywnej ochrony w ich relacjach z państwami dla nich obcymi, na terytorium których lokowane są inwestycje (państwa przyjmujące). Zaowocowało to intensywnym rozwojem sieci dwustronnych traktatów, których celem było zapewnienie ochrony inwestycjom zagranicznym. Stosunki między inwestorami zagranicznymi i państwami przyjmującymi stały się przedmiotem zainteresowania przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego publicznego. Powstała szczególna dyscyplina w nauce prawa międzynarodowego publicznego nazywana „międzynarodowym prawem inwestycyjnym”.

Przedmiot niniejszej opinii jest ściśle związany z trybem, w jakim rozpoznawane są spory z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Spory z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego są rozpoznawane w trybie arbitrażowym. Jest to spowodowane z jednej strony przez niechęć inwestorów zagranicznych do wnoszenia powództw przeciwko państwom przyjmującym przed ich własne sądy państwowe, a z drugiej strony przez brak możliwości pozwania państwa przyjmującego przed sąd państwowy innego państwa z uwagi na wynikający ze zwyczaju międzynarodowego immunitet jurysdykcyjny państwa<sup>2</sup>. Obowiązywanie tej normy zwyczajowej zostało w ostatnim czasie potwierdzone przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 3 lutego 2012 r. wydanym ze skargi Niemiec przeciwko Włochom, przy udziale Grecji, w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa<sup>3</sup>. Identyczne stanowisko w tym zakresie prezentuje Sąd Najwyższy<sup>4</sup>.

Postępowanie arbitrażowe charakteryzuje się tym, że jest co do zasady niejawne dla innych podmiotów niż strony postępowania. Zasadę poufności postępowania arbitrażowego wywodzi się z samej natury tej instytucji oraz prywatnego charakteru sporu, jaki jest rozpoznawany w tym trybie<sup>5</sup>. Nie jest to zasada bezwzględna i może być przedmiotem odmiennych rozstrzygnięć w regulaminach stałych sądów arbitrażowych albo w umowach o arbitraż. Informacje o wszczęciu postępowania, jego przebiegu oraz wyniku, jak również treść znajdujących się w aktach postępowania dokumentów nie są publicznie dostępne. Zasada poufności odnosi się również do posiedzeń sądów arbitraż-

<sup>2</sup> P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 133–136; M. Menkes, *Immunitet jurysdykcyjny i egzekucyjny państwa. Komentarz do Konwencji NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich mienia oraz Europejskiej konwencji o immunitacie państwa*, Warszawa 2013, s. 25; R. Sonnenfeld, *Immunitet państwa a obecne i przewidywane problemy międzynarodowoprawne stosunków Polski z głównymi państwami kapitalistycznymi*, Warszawa 1989, s. 21–22; J. Sutor, *Immunitet państwa*, Warszawa 2011, s. 63; por. również: wyrok SN z 2 marca 1926 r., R 133/26, OSP 1926, poz. 418; postanowienie SN z 13 marca 2008 r., III CSK 293/07, OSNC-ZD 2009/2/33; postanowienie SN z 29 października 2010 r., IV CSK 465/09, OSP 2011, nr 7–8, poz. 82; W. Czapliński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 października 2010 roku*, IV CSK 465/09, OSP 2011, nr 7–8, poz. 82, s. 564–572; J. Forystek, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 października 2010 roku*, IV CSK 465/09, „Palestra” 2011, nr 11–12, s. 115 i n.; P. Lewandowski, *Glosa do postanowienia z dnia 29 X 2010 roku*, IV CSK 465/09, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10, s. 133–134; M. Stürner, *Immunitet państwa w sprawach o odszkodowanie z tytułu zbrodni wojennych. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2010 r. (IV CSK 465/09)*, „Polski Proces Cywilny” 2011, nr 3, s. 158.

<sup>3</sup> <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> [dostęp 5 marca 2015 r.].

<sup>4</sup> Postanowienie SN z 29 października 2010 r., sygn. akt IV CSK 465/09.

<sup>5</sup> M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski [w:] *System prawa handlowego. Tom 8. Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.), Warszawa 2010, s. 463.

zowych rozstrzygających spory inwestycyjne w ramach Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID)<sup>6</sup>. Nawet jednak w wypadku niejawności postępowania strony mogą wyrazić zgodę na opublikowanie całości lub części wyroku, jaki został wydany w toczącym się między nimi sporze.

Powyżej wskazane argumenty mogące przemawiać za stosowaniem zasady poufności w postępowaniach arbitrażowych nie są w pełni adekwatne w odniesieniu do postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Spory te nie mają bowiem ściśle prywatnego charakteru z uwagi na fakt, że jedną ze stron sporu jest państwo przyjmujące, a przedmiotem sporu są najczęściej roszczenia, których zaspokojenie wiąże się z koniecznością wydatkowania pieniędzy ze środków publicznych. Wydaje się zatem, że przyjęcie zasady jawności postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego nie tylko jest możliwe, lecz również uzasadnione, zwłaszcza jeśli uwzględni się szeroki dostęp do informacji publicznej, który jest powszechnym standardem w Unii Europejskiej.

Za przyjęciem zasady jawności postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego jako zasady ogólnej może przemawiać również pogląd, zgodnie z którym przejrzystość postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego może przyczynić się do ustanowienia zharmonizowanych ram prawnych sprawiedliwego i efektywnego rozstrzygania sporów inwestycyjnych<sup>7</sup>.

W celu poszerzenia dostępu do informacji o postępowaniach arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego opracowano zasady przejrzystości.

Zasady przejrzystości, zgodnie z ich art. 1, mają zastosowanie do sporów z zakresu arbitrażu inwestycyjnego rozstrzyganych na podstawie Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL, chyba że strony sporu wyłączyły ich zastosowanie, jeśli było to możliwe. W innych sporach między inwestorami zagranicznymi i państwami przyjmującymi mogą one być stosowane, gdy strony sporu wyrażą na to zgodę.

Zasady przejrzystości mają zastosowanie w postępowaniach arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego rozstrzyganych na podstawie traktatów inwestycyjnych (BIT) zawartych po 1 kwietnia 2014 r. (art. 1 ZP). Z uwagi na fakt, że do 2011 r. zostało zawartych około 2500 traktatów inwestycyjnych, taki zakres czasowy zastosowania powodowałby niewielkie praktyczne znaczenie zasad przejrzystości.

<sup>6</sup> M.H. Koziński [w:] *System prawa handlowego. Tom 8. Arbitraż handlowy*, A. Szumański (red.), Warszawa 2010, s. 955.

<sup>7</sup> Preambuła rezolucji nr 68/109 Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 16 grudnia 2013 r.

Powyżej opisany zakres przedmiotowy i czasowy, jak również możliwość uchylecia zasad przejrzystości w konkretnym sporze powodowałoby ich niewielkie praktyczne znaczenie. Stąd UNCITRAL przygotowała projekt konwencji dotyczącej przejrzystości, mającej na celu spowodowanie rozpowszechnienia się zasad przejrzystości.

#### ■ Informacja o stanie prawa obowiązującego w Polsce w materii objętej treścią dokumentu UE

Odnosząc się do stanu prawa obowiązującego w Polsce w materii objętej wnioskiem, należy wskazać, że problem ten nie jest uregulowany wprost w akcie normatywnym będącym elementem polskiego systemu prawnego o generalnym znaczeniu. Z rejestru traktatów inwestycyjnych prowadzonego przez UNCTAD<sup>8</sup> wynika, że Rzeczpospolita Polska jest stroną 64 traktatów, z których trzy nie weszły jeszcze w życie, a jeden – z Finlandią, został wypowiedziany i zastąpiony nowym. Poszczególne traktaty inwestycyjne regulują kwestię rozstrzygania sporów między inwestorem i państwem przyjmującym najczęściej w ten sposób, że w razie niemożności ugodowego załatwienia sprawy, spór jest poddawany pod rozstrzygnięcie trybunału arbitrażowego, najczęściej *ad hoc*. W traktatach inwestycyjnych zawartych przez Rzeczpospolitą Polską z państwami spoza Unii Europejskiej zagadnienie jawności/poufności postępowania nie jest regulowane wprost. Należy jednak wskazać, że w traktatach z Turcją, Norwegią, Indiami, Egiptem, Argentyną oraz Albanią jednym z możliwych trybów rozpoznawania sporu przez sąd arbitrażowy jest tryb uregulowany w Regulaminie arbitrażowym UNCITRAL. Należy podkreślić, że na tle Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL za ugruntowaną należy uznać zasadę poufności arbitrażu, która jest nawet wskazywana jako element istoty arbitrażu<sup>9</sup>. Mimo że prawidłowość stosowania zasady poufności do postępowań z zakresu arbitrażu inwestycyjnego jest kwestionowana<sup>10</sup>, odstąpienie od tej zasady na tle zawartych już traktatów inwestycyjnych bez dokonania ich zmiany, może budzić wątpliwości.

Z uwagi na fakt, że sposób rozpoznawania sporów przez trybunały arbitrażowe powoływane na podstawie traktatów inwestycyjnych nie jest precyzyjnie uregulowany, w szczególności w zakresie kwestii jawności, do rozstrzygania tych zagadnień znajdują zastosowanie ogólne zasady odnoszące się do postępowania arbitrażowego. Te ogólne zasady, w tym w szczególności zasada poufno-

<sup>8</sup> Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju; <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> [dostęp 11 marca 2015 r.].

<sup>9</sup> P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 5, nlb. 348.

<sup>10</sup> P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, Warszawa 2011, komentarz do art. 34, nlb. 152.

ści, które obowiązywały w dacie wyrażania przez państwa zgody na związanie się konkretnym BIT, mogą być istotnym czynnikiem mającym wpływ na treść praw i obowiązków wynikających z BIT w szczególności w zakresie poufności postępowania arbitrażowego z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Wszak zgodnie z art. 31 ust. 3 pkt c Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., nr 74, poz. 439) dla celów interpretacji traktatów uwzględnia się w szczególności wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

## Ocena dokumentu UE

### ■ Ocena skutków prawnych

Pełna ocena skutków prawnych przyjęcia projektowanej decyzji wymaga przedstawienia podstawowych skutków stosowania zasad przejrzystości, do których ten dokument pośrednio się odnosi.

Stosowanie zasad przejrzystości będzie skutkowało jawnym charakterem posiedzeń sądów arbitrażowych rozpoznających spory między inwestorami zagranicznymi i państwami przyjmującymi (art. 6 ZP) oraz koniecznością ujawnienia informacji o sporze między inwestorem zagranicznym i państwem przyjmującym (art. 2 ZP), jak również koniecznością ujawnienia treści składanych dokumentów, w tym pism procesowych i opinii biegłych w publicznie dostępnym repozytorium prowadzonym przez Sekretariat UNCITRAL (art. 3 i art. 8 ZP).

W związku z tym, że zasady przejrzystości zapewniają publiczny dostęp do informacji o wszczęciu i przebiegu postępowania arbitrażowego osobom trzecim względem stron postępowania, konsekwentnie przewidują one też możliwość składania stanowisk przez podmioty niebędące stronami w postępowaniach arbitrażowych między inwestorem zagranicznym i państwem przyjmującym postępowania po uzyskaniu pozwolenia wydawanego przez sąd arbitrażowy, po konsultacji ze stronami sporu (art. 4 i 5 ZP).

Zasady dotyczące przejrzystości w odniesieniu do rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem przygotowane przez UNCITRAL zawierają szczególne regulacje dotyczące ochrony informacji poufnych umożliwiające uchylene zasady jawności w konkretnym postępowaniu z uwagi na ochronę informacji niejawnych (art. 7 ZP).

### ■ Bezpośrednie skutki przyjęcia decyzji

Przyjęcie projektowanej decyzji umożliwiającej zawarcie w imieniu Unii Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych dotyczącej przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem może spowodować, o ile dojdzie do wykorzystania upoważnienia udzielonego w projekcie decyzji, upowszechnienie stosowania, rozszerzenie przedmiotowego i czasowego zakresu zastosowania zasad przejrzystości.

- Upowszechnienie stosowania i rozszerzenie zakresu przedmiotowego zastosowania zasad przejrzystości

Upowszechnienie stosowania zasad przejrzystości polega na nadaniu im obligatoryjnego charakteru we wszystkich sporach, w których państwo strona konwencji dotyczącej przejrzystości będące pozwanym nie złożyło zastrzeżeń, wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt a lub b konwencji, a powód – inwestor zagraniczny pochodzi z państwa strony tej konwencji, które nie złożyło zastrzeżenia na podstawie art. 3 ust. 1 pkt a konwencji. Oznacza to, że konwencja dotycząca przejrzystości rozszerza zakres zastosowania zasad przejrzystości, ponieważ uniezależnia możliwość ich stosowania od tego, czy w postępowaniu arbitrażowym z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego będzie stosowany Regulamin arbitrażowy UNCITRAL, czy też nie (art. 2 ust. 1 konwencji).

Należy też podkreślić, że przez zawarcie konwencji dotyczącej przejrzystości państwa strony zobowiązują się do stosowania zasad przejrzystości we wszystkich przypadkach określonych w jej treści, z wyłączeniem przypadków objętych zastrzeżeniami do konwencji, których zgłaszanie jest przewidziane w jej art. 3.

- Rozszerzenie zakresu czasowego zastosowania zasad przejrzystości

Rozszerzenie zakresu czasowego zastosowania zasad przejrzystości polega na zapewnieniu możliwości ich stosowania również w odniesieniu do postępowań arbitrażowych toczących się na podstawie traktatów inwestycyjnych zawartych przed 1 kwietnia 2014 r. Oznacza to, że konwencja dotycząca przejrzystości czyni zasadą ogólną rozwiązanie dotyczące *ratio temporis* zasad przejrzystości (ich retroaktywność), które było wyjątkiem stosowanym za wyrażnym przyzwoleniem stron (art. 1 ust. 1 ZP).

- Możliwa kolizja między obowiązkami państw członkowskich wynikającymi z dwustronnych traktatów inwestycyjnych i obowiązkami wynikającymi z konwencji dotyczącej przejrzystości

Należy podkreślić, że aktualny stan prawny w odniesieniu do jawności postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego, wynikający z dwustronnych traktatów inwestycyjnych, może powodować, iż obowiązki zapewnienia jawności tych postępowań wynikające z konwencji dotyczącej przejrzystości mogą pozostawać w sprzeczności z obowiązkami państw członkowskich wynikającymi z dwustronnych traktatów inwestycyjnych, w większości przypadków pozostających w mocy<sup>11</sup>. Oznacza to, że wyko-

<sup>11</sup> Por. C. Mik, *Unia Europejska wobec Międzynarodowego Prawa Inwestycyjnego* [w:] *Iura et Negotia. Księga Jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego*, red. A. Tarwacka, Warszawa 2015, s. 210–211.



nywanie przez państwa członkowskie obowiązków wynikających z dwustronnych traktatów inwestycyjnych w zakresie, w jakim stanowią one podstawę dla przyjęcia zasady poufności postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego, może prowadzić do naruszania przez państwa członkowskie prawa Unii Europejskiej, którego elementem stanie się konwencja dotycząca przejrzystości. Nie można wykluczyć, że zawarcie przez Unię Europejską konwencji dotyczącej przejrzystości może w ostateczności spowodować konieczność zmiany, a z powodu braku zgody drugiej strony BIT, wypowiedzenia dwustronnych traktatów inwestycyjnych, które w zakresie jawności postępowań arbitrażowych nie będą korespondować z konwencją dotyczącą przejrzystości. Możliwe, że będzie to jedyny sposób unikania ryzyka naruszania prawa Unii Europejskiej w tym zakresie i jednocześnie wypełnienia obowiązku współpracy przewidzianego w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1219/2012 z 12 grudnia 2012 r. ustanawiające przepisy przejściowe w zakresie dwustronnych umów inwestycyjnych między państwami członkowskimi a państwami trzecimi<sup>12</sup>.

■ **Ocena zgodności działań Unii Europejskiej, o których mowa w dokumencie UE, z zasadą pomocniczości**

Wniosek nie jest projektem aktu ustawodawczego Unii Europejskiej, w związku z czym nie podlega ocenie co do zgodności z zasadą pomocniczości w trybie protokołu nr 2<sup>13</sup>.

■ **Ustosunkowanie się do projektu stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej na temat opiniowanego dokumentu UE**

Rada Ministrów sceptycznie odnosi się do analizowanego dokumentu UE. W projekcie stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej wskazuje się, że zawarcie przez Unię Europejską konwencji dotyczącej przejrzystości spowoduje znaczne poszerzenie zakresu informacji dotyczących postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego, które będą podlegać ujawnieniu. Dostrzega się, że przyjęcie proponowanej decyzji może być źródłem ryzyka dla Rzeczypospolitej Polskiej w postępowaniach arbitrażowych. Z tych powodów projekt decyzji nie może być poparty przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej w jego obecnym kształcie. Rada Ministrów uzależnia udzielenie poparcia projektowi od jego zmian ukierunkowanych na ograniczenie ryzyka negatywnych skutków zawarcia Konwencji Narodów Zjednoczonych dotyczącej przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem.

<sup>12</sup> Dz.Urz. UE L 351 z 20 grudnia 2012 r., s. 40–46.

<sup>13</sup> Protokół nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, Dz.Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r., s. 206 (dalej: protokół nr 2).



Powyższe zastrzeżenia przedstawione w projekcie stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej wydają się być uzasadnione.

## **Opinia prawna**

### **Podstawa prawna dokumentu UE**

Jako podstawę prawną projektowanej decyzji Rady wskazano art. 207 ust. 4 akapit pierwszy w związku z art. 218 ust. 6 lit. a TFUE.

Artykuł 207 ust. 4 akapit pierwszy TFUE wskazuje, że w odniesieniu do rokowań i zawierania umów, o których mowa w ust. 3 tego przepisu (umowy zawierane z jednym lub większą liczbą państw trzecich lub organizacji międzynarodowych), Rada stanowi większością kwalifikowaną. Na marginesie należy odnotować, że art. 207 TFUE dotyczy wspólnej polityki handlowej. W art. 218 TFUE określono procedurę zawierania umów międzynarodowych przez Unię Europejską. Zgodnie z ust. 6 lit. a tego artykułu Rada przyjmuje decyzję w sprawie zawarcia umowy po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego.

Należy dodać, że ogólną podstawą prawną do zawierania umów międzynarodowych przez Unię Europejską jest art. 216 ust. 1 TFUE, zgodnie z którym Unia może zawierać umowy z jednym lub z większą liczbą państw trzecich, jeżeli przewidują to traktaty, lub gdy zawarcie umowy jest niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk Unii, jednego z celów, o których mowa w traktatach, albo gdy zawarcie umowy jest przewidziane w prawnie wiążącym akcie UE, albo gdy może mieć wpływ na wspólne zasady lub zmienić ich zakres.

### **Skutki prawne**

Zgodnie z art. 288 TFUE decyzja wiąże w całości. Przyjęcie decyzji może oznaczać konieczność dokonania zmian w dwustronnych umowach inwestycyjnych, których stroną jest Polska.

### **Kwestie proceduralne**

#### **■ Procedura przyjmowania dokumentu UE**

Projektowana decyzja, zgodnie z art. 218 ust. 6 lit. a TFUE, powinna być przyjęta przez Radę, po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego. W trakcie podejmowania decyzji w Radzie stanowi ona większością kwalifikowaną.

W dniu 29 stycznia 2015 r. projekt został przyjęty przez Komisję i tego samego dnia przekazany do Rady i Parlamentu Europejskiego, a także do Sejmu.

Projekt decyzji nie podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z zasadą pomocniczości w trybie określonym w art. 6 protokołu nr 2, ponieważ nie jest projektem aktu ustawodawczego Unii Europejskiej.

Pewne wątpliwości budzi tryb związania się przez państwa członkowskie konwencją dotycząca przejrzystości, której dotyczy projektowana decyzja Rady. Konwencja dotyczy rozstrzygania w drodze arbitrażu sporów powstałych w związku z wykonywaniem umów inwestycyjnych. Umowy inwestycyjne teoretycznie mogą dotyczyć inwestycji bezpośrednich lub pośrednich (tzw. portfelowych). Do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej, w sposób wyraźny, należą tylko inwestycje bezpośrednie, zaliczane do wspólnej polityki handlowej UE (zob. art. 206 i art. 207 ust. 1 TFUE, a także pkt 1 preambuły do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1219/2012 z 12 grudnia 2012 r. ustanawiającego przepisy przejściowe w zakresie dwustronnych umów inwestycyjnych między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, Dz.Urz. UE L 351 z 20 grudnia 2012 r., s. 40). W odniesieniu do inwestycji pośrednich (portfelowych) brak takiej kwalifikacji<sup>14</sup>. Można zatem uznać, że są one objęte przepisami dotyczącymi swobody przepływu kapitału (art. 63–66 TFUE), które zaliczają się do kompetencji dzielonych między Unię Europejską i państwa członkowskie (art. 4 ust. 2 lit. a TFUE). Za wątpliwe zatem należy uznać twierdzenie Komisji Europejskiej, wyrażone w uzasadnieniu projektu decyzji, że wyłączna kompetencja Unii Europejskiej do przyjmowania wiążących aktów prawnych w dziedzinie inwestycji zagranicznych obejmuje wszystkie sprawy odnoszące się do inwestycji zagranicznych (bezpośrednie inwestycje zagraniczne i inwestycje portfelowe).

Gdyby natomiast przyjąć, za Komisją Europejską, że wyłączna kompetencja Unii Europejskiej obejmuje wszystkie rodzaje inwestycji zagranicznych, wówczas należałoby zgłosić wątpliwości dotyczące proponowanego w decyzji upoważnienia państw członkowskich do indywidualnego zawierania konwencji w odniesieniu do ich dwustronnych umów inwestycyjnych z państwami trzecimi. W uzasadnieniu projektowanej decyzji nie wyjaśniono w sposób dostatecznie czytelny, jaki dodatkowy efekt miałyby wywołać wówczas indywidualne wiązanie się konwencją przez państwa członkowskie.

Należy również zwrócić uwagę na informację zawartą w projekcie stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej. Wynika z niej, że z uwagi na liczne zastrzeżenia państw członkowskich Prezydencja zadecydowała o zaniechaniu prac nad decyzją i podjęciu z państwami członkowskimi dwustronnych konsultacji w celu ustalenia możliwości wypracowania wspólnego stanowiska.

#### ■ Działania Komisji ds. Unii Europejskiej

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z 8 października 2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz.U. nr 213, poz. 1395; dalej: usta-

<sup>14</sup> C. Mił, *Unia Europejska wobec Międzynarodowego Prawa Inwestycyjnego*, op. cit., s. 207.

wa kooperacyjna) Rada Ministrów ma obowiązek przekazać Sejmowi projekt aktu prawnego Unii Europejskiej innego niż akt, o którym mowa w art. 7 ust. 1 i 2 (akt ustawodawczy i akt wydawany na podstawie art. 352 TFUE). Na żądanie Komisji ds. Unii Europejskiej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania żądania, Rada Ministrów przedstawia projekt stanowiska odnośnie do takiego aktu.

W dniu 20 lutego 2015 r. Komisja ds. Unii Europejskiej wystąpiła o przedstawienie projektu stanowiska w tym trybie.

Rada Ministrów przekazała projekt stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej dotyczący projektu decyzji w dniu 9 marca 2015 r., a zatem z naruszeniem terminu ustawowego.

Po otrzymaniu projektu stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej organ właściwy na podstawie regulaminu Sejmu może w terminie 21 dni wyrazić opinię o projekcie aktu (art. 8 ust. 2 ustawy kooperacyjnej).

Termin na wyrażenie przez Komisję ds. Unii Europejskiej opinii o przedłożonym projekcie aktu prawnego UE upływał w dniu 30 marca 2015 r.

## Podsumowanie

1. Konwencja Narodów Zjednoczonych dotycząca przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem ma na celu upowszechnienie stosowania, rozszerzenie przedmiotowego i czasowego zakresu zastosowania zasad przejrzystości.
2. Należy wskazać, że wynikające z zasad przejrzystości oraz konwencji dotyczącej przejrzystości obowiązki w zakresie zapewnienia jawności postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego mogą pozostawać w sprzeczności z zobowiązaniami państw członkowskich, w tym zobowiązaniami Rzeczypospolitej Polskiej, wynikającymi z dwustronnych traktatów inwestycyjnych, z których wynika obowiązek zachowania w poufności informacji i dokumentów dotyczących postępowań arbitrażowych z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego.
3. Możliwa kolizja zobowiązań prawnomiędzynarodowych państw członkowskich może powstać niezależnie od tego, czy konwencja dotycząca przejrzystości zostanie zawarta tylko przez Unię Europejską, czy też przez państwa członkowskie.
4. Należy uznać za wątpliwe twierdzenie Komisji Europejskiej, że konwencja dotycząca przejrzystości dotyczy tylko kompetencji wyłącznych Unii Europejskiej.
5. Rada Ministrów przekazała Sejmowi projekt stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej z naruszeniem terminu wynikającego z ustawy kooperacyjnej.