

Bogusław Lackoroński

Opinia prawna w sprawie wezwania z 3 czerwca 2016 r. skierowanego przez Inwestora w ramach procedury pojednawczej dotyczącego sporu na podstawie umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Królestwa Danii w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisanej w Kopenhadze 1 maja 1990 r.¹

Legal opinion on the notice of 3 June 2016 addressed by the Investor under the conciliation procedure concerning the dispute on the basis of the Agreement between the Government of the Polish Republic and the Government of the Kingdom of Denmark for the promotion and the reciprocal protection of investments, signed at Copenhagen on 1 May 1990 (WAL-1369/16): The author claims that neither the Sejm nor any of its bodies is competent to reply to the notice. Due to the general and hypothetical nature of the allegations regarding the alleged damages suffered by the Investor, referring to them at this stage should be regarded as premature. From the statements contained in the notice it follows that the procedure for the resolution of disputes specified in Article 9 para. 2 of the Agreement of 1 May 1990 cannot be used in this respect. The indicated three-month time limit for resolving the dispute through negotiation is devoid of legal basis and, as such, not binding. If the dispute is described in the notice will be the subject of court proceedings, differences in the answers given by each recipient of the notice may be used against Poland or the State Treasury. For this reason, it is worth considering coordinating the preparation of response to the notice by all its recipients to prevent a disparity between them.

Keywords: Denmark | energy | investments | foreign investments | civil liability

Słowa kluczowe: Dania | energetyka | inwestycje | inwestycje zagraniczne | odpowiedzialność cywilna

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

¹ Opinia sporządzona 15 lipca 2016 r. na zlecenie wicedyrektora Biura Prawnego i Spraw Pracowniczych Kancelarii Sejmu; BAS-WAL-1369/16.

Przedmiot opinii

Przedmiotem niniejszej opinii jest ustosunkowanie się do: *wezwania z dnia 3 czerwca 2016 roku Inwestora w ramach procedury pojednawczej dotyczącego sporu na podstawie Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Królestwa Danii w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji podpisanej w Kopenhadze dnia 1 maja 1990 roku* (dalej: wezwanie z 3 czerwca 2016 r., wezwanie).

Niniejsza opinia została przygotowana z uwzględnieniem stanu prawnego na dzień jej sporządzenia, w szczególności na podstawie:

- umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Królestwa Danii w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisanej w Kopenhadze 1 maja 1990 r. (Dz.U. 1992, nr 28, poz. 122; dalej: BIT²),
- ustawy z 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych (Dz.U. 2016, poz. 961; dalej: ustawa o inwestycjach).

Uzasadnienie

Brak właściwości Sejmu do ustosunkowywania się do wezwania z 3 czerwca 2016 r.

Sejm jest organem władzy ustawodawczej, z którego działalnością wiąże się wezwanie z 3 czerwca 2016 r., ponieważ elementem opisanego w nim stanu faktycznego jest ustawa o inwestycjach. Jednak nie jest organem zasadniczo właściwym w zakresie ochrony interesów Skarbu Państwa.

Treść wezwania z 3 czerwca 2016 r. wskazuje na to, że spółka prawa duńskiego WSVII K/S z siedzibą w Kongens Lyngby (nr rejestrowy 36902582; dalej: Inwestor), będąca współnikiem spółki WS VII sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (KRS 0000561726) nie wyklucza użycia środków mających na celu zaspokojenie jej interesów z mienia Skarbu Państwa. Oznacza to, że odpowiedź na powyższe wezwanie z 3 czerwca 2016 r. może być uznana za czynność z zakresu ochrony interesów Skarbu Państwa.

W konsekwencji w świetle wynikającego z art. 146 ust. 2 Konstytucji RP domniemania kompetencji na rzecz Rady Ministrów, jak również wyraźnego wskazania zawartego w art. 146 ust. 4 pkt 4 Konstytucji, zgodnie z którym Rada Ministrów w szczególności chroni interesy Skarbu Państwa, należy uznać, że Sejm nie jest organem właściwym do ustosunkowywania się do wezwania z 3 czerwca 2016 r.

Ustosunkowanie się przez Sejm do wezwania z 3 czerwca 2016 r. mogłoby nie tylko naruszać konstytucyjny podział władzy i domniemanie kompetencji

² *Bilateral Investment Treaty* (dwustronna umowa o ochronie inwestycji).

na rzecz Rady Ministrów, lecz stanowić niebezpieczny precedens w sporach inwestycyjnych, w których organy władzy ustawodawczej nie odgrywają aktywnej roli, lecz, jeśli występują, to ewentualnie jako organy, których akty są elementami stanu faktycznego wskazywanymi jako przyczyny szkód inwestorów. W świetle art. 25 ust. 1 i 2 ustawy z 4 września 1997 r. o działaniach administracji rządowej (Dz.U. 2016, poz. 543) organem właściwym do ustosunkowania się do wezwania z 3 czerwca 2016 r. jest minister właściwy do spraw Skarbu Państwa.

Dalsza analiza zawarta w niniejszej opinii jest ukierunkowana na przedstawienie kontekstu normatywnego wezwania z 3 czerwca 2016 r. oraz zarysowanie podstawowych kwestii, do których rozważenia może skłaniać jego treść.

Zajmowanie stanowiska merytorycznego – przedwczesne

Odpowiedzialność państw przyjmujących względem inwestorów w międzynarodowym prawie inwestycyjnym ma co do zasady charakter odszkodowawczy. Oznacza to, że do jej ustalenia nie jest wystarczające wykazanie, że doszło do naruszenia standardów traktowania mających zastosowanie do danej inwestycji, lecz należy również wykazać wysokość poniesionej szkody i związek przyczynowy między naruszeniem inwestycji, z którego szkoda wynika, a naruszeniem standardów traktowania.

W wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. nie sprecyzowano w jakimkolwiek zakresie całkowitej wysokości szkód, jakie zgodnie z twierdzeniami Inwestora zostały lub mogą zostać przez niego poniesione w opisanej przez niego sytuacji. W wezwaniu wskazane są jedynie sposoby oddziaływania ustawy o inwestycjach na mienie Inwestora. Nie zostały również przedstawione żadne dowody na okoliczność istnienia związku przyczynowego między szkodami i opisanym przez Inwestora oddziaływaniem ustawy o inwestycjach na jego mienie.

W świetle powyższego ze względu na ogólny i hipotetyczny charakter twierdzeń dotyczących rzekomych szkód poniesionych przez Inwestora odnoszenie się do nich na obecnym etapie należy uznać za przedwczesne.

Regulacja rozstrzygnięcia sporów zawarta w BIT

W wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. Inwestor dokonał zgłoszenia sporu oraz złożył wezwanie do negocjacji w trybie art. 9 BIT. Wezwanie z 3 czerwca 2016 r. zostało skierowane do Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, Prezes Rady Ministrów oraz Ambasadora Rzeczypospolitej Polskiej w Danii.

Z treści wezwania wynika, że istotnym elementem jego podstawy faktycznej jest ustawa z 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych³. Z twierdzeń Inwestora zawartych w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. wynika, że w wejściu w życie ustawy o inwestycjach upatruje on naruszenie standardów

³ Ustawa została podpisana przez Prezydenta RP 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. poz. 961).

traktowania określonych w art. 3 BIT. Inwestor uważa, że wejście w życie ustawy o inwestycjach będzie go zmuszać do istotnego obniżenia wyceny parków wiatrowych i dokonanych przez niego inwestycji na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, wskutek czego może ponieść poważne szkody.

Bilateral Investment Treaty przewiduje kilka różnych standardów ochrony inwestycji. Wśród nich należy wskazać standard pełnej ochrony i bezpieczeństwa (art. 3 ust. 1 BIT), standard traktowania narodowego połączony ze standardem najwyższego uprzywilejowania inwestycji oraz przychodów z inwestycji (art. 3 ust. 2 BIT), standard traktowania narodowego połączony ze standardem najwyższego uprzywilejowania inwestorów w odniesieniu do przysługujących im praw do zarządzania, utrzymania, wykorzystania, osiągnięcia korzyści lub rozporządzania inwestycjami lub przychodami (art. 3 ust. 3 BIT), standard wyłączeniowy (art. 5 BIT) oraz standard zapewniający swobodę transferu kapitału i przychodów (art. 6 BIT).

Obejmuje także dwa postanowienia regulujące rozstrzygnięcie sporów. Jedno odnosi się do sporów między państwami stronami BIT dotyczącymi wykładni jego postanowień (art. 8 BIT), a drugie jest zawarte w art. 9 BIT i odnosi się do sporów między stroną BIT (państwem przyjmującym) a inwestorem drugiej umawiającej się strony BIT⁴. W związku z tym, że wezwanie z 3 czerwca 2016 r. dotyczy ewentualnego przyszłego sporu między inwestorem duńskim i Rzeczpospolitą Polską, powinien on być rozstrzygany w sposób przewidziany w art. 9 BIT.

W art. 9 BIT uregulowano różne sposoby rozstrzygnięcia sporów oraz określono przedmiotowy zakres zastosowania każdego z nich.

Ogólna regulacja sposobu rozstrzygnięcia sporów zawarta jest w art. 9 ust. 1 i 3 BIT. Ma ona zastosowanie we wszystkich przypadkach poza tymi, do których ma zastosowanie sposób rozstrzygnięcia sporów uregulowany w art. 9 ust. 2 BIT.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 BIT: *każdy spór, mogący powstać między inwestorem jednej Umawiającej się Strony a drugą Umawiającą się Stroną w związku z inwestycją dokonaną na terytorium tej drugiej Umawiającej się Strony, będzie przedmiotem negocjacji między stronami sporu. Według zaś ust. 3 tego artykułu: w przypadku powstania sporu nie objętego paragrafem 2 niniejszego artykułu, który powstał między jedną Umawiającą się Stroną a inwestorem drugiej Umawiającej się Strony, dotyczącego inwestycji tego drugiego na terytorium pierwszej, zostanie on, na podstawie umowy między obu stronami sporu, poddany rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego. Oznacza to, że co do zasady wszystkie spory między inwestorem i państwem przyjmującym powinny być rozwią-*

⁴ Jest to typowy w traktatach z obszaru międzynarodowego prawa inwestycyjnego sposób ustalania zakresów zastosowania postanowień regulujących rozstrzygnięcie sporów, R. Dolzer, Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2012, s. 234.

zywane w drodze negocjacji, a jedynie, gdy między inwestorem i państwem przyjmującym zostanie zawarta umowa będąca źródłem jurysdykcji sądu arbitrażowego, możliwe jest wytoczenie powództwa przed takim sądem.

Precyzyjna delimitacja zakresu zastosowania powyżej zarysowanych ogólnych zasad rozstrzygania sporów między inwestorem i państwem przyjmującym określonych w BIT jest możliwa dopiero przy uwzględnieniu szczególnej regulacji zawartej w art. 9 ust. 2 BIT. Zgodnie z tym postanowieniem spory między inwestorem i państwem przyjmującym dotyczące zobowiązania państwa przyjmującego wynikającego z art. 5 i 6 BIT, które nie zostały polubownie rozstrzygnięte w ciągu trzech miesięcy od pisemnego zawiadomienia o roszczeniu, mogą być, na żądanie każdej strony sporu, poddane rozstrzygnięciu międzynarodowego arbitra lub trybunału arbitrażowego *ad hoc*, który będzie utworzony na podstawie umowy między stronami sporu. Jeśli po okresie trzech miesięcy od pisemnego zawiadomienia o roszczeniu nie osiągnięto porozumienia odnośnie do alternatywnej procedury, strony sporu będą zobowiązane do poddania go arbitrażowi według reguł arbitrażowych Komisji Organizacji Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego, obowiązujących w tym czasie. Strony sporu mogą w formie pisemnej zmodyfikować te reguły⁵.

Z powyższego wynika, że arbitrażowy tryb rozstrzygania sporów, na który Rzeczpospolita Polska i Królestwo Danii zgodziły się w art. 9 ust. 2 BIT, ma zastosowanie tylko wtedy, gdy doszło do naruszenia przez państwo przyjmujące standardu wyłączeniowego (art. 5 BIT) lub standardu zapewniającego swobodę transferu kapitału i przychodów (art. 6 BIT)⁶.

⁵ W art. 9 ust. 2 BIT został przewidziany drugi alternatywny, w stosunku do powyżej opisanego, sposób rozstrzygania sporów w drodze arbitrażu inwestycyjnego w ramach Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych. Możliwość zastosowania tego trybu rozstrzygania sporów jest jednak warunkowa i zależy od tego, aby obie strony BIT były stronami Konwencji o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych pomiędzy państwami i obywatelami państw, wyłożonej do podpisu w Waszyngtonie 18 marca 1965 r. Tymczasem spośród dwóch stron BIT tylko Królestwo Danii jest stroną tej konwencji. Rzeczpospolita Polska nie stała się dotychczas stroną tej konwencji. *List of Contracting States and Other Signatories of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (as of April 12, 2016)*, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsid-docs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> [dostęp 8 lipca 2016 r.].

⁶ Praktyka ograniczania zgody na arbitraż do sporów wynikających z naruszenia najważniejszych i zarazem nie wszystkich standardów traktowania przewidzianych w dwustronnych umowach o popieraniu i promocji inwestycji nie jest czymś nadzwyczajnym i jest spotykana w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, por. R. Dolzer, Ch. Schreuer, *Principles, op. cit.*, s. 261.

Podsumowując, należy wskazać że w świetle BIT wszystkie spory między inwestorem i państwem przyjmującym, z wyjątkiem wynikających z naruszenia standardu wyłączeniowego (art. 5 BIT) oraz standardu zapewniającego swobodę transferu kapitału i przychodów (art. 6 BIT), powinny być rozwiązywane zgodnie z art. 9 ust. 1 i 3 BIT w drodze negocjacji, a jedynie, gdy między inwestorem i państwem przyjmującym zostanie zawarta umowa będąca źródłem jurysdykcji sądu arbitrażowego, możliwe jest wytoczenie powództwa przed takim sądem. Zgodnie z BIT tylko spory między inwestorem i państwem przyjmującym wynikające z naruszenia standardu wyłączeniowego (art. 5 BIT) lub standardu zapewniającego swobodę transferu kapitału i przychodów (art. 6 BIT) mogą być, na żądanie każdej strony sporu, poddane rozstrzygnięciu międzynarodowego arbitra lub trybunału arbitrażowego *ad hoc* zgodnie z art. 9 ust. 2 BIT.

Powyższych konkluzji nie podważa art. 9 ust. 4 BIT, w którym stwierdza się, że: *niezależnie od postanowień paragrafów (2) i (3) niniejszego artykułu, dotyczących poddania sporu arbitrażowego, inwestorowi przysługiwać będzie prawo wyboru procedury pojednawczej przed poddaniem sporu pod rozstrzygnięcie arbitrażu*. Pewne wątpliwości może budzić wpływ art. 9 ust. 4 BIT na sposób rozumienia art. 9 ust. 3 BIT. Skoro bowiem w art. 9 ust. 4 BIT jest mowa o uprawnieniu do wyboru procedury pojednawczej przed poddaniem sporu pod rozstrzygnięcie arbitrażu również w przypadku, gdy ma zastosowanie art. 9 ust. 3 BIT, to może art. 9 ust. 4 BIT świadczy o tym, że spór może być poddany pod rozstrzygnięcie arbitrażu w przypadkach, do których ma zastosowanie art. 9 ust. 3 BIT, bez względu na to, czy strony sporu zawrą umowę będącą źródłem jurysdykcji arbitrażu. Taka interpretacja art. 9 ust. 4 w związku z art. 9 ust. 3 BIT nie wydaje się jednak uprawniona. Mimo że nie wynika to wprost z art. 9 ust. 4 BIT, należy rozumieć, że w przypadkach, do których ma zastosowanie art. 9 ust. 3 BIT, uprawnienie do dokonania wyboru przez inwestora procedury pojednawczej pojawia się tylko wtedy, gdy państwo przyjmujące i inwestor zawrą umowę o poddaniu sporu między nimi rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego. Po pierwsze, art. 9 ust. 4 BIT odnosi się wprost do procedury pojednawczej i jej wyboru przed poddaniem sporu pod rozstrzygnięcie arbitrażu. W konsekwencji, arbitraż nie jest przedmiotem regulacji tego postanowienia, lecz jedynie okolicznością, za pomocą której wskazuje się czas, kiedy możliwe jest dokonanie wyboru procedury pojednawczej. Po drugie, art. 9 ust. 4 BIT wyraźnie odwołuje się do art. 9 ust. 2 i 3 BIT jako postanowień regulujących kwestię poddawania sporów między państwem – stroną BIT a inwestorem i uzupełnia zawartą w nich regulację jedynie w zakresie procedury pojednawczej, a nie w zakresie arbitrażu. Przemawia to za brakiem możliwości uznawania art. 9 ust. 4 BIT za samodzielną podstawę jurysdykcji sądów arbitrażowych, umożliwiającą pominięcie przesłanek jurysdykcji sądów arbitrażowych określonych w art. 9 ust. 2 i 3 BIT.

Tryb rozstrzygnięcia sporów między Rzeczpospolitą Polską a Inwestorem

Analiza wezwania z 3 czerwca 2016 r., a w szczególności powołanych w nim okoliczności faktycznych i podstaw prawnych zarzutów kierowanych pod adresem Rzeczypospolitej Polskiej wskazuje, że Inwestor nie zarzuca ani naruszenia standardu wyłączeniowego (art. 5 BIT), ani standardu zapewniającego swobodę transferu kapitału i przychodów (art. 6 BIT).

Powyższe oznacza, że w sytuacji opisanej w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. nie ma zastosowania art. 9 ust. 2 BIT. Tymczasem znajduje się w nim nawiązanie do procedury rozstrzygnięcia sporów między inwestorem i państwem przyjmującym, uregulowanej w art. 9 ust. 2 BIT przez odwołanie się do trzymiesięcznego terminu na rozstrzygnięcie sporu w drodze negocjacji. Wprawdzie Inwestor nie odwołuje się wprost do art. 9 ust. 2 BIT, wydaje się jednak, że nawiązuje w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. w sensie materialnym do uregulowanej w tym postanowieniu BIT procedury rozstrzygnięcia sporów, mimo braku podstaw do jej zastosowania. W konsekwencji, wskazanie trzymiesięcznego terminu na rozstrzygnięcie sporu w drodze negocjacji jest pozbawione podstaw prawnych i jako takie niewiążące.

W świetle twierdzeń zawartych w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. uzasadniony jest wniosek, że w opisanej w nim sytuacji może mieć zastosowanie jedynie tryb rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem przyjmującym opisany w art. 9 ust. 1 i 3 BIT (niestwarzający możliwości pozwania Rzeczypospolitej Polskiej przed trybunałem arbitrażowym bez jej uprzedniej zgody).

W celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej w kwestii procedury rozstrzygnięcia sporów, która powinna mieć zastosowanie w sytuacji opisanej w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r., odpowiedź na to wezwanie powinna wyraźnie określać stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej w tym zakresie. W konsekwencji można stwierdzić, że przedmiotem proponowanych przez Inwestora negocjacji – o ile w ogóle do nich dojdzie – nie powinny być twierdzenia Inwestora zawarte w wezwaniu, lecz najpierw jedynie zagadnienie, którego dotyczy art. 9 ust. 3 BIT, to jest ustalenie, czy strony sporu wyrażają wolę zawarcia umowy umożliwiającej poddanie go rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego.

Współdziałanie z Prokuratorią Generalną Skarbu Państwa

Jeśli spór opisany w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. stanie się przedmiotem jakiegokolwiek postępowania, Rzeczpospolita Polska może być zastępowana przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy z 8 lipca 2005 r. o Prokuraturze Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U. 2013, poz. 1150). Z tego powodu ten, kto będzie przygotowywać odpowiedź na przedmiotowe wezwanie, powinien rozważyć współdziałanie z Prokuratorią Generalną Skarbu Państwa. Przemawia za tym również doświadczenie

Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa w sporach inwestycyjnych przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej.

W przypadku, gdy spór opisany w wezwaniu z 3 czerwca 2016 r. stanie się przedmiotem postępowania sądowego rozbieżności w odpowiedziach udzielonych przez poszczególnych adresatów tego wezwania, mogą być wykorzystywane przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej/Skarbowi Państwa. Z tego powodu warto rozważyć skoordynowanie przygotowania odpowiedzi na wezwanie z 3 czerwca 2016 r. przez wszystkich jego adresatów celem zapobieżenia powstania między nimi jakichkolwiek rozbieżności.