



# Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
MELCHIORA WATHELETA  
przedstawiona w dniu 19 września 2017 r.<sup>1</sup>

## Sprawa C-284/16

### **Słowackische Republik przeciwko Achmea BV**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zasady prawa Unii – Dwustronna umowa inwestycyjna zawarta w 1991 r. między Królestwem Niderlandów a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną i mająca nadal zastosowanie między Królestwem Niderlandów a Republiką Słowacką – Zgodność mechanizmu rozstrzygania sporów między inwestorami i państwami ustanowionego przez dwustronną umowę inwestycyjną wewnątrz Unii Europejskiej z art. 18 ust. 1, art. 267 i 344 TFUE

## Spis treści

I. Wprowadzenie .....	3
II. Ramy prawne .....	4
A. Traktat FUE .....	4
B. BIT Niderlandy/Czechosłowacja .....	4
C. Prawo niemieckie .....	8
III. Postępowanie główne i pytania prejudycjalne .....	8
IV. Przebieg postępowania przed Trybunałem .....	11
V. Analiza .....	11
A. Uwagi wstępne .....	11
B. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego .....	14

<sup>1</sup> Język oryginału: francuski.

1. W przedmiocie dopuszczalności .....	14
2. Co do istoty .....	15
C. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego .....	19
1. Ustawowa podstawa prawna sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u .....	20
2. Stały charakter sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u .	22
3. Obligatoryjna właściwość sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u .....	23
4. Kontradictoryjny charakter postępowania przed sądami polubownymi powołanymi na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u, stosowanie przez nie przepisów prawa przy rozstrzygnięciu sporów, które im podlegają, a także niezawisłość i bezstronność arbitrow .....	23
D. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego .....	26
1. Czy spór między inwestorem a państwem członkowskim, taki jak ten, o którym mowa w art. 8 rozpatrywanego BIT-u, jest objęty art. 344 TFUE? .....	27
2. Czy rozpatrywany spór to spór „dotyczący wykładni lub stosowania traktatów”? .....	31
a) Właściwość sądu polubownego ogranicza się do orzekania w przedmiocie naruszeń BIT-u .....	33
b) Zakres stosowania rozpatrywanego BIT-u i ustanowione przez niego normy prawne nie są identyczne z zakresem i normami traktatów UE i FUE .....	34
1) Zakres stosowania rozpatrywanego BIT-u jest szerszy niż zakres stosowania traktatów UE i FUE .....	35
2) Normy prawne rozpatrywanego BIT-u, które nie znajdują odpowiednika w prawie Unii i które nie są z nim niezgodne .....	38
(i) Klauzula KNU .....	37
(ii) Zasada poszanowania zobowiązań umownych, tzw. umbrella clause .....	37
(iii) Klauzula „sunset” .....	38
(iv) Odwołanie się do arbitrażu międzynarodowego jako mechanizm RSIP .....	38
3) Pokrywanie się zakresów pozostałych postanowień rozpatrywanego BIT-u z pewnymi postanowieniami traktatów UE i FUE jest tylko częściowe .....	41
(i) Ochrona i bezpieczeństwo inwestycji pełne i całkowite .....	39
(ii) Uczciwe i sprawiedliwe traktowanie inwestycji .....	40
(iii) Zakaz bezprawnego wyłączenia .....	41
3. Czy skutkiem BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, w świetle jego celu, jest naruszenie struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE i tym samym autonomii systemu prawnego Unii? .....	44

## I. Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach skargi wniesionej przed sądy niemieckie w celu uchylenia orzeczenia końcowego z dnia 7 grudnia 2012 r., wydanego przez sąd polubowny w składzie Vaughan Lowe, QC (przewodniczący), Albert Jan van den Berg i V.V. Veeder, QC (arbitrzy), powołany na podstawie umowy o wspieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji pomiędzy Królestwem Niderlandów a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną (zwaną dalej „BIT Niderlandy/Czechosłowacja”)<sup>2</sup> oraz regulaminu arbitrażowego Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), przy czym funkcję sekretariatu pełnił Stały Trybunał Arbitrażowy (CPA)<sup>3</sup>.

2. Powyższy wniosek daje Trybunałowi okazję do wypowiedzenia się w palącej kwestii zgodności BIT-ów<sup>4</sup> zawartych między państwami członkowskimi<sup>5</sup>, a zwłaszcza mechanizmów rozstrzygania sporów między inwestorami i państwami (zwanymi dalej „RSIP”) wprowadzonych przez nie, z art. 18, 267 i 344 TFUE.

2 Skróót BIT oznacza „Bilateral Investment Treaty” („dwustronną umowę inwestycyjną”).

3 Zobacz wyrok Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie końcowe z dnia 7 grudnia 2012 r., dostępny na stronie internetowej Investment Policy Hub Konferencji Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (UNCTAD) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 Tego rodzaju BIT jest znany jako „BIT wewnętrzny”.

5 Sprawy, w których zapadły wyroki: z dnia 3 marca 2009 r., Komisja/Austria (C-205/06, EU:C:2009:118); z dnia 3 marca 2009 r., Komisja/Szwecja (C-249/06, EU:C:2009:119); z dnia 19 listopada 2009 r., Komisja/Finlandia (C-118/07, EU:C:2009:715), dotyczyły BIT-ów zawartych pomiędzy państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Wyrok z dnia 15 września 2011 r., Komisja/Słowacja (C-264/09, EU:C:2011:580), dotyczył sporu między inwestorem pochodzącym z państwa trzeciego, mianowicie Konfederacji Szwajcarskiej, i Republiki Słowackiej na podstawie Traktatu karty energetycznej, podpisanego w Lizbonie w dniu 17 grudnia 1994 r. Chociaż w trzech pierwszych skargach Trybunał stwierdził istnienie uchybienia, ostatnią skargę oddalił co do istoty.

3. Pytanie to ma zasadnicze znaczenie z uwagi na istnienie 196 wewnątrzunijnych BIT-ów pozostających obecnie w mocy<sup>6</sup> i wielu postępowań arbitrażowych między inwestorami i państwami członkowskimi, w trakcie których Komisja Europejska występowała w charakterze *amicus curiae* w celu poparcia swego twierdzenia, zgodnie z którym wewnątrzunijne BIT-y są niezgodne z traktatem FUE, którą to tezę sądy polubowne konsekwentnie oddalały jako bezzasadną<sup>7</sup>.

## II. Ramy prawne

### A. Traktat FUE

4. 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”.

5. Artykuł 267 akapity od pierwszego do trzeciego TFUE stanowi, co następuje:

„Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym:

- a) o wykładni traktatów;
- b) o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii.

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 z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

W przypadku gdy takie pytanie jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, sąd ten jest zobowiązany wnieść sprawę do Trybunału”.

6 Najstarszy jest BIT Niemcy/Grecja (1961 r.), a najmłodszy BIT Litwa/Chorwacja (2008 r.).

7 Przytaczam w tym miejscu najważniejsze postępowania arbitrażowe pomiędzy inwestorami i państwami członkowskimi, w których sądy polubowne miały sposobność wypowiedzenia się w przedmiocie zgodności z traktatem FUE BIT-u wewnątrzunijnego lub wielostronnej umowy inwestycyjnej (na przykład Traktatu karty energetycznej), których stronami są Unia Europejska i jej państwa członkowskie: Eastern Sugar BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) [sprawa Sztokholmskiej Izby Handlowej (SH) nr 088/2004], orzeczenie częściowe z dnia 27 marca 2007 r.; Binder przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 6 czerwca 2007 r. w przedmiocie własności; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL), postanowienie z dnia 30 kwietnia 2010 r. w przedmiocie własności; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömlü Kft przeciwko Węgrom [sprawa Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID) nr ARB/07/22], orzeczenie z dnia 23 września 2010 r.; Achmea BV (poprzednio Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie własności, dopuszczalności i zawieszenia oraz orzeczenie końcowe z dnia 7 grudnia 2012 r.; *European American Investment Bank AG* przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2010-17), orzeczenie z dnia 22 października 2012 r. w przedmiocie własności; Electrabel SA przeciwko Węgrom (sprawa ICSID nr ARB/07/19), postanowienie z dnia 30 listopada 2012 r. w przedmiocie własności, prawa właściciela i odpowiedzialności oraz orzeczenie z dnia 25 listopada 2015 r.; Charanne BV i Construction Investments Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa SH nr 062/2012), orzeczenie końcowe z dnia 21 stycznia 2016 r.; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/30), postanowienie z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie własności; Isolux Infrastructure Netherlands B.V. przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa SH V 2013/153), postanowienie z dnia 12 lipca 2016 r.; WNC Factoring Limited przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2014-34), orzeczenie z dnia 22 lutego 2017 r.; Anglia Auto Accessories Limited przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2014/181), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r.; I.P. Busta i J.P. Busta przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2015/014), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r.; a także Eiser Infrastructure Limited i Energia Solar Luxembourg Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/36), orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. Wszystkie orzeczenia arbitrażowe, do których odnoszę się w niniejszej opinii, są dostępne na stronie internetowej UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Będę się również odnosił do orzeczeń arbitrażowych wydanych na podstawie BIT-u między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, a nawet między państwami trzecimi, ponieważ zasady prawa międzynarodowego mają zastosowanie do wszystkich tych przypadków bez rozróżnienia.

6. Artykuł 344 TFUE stanowi, że „[p]aństwa członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana”.

## B. BIT Niderlandy/Czechosłowacja

7. BIT Niderlandy/Czechosłowacja został zawarty w dniu 29 kwietnia 1991 r. i wszedł w życie w dniu 1 października 1992 r.<sup>8</sup>. Republika Słowacka, jako następcą prawny Czeskiej i Słowackiej Republiki Federacyjnej, wstąpiła w prawa i obowiązki tej ostatniej z dniem 1 stycznia 1993 r., a członkiem Unii Europejskiej została w dniu 1 maja 2004 r.

8. BIT ten został zawarty w językach czeskim, angielskim i niderlandzkim, przy czym angielska wersja jest autentyczna w przypadku wystąpienia różnicy interpretacyjnej.

9. Artykuł 2 tego BIT-u przewiduje, że „[k]ażda Umawiająca się Strona wspiera na swoim terytorium inwestycje inwestorów drugiej Umawiającej się Strony i przyjmuje takie inwestycje zgodnie ze swoim prawem”<sup>9</sup>.

10. Artykuł 3 tego BIT-u stanowi, co następuje:

„1) Każda z Umawiających się Stron zapewni sprawiedliwe i równe traktowanie inwestycji inwestorów drugiej Umawiającej się Strony i nie będzie utrudniać za pomocą środków nieracjonalnych i dyskryminujących ich eksploatacji, zarządzania, wykorzystywania, używania ani zbycia przez tych inwestorów<sup>[10]</sup>.

2) W szczególności każda z Umawiających się Stron zapewni takim inwestycjom pełną ochronę i bezpieczeństwo, które w żadnym wypadku nie mogą być mniejsze niż te zapewniane albo inwestycjom własnych inwestorów, albo inwestycjom dowolnego państwa trzeciego, zależnie od tego, które z nich są bardziej korzystne dla danego inwestora<sup>[11]</sup>.

3) Postanowienia niniejszego artykułu nie mogą być interpretowane jako zobowiązanie każdej z Umawiających się Stron do przyznawania inwestycjom inwestorów drugiej Umawiającej się Strony preferencji i korzyści podobnych do tych, które zostały udzielone inwestorom z państwa trzeciego.

a) ze względu na uczestnictwo tego ostatniego w uniach celnych lub gospodarczych, lub w podobnych instytucjach, istniejących lub przyszłych [...]”<sup>[12]</sup>.

4) Każda z Umawiających się Stron zapewni poszanowanie wszelkich zobowiązań, które podejmie w stosunku do inwestorów drugiej Umawiającej się Strony<sup>[13]</sup>.

8 Tekst ten jest dostępny w języku angielskim na stronie internetowej UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

9 „Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law”.

10 „Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors”.

11 „More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned”.

12 „The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions [...]”.

13 „Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party”.

5) Jeśli przepisy prawa jednej z Umawiających się Stron lub jej obowiązki wynikające z prawa międzynarodowego, istniejące lub mające powstać w przyszłości między Umawiającymi się Stronami, inne niż niniejsza umowa, zawierają ogólne lub szczególne przepisy przyznające inwestycjom inwestorów drugiej Umawiającej się Strony traktowanie bardziej korzystne niż to, które jest przewidziane w niniejszej umowie, uregulowania te mają pierwszeństwo przed postanowieniami niniejszej umowy w zakresie, w jakim są one korzystniejsze<sup>[14]</sup>.

11. Artykuł 4 stanowi, że „[k]ażda z Umawiających się Stron zapewni możliwość transferowania płatności związanych z inwestycją. Transfery te będą się odbywać w walucie wymiennej bez nieuzasadnionych ograniczeń ani zwłoki [...]”<sup>15</sup>. Swobodny transfer płatności obejmuje między innymi zyski, odsetki i dywidendy.

12. Artykuł 5 stanowi, że „[ż]adna z Umawiających się Stron nie podejmie środków pozbawiających bezpośrednio lub pośrednio inwestorów drugiej Umawiającej się Strony ich inwestycji”<sup>16</sup>, chyba że spełnione będą trzy przesłanki, a mianowicie: środki zostaną podjęte w interesie ogólnym i zgodnie z wymaganą procedurą prawną, środki nie będą miały charakteru dyskryminacyjnego oraz przewidziano w związku z nimi zapłatę godziwej rekompensaty. Zgodnie z tym przepisem odszkodowanie powinno obejmować wartość rzeczywistą („genuine value”) inwestycji.

13. Artykuł 8 stanowi, co następuje:

„1) Wszelkie spory pomiędzy jedną z Umawiających się Stron a inwestorem drugiej Umawiającej się Strony w odniesieniu do inwestycji tego inwestora są tak dalece, jak to możliwe, rozstrzygane ugodowo<sup>[17]</sup>.

2) Każda z Umawiających się Stron zgadza się niniejszym na to, że spory, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, będą wnoszone do sądu polubownego, jeśli nie zostaną rozstrzygnięte ugodowo w terminie sześciu miesięcy od dnia, w którym jedna ze stron sporu wezwała do rozstrzygnięcia ugodowego<sup>[18]</sup>.

3) Sąd polubowny, o którym mowa w ust. 2 niniejszego artykułu, zostaje powołany w każdym przypadku w następujący sposób: każda ze stron sporu nominuje arbitra, a obaj nominowani w ten sposób arbitrzy wspólnie nominują trzeciego arbitra, obywatela państwa trzeciego, który będzie przewodniczącym sądu. Każda ze stron sporu nominuje swojego arbitra w terminie dwóch miesięcy od dnia, w którym inwestor poinformował drugą Umawiającą się Stronę o swojej decyzji o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, a przewodniczący jest nominowany w ciągu trzech miesięcy od tego dnia<sup>[19]</sup>.

14 „If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement”.

15 „Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay”.

16 „Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]”.

17 „All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably”.

18 „Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement”.

19 „The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal”.

4) Jeżeli nominacji nie dokonano w wyżej wskazanych terminach, którakolwiek ze stron sporu może zwrócić się do przewodniczącego Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej o dokonanie koniecznych nominacji. Jeżeli przewodniczący jest obywatelem jednego z umawiających się państw lub jeśli nie jest on w stanie wykonywać rzeczony funkcji z jakiegokolwiek innego powodu, do dokonania koniecznych nominacji wzywa się wiceprzewodniczącego. Jeżeli wiceprzewodniczący jest obywatelem jednego z umawiających się państw lub jeśli również nie jest on w stanie wykonywać rzeczony funkcji, do dokonania koniecznych nominacji wzywa się najstarszego członka Instytutu Arbitrażowego, który nie jest obywatelem żadnej z Umawiających się Stron<sup>[20]</sup>.

5) Sąd polubowny ustala własne zasady postępowania zgodnie z regulaminem arbitrażowym (UNCITRAL)<sup>[21]</sup>.

6) Sąd polubowny orzeka co do prawa, biorąc pod uwagę w szczególności, lecz nie wyłącznie:

- obowiązujące prawo odnośnej Układającej się Strony;
- postanowienia niniejszej umowy oraz wszelkie inne istotne umowy między Układającymi się Stronami;
- postanowienia umów szczególnych dotyczących inwestycji;
- ogólne zasady prawa międzynarodowego<sup>[22]</sup>.

7) Sąd stanowi większością głosów, a jego orzeczenie jest ostateczne i wiążące dla stron sporu<sup>[23]</sup>”.

14. Artykuł 13 stanowi:

„1) Niniejsza umowa [...] pozostaje w mocy przez okres dziesięciu lat<sup>[24]</sup>.

2) O ile żadna z Umawiających się Stron nie wypowie umowy co najmniej sześć miesięcy przed datą wygaśnięcia jej ważności, niniejsza umowa zostanie automatycznie przedłużona na okres dziesięciu lat, przy czym każda z Umawiających się Stron ma prawo do rozwiązania umowy z zachowaniem przynajmniej sześciomiesięcznego terminu wypowiedzenia przed upływem bieżącego okresu ważności<sup>[25]</sup>.

3) W odniesieniu do inwestycji dokonanych przed dniem, w którym niniejsza umowa wygaśnie, artykuły poprzedzające zachowują skuteczność przez dodatkowy okres 15 lat, począwszy od tej daty<sup>[26]</sup>.

20 „If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments”.

21 „The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)”.

22 „The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law”.

23 „The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute”.

24 „The present Agreement [...] shall remain in force for a period of ten years”.

25 „Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity”.

26 „In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date”.

[...]”.

### C. Prawo niemieckie

15. Artykuł 1040 Zivilprozessordnung (kodeksu postępowania cywilnego), zatytułowany „Właściwość sądu polubownego do orzekania w przedmiocie własnej właściwości”, stanowi, co następuje:

„1) Sąd arbitrażowy może orzec o własnej właściwości, w tym również o istnieniu lub skuteczności zapisu na sąd polubowny [...].

2) Zarzut braku właściwości sądu polubownego może zostać podniesiony najpóźniej w chwili składania wniosków w odpowiedzi na skargę [...].

3) Jeżeli sąd polubowny uznał, że jest właściwy, rozpoznaje wyjątek, o którym mowa w ust. 2, co do zasady w drodze orzeczenia częściowego [...].”.

16. Artykuł 1059 kodeksu postępowania cywilnego, zatytułowany „Wniosek o uchylenie”, stanowi, co następuje:

„1) Skarga wniesiona do sądu państwowego przeciwko orzeczeniu sądu arbitrażowego może jedynie przybrać postać wniosku o uchylenie orzeczenia zgodnie z ust. 2 i 3.

2) Orzeczenie sądu arbitrażowego może zostać uchylone jedynie wówczas, gdy:

1. strona wnioskująca o uchylenie zasadnie podnosi, że:

a) [zapis na sąd polubowny] jest nieważny według prawa, któremu strony zapis ten poddały, a w razie braku wzmianki w tym względzie – według prawa niemieckiego, lub

[...]

2. jeśli właściwy sąd krajowy stwierdzi, że:

[...]

b) uznanie lub wykonanie orzeczenia byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym.[...]”.

### III. Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

17. Achmea BV (dawniej Eureko BV) jest przedsiębiorstwem należącym do niderlandzkiej grupy ubezpieczeniowej.

18. W ramach reformy systemu opieki zdrowotnej Republika Słowacka w 2004 r. otworzyła słowacki rynek dla zagranicznych i krajowych zakładów ubezpieczeniowych oferujących usługi prywatnych ubezpieczeń zdrowotnych. Po uzyskaniu zezwolenia jako zakład ubezpieczeń zdrowotnych Achmea utworzyła w Słowacji spółkę zależną (Union Healthcare), do której wniosła kapitał (ok. 72 mln EUR), i za jej pośrednictwem oferowała prywatne ubezpieczenia zdrowotne.

19. Po zmianie rządu w 2006 r. Republika Słowacka częściowo wycofała się z liberalizacji rynku ubezpieczeń zdrowotnych. Najpierw zakazała udziału pośredników ubezpieczeniowych, następnie wypłaty zysków generowanych przez działalność w dziedzinie ubezpieczeń zdrowotnych, a wreszcie sprzedaży portfeli ubezpieczeń. Wyrokiem z dnia 26 stycznia 2011 r. Ústavný súd Slovenskej republiky



(trybunał konstytucyjny Republiki Słowackiej) orzekł, że ustawowe pozbawienie prawa do wypłaty zysków było niezgodne z konstytucją. Na mocy ustawy w sprawie reformy ubezpieczeń zdrowotnych, która weszła w życie w dniu 1 sierpnia 2011 r., Republika Słowacka ponownie zezwoliła na wypłatę zysków.

20. Uznając, że środki ustawodawcze Republiki Słowackiej stanowiły naruszenie art. 3 ust. 1 i 2, art. 4 i 5 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, w październiku 2008 r. Achmea wszczęła przeciwko temu państwu postępowanie arbitrażowe na podstawie art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja i zażądała odszkodowania w wysokości 65 mln EUR.

21. Sąd polubowny i strony uzgodniły, że funkcję sekretariatu pełnić będzie CPA, a językiem postępowania będzie angielski. W swoim postanowieniu proceduralnym nr 1 sąd polubowny ustalił miejsce arbitrażu we Frankfurcie nad Menem (Niemcy).

22. W ramach postępowania arbitrażowego Republika Słowacka podniosła zarzut braku jurysdykcji sądu polubownego. Podniosła, że traktat FUE reguluje te same dziedziny, co BIT Niderlandy/Czechosłowacja, i że w związku z tym należy uznać, że ten ostatni nie znajduje zastosowania lub że wygasł zgodnie z art. 30 i 59 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, zawartej w Wiedniu w dniu 23 maja 1969 r. (zwanej dalej „konwencją wiedeńską”)<sup>27</sup>. Republika Słowacka stwierdziła również, że w związku z powyższym zapis na sąd polubowny zawarty w art. 8 ust. 2 tego BIT-u nie może być stosowany, ponieważ jest niezgodny z traktatem FUE. W tym względzie dodaje ona, że Trybunał ma wyłączną jurysdykcję w przedmiocie żądań spółki Achmea, a niektóre przepisy tego BIT-u, jak art. 4, dotyczący swobodnego transferu płatności, zostały uznane przez Trybunał za niezgodne z traktatem FUE<sup>28</sup>.

23. Orzeczeniem z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia sąd polubowny oddalił ten zarzut braku jurysdykcji i stwierdził swoją właściwość<sup>29</sup>. Skarga o uchylenie tego orzeczenia, wniesiona przez Republikę Słowacką przed sądy niemieckie, nie została uwzględniona.

24. Orzeczeniem końcowym z dnia 7 grudnia 2012 r. sąd polubowny orzekł, że część środków przedsięwziętych przez Republikę Słowacką, a mianowicie zakaz wypłaty zysków<sup>30</sup> i zakaz transferów<sup>31</sup>, naruszyła art. 3 (traktowanie uczciwe i sprawiedliwe) oraz art. 4 (swobodny transfer płatności) rzeczono BIT-u, i obciążył Republikę Słowacką na rzecz spółki Achmea odszkodowaniem w wysokości 22,1 mln EUR wraz z odsetkami oraz kosztami postępowania przed sądem polubownym, a także kosztami i honorariami adwokata spółki Achmea<sup>32</sup>.

27 *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1155, s. 331.

28 Zobacz orzecznictwo cytowane w przypisie 5.

29 Zobacz Achmea BV (dawniej Eureka BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia.

30 Zgodnie z ustawą nr 530/2007 z dnia 25 października 2007 r. zyski pochodzące z ubezpieczeń zdrowotnych powinny być wykorzystywane na potrzeby systemu opieki zdrowotnej. Ustawa ta została uznana za sprzeczną z konstytucją przez Ústavný súd Slovenskej republiky (trybunał konstytucyjny Republiki Słowackiej) i ze względu na to sąd polubowny orzekł, że w przeciwieństwie do tego, co podnosiła Achmea, zakaz wypłaty zysków nie stanowił wyłączenia jej inwestycji. Zobacz wyrok Achmea BV (dawniej Eureka BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie końcowe z dnia 7 grudnia 2012 r., pkt 288.

31 Ustawa nr 192/2009 z dnia 30 kwietnia 2009 r. zlikwidowała możliwość sprzedaży przez spółkę ubezpieczeń zdrowotnych portfela ubezpieczeń tej spółki innej spółce ubezpieczeniowej. Ponadto według tej ustawy w razie upadłości takiej spółki jej portfel ubezpieczeń powinien zostać przeniesiony na jedno z dwóch towarzystw ubezpieczeniowych należących do skarbu państwa, i to bez żadnego świadczenia wzajemnego.

32 Sąd polubowny oddalił argument spółki Achmea, zgodnie z którym środki podjęte przez Republikę Słowacką stanowiły wyłączenie sprzeczne z art. 5 tego BIT-u.

25. Ponieważ miejscem arbitrażu był Frankfurt nad Menem, Republika Słowacka wniosła skargę o uchylenie orzeczenia końcowego do Oberlandesgericht Frankfurt am Mein (sądu okręgowego we Frankfurcie nad Menem, Niemcy). W konsekwencji oddalenia skargi przez ten sąd Republika Słowacka wniosła odwołanie od tego orzeczenia do Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości, Niemcy).

26. W tym kontekście Republika Słowacka podnosi, że orzeczenie końcowe powinno zostać uchylone, ponieważ jest sprzeczne z porządkiem publicznym, i że zapis na sąd polubowny, który doprowadził do wydania tego orzeczenia, również jest nieważny i sprzeczny z porządkiem publicznym<sup>33</sup>.

27. W przedmiocie sprzeczności orzeczenia końcowego z porządkiem publicznym Republika Słowacka podnosi, że ponieważ sąd polubowny nie miał możliwości wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, nie wziął pod uwagę szeregu nadrzędnych przepisów prawa Unii w dziedzinie swobodnego przepływu kapitału i naruszył jej prawo do obrony przy ustalaniu wysokości szkody.

28. W odniesieniu do kwestii ewentualnej nieważności zapisu na sąd polubowny ustanowionego w art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja Republika Słowacka twierdzi, że zapis ten jest sprzeczny z art. 267 i 344 TFUE oraz zasadą niedyskryminacji wyrażoną w art. 18 TFUE.

29. Chociaż Bundesgerichtshof (sąd federalny) nie podziela obaw wyrażonych przez Republikę Słowacką co do zgodności art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja z art. 18, 267 i 344 TFUE, stwierdził on, że Trybunał nie wypowiedział się jeszcze na temat tych zagadnień i że nie ma możliwości wywnioskowania odpowiedzi z wystarczającą pewnością z dotychczasowego orzecznictwa, zwłaszcza w świetle stanowiska Komisji, która interweniowała po stronie Republiki Słowackiej zarówno w trakcie spornego postępowania arbitrażowego, jak i w ramach postępowania o uchylenie przed sądami niemieckimi.

30. Z tych względów, Bundesgerichtshof (sąd federalny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 344 TFUE sprzeciwia się uregulowaniu w dwustronnej umowie dotyczącej ochrony inwestycji zawartej pomiędzy państwami członkowskimi (tzw. wewnątrzunijnym 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 przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi przeczącej:

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?”.

33 Zobacz art. 1059 ust. 2 pkt 1 lit. a) i art. 1059 ust. 2 pkt 2 lit. b) kodeksu postępowania cywilnego.

#### IV. Przebieg postępowania przed Trybunałem

31. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony do Trybunału w dniu 23 maja 2016 r. Republika Słowacka, Achmea, rządy czeski, estoński, grecki, hiszpański, cypryjski, węgierski, niderlandzki, austriacki, polski, rumuński i fiński oraz Komisja Europejska przedstawiły uwagi na piśmie.

32. W trakcie rozprawy, która odbyła się w dniu 19 czerwca 2016 r., Republika Słowacka, Achmea, rządy czeski, niemiecki, estoński, grecki, hiszpański, francuski, włoski, cypryjski, łotewski, węgierski, niderlandzki, austriacki, polski, rumuński i fiński oraz Komisja przedstawiły swoje uwagi ustne.

#### V. Analiza

##### A. Uwagi wstępne

33. Przed rozpatrzeniem trzech pytań prejudycjalnych zadanych przez sąd odsyłający chciałbym przedstawić kilka uwag wstępnych.

34. Państwa członkowskie, które interweniowały w niniejszej sprawie, dzielą się na dwie grupy. Do pierwszej należą Republika Federalna Niemiec, Republika Francuska, Królestwo Niderlandów, Republika Austrii, Republika Finlandii, które są co do zasady państwami pochodzenia inwestorów, a co za tym idzie, rzadko albo wcale nie są pozywane w postępowaniach arbitrażowych wszczynanych przez inwestorów, przy czym Królestwo Niderlandów i Republika Finlandii nigdy nie zostały pozwane<sup>34</sup>, Republika Federalna Niemiec została pozwana w trzech sprawach<sup>35</sup>, a Republika Francuska<sup>36</sup> i Republika Austrii – tylko raz<sup>37</sup>.

35. Drugą grupę tworzą Republika Czeska, Republika Estońska, Republika Grecka, Królestwo Hiszpanii, Republika Włoska, Republika Cypryjska, Republika Łotewska, Węgry, Rzeczpospolita Polska, Rumunia i Republika Słowacka. Wszystkie te państwa zostały pozwane w wielu wewnątrzunijnych postępowaniach arbitrażowych dotyczących inwestycji: Republika Czeska 26 razy, Republika Estońska trzy razy, Republika Grecka trzy razy, Królestwo Hiszpanii 33 razy, Republika Włoska dziewięć razy, Republika Cypryjska trzy razy, Republika Łotewska 2 razy, Węgry 11 razy, Rzeczpospolita Polska 11 razy, Rumunia cztery razy i Republika Słowacka dziewięć razy<sup>38</sup>.

36. W obliczu tych zjawisk gospodarczych wcale nie zaskakuje fakt, że państwa członkowskie z drugiej grupy interweniują w celu poparcia argumentów Republiki Słowackiej, która sama jest stroną pozwaną w arbitrażu inwestycyjnym rozpatrywanym w niniejszej sprawie.

34 Zobacz w szczególności dane statystyczne dostępne na stronie internetowej Investment Policy Hub UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 Chodzi o toczące się postępowanie arbitrażowe Vattenfall AB i in. przeciwko Republice Federalnej Niemiec (II) (sprawa ICSID nr ARB/12/12), wszczęte przez inwestora szwedzkiego na podstawie Traktatu karty energetycznej i postępowań arbitrażowych, które stanowiły przedmiot transakcji, to jest Ashok Sancheti przeciwko Republice Federalnej Niemiec, wszczęte przez inwestora indyjskiego na podstawie BIT-u Niemcy/Indie, oraz Vattenfall AB i in. przeciwko Republice Federalnej Niemiec (I) (sprawa ICSID nr ARB/09/6), wszczęte przez inwestora szwedzkiego na podstawie Traktatu karty energetycznej.

36 Chodzi o toczące się postępowanie arbitrażowe Erbil Serter przeciwko Republice Francuskiej (sprawa ICSID nr ARB/13/22), wszczęte przez inwestora tureckiego na podstawie BIT-u Francja/Turcja.

37 W odniesieniu do Republiki Austrii mowa jest o toczącym się arbitrażu BV Belegging-Maatschappij Far East przeciwko Republice Austrii (sprawa ICSID nr ARB/15/32), wszczętym na podstawie BIT-u Austria/Malta.

38 Zobacz w szczególności dane statystyczne dostępne na stronie internetowej Investment Policy Hub UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

37. Zdumiewa natomiast to, że w ramach tej drugiej grupy, która broni twierdzenia o niezgodności wewnątrzunijnych BIT-ów z traktatami UE i FUE, tylko Republika Włoch rozwiązała swoje wewnątrzunijne BIT-y, z wyjątkiem BIT-u Włochy/Malta, podczas gdy pozostałe państwa członkowskie należące do tej grupy – wszystkie lub większość z nich – zachowują je w mocy, umożliwiając w ten sposób korzystanie z nich swoim własnym inwestorom. Arbitraż inwestycyjne wszczęte przez inwestorów z tych państw członkowskich są bowiem liczne i bardzo często skierowane przeciwko innemu członkowi tej samej grupy<sup>39</sup>.

38. Zapytana podczas rozprawy o przyczynę, dla której nie wypowiedziała przynajmniej wewnątrzunijnych BIT-ów podpisanych z państwami członkowskimi, które w niniejszej sprawie opowiadają się, tak jak ona, za ich niezgodnością z prawem unijnym<sup>40</sup>, Republika Słowacka powołała się na cel polegający na tym, aby jej własni inwestorzy nie stali się ofiarami dyskryminacji w stosunku do inwestorów z innych państw członkowskich w państwach członkowskich, z którymi nie miałyby ona już BIT-ów. Jednakże cel ten nie przeszkodził w rozwiązaniu swoich BIT-ów Republice Włoskiej. W tym samym czasie inwestorzy z Republiki Słowackiej nadal korzystają z BIT-ów zawartych przez państwa członkowskie z tej samej grupy, jak pokazuje to postępowanie arbitrażowe Poštová banka, a.s. i Istrokapital SE przeciwko Republice Greckiej (sprawa ICSID nr ARB/13/8).

39. Stanowisko Komisji również budzi moje zainteresowanie.

40. Przez bardzo długi okres instytucje Unii, włączając w to Komisję, prezentowały bowiem stanowisko, wedle którego nie dość, że BIT-y nie były niezgodne z prawem Unii, to jeszcze stanowiły one instrumenty niezbędne do przygotowania członkostwa państw Europy Środkowej i Wschodniej w Unii. Układy stowarzyszeniowe zawarte między Unią i państwami kandydującymi obejmowały zresztą postanowienia przewidujące zawarcie BIT-ów pomiędzy państwami członkowskimi a krajami kandydującymi<sup>41</sup>.

39 Zobacz na przykład Indrek Kuivallik przeciwko Republice Łotewskiej (UNCITRAL) na podstawie BIT-u Estonia/Łotwa; UAB E energija przeciwko Republice Łotewskiej (sprawa ICSID nr ARB/12/33) na podstawie BIT-u Litwa/Łotwa; Spółdzielnia Pracy Muszynianka przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) na podstawie BIT-u Polska/Słowacja; ČEZ a.s. przeciwko Republice Bułgarskiej (sprawa ICSID nr ARB/16/24) i ENERGO-PRO a.s. przeciwko Republice Bułgarskiej (sprawa ICSID nr ARB/15/19) na podstawie BIT-u Republika Czeska/Bułgaria; Poštová banka, a.s. i Istrokapital SE przeciwko Republice Greckiej (sprawa ICSID nr ARB/13/8) na podstawie BIT-ów Grecja/Słowacja i Grecja/Cypr; MOL Hungarian Oil and Gas Company plc przeciwko Republice Chorwackiej (sprawa ICSID nr ARB/13/32) na podstawie BIT-u Węgry/Chorwacja; Theodoros Adamakopoulos i in. przeciwko Republice Cypryjskiej (sprawa ICSID nr ARB/15/49), Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. przeciwko Republice Greckiej (sprawa ICSID nr ARB/14/16) i Marfin Investment Group Holdings SA i in. przeciwko Republice Cypryjskiej (sprawa ICSID nr ARB/13/27) na podstawie BIT-u Grecja/Cypr; WCV Capital Ventures Cyprus Limited i Channel Crossings Limited przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL), Forminster Enterprises Limited przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) i WA Investments-Europa Nova Limited przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) na podstawie BIT-u Republika Czeska/Cypr; Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (ICC) i Seventhsun Holding Ltd i in. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (SH) na podstawie BIT-u Cypr/Polska; Natland Investment Group NV i in. przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) na podstawie między innymi BIT-u Cypr/Republika Czeska; Mercuria Energy Group przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (SH) na podstawie Traktatu karty energetycznej wiążącego Republikę Cypryjską i Rzeczypospolitą Polską; Vigotop Limited przeciwko Węgrom (sprawa ICSID nr ARB/11/22) na podstawie BIT-u Cypr/Węgry; Impresa Grassetto SpA. przeciwko Republice Włoskiej (sprawa ICSID nr ARB/13/10) na podstawie BIT-u Włochy/Słowenia; Marco Gavazzi i Stefano Gavazzi przeciwko Rumunii (sprawa ICSID nr ARB/12/25) i Luigiterzo Bosca przeciwko Republice Litewskiej (sprawa CPA nr 2011-05) na podstawie BIT-u Włochy/Litwa.

40 Chodzi tu o Republikę Grecką, Królestwo Hiszpanii, Republikę Łotewską, Węgry, Rzeczypospolitą Polską i Rumunię.

41 Zobacz w szczególności art. 72 ust. 2 tiret pierwsze układu europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Węgierską, z drugiej strony, podpisanego w Brukseli w dniu 16 grudnia 1991 r. (Dz.U. 1993, L 347, s. 2); art. 73 ust. 2 tiret pierwsze układu europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Rzeczypospolitą Polską, z drugiej strony, podpisanego w Brukseli w dniu 16 grudnia 1991 r. (Dz.U. 1993, L 348, s. 2); art. 74 ust. 2 tiret drugie układu europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Rumunią, z drugiej strony, podpisanego w Brukseli w dniu 1 lutego 1993 r. (Dz.U. 1994, L 357, s. 2); art. 74 ust. 2 tiret drugie układu europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Słowacką, z drugiej strony, podpisanego w Luksemburgu w dniu 4 października 1993 r. (Dz.U. 1994, L 359, s. 1); art. 85 ust. 2 tiret drugie układu o stabilizacji i stowarzyszeniu między Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Chorwacji, a z drugiej strony, podpisanego w Luksemburgu w dniu 29 października 2001 r. (Dz.U. 2005, L 26, s. 3).

41. Podczas rozprawy Komisja usiłowała wyjaśnić tę ewolucję swojego stanowiska na temat niezgodności BIT-ów z traktatami UE i FUE, twierdząc, że chodziło o umowy niezbędne do przygotowania przystąpienia państw kandydujących. Jednakże jeśli owe BIT-y znajdowały uzasadnienie tylko w trakcie okresu stowarzyszenia, a każda strona wiedziała, że staną się one niezgodne z traktatami UE i FUE w momencie, gdy dane państwo trzecie zostanie członkiem Unii, dlaczego traktaty o przystąpieniu nie przewidywały rozwiązania tych umów, pozostawiając je w ten sposób w obszarze niepewności prawnej, która trwała w odniesieniu do niektórych państw członkowskich od ponad 30 lat, a w odniesieniu do wielu innych od 13 lat?

42. Co więcej, traktaty inwestycyjne istnieją nie tylko pomiędzy bogatszymi i biedniejszymi państwami członkowskimi Unii<sup>42</sup> lub między państwami członkowskimi a państwami kandydującymi do przystąpienia<sup>43</sup>, jak sugerowała Komisja.

43. Co więcej, wszystkie państwa członkowskie i Unia ratyfikowały Traktat w sprawie Karty Energetycznej, podpisany w Lizbonie w dniu 19 grudnia 1994 r.<sup>44</sup>. Ów wielostronny traktat w dziedzinie inwestycji w sektorze energetyki obowiązuje nawet pomiędzy państwami członkowskimi, ponieważ nie został zawarty jako umowa z jednej strony między Unią i jej państwami członkowskimi<sup>45</sup> a z drugiej strony państwami trzecimi, lecz jako zwykła umowa wielostronna, w której wszystkie umawiające się strony uczestniczą na zasadzie równości. Podobnie postanowienia materialne mające na celu ochronę inwestycji przewidzianych przez ten traktat oraz przez mechanizm RSIP także obowiązują między państwami członkowskimi. Pragnę zauważyć, że żadna instytucja Unii ani żadne państwo członkowskie nie zażądały opinii Trybunału w sprawie zgodności tej umowy z traktatami UE i FUE, a to dlatego, że nie miały żadnych podejrzeń co do rzekomej niezgodności.

44. Dodam, że ryzyko systemowe, które wewnątrzunijne BIT-y mają zdaniem Komisji stwarzać dla jednolitego i skutecznego stosowania prawa Unii, jest w znacznym stopniu przerysowane. Statystyki UNCTAD<sup>46</sup> pokazują, że w 62 wewnątrzunijnych postępowaniach arbitrażowych, które zostały zakończone w okresie kilkudziesięciu lat, inwestorzy wygrali tylko w dziesięciu sprawach<sup>47</sup>, co stanowi 16,1% tych 62 spraw, a więc odsetek wyraźnie niższy od 26,9% „zwycięstw” inwestorów na poziomie ogólnościowym<sup>48</sup>.

45. Sądy polubowne w znacznej mierze zapewniły Komisji możliwość interweniowania w postępowaniach arbitrażowych i zgodnie z moją wiedzą w żadnej z tych dziesięciu spraw sądy polubowne nie kontrolowały ważności aktów prawnych Unii ani zgodności działań państw członkowskich w świetle prawa Unii. W swoich uwagach na piśmie szereg państw członkowskich oraz

42 Zobacz w szczególności BIT-y Belgia i Luksemburg/Cypr, Belgia i Luksemburg/Malta oraz Cypr/Malta.

43 Zobacz w szczególności BIT-y Cypr/Malta, Estonia/Lotwa, Estonia/Litwa, Estonia/Polska, Polska/Bułgaria, Polska/Słowacja, Węgry/Słowenia, Węgry/Słowacja, Węgry/Polska, Republika Czeska/Bułgaria oraz Republika Czeska/Lotwa.

44 Zobacz decyzja Rady i Komisji 98/181/WE, EWWiS, Euratom z dnia 23 września 1997 r. w sprawie zawarcia przez Wspólnoty Europejskie Traktatu w sprawie Karty Energetycznej i Protokołu do Karty Energetycznej, w sprawie efektywności energetycznej i związanych z nią aspektów środowiskowych (Dz.U. 1998, L 69, s. 1).

45 Republika Włoska niedawno wypowiedziała ów traktat, powołując się na analizę łącznych kosztów wynikających ze składek finansowych z tytułu uczestnictwa w szeregu organizacji międzynarodowych, w tym w Sekretariacie Karty Energetycznej z siedzibą w Brukseli. Zobacz [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/002/788/2015\\_06\\_03\\_-\\_audizione\\_risposte\\_senatori\\_-\\_VICARI.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015_06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf), s. 7.

46 Zobacz na stronie internetowej: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 Zobacz Eastern Sugar BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) [sprawa Sztokholmskiej Izby Handlowej (SH) nr 088/2004], orzeczenie częściowe z dnia 27 marca 2007 r.; Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie końcowe z dnia 7 grudnia 2012 r.; Laboratoires Servier SAS i in. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (CPA), orzeczenie z dnia 14 lutego 2012 r.; EDF International SA przeciwko Węgrom (sprawa CPA), orzeczenie z dnia 3 grudnia 2014 r.; EDF International SA przeciwko Węgrom (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 3 grudnia 2014 r. Dan Cake (Portugalia) S.A. przeciwko Węgrom (sprawa ICSID nr ARB/12/9), postanowienie z dnia 24 sierpnia 2015 r. w przedmiocie właściwości i odpowiedzialności; Edenred SA przeciwko Węgrom (sprawa ICSID nr ARB/13/21), orzeczenie z dnia 13 grudnia 2016 r.; Eiser Infrastructure Limited i Energía Solar Luxembourg Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/36), orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r.; Horthel Systems BV i in. przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (sprawa CPA nr 2014-31), orzeczenie wydane w 2017 r.; a także Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi przeciwko Rumunii (sprawa ICSID nr ARB/12/25), orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r.

48 Zobacz statystyki UNCTAD dostępne na stronie internetowej <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

Komisja podały tylko jeden przykład, to jest arbitraż Ioan Micula i in. przeciwko Rumunii (sprawa ICSID nr ARB/05/20), który doprowadził do wydania orzeczenia arbitrażowego uważanego za niezgodne z prawem Unii. Nawet jeśli przykład ten nie jest moim zdaniem istotny w niniejszym przypadku<sup>49</sup>, to fakt, że istnieje tylko jeden taki przykład, potwierdza mój pogląd, że obawa niektórych państw członkowskich i Komisji związana z ryzykiem systemowym, które wywołują wewnętrzne BIT-y, jest w znacznym stopniu nieuzasadniona.

46. Wreszcie, należy podkreślić, że po przystąpieniu Republiki Słowackiej do Unii BIT Niderlandy/Czechosłowacja nie wchodzi już w zakres stosowania art. 351 TFUE<sup>50</sup>.

47. Jednakże nie oznacza to, że ów BIT automatycznie stał się nieważny lub niezgodny z postanowieniami traktatów UE i FUE. Trybunał orzekł, że „postanowienia umowy zawartej między dwoma państwami członkowskimi nie mogą mieć zastosowania w stosunkach między tymi państwami, jeżeli okażą się niezgodne z postanowieniami traktatu [FUE]”<sup>51</sup>. Innymi słowy, postanowienia takiej umowy mają zastosowanie między państwami członkowskimi w zakresie, w jakim są one zgodne z traktatami UE i FUE.

48. Należy zatem zbadać, czy art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja jest niezgodny z traktatem FUE, a w szczególności z art. 18, 267 i 344 TFUE.

## **B. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego**

49. Proponuję rozpatrzyć trzy pytania w porządku odwrotnym od zaproponowanego przez sąd odsyłający, ponieważ nie ma potrzeby odpowiadać na pytania pierwsze i drugie, jeśli art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja stanowi dyskryminację ze względu na przynależność państwową zakazaną przez art. 18 TFUE.

50. Poprzez trzecie pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 18 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie ustanowieniu mechanizmu RSIP, takiego jak wprowadzony w art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, który zapewnia inwestorom niderlandzkim prawo do arbitrażu przeciwko Republice Słowackiej, podczas gdy inwestorzy z innych państw członkowskich nie korzystają z takiego prawa.

### **1. W przedmiocie dopuszczalności**

51. Achmea oraz rządy niderlandzki, austriacki i fiński kwestionują dopuszczalność tego pytania w zakresie, w jakim zagadnienie to nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, ponieważ Achmea nie zarzuca wcale, że potraktowano ją w sposób dyskryminacyjny. Przeciwnie, gdyby art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja stanowił dyskryminację, przyniosłaby ona spółce Achmea korzyści.

49 Nie chodziło o spór związany z BIT-em wewnętrznym, ponieważ Rumunia nie przystąpiła jeszcze do Unii w 2005 r., czyli w czasie, kiedy rozpoczął się arbitraż i gdy spór się skryształizował. W związku z tym prawo Unii nie znajdowało zastosowania do okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu arbitrażowym.

50 Zobacz wyrok z dnia 8 września 2009 r., Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, pkt 97–99), który dotyczył umów dwustronnych zawartych w dniach 11 czerwca 1976 r. i 7 czerwca 1979 r. między Republiką Austrii a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną. W momencie zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy, w której wydano ten wyrok, Republika Austrii była już państwem członkowskim, podczas gdy Republika Czeska nim nie była, natomiast przystąpienie tej ostatniej do Unii nastąpiło w trakcie postępowania.

51 Wyrok z dnia 20 maja 2003 r., Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, pkt 37). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 10 listopada 1992 r., Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, pkt 8). Stanowisko to jest zgodne z wymogami określonymi w art. 30 ust. 3 konwencji wiedeńskiej, zgodnie z którym, „[j]eżeli wszystkie strony traktatu wcześniejszego są zarazem stronami traktatu późniejszego, lecz traktat wcześniejszy nie wygasł ani jego stosowanie nie zostało zawieszona na mocy artykułu 59, traktat wcześniejszy ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim jego postanowienia można pogodzić z postanowieniami traktatu późniejszego”. Zobacz podobnie *Electrabel SA przeciwko Węgrom* (sprawa ICSID nr ARB/07/19), postanowienie z dnia 30 listopada 2012 r. w sprawie własności, prawa właściwego i odpowiedzialności, pkt 4.182–4.191.

52. Moim zdaniem ten zarzut niedopuszczalności musi zostać oddalony, ponieważ odpowiedź na pytanie trzecie jest niezbędną w celu dokonania oceny zgodności art. 8 tego BIT-u z traktatami UE i FUE.

53. Sąd odsyłający rozpoznaje skargę o uchylenie orzeczenia końcowego z dnia 7 grudnia 2012 r. wydanego w postępowaniu arbitrażowym Achmea BV (dawniej Eureka BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), opartą między innymi na nieważności zapisu na sąd polubowny, na którym sąd polubowny oparł swoją właściwość. W tym względzie bez znaczenia jest to, czy Achmea jest ewentualnie ofiarą dyskryminacji.

## 2. Co do istoty

54. Na wstępie pragnę zauważyć, że wielu uczestników, jak również Komisja podnoszą, że w swoim pytaniu trzecim sąd odsyłający nie powinien odnosić się do art. 18 TFUE, lecz do art. 49 i 63 TFUE, które stanowią wobec art. 18 TFUE postanowienia szczególne.

55. Bezsporne jest bowiem, że „art. 18 TFUE może być stosowany samodzielnie wyłącznie w stanach faktycznych podlegających prawu Unii, w odniesieniu do których traktat nie zawiera szczególnych postanowień o zakazie dyskryminacji”<sup>52</sup>.

56. Jednakże mechanizm RSIP ustanowiony w art. 8 rzonego BIT-u nie wchodzi w zakres stosowania *ratione materiae* ani swobody przedsiębiorczości, ani swobody przepływu kapitału, ani innego postanowienia traktatu FUE, ponieważ prawo Unii nie ustanawia środków odwoławczych pozwalających osobom fizycznym na pozywanie państw członkowskich przed Trybunał<sup>53</sup>.

57. Co więcej, jak wyjaśnię w pkt 183–198 i 210–228 niniejszej opinii, przedmiotowy zakres stosowania owego BIT-u znacznie wykracza poza granice swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE i swobodnego przepływu kapitałów ustanowionej w art. 63 TFUE.

58. Widać to w niniejszej sprawie, w której sąd polubowny uznał w swoim orzeczeniu końcowym, że ustanawiając zakaz transferu i wypłaty zysków<sup>54</sup>, Republika Słowacka naruszyła art. 3 (traktowanie uczciwe i sprawiedliwe) i art. 4 (swobodny transfer płatności) tego BIT-u. Podczas gdy art. 4 tego BIT-u odpowiada w istocie art. 63 TFUE, art. 3 tego BIT-u nie jest równoważny z żadnym przepisem ani postanowieniem prawa Unii, mimo jego częściowego pokrywania się z kilkoma przepisami prawa Unii<sup>55</sup>.

59. Należy zatem zbadać zgodność art. 8 tego BIT-u z zasadą ogólną prawa Unii, wyrażoną w art. 18 TFUE, która zakazuje dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

52 Wyrok z dnia 5 lutego 2014 r., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, pkt 25). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 11 marca 2010 r., Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

53 Zobacz pkt 205 niniejszej opinii.

54 Zobacz pkt 24 niniejszej opinii.

55 Zobacz pkt 213–216 niniejszej opinii.

60. W tym względzie Republika Słowacka, rządy estoński, grecki, hiszpański, włoski, cypryjski, węgierski, polski i rumuński oraz Komisja podnoszą, że przepisy materialne rzezonego BIT-u, w tym art. 8, są dyskryminacyjne w ten sposób, że przyznają w niniejszej sprawie preferencyjne traktowanie inwestorom z Królestwa Niderlandów, którzy dokonali inwestycji w Republice Słowackiej, podczas gdy inwestorzy z państw członkowskich, które nie zawarły BIT-u z Republiką Słowacką<sup>56</sup>, nie korzystają z takiego traktowania<sup>57</sup>.

61. Odnośnie do zakresu zarzucanej dyskryminacji nasuwa się uwaga wstępna. Republika Słowacka zawarła BIT-y z większością państw członkowskich, mianowicie z Królestwem Belgii, Republiką Bułgarii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecką, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Republiką Chorwacji, Republiką Łotewską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Rzeczpospolitą Polską, Republiką Portugalską, Rumunią, Republiką Słowenii, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji oraz Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. BIT-y te są obecnie w mocy.

62. Co prawda inwestorzy z tych państw członkowskich nie są objęci zakresem stosowania art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, jednakże wszystkie BIT-y zawarte przez ich państwa członkowskie pochodzenia z Republiką Słowacką przewidują arbitraż międzynarodowy jako tryb RSIP. W odniesieniu do nich nie istnieje zatem różnica w traktowaniu.

63. Republika Słowacka zawarła także BIT-y z Republiką Czeską i Republiką Włoską, lecz strony te je wypowiedziały<sup>58</sup>. Jeśli istnieje zatem różnica w traktowaniu inwestorów czeskich i włoskich, jest tak ze względu na to, że ich państwa członkowskie zdecydowały o odebraniu im korzyści, które dawał im właśnie BIT.

64. Niemniej jednak inwestorzy estońscy, irlandzcy, cypryjscy i litewscy nie korzystają z postanowień równoważnych do art. 8 tego BIT-u wobec Republiki Słowackiej, z wyjątkiem inwestycji w dziedzinie energii, w której Traktat karty energetycznej zapewnia im podobną możliwość.

65. Moim zdaniem nawet w odniesieniu do tych inwestorów nie występuje dyskryminacja zakazana przez prawo Unii.

66. W istocie, Trybunał orzekł już w przedmiocie zagadnienia, czy może istnieć dyskryminacja wobec obywatela innego państwa członkowskiego, uczestniczącego w ponadgranicznej inwestycji, jeśli państwo członkowskie przyjmujące inwestycję nie przyzna mu ulgi (podatkowej), którą przyznaje obywatelom innego państwa członkowskiego na podstawie dwustronnej umowy zawartej z tym państwem członkowskim.

56 Argument ten potwierdza tezę o braku sprzeczności pomiędzy traktatami UE i FUE a owym BIT-em, którą przedstawię w pkt 174–228 niniejszej opinii, ponieważ sugeruje, że co do zasady ochrona prawna przyznana przez ów BIT inwestycjom niderlandzkim w Republice Słowackiej jest wyższa, a w związku z tym ma charakter uzupełniający ochronę przyznaną tym inwestorom przez traktaty UE i FUE. Prawo Unii zakazuje dyskryminacji przez państwo członkowskie obywatela innego państwa członkowskiego tylko w odniesieniu do sposobu traktowania, jaki pierwsze państwo członkowskie przyznaje swoim własnym obywatelom. Natomiast zarówno dyskryminacja odwrotna, jak i korzyści przyznawane obywatelom innego państwa członkowskiego nie odgrywają tu roli ani nie są niezgodne z prawem Unii.

57 Żaden z interwenientów w niniejszej sprawie nie podniósł, że ma miejsce dyskryminacja między inwestorami zagranicznymi i krajowymi. Moim zdaniem ta różnica nie stanowi dyskryminacji, ponieważ odpowiada ona podwójnemu celowi interesu ogólnego polegającemu z jednej strony na wzajemnym utworzeniu ram ochrony dla inwestycji niderlandzkich na Słowacji i dla inwestycji słowackich w Niderlandach, a z drugiej strony na zachęcaniu do dokonywania i wspierania inwestycji między tymi dwoma państwami. Zobacz podobnie pkt 37–40 postanowienia nr 2017-749-DC Conseil constitutionnel z dnia 31 lipca 2017 r. dotyczącego Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony (JORF z dnia 18 sierpnia 2017 r., tekst 1).

58 Nadal pojawia się pytanie, czy z uwagi na klauzulę „sunset” owe BIT-y w dalszym ciągu wywołują skutki w odniesieniu do inwestycji dokonanych w okresie, w którym BIT-y te obowiązywały.



67. Sprawa, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424)<sup>59</sup>, dotyczyła odmowy przyznania przez władze niderlandzkie możliwości skorzystania z odliczenia od podatku majątkowego obywatelowi niemieckiemu, który zainwestował w nieruchomości położone w Niderlandach. D. podnosił istnienie dyskryminacji ze względu na to, że możliwość takiego odliczenia została przyznana obywatelom belgijskim, którzy dokonali podobnych inwestycji w Niderlandach, na podstawie art. 24 i 25 umowy podpisanej w dniu 19 października 1970 r. między rządem Królestwa Belgii a rządem Królestwa Niderlandów o unikaniu podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku oraz regulującej inne kwestie w dziedzinie podatków (zwanej dalej „UPO Niderlandy/Belgia”).

68. Trybunał przede wszystkim przypomniał, że „pytanie [...] sądu krajowego wychodzi z założenia, że nierezydent, taki jak D., nie znajduje się w sytuacji porównywalnej do sytuacji rezydenta niderlandzkiego. Pytanie zmierza do wyjaśnienia kwestii, czy można porównywać sytuację D. z sytuacją innego nierezydenta traktowanego w szczególności sposób na mocy umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania”<sup>60</sup>.

69. W tym względzie Trybunał orzekł, że „[o]koliczność, iż owe wzajemne prawa i obowiązki [zrodzone przez UPO Niderlandy/Belgia] znajdują zastosowanie jedynie wobec osób będących rezydentami jednego z dwóch umawiających się państw członkowskich, jest nieodłączną konsekwencją umów dwustronnych o zapobieganiu podwójnemu opodatkowaniu. Wynika z tego, że w zakresie podatku majątkowego nałożonego z tytułu posiadania nieruchomości położonych w Niderlandach rezydent belgijski nie znajduje się w tej samej sytuacji, co podatnik zamieszkały na stałe poza tym państwem”<sup>61</sup>.

70. Następnie Trybunał dodał, że „[z]asada, która została przewidziana w art. 25 ust. 3 umowy belgijsko-niderlandzkiej, nie powinna być rozpatrywana jako korzyść, która może zostać oderwana od pozostałej części umowy, lecz jako jej integralna część, przyczyniająca się do jej ogólnej równowagi”<sup>62</sup>.

71. Z wyroku tego wynika bezspornie nie tylko, że traktat FUE nie zawiera klauzuli największego uprzywilejowania (KNU), takiej jak ta, którą zawiera rzeczony BIT w art. 3 ust. 2<sup>63</sup>, ale też, że nie zachodzi dyskryminacja, w sytuacji gdy państwo członkowskie nie przyznaje podmiotom pochodzącym z innego państwa członkowskiego traktowania, które na mocy konwencji przyznaje obywatelom trzeciego państwa członkowskiego.

72. Okoliczność, że traktat FUE nie zawiera klauzuli KNU, została potwierdzona przez orzecznictwo Trybunału dotyczące art. 18 TFUE, zgodnie z którym „[art. 18 TFUE] wymaga doskonale równego traktowania osób znajdujących się w sytuacji regulowanej prawem [Unii] w porównaniu do obywateli danego państwa członkowskiego”<sup>64</sup>, czyli obywateli krajowych.

73. Moim zdaniem analogia pomiędzy niniejszą sprawą a sprawą, w której wydano wyrok z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424), jest dokładna, zważywszy, że porównanie dokonane przez Republikę Słowacką i Komisję dotyczy również dwóch inwestorów niesłowackich, jednego (w tym przypadku niderlandzkiego), który korzysta z ochrony przyznanej przez rzeczony BIT, i drugiego, któremu ta ochrona nie przysługuje.

59 Zobacz także podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2006 r., Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, pkt 84, 88–93); z dnia 20 maja 2008 r., Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, pkt 50, 51); a także z dnia 30 czerwca 2016 r., Riskin i Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, pkt 31).

60 Punkt 58 tego wyroku.

61 Punkt 61 tego wyroku.

62 Punkt 62 tego wyroku.

63 Zobacz pkt 200 i 201 niniejszej opinii.

64 Wyrok z dnia 2 lutego 1989 r., Cowan (186/87, EU:C:1989:47, pkt 10). Wyróżnienie moje. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 6 września 2016 r., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, pkt 29–33), w którym sytuacja A. Petruhhina została porównana z sytuacją obywatela przyjmującego go państwa członkowskiego.

74. Rozpatrywany BIT, tak jak UPO Niderlandy/Belgia, jest bowiem umową międzynarodową, której „zakres stosowania [...] jest ograniczony do wymienionych w niej osób fizycznych lub osób prawnych”<sup>65</sup>, to jest osób fizycznych mających obywatelstwo jednej z umawiających się stron oraz osób prawnych utworzonych na mocy ich prawa<sup>66</sup>.

75. Podobnie okoliczność, że wzajemne prawa i obowiązki zrodzone przez ów BIT stosują się wyłącznie do inwestorów z jednego z dwóch umawiających się państw członkowskich, jest nieodłączną konsekwencją dwustronnego charakteru BIT-ów. Wynika stąd, że inwestor spoza Niderlandów nie znajduje się w takiej samej sytuacji jak inwestor niderlandzki w odniesieniu do inwestycji w Słowacji.

76. Co więcej, tak samo jak art. 25 ust. 3 UPO Niderlandy/Belgia, do której odnosi się Trybunał w pkt 62 wyroku z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424), art. 8 tego BIT-u nie stanowi korzyści, którą można oddzielić od reszty owego BIT-u, lecz stanowi jej integralną część, do tego stopnia, że BIT bez takiego mechanizmu RSIP nie ma żadnego sensu, ponieważ nie zrealizowałaby swojego celu, którym jest zachęcanie do inwestycji zagranicznych i ich przyciąganie.

77. Jak bowiem Trybunał orzekł w pkt 292 opinii 2/15 (umowa o wolnym handlu z Singapurem) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376), postanowienie umowy o wolnym handlu z Republiką Singapuru, które wprowadza arbitraż międzynarodowy jako mechanizm RSIP, „nie może mieć charakteru czysto pomocniczego”. Według utrwalonego orzecznictwa arbitrażowe prawo inwestorów do wszczęcia arbitrażu międzynarodowego jest najbardziej istotnym unormowaniem w BIT-ach, ponieważ, pomimo proceduralnego charakteru jego treści, samo w sobie stanowi gwarancję, która motywuje do dokonywania inwestycji i je chroni<sup>67</sup>. Nie jest zatem wcale zaskakujące, że „dawne” BIT-y<sup>68</sup>, które nie zawierają mechanizmu RSIP równoważnego z art. 8 omawianego BIT-u, nie były bardzo przydatne dla inwestorów.

78. Komisja twierdzi jednak, że należy dokonać rozróżnienia pomiędzy niniejszą sprawą a sprawą, w której wydano wyrok z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424), z tego powodu, że ta ostatnia dotyczyła podatków<sup>69</sup>.

79. Moim zdaniem rozróżnienie to wcale nie jest przekonujące. Pragnę przede wszystkim zauważyć, że BIT-y są zbliżone do umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w zakresie, w jakim dotyczą one tych samych operacji gospodarczych, jednocześnie napływu i odpływu kapitału. Państwo może bowiem przyciągnąć napływ kapitału zagranicznego na swoje terytorium, przyznając wysoki poziom ochrony

65 Wyrok z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, pkt 54).

66 Zobacz art. 1 lit. b) rozpatrywanego BIT-u.

67 Zobacz podobnie Emilio Agustín Maffezini przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/97/7), postanowienie sądu z dnia 25 stycznia 2000 r. w przedmiocie zarzutów braku jurysdykcji, pkt 54, 55; Gas Natural SDG SA przeciwko Republice Argentyńskiej (sprawa ICSID nr ARB/03/10), postanowienie sądu z dnia 17 czerwca 2005 r. w przedmiocie zarzutów braku jurysdykcji, pkt 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA i InterAguas Servicios Integrales del Agua SA przeciwko Republice Argentyńskiej (sprawa ICSID nr ARB/03/17), postanowienie z dnia 16 maja 2006 r. w przedmiocie właściwości, pkt 59; Eastern Sugar BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa SH nr 088/2004), orzeczenie częściowe z dnia 27 marca 2007 r., pkt 165, 166; Rupert Joseph Binder przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 6 czerwca 2007 r. w przedmiocie właściwości, pkt 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL), postanowienie z dnia 30 kwietnia 2010 r. w przedmiocie właściwości, pkt 77, 78; Achmea BV (poprzednio Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008–13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, dopuszczalności i zawieszenia, pkt 264; WNC Factoring Ltd przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2014-34), orzeczenie z dnia 22 lutego 2017 r., pkt 300; Anglia Auto Accessories Limited przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2014/181), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 116; I.P. Busta i J.P. Busta przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2015/014), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 116.

68 Zobacz na przykład BIT-y Niemcy/Grecja (1961 r.), Włochy/Malta (1967 r.), Niemcy/Malta (1974 r.), Francja/Malta (1976 r.), Niemcy/Portugalia (1980 r.).

69 Komisja stara się wykazać, że w odróżnieniu od umowy o ochronie inwestycji dziedzina podatków pozostała w kompetencji czysto krajowej, powołując się w szczególności na wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), który wraz z innymi nie zabrania podwójnego opodatkowania w wymiarze prawnym. Zauważam, że umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania mają na celu właśnie udzielenie tej ochrony, która nie została ustanowiona w traktatach UE i FUE. To samo dotyczy BIT-ów, ponieważ zarówno w odniesieniu do ochrony inwestycji, jak i w odniesieniu do podatków bezpośrednich prawo Unii ma zastosowanie głównie poprzez przepisy z zakresu czterech podstawowych swobód przepływu.

prawnej inwestycjom w ramach danego BIT-u, a także przyznając korzyści podatkowe<sup>70</sup>. Podobnie jak w umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania, które nigdy nie zostały uznane za zasadniczo niezgodne z traktatami UE i FUE, wzajemność zobowiązań państw jest istotnym składnikiem BIT-ów<sup>71</sup>.

80. Co więcej, wbrew twierdzeniom Komisji, umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania pomiędzy państwami członkowskimi nie mają za podstawę prawną art. 293 tiret drugie WE. Gdyby tak było, na którym artykule powinny opierać się umowy negocjowane obecnie, zważywszy, że art. 293 WE nie pojawił się w traktacie z Lizbony?

81. Niezależnie od tego, nic nie wyklucza możliwości zastąpienia wewnątrzunijnych BIT-ów jednym BIT-em wielostronnym lub aktem Unii w oparciu o podział kompetencji między Unią i jej państwami członkowskimi, który znajdowałby zastosowanie do inwestorów ze wszystkich państw członkowskich, tak jak zaproponowały to w swoim nieformalnym dokumencie z dnia 7 kwietnia 2016 r. Republika Federalna Niemiec, Republika Francuska, Królestwo Niderlandów, Republika Austrii i Republika Finlandii<sup>72</sup>.

82. Z tych względów proponuję Trybunałowi, aby na pytanie trzecie odpowiedzieć, że mechanizm RSIP, taki jak ustanowiony w art. 8 rozpatrywanego BIT-u, który daje inwestorom niderlandzkim prawo do wniesienia skargi w drodze międzynarodowego arbitrażu przeciwko Republice Słowackiej, nie stanowi dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zakazanej przez art. 18 TFUE.

83. Trybunał powinien zbadać pytania prejudycjalne pierwsze i drugie, tylko jeżeli zgadza się z taką propozycją odpowiedzi.

### **C. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego**

84. W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 267 TFUE, jako kluczowy element systemu sądowego Unii, która gwarantuje strukturę kompetencyjną określoną w traktatach UE i FUE oraz autonomię systemu prawnego Unii, stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisu takiego jak art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja.

85. Pytanie to zbadam przed pytaniem pierwszym, ponieważ uważam, że sąd polubowny utworzony na podstawie art. 8 tego BIT-u jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, wspólnym dla obu państw członkowskich, a mianowicie Królestwa Niderlandów i Republiki Słowackiej, a zatem jest uprawniony do zwrócenia się do Trybunału w trybie prejudycjalnym. Oznaczałoby to automatycznie brak jakiegokolwiek niezgodności z art. 344 TFUE, co jest przedmiotem pierwszego pytania prejudycjalnego.

70 Konwencja pomiędzy Królestwem Niderlandów a Czechosłowacką Republiką Socjalistyczną na rzecz unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania unikaniu opodatkowania w dziedzinie podatków od dochodu i majątku, podpisana w Pradze dnia 4 marca 1974 r., przewiduje 10% podatku pobieranego u źródła od dywidend, 0% od odsetek i 5% od opłat licencyjnych.

71 Państwa negocjują w tym względzie szereg elementów, takich jak pojęcie inwestycji, ewentualne stosowanie klauzuli KNU do mechanizmu RSIP, ewentualną obecność klauzuli „carve-out” w odniesieniu do przepisów podatkowych i czas trwania klauzuli „sunset”.

72 Dostępne na stronie internetowej Transnational Institute: [https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf). To właśnie nastąpiło w dziedzinie podatków w niektórych dyrektywach, takich jak dyrektywy Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich (Dz.U. 2003, L 157, s. 49), Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (Dz.U. 2009, L 310, s. 34) oraz Rady 2011/96/UE z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich (Dz.U. 2011, L 345, s. 8), które stanowią w rzeczywistości wielostronne umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, a nie środki harmonizujące.

86. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby organ sądowy posiadał walor „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, należy wziąć pod uwagę szereg kryteriów, takich jak „ustawowa podstawa prawna danej instytucji, jej stały charakter, obligatoryjna jurysdykcja, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość”<sup>73</sup>. Ponadto konieczne jest też, aby „[p]rzed tym sądem zawisł spór i sąd ten [był] zobowiązany zająć stanowisko w postępowaniu mającym doprowadzić do rozstrzygnięcia o charakterze sądowym”<sup>74</sup>.

87. Na podstawie tych kryteriów sądy polubowne nie są automatycznie wyłączone z zakresu pojęcia „sądu państwa członkowskiego” w rozumieniu art. 267 TFUE. Chociaż bowiem Trybunał wielokrotnie odmawiał udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez arbitrów<sup>75</sup>, to również na podstawie badania konkretnych przypadków uznał za dopuszczalne pytania prejudycjalne przedłożone przez sądy polubowne w sprawach, w których zapadły wyroki z dnia 17 października 1989 r., *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383), i z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), a także postanowienie z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. W tych dwóch ostatnich przypadkach można dostrzec otwarcie kryteriów dopuszczalności z korzyścią dla arbitrażu między jednostką a państwem (wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754)<sup>76</sup> i arbitrażu międzynarodowego (postanowienie z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92)<sup>77</sup>.

89. Przejdę zatem do zbadania charakterystyki sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 tego BIT-u w świetle kryteriów wskazanych w pkt 86 niniejszej opinii. Moim zdaniem wszystkie te kryteria zostały w niniejszej sprawie spełnione<sup>78</sup>.

### **1. Ustawowa podstawa prawna sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u**

90. Większość spraw związanych z arbitrażem, które zostały przedłożone Trybunałowi, dotyczyła jedynie szczególnego rodzaju arbitrażu, czyli arbitrażu handlowego, w orzecznictwie Trybunału zwanego „tradycyjnym”, gdyż jego podstawą prawną jest zapis na sąd polubowny zawarty w umowie prywatnoprawnej<sup>79</sup>.

73 Wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r., *Beľow* (C-394/11, EU:C:2013:48, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także podobnie wyroki: z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 23); z dnia 6 października 2015 r., *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 17).

74 Wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r., *Beľow* (C-394/11, EU:C:2013:48, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 23).

75 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 23 marca 1982 r., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107); a także z dnia 27 stycznia 2005 r., *Denuit i Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69).

76 Chodziło o arbitraż pomiędzy podatnikiem i Republiką Portugalską w dziedzinie podatkowej.

77 Chodziło o arbitraż w odniesieniu do patentów farmaceutycznych, który miał charakter międzynarodowy w tym znaczeniu, że spór toczył się między spółką kanadyjską a dwiema spółkami portugalskimi, spółką angielską, spółką grecką i spółką niderlandzką.

78 Zobacz podobnie J. Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, 2015, vol. 32(4), *Journal of International Arbitration*, s. 367; P. Paschalidis, *Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice*, 2016, *Arbitration International*, s. 1; M. Szpunar, *Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU*, w: F. Ferrari (red.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, s. 85–123.

79 Zobacz w szczególności sprawę, w których zapadły wyroki: z dnia 23 marca 1982 r., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107); z dnia 25 lipca 1991 r., *Rich* (C-190/89, EU:C:1991:319); z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269); z dnia 27 stycznia 2005 r., *Denuit i Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69); z dnia 26 października 2006 r., *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675); z dnia 10 lutego 2009 r., *Allianz i Generali Assicurazioni Generali* (C-185/07, EU:C:2009:69); z dnia 13 maja 2015 r., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316); a także z dnia 7 lipca 2016 r., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526).

91. Istnieją też inne rodzaje arbitrażu. Poza arbitrażami przewidzianymi w art. 272 TFUE istnieje arbitraż między państwami członkowskimi na podstawie umowy międzynarodowej<sup>80</sup> oraz arbitraż pomiędzy jednostkami a państwami, przy czym te dwie ostatnie kategorie bardzo różnią się co do podstawy prawnej od arbitrażu pomiędzy jednostkami.

92. W takim przypadku źródłem właściwości sądu polubownego jest nie ustawa, lecz zapis na sąd polubowny zawarty w umowie.

93. Jest tak w szczególności w przypadku postępowania arbitrażowego, które doprowadziło do wydania wyroku z dnia 23 marca 1982 r., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), a dotyczyło umowy „flotowej” zawartej pomiędzy przedsiębiorstwami prywatnymi, mającej na celu, w ramach wspólnego planu budowy trzynastu statków-przetwórnicy na potrzeby rybołówstwa, podział pomiędzy nie wpływów finansowych, które otrzymałyby one od Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej (EFOGR). Sąd polubowny, przed który wniesiono skargę na mocy tej umowy, wyraził wątpliwości co do zgodności umowy z prawem Unii i zwrócił się do Trybunału w przedmiocie tej kwestii.

94. Trybunał stwierdził swój „brak właściwości”<sup>81</sup> ze względu na to, że sąd polubowny nie był sądem jednego z państw członkowskich w rozumieniu art. 267 TFUE – z dwóch powodów. W pierwszej kolejności „strony umowy nie mają prawnego ani faktycznego obowiązku powierzania ich sporów do rozstrzygnięcia przez sąd arbitrażowy”<sup>82</sup>, ponieważ dokonały owego wyboru w drodze umownej. W drugiej kolejności „niemieckie władze publiczne nie są włączone w proces podejmowania decyzji co do wyboru drogi polubownej ani [...] nie mają możliwości ingerencji z urzędu w przebieg postępowania przed sędzią sądu arbitrażowego”<sup>83</sup>.

95. Fakt, że źródłem właściwości kolegium arbitrażowego był zapis na sąd polubowny znajdujący się w umowie zawartej między konsumentem a biurem podróży, był wystarczający w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 27 stycznia 2005 r., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), aby wykluczyć to kolegium z zakresu pojęcia „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, niezależnie od tego, że zapis na sąd polubowny stanowił część warunków ogólnych określonych przez biuro podróży oraz że konsument nie mógł negocjować tego uregulowania.

96. Natomiast ustawowa podstawa prawna sądu polubownego, który powołano i do którego wniesiono skargę na mocy art. 8 tego BIT-u, nie może być kwestionowana. Ma ona swe źródło nie tylko w traktacie międzynarodowym, ale również w ustawach niderlandzkiej i czeskosłowackiej ratyfikujących ów BIT, za pośrednictwem których wszedł on do ich porządków prawnych. W przeciwieństwie do sprawy, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 23 marca 1982 r., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), udział władz publicznych w procesie podejmowania decyzji co do wyboru drogi arbitrażu, a także w samym postępowaniu arbitrażowym (ponieważ w niniejszej sprawie Republika Słowacka była stroną pozwaną) jest oczywisty.

97. Ocenę tę potwierdzają wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, i postanowienie z dnia 13 lutego 2014 r., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

80 Należy zauważyć, że niektóre umowy międzynarodowe zawarte między państwami członkowskimi przewidują, że prezes Trybunału będzie działać jako organ powołujący arbitrów w odniesieniu do sporów między państwami członkowskimi lub między podmiotem publicznym i tymi państwami członkowskimi. Zobacz podobnie art. 27 umowy między rządem Republiki Francuskiej a rządem Republiki Włoskiej o budowie i eksploatacji nowej linii kolejowej między Lyonem i Turynem, podpisanej w Rzymie w dniu 30 stycznia 2012 r. Moim zdaniem te sądy polubowne są również sądami jednego z państw członkowskich w rozumieniu art. 267 TFUE.

81 Moim zdaniem nie chodzi tu o właściwość, lecz o dopuszczalność.

82 Zobacz wyrok z dnia 23 marca 1982 r., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, pkt 11). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 27 stycznia 2005 r., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, pkt 13).

83 Zobacz wyrok z dnia 23 marca 1982 r., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, pkt 12). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 27 stycznia 2005 r., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, pkt 13).

98. Sąd polubowny, który zwrócił się do Trybunału w trybie prejudycjalnym w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), spełniał kryterium podstawy ustawowej, ponieważ prawo portugalskie przewidywało arbitraż jako sposób sądowego rozstrzygnięcia sporów w dziedzinie podatków i przyznawało sądom polubownym ogólną właściwość w dziedzinie podatków w zakresie oceny zgodności z prawem rozliczania wszystkich podatków<sup>84</sup>.

99. W ten sam sposób Trybunał orzekł, że sąd polubowny w sprawie, która doprowadziła do wydania postanowienia z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), spełniał kryterium ustawowej podstawy prawnej, ponieważ „[jego] właściwość [...] wynika nie z woli stron, lecz z [portugalskiej] ustawy nr 62/2011”<sup>85</sup>, która wprowadziła arbitraż jako mechanizm rozstrzygnięcia sporów dotyczących praw do własności przemysłowej dotyczących produktów leczniczych generycznych i referencyjnych.

## **2. Stały charakter sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u**

100. Arbitraż międzynarodowy może być arbitrażem instytucjonalnym, w którym postępowanie odbywa się w ramach instytucji arbitrażowej i jest przez nie prowadzone<sup>86</sup>, zgodnie z regulaminem tej instytucji i w zamian za wynagrodzenie, lub arbitrażem ad hoc, w którym strony same prowadzą postępowanie bez korzystania ze wsparcia instytucji arbitrażowej.

101. Jak wynika z pkt 25 i 26 wyroku z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754, i z pkt 24 postanowienia z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), kryterium stałości nie dotyczy składu sądu polubownego jako takiego, lecz instytucjonalizacji arbitrażu jako drogi rozwiązywania sporów. Innymi słowy, kryterium stałości powinno być oceniane przez pryzmat instytucji prowadzącej postępowanie arbitrażowe, a nie sądu polubownego, którego skład jest efemeryczny.

102. Podobnie Trybunał orzekł w pkt 26 wyroku z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), że „choć składy sędziowskie Tribunal Arbitral Tributário mają charakter doraźny i kończą swą działalność wraz ze sprawą, do rozstrzygnięcia której zostały powołane, niemniej jednak jako całość Tribunal Arbitral Tributário, będący elementem wspomnianego systemu, ma charakter stały”. System, do którego odnosi się Trybunał, to instytucja arbitrażowa Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

103. Poza tym w pkt 24 postanowienia z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), Trybunał orzekł, iż kryterium stałości zostało spełnione, ponieważ sąd polubowny „został ustanowiony na podstawie ustawy, ponieważ posiada on na stałe właściwość obowiązkową, a ponadto prawo krajowe określa i ustala mające zastosowanie ramy przepisów proceduralnych”, i to nawet jeżeli może przybierać różne formy, mieć różny skład i różne zasady proceduralne, zgodnie z wyborem stron, a nawet jeśli rozwiązuje się on po wydaniu orzeczenia.

104. W tamtej sprawie było oczywiste, że sąd polubowny był sądem ad hoc i że nie istniała instytucja arbitrażowa, która zapewniałaby jego stały charakter, lecz Trybunał wywnioskował stały charakter art. 2 ustawy portugalskiej nr 62/2011, który ustanawiał arbitraż jedynym środkiem prawnym do rozstrzygnięcia sporów w dziedzinie praw do własności przemysłowej dotyczących produktów leczniczych generycznych i referencyjnych.

<sup>84</sup> Zobacz pkt 24 tego wyroku.

<sup>85</sup> Zobacz pkt 19 tego postanowienia.

<sup>86</sup> Zobacz na przykład CPA w Hadze (Niderlandy), ICSID w Waszyngtonie, DC (Stany Zjednoczone Ameryki), SH w Szwecji, Międzynarodowa Izba Handlowa (ICC) w Paryżu (Francja) i Sąd Arbitrażu Międzynarodowego w Londynie (LCIA) (Zjednoczone Królestwo).

105. Taki sam wniosek można wywieść w odniesieniu do sądów polubownych, które zostały utworzone i do których wniesiono skargę stosownie do art. 8 rozpatrywanego BIT-u, ponieważ, tak jak w sprawach, w których wydano wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), oraz postanowienie z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), Królestwo Niderlandów i Republika Słowacka wprowadziły arbitraż jako drogę rozstrzygania sporów między jednym z nich a inwestorem z drugiego państwa członkowskiego.

106. Rzeczony BIT zawiera również inne elementy instytucjonalizacji arbitrażu.

107. Artykuł 8 ust. 4 tego BIT-u przyznaje bowiem prawo mianowania arbitrów Izbie Gospodarczej w Sztokholmie (SH), która jest stałą instytucją arbitrażową, a ust. 5 ustanawia stosowanie do postępowania arbitrażowego regulaminu UNCITRAL.

108. Co więcej, rozpatrywane w niniejszej sprawie postępowanie przed sądem polubownym toczyło się pod nadzorem stałej instytucji arbitrażowej. Stały Trybunał Arbitrażowy (CPA), z siedzibą w Hadze, utworzony na mocy konwencji o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych, zawartych w Hadze w 1899 r. i 1907 r.<sup>87</sup>, został wskazany jako instytucja pełniąca funkcję sekretariatu pismem w sprawie podziału zadań, podpisanym przez CPA i przez strony w postępowaniu głównym.

109. W związku z tym kryterium stałości wydaje mi się również spełnione.

### ***3. Obligatoryjna właściwość sądów polubownych powołanych na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u***

110. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „[obligatoryjnej właściwości sądu] brak jest [...] w ramach arbitrażu umownego, ponieważ strony umowy nie mają prawnego ani faktycznego obowiązku powierzania swoich sporów do rozstrzygnięcia przez sąd arbitrażowy, zaś władze publiczne danego państwa członkowskiego nie są ani włączone w proces podejmowania decyzji co do wyboru drogi arbitrażu, ani nie mają one możliwości ingerencji z urzędu w przebieg postępowania przed sędzią sądu arbitrażowego”<sup>88</sup>.

111. Oczywiście nie jest zaskakujące, że Trybunał orzekł, iż sądy polubowne w sprawach, w których wydano wyrok z dnia 17 października 1989 r., *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383), i postanowienie z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), spełniały przesłanki obligatoryjnej właściwości, ponieważ prawo duńskie i prawo portugalskie ustanowiły obowiązkową drogę arbitrażową.

112. Jednakże w sprawie, w której wydano wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), fakt, że droga arbitrażowa była fakultatywna i że podatnik postanowił wkroczyć na nią przeciwko Republice Portugalskiej, mimo że mógł zwrócić się bezpośrednio do sądu powszechnego, nie wykluczył sądu polubownego z zakresu pojęcia „sądu państwa członkowskiego” w rozumieniu art. 267 TFUE.

<sup>87</sup> Wszystkie państwa członkowskie Unii są stronami tych konwencji. W odniesieniu do niniejszej sprawy Królestwo Niderlandów jest państwem członkowskim CPA począwszy od jego utworzenia, podczas gdy Republika Słowacka została nim w 1993 r.

<sup>88</sup> Wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 27). Zobacz także podobne wyroki: z dnia 23 marca 1982 r., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107); z dnia 27 stycznia 2005 r. *Denuit i Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, pkt 13); a także postanowienie z dnia 13 lutego 2014 r., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92, pkt 17).

113. W rzeczywistości bowiem, według Trybunału „[jego] decyzje [były] wiążące dla stron na mocy art. 24 ust. 1 rozporządzenia z mocą ustawy nr 10/2011, [a] jego właściwość wynika[ła] [...] bezpośrednio z przepisów rozporządzenia z mocą ustawy nr 10/2011 i w konsekwencji nie [była] uzależniona od uprzedniego wyrażenia przez strony woli poddania sporu rozstrzygnięciu arbitrażowemu [...]. A zatem w przypadku gdy skarżący podatnik poddaje spór rozstrzygnięciu podatkowego sądu arbitrażowego, właściwość [tribunał arbitral] ma [...] charakter obligatoryjny dla organu podatkowego i celnego”<sup>89</sup>.

114. Podobnie jest w odniesieniu do sądów polubownych ustanowionych na mocy art. 8 rozpatrywanego BIT-u.

115. Ustęp 7 rzeczonego art. 8 stanowi, że orzeczenie sądu polubownego ustanowionego na mocy tego artykułu jest „ostateczne i *wiążące* dla stron sporu”<sup>90</sup>. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że orzeczenie wydane przez taki sąd polubowny jest wiążące dla wszystkich stron w rozumieniu orzecznictwa Trybunału.

116. Ponadto ust. 2 tego postanowienia brzmi następująco: „[k]ażda z Umawiających się Stron *zgadza się* niniejszym na to, że spory [między inwestorem i państwem] będą wnoszone do sądu polubownego, jeśli nie zostaną rozstrzygnięte ugodowo w terminie sześciu miesięcy od dnia, w którym jedna ze stron sporu wezwała do rozstrzygnięcia ugodowego”<sup>91</sup>.

117. Okoliczność, że inwestor może zdecydować o wejściu na drogę sądową albo przed sądami danego państwa członkowskiego, albo przed sądem polubownym<sup>92</sup>, nie ma wpływu na obligatoryjny charakter właściwości sądu polubownego, ponieważ decyzja ta przysługiwała również podatnikowi w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754).

118. Ponieważ Republika Słowacka udzieliła uprzednio zgody na przeprowadzenie arbitrażu, tak samo jak Republika Portugalska w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 12 czerwca 2014 r., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), jurysdykcja sądu polubownego ustanowionego zgodnie z art. 8 ust. 2 tego BIT-u ma charakter obligatoryjny dla tego państwa członkowskiego i dla inwestora.

119. W konsekwencji sądy polubowne ustanowione na mocy art. 8 rzeczonego BIT-u spełniają również kryterium obligatoryjnej właściwości.

#### ***4. Kontradyktoryjny charakter postępowania przed sądami polubownymi powołanymi na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u, stosowanie przez nie przepisów prawa przy rozstrzygnięciu sporów, które im podlegają, a także niezawisłość i bezstronność arbitrów***

120. Jeśli chodzi o kontradyktoryjność postępowania przed sądami polubownymi powołanymi na podstawie art. 8 rzeczonego BIT-u, należy zauważyć, że zgodnie z jego ust. 5 „[s]ąd polubowny ustala własne zasady postępowania zgodnie z regulaminem arbitrażowym (UNCITRAL)”<sup>93</sup>.

89 Punkt 29 tego wyroku. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 23).

90 Wyróżnienie moje.

91 Wyróżnienie moje.

92 Rzeczonego BIT nie zawiera klauzuli nieodwołalnego wyboru („fork-in-the-road”), która przewidywałaby, że gdy inwestor wybierze forum (sądy krajowe danego państwa lub międzynarodowy sąd polubowny), opcja, którą wybrał, staje się nieodwołalna.

93 Regulamin arbitrażowy jest dostępny na stronie internetowej UNCITRAL:  
[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/2010Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html).



121. Artykuł 15 ust. 1 rzeczonoego regulaminu w wersji z 1976 r., mającej zastosowanie w chwili zawarcia tego BIT-u, stanowił, że „[z] zastrzeżeniem przepisów regulaminu, sąd polubowny może prowadzić arbitraż tak, jak uzna to za właściwe, pod warunkiem że strony są traktowane na równi i że *na każdym etapie postępowania każda strona ma pełną możliwość dochodzenia swoich praw oraz podnoszenia zarzutów*”<sup>94</sup> [tłumaczenie nieoficjalne]. Gwarancja ta została powtórzona w art. 17 ust. 1 tego regulaminu, w wersjach z 2010 r. i 2013 r.

122. Przestrzeganie zasady kontrydiktoryjności jest również zapewnione przez szereg przepisów tego regulaminu, które odnoszą się do wymiany pism, organizacji rozprawy i udziału w niej stron, a także do zamknięcia ustnego etapu postępowania, a mianowicie przez art. 18–20, 22, 24, 25 i 29 regulaminu z 1976 r. i art. 20–22, 24, 28 i 31 regulaminu zmienionego w 2010 r. i 2013 r.

123. W przedmiocie kryterium stosowania przez sądy polubowne przepisów prawa art. 8 ust. 6 rzeczonoego BIT-u stanowi, że „[s]ąd polubowny orzeka co do prawa”, i wskazuje na szereg przepisów prawa, które sąd powinien brać pod uwagę. Możliwość orzeczenia *ex aequo et bono* jest zatem wykluczona.

124. Jeśli chodzi wreszcie o kryterium niezawisłości i bezstronności, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że „gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia zasad – w szczególności co do składu organu, mianowania, okresu trwania kadencji oraz powodów wyłączenia i odwołania jego członków – pozwalających wykluczyć, w przekonaniu podmiotów prawa, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz co do neutralności w odniesieniu do sprzecznych ze sobą interesów [...]. Aby uznać, że organ odsyłający spełnia warunki dotyczące niezawisłości, orzecznictwo wymaga w szczególności, aby przypadki odwołania członków tego organu były oparte na wyraźnych przepisach ustawowych”<sup>95</sup>.

125. Pragnę przede wszystkim zauważyć, że Trybunał nie zakwestionował niezawisłości i bezstronności arbitrów w żadnej z rozpatrywanych spraw, a także że regulamin arbitrażowy UNCITRAL gwarantuje niezawisłość i bezstronność arbitrów, nakładając na nich jednoznaczny obowiązek wskazania wszystkich okoliczności mogących powodować powstanie uzasadnionych wątpliwości co do ich bezstronności lub niezawisłości<sup>96</sup> oraz wprowadzając procedurę wyłączenia arbitrów w sytuacji, gdy istnieją podobne okoliczności<sup>97</sup>.

126. Z powyższego wynika, że sądy polubowne powołane na mocy art. 8 rozpatrywanego BIT-u stanowią sądy w rozumieniu art. 267 TFUE, lecz czy są również sądami „jednego z państw członkowskich” w rozumieniu tego postanowienia?

127. Moim zdaniem tak właśnie jest.

128. Zagadnienie waloru sądu międzynarodowego powołanego w ramach organizacji międzynarodowej stworzonej przez traktat międzynarodowy zawarty pomiędzy państwami członkowskimi było rozpatrywane w odniesieniu do Trybunału Sprawiedliwości Beneluxu w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 4 listopada 1997 r., *Parfums Christian Dior* (C-337/95, EU:C:1997:517).

94 Wyróżnienie moje.

95 Wyrok z dnia 9 października 2014 r., *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo). Należy wyjaśnić, że w przeciwieństwie do sędziów, arbitrzy nie są zatrudnieni na stałych stanowiskach. W prawie międzynarodowego sądownictwa arbitrażowego nie ma zatem reguł odwoływania arbitrów.

96 Zobacz art. 9 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL z 1976 r. i art. 11 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL z 2010 r. i 2013 r.

97 Zobacz art. 10–12 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL z 1976 r. i art. 12 i 13 regulaminu arbitrażowego UNCITRAL z 2010 r. i 2013 r. Zobacz także wytyczne *Association internationale des barreaux* (AIB) w przedmiocie istnienia konfliktu interesów w arbitrażu międzynarodowym (dostępne na stronie internetowej AIB [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)), które doprecyzowują przesłanki wystąpienia konfliktu interesów mogących prowadzić do wyłączenia arbitrów.

129. W wyroku tym Trybunał orzekł, że „nie ma wystarczających przyczyn, dla których sąd, właściwy dla kilku państw członkowskich, miałby być pozbawiony prawa do przedstawiania pytań Trybunałowi na tej samej zasadzie, co sądy któregokolwiek z tych państw członkowskich”<sup>98</sup>.

130. Jest tak również w przypadku sądów polubownych powołanych na mocy art. 8 rozpatrywanego BIT-u, ponieważ zostały one wprowadzone jako mechanizm rozwiązywania sporów przez Królestwo Niderlandów i Republikę Słowacką.

131. Z tych względów proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytanie drugie, że art. 267 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie postanowieniu takiemu jak art. 8 rozpatrywanego BIT-u, pozwalającemu na rozstrzygnięcie sporów między inwestorami i państwem przez sąd polubowny, który powinien być uznany za „sąd jednego z państw członkowskich” w rozumieniu art. 267 TFUE.

#### **D. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego**

132. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 344 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu postanowień wewnątrzunijnych BIT-ów, takich jak art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, które umożliwiają rozstrzygnięcie przez sąd polubowny sporów między państwami i inwestorami.

133. Na wstępie należy zauważyć, że jeżeli Trybunał uzna, tak jak proponuję, że sądy polubowne ustanowione na mocy art. 8 owego BIT-u są sądami państw członkowskich w rozumieniu art. 267 TFUE, stają się one w ten sposób podmiotami dialogu sądowego, o którym mowa w pkt 176 opinii 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454). W konsekwencji wszczęcie sporu na drodze arbitrażu międzynarodowego zgodnie z warunkami określonymi w art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja nie może naruszać postanowień art. 344 TFUE ani struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE i tym samym autonomii systemu prawnego Unii.

134. W takim bowiem przypadku sądy polubowne są zobowiązane, pod rygorem nieważności ze względu na sprzeczność z porządkiem publicznym, przestrzegać zasad ustanowionych przez Trybunał w pkt 65–70 opinii 1/09 (porozumienie ustanawiające jednolity system rozstrzygnięcia sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123) oraz w pkt 157–176 opinii 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454), a w szczególności zasady pierwszeństwa prawa Unii<sup>99</sup> w stosunku do praw państw członkowskich oraz zobowiązań międzynarodowych przyjętych przez państwa członkowskie, bezpośredniej skuteczności szeregu przepisów znajdujących zastosowanie do pochodzących z nich jednostek i ich samych, wzajemnego zaufania między nimi w związku z uznawaniem wspólnych wartości, na których opiera się Unia, a także poszanowanie w pełni i w całości prawa Unii.

<sup>98</sup> Punkt 21. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 14 czerwca 2011 r., *Miles i in.* (C-196/09, EU:C:2011:388, pkt 40).

<sup>99</sup> Szereg sądów polubownych rozstrzygających spory między inwestorami pochodzącymi z Unii i państwami członkowskimi, w tym sąd polubowny w niniejszej sprawie, uznało już pierwszeństwo prawa Unii. Zobacz *Achmea BV* (dawniej *Eureko BV*) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 289; *Electrabel SA* przeciwko Węgrom (sprawa ICSID nr ARB/07/19), postanowienie z dnia 30 listopada 2012 r. w przedmiocie właściwości, prawa właściwego i odpowiedzialności, pkt 4.189–4.191; *Charanne BV i Construction Investments Sàrl* przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa SH nr 062/2012), orzeczenie końcowe z dnia 21 stycznia 2016 r., pkt 439, 443; a także *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl* przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/30), postanowienie z dnia 6 czerwca 2016 r. w przedmiocie właściwości, pkt 72 (inaczej byłoby, gdyby inwestorzy pochodzili z państw trzecich, zob. pkt 74–76).

135. Ponadto niestosowanie lub nieprawidłowe zastosowanie prawa Unii przez sądy polubowne ustanowione przez państwa członkowskie nie tylko pociąga za sobą odpowiedzialność odnośnych państw członkowskich zgodnie z wyrokiem z dnia 30 września 2003 r., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), ponieważ to właśnie one je ustanowiły, ale również mogłyby prowadzić do stwierdzenia uchybienia zobowiązaniom ze strony tych państw członkowskich zgodnie z art. 258 i 259 TFUE<sup>100</sup>.

136. Gdyby Trybunał orzekł jednak, że sądy polubowne ustanowione na mocy art. 8 tego BIT-u nie są sądami państw członkowskich w rozumieniu art. 267 TFUE, należałoby jeszcze zbadać, czy art. 344 TFUE sprzeciwia się stosowaniu art. 8 owego BIT-u oraz czy jest on ewentualnie niezgodny ze strukturą kompetencyjną określoną w traktatach UE i FUE oraz autonomią systemu prawnego Unii.

137. Z tych względów trzeba przeprowadzić trzy analizy, z których druga jest potrzebna wyłącznie wtedy, gdy pierwsza da odpowiedź twierdzącą, a trzecia tylko wtedy, gdy na pytanie pierwsze lub drugie zostanie udzielona odpowiedź przecząca:

- Czy spór między inwestorem a państwem członkowskim, taki jak ten, o którym mowa w art. 8 rozpatrywanego BIT-u, jest objęty art. 344 TFUE?
- Czy przedmiot takiego sporu pozwala uznać go za „dotyczący wykładni lub stosowania traktatów” w rozumieniu art. 344 TFUE?
- Czy skutkiem rzeczonoego BIT-u, w świetle jego celu, jest naruszenie postanowień struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE i tym samym autonomii systemu prawnego Unii?

***1. Czy spór między inwestorem a państwem członkowskim, taki jak ten, o którym mowa w art. 8 rozpatrywanego BIT-u, jest objęty art. 344 TFUE?***

138. Moim zdaniem odpowiedź powinna być, z następujących powodów, przecząca.

139. Zgodnie z art. 344 TFUE „[p]aństwa członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana”.

140. Trybunał miał często okazję dokonywania wykładni art. 344 TFUE i wypowiedzania się w przedmiocie zgodności z tym postanowieniem umów międzynarodowych, nawet jeśli chodziło o umowy międzynarodowe zawarte przez Unię i jej państwa członkowskie z państwami trzecimi<sup>101</sup>.

100 Zobacz podobnie *Electrabel SA przeciwko Węgrom* (sprawa ICSID nr ARB/07/19), postanowienie z dnia 30 listopada 2012 r. w sprawie własności, prawa właściwego i odpowiedzialności, pkt 4.160–4.162.

101 Zobacz opinia 1/91 (porozumienie EOG – I) z dnia 14 grudnia 1991 r. (EU:C:1991:490); opinia 1/92 (porozumienie EOG – II) z dnia 10 kwietnia 1992 r. (EU:C:1992:189); opinia 2/94 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 28 marca 1996 r., (EU:C:1996:140); opinia 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123); opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454). Zobacz także wyrok z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345).

141. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, „umowa międzynarodowa nie może naruszać struktury kompetencyjnej określonej w traktatach i tym samym autonomii systemu prawnego Unii, nad której przestrzeganiem czuwa Trybunał. Zasada ta została w szczególności wyrażona w art. 344 TFUE, zgodnie z którym państwa członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w tych traktatach przewidziana”<sup>102</sup>.

142. Zdaniem Trybunału art. 344 TFUE nakłada na państwa członkowskie zobowiązanie „do odwołania się do sądownictwa [Unii] i do poszanowania wyłącznej kompetencji Trybunału, która jest jego podstawową cechą [i którą] należy rozumieć jako szczególny wyraz ich generalnego zobowiązania do lojalności wynikającego z art. [4 ust. 3 TUE]”<sup>103</sup>.

143. Na wstępie należy zauważyć, że sąd polubowny, który wydał orzeczenie arbitrażowe będące przedmiotem sprawy w postępowaniu głównym, szczegółowo zbadał argumenty Republiki Słowackiej i Komisji oparte na art. 344 TFUE. W tym względzie orzekł na podstawie wyroku z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345), że spory pomiędzy różnymi inwestorami oraz umawiającymi się państwami, będącymi stronami BIT-u, nie podlegają art. 344 TFUE<sup>104</sup>.

144. Republika Słowacka, wspierana przez szereg państw członkowskich oraz przez Komisję, kwestionuje tę ocenę sądu polubownego. Jej zdaniem art. 344 TFUE powinien być interpretowany w sposób rozszerzający, tak aby miał on zastosowanie do sporów między jednostką a państwem członkowskim, w szczególności w świetle jego brzmienia, które – w przeciwieństwie do art. 273 TFUE – nie ogranicza wyraźnie jego zakresu stosowania do sporów „między państwami członkowskimi”.

145. Nie podzielam tego poglądu.

146. Z orzecznictwa Trybunału jasno wynika, że spory między różnymi państwami członkowskimi<sup>105</sup> oraz między państwami członkowskimi a Unią<sup>106</sup> są objęte zakresem stosowania art. 344 TFUE. Natomiast spory pomiędzy jednostkami nie są objęte tym zakresem, nawet jeśli sąd wezwany do ich rozstrzygnięcia jest zobowiązany do wzięcia pod uwagę i stosowania prawa Unii.

147. W istocie bowiem, jak Trybunał orzekł już w odniesieniu do projektu porozumienia w sprawie europejskiego i wspólnotowego sądu patentowego, „[u]tworzeniu europejskiego i wspólnotowego sądu patentowego nie może także 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 miałyby zostać przyznana europejskiemu i wspólnotowemu sądowi patentowemu, dotyczyłaby jedynie związanych z patentami sporów między jednostkami”<sup>107</sup>.

102 Opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 201). Zobacz także podobnie opinia 1/91 (porozumienie o EOG – I) z dnia 14 grudnia 1991 r. (EU:C:1991:490, pkt 35); a także wyroki: z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345, pkt 123); z dnia 3 września 2008 r., Kadi i Al Barakaat International Foundation/Rada i Komisja (C-402/05 P i C-415/05 P, EU:C:2008:461, pkt 282).

103 Wyrok z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345, pkt 169).

104 Zobacz Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 276. Zobacz także podobnie European American Investment Bank AG przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2010-17), orzeczenie z dnia 22 października 2012 r. w przedmiocie właściwości, pkt 248–267; Electrabel SA przeciwko Węgrom (sprawa ICSID nr ARB/07/19), postanowienie z dnia 30 listopada 2012 r. w przedmiocie właściwości, prawa właściwego i odpowiedzialności, pkt 4.150–4.152; Charanne BV i Construction Investments Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa SH nr 062/2012), orzeczenie końcowe z dnia 21 stycznia 2016 r., pkt 441–445; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/30), postanowienie z dnia 6 czerwca 2016 r. w przedmiocie właściwości, pkt 80; Eiser Infrastructure Limited i Energia Solar Luxembourg Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/36), orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r., pkt 204.

105 Zobacz wyrok z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345, pkt 128).

106 Zobacz opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 202, 205).

107 Opinia 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123). Wyróżnienie moje.

148. W odniesieniu do sporu pomiędzy jednostkami a państwami członkowskimi Komisja podnosi, że system sądowiczy Unii w rozumieniu opinii 1/91 (porozumienie o EOG – I) z dnia 14 grudnia 1991 r. (EU:C:1991:490) obejmuje również skargi wniesione przez podmioty prywatne przeciwko Urzędowi Nadzoru Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) w dziedzinie konkurencji<sup>108</sup>.

149. Jednakże skargi te nie były skierowane przeciwko państwu członkowskiemu, a w każdym razie w opinii Trybunału nie ma żadnego fragmentu, który pozwalałby twierdzić, że Trybunał uznał, iż ten szczególny aspekt projektu Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) był problematyczny.

150. Należy również podkreślić, że Unia miała stać się stroną porozumienia, którego dotyczyła ta opinia, i że w związku z tym porozumienie to miało stać się częścią prawa Unii, co oczywiście nie zachodzi w przypadku rozpatrywanego BIT-u. Ponadto, jak jasno wynika z pkt 13–29 tej opinii, Trybunał był zaniepokojony istnieniem ryzyka systemowego zrodzonego przez art. 6 projektu porozumienia dla jednolitości wykładni i stosowania prawa w EOG<sup>109</sup>, a nie faktem, że skargi wniesione w sprawach z zakresu konkurencji przez jednostki przeciwko Urzędowi Nadzoru EFTA należałyby do jurysdykcji sądu znajdującego się poza zakresem systemu sądowego Unii.

151. Opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454) ma w tym zakresie szczególne znaczenie, gdyż nawet jeśli art. 6 ust. 2 TUE przewiduje przystąpienie Unii do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”), to byłby on niezgodny z art. 344 TFUE, gdyby spory pomiędzy jednostkami a państwami członkowskimi, będące najbardziej typowymi sporami przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, należały do zakresu tego przepisu.

152. To właśnie z tego powodu w pkt 201–214 tej opinii Trybunał zbadał pod kątem art. 344 TFUE wyłącznie spory między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a Unią<sup>110</sup>, chociaż był świadom faktu, że w wyniku przystąpienia do EKPC Unia będzie związana art. 34 zdanie pierwsze tej konwencji, który stanowi, że Europejski Trybunał Praw Człowieka „może przyjmować skargi każdej osoby, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, która uważa, że stała się ofiarą naruszenia przez jedną z [układających się stron] praw zawartych w niniejszej konwencji lub jej protokołach”<sup>111</sup>.

153. Z tych względów uważam, że spór między inwestorem a państwem członkowskim, taki jak ten, o którym mowa w art. 8 rozpatrywanego BIT-u, nie jest objęty zakresem stosowania art. 344 TFUE.

154. Wniosku tego nie może osłabić argument Komisji, według którego spory między inwestorami i państwami członkowskimi są w istocie sporami między państwami członkowskimi, ponieważ wszczynając postępowanie arbitrażowe przeciwko państwu członkowskiemu na podstawie postanowienia takiego jak art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, inwestor nie wykonuje uprawnienia, które mu przysługuje, lecz wyłącznie prawo, które rozpatrywany BIT daje jego państwu pochodzenia.

<sup>108</sup> Zobacz pkt 6 tej opinii.

<sup>109</sup> Artykuł 6 projektu porozumienia stanowił, że postanowienia porozumienia powinny – przy wprowadzaniu ich w życie i stosowaniu – być interpretowane zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej *sprzed* dnia podpisania porozumienia, dotyczącym odpowiednich postanowień traktatu EWG, traktatu EWWiS i aktów pochodnych, co oczywiście powodowało ryzyko zaistnienia rozbieżności między orzecznictwem Trybunału i Trybunału EOG. Zobacz opinia 1/91 (porozumienie o EOG – I) z dnia 14 grudnia 1991 r. (EU:C:1991:490, pkt 6, 25–29).

<sup>110</sup> Zobacz w szczególności pkt 204, 205, 207 i 212.

<sup>111</sup> Zobacz opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 17, 18).

155. Komisja opiera się w tym względzie na dwóch orzeczeniach arbitrażowych przytoczonych w pkt 81 jej uwag na piśmie<sup>112</sup>. Jednakże jej stanowisko jest sprzeczne z tym samym orzecznictwem arbitrażowym<sup>113</sup>, a w każdym razie daleko mu do uzyskania powszechnej aprobaty<sup>114</sup>.

156. W prawie międzynarodowym jest bowiem bezspornie przyjęte, że postanowienia umowy międzynarodowej mogą, pod pewnymi warunkami, przyznawać prawa jednostkom<sup>115</sup>. Podobnie szereg sądów polubownych<sup>116</sup> oraz państwowych<sup>117</sup> orzekł, że BIT-y przyznawały bezpośrednio prawa inwestorom<sup>118</sup>.

157. Jest tak w przypadku art. 3 rozpatrywanego BIT-u, którego naruszenie zostało stwierdzone przez sąd polubowny w orzeczeniu arbitrażowym rozpatrywanym w postępowaniu głównym, ponieważ wskazuje on w sposób wyraźny inwestorów z umawiających się stron jako uprawnionych do bycia traktowanymi w sposób uczciwy i sprawiedliwy, a także do traktowania na warunkach klauzuli największego uprzywilejowania.

158. Ponadto prawo mające zastosowanie do sporów, o których mowa w art. 8 ust. 6 rozpatrywanego BIT-u<sup>119</sup>, jest odmienne od prawa mającego zastosowanie do sporów między oboma państwami będącymi stronami tego BIT-u, zgodnie z jego art. 10 ust. 7<sup>120</sup>.

112 Zobacz Loewen Group i Raymond L. Loewen przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki [sprawa ICSID nr ARB(AF)/98/3], orzeczenie z dnia 26 czerwca 2003 r., pkt 233; Archer Daniels Midland Company i Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. przeciwko Meksykańskiemu Stanom Zjednoczonym [sprawa ICSID nr ARB(AF)/04/05], orzeczenie z dnia 21 listopada 2007 r., pkt 178.

113 Zobacz Loewen Group i Raymond L. Loewen przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki [sprawa ICSID nr ARB(AF)/98/3], orzeczenie z dnia 26 czerwca 2003 r., pkt 223, w którym sąd polubowny uznał, że rozdział 11 Północnoamerykańskiego układu wolnego handlu (NAFTA) jest elementem stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego w zakresie, w jakim umożliwia inwestorowi dochodzenie *swoich własnych praw* oraz poddanie *swojego żądania* pod arbitraż międzynarodowy („Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration”).

114 Zobacz Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, s. 17–38.

115 Poza przykładem traktatu FUE i EKPC można wskazać konwencję wiedeńską z dnia 24 kwietnia 1963 r. o stosunkach konsularnych. Zobacz podobnie wyrok z dnia 27 czerwca 2001 r., sprawa LaGrand (Niemcy przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki), CIJ, Recueil 2001, s. 466, pkt 78.

116 Zobacz podobnie American Manufacturing & Trading Inc. przeciwko Republice Zairu (sprawa ICSID nr ARB/93/1), orzeczenie z dnia 21 lutego 1997 r., pkt 6.06; CMS Gas Transmission Company przeciwko Republice Argentyny (sprawa ICSID nr ARB/01/8), postanowienie sądu z dnia 17 lipca 2003 r. w przedmiocie zarzutów przeciwko własności, pkt 45; Corn Products International, Inc. przeciwko Meksykańskiemu Stanom Zjednoczonym [sprawa ICSID nr ARB(AF)/04/01], orzeczenie z dnia 15 stycznia 2008 r., pkt 174–176; Cargill Inc. przeciwko Meksykańskiemu Stanom Zjednoczonym [sprawa ICSID nr ARB(AF)05/2], orzeczenie z dnia 18 września 2009 r., pkt 424–426; European American Investment Bank AG przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2010-17), orzeczenie z dnia 22 października 2012 r. w przedmiocie własności, pkt 445. Zobacz także podobnie G. Burdeau, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat*, 1995, *Revue de l'arbitrage*, s. 3–12; J. Paulsson, *Arbitration Without Privity*, 1995, vol. 10, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, s. 232–256; T. Wälde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty*, 1996, *Arbitration International*, s. 429, 435–437; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, s. 32–38.

117 Zobacz Occidental Exploration & Production Company przeciwko Republice Ekwadoru [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, pkt 22, gdzie Court of Appeal (England & Wales) [sąd apelacyjny (Anglia i Walia), Zjednoczone Królestwo] określił pkt 233 orzeczenia z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie arbitrażowej Loewen Group & Raymond L. Loewen przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki [sprawa ICSID nr ARB(AF)/98/3] jako „kontrowersyjny”, dodając, że ów sąd nie podziela wykładni przyjętej w tym orzeczeniu, zgodnie z którą BIT-y dawały prawa nie inwestorom, lecz państwom ich pochodzenia.

118 Prawdą jest, że BIT-y systematycznie zawierają zapisy na sąd polubowny w odniesieniu do sporów między umawiającymi się państwami (w niniejszej sprawie zob. art. 10 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja). Jednakże zgodnie z moją wiedzą od zawarcia pierwszego BIT-u w 1959 r. takie postępowanie arbitrażowe pomiędzy państwami nigdy nie miało miejsca. Jest tak z pewnością w przypadku BIT-ów między państwami członkowskimi.

119 Zgodnie z tym postanowieniem „[s]ąd polubowny orzeka co do prawa, biorąc pod uwagę w szczególności, lecz nie wyłącznie: obowiązujące prawo odnośnej Układającej się Strony; postanowienia niniejszej umowy oraz wszelkich innych istotnych umów między Układającymi się Stronami; postanowienia umów szczególnych dotyczących inwestycji; ogólne zasady prawa międzynarodowego”.

120 „Sąd orzeka na podstawie niniejszej umowy, jak również na podstawie innych istotnych umów między obiema stronami, ogólnych zasad prawa międzynarodowego i ogólnych zasad prawa, które w opinii sądu mają zastosowanie. Powyższe postanowienia pozostają bez uszczerbku dla uprawnień sądu do orzeczenia ex aequo et bono, jeżeli strony się na to zgadzają” („The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree”).

159. Stwierdzam zatem, że spór między inwestorem a państwem członkowskim, taki jak ten, o którym mowa w art. 8 rozpatrywanego BIT-u, nie jest objęty zakresem stosowania art. 344 TFUE, co likwiduje potrzebę rozpatrywania kwestii tego, czy jest to spór „dotyczący wykładni lub stosowania traktatów [UE i FUE]”. Na wypadek gdyby Trybunał nie podzielił mojego wniosku w odniesieniu do pierwszej z tych kwestii, zanalizuję również to pytanie.

## **2. Czy rozpatrywany spór to spór „dotyczący wykładni lub stosowania traktatów”?**

160. Powołując się na pkt 140, 149 i 151–153 wyroku z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345), sąd odsyłający wskazuje, że naruszenie art. 344 TFUE może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy rozpatrywane orzeczenie arbitrażowe ma za przedmiot wykładnię lub stosowanie przepisów prawa Unii, co zdaniem sądu nie ma miejsca w przypadku orzeczenia arbitrażowego będącego przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.

161. Republika Słowacka, wspierana przez szereg państw członkowskich oraz przez Komisję, kwestionuje tę ocenę sądu odsyłającego. Uważa ona, że art. 344 TFUE ma zastosowanie do sporu takiego jak ten między spółką Achmea i Republiką Słowacką, ponieważ dotyczy on zarówno wykładni, jak i stosowania traktatów UE i FUE, w tym również w rozumieniu wyroku z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Nie podzielam tego poglądu.

163. Prawdą jest, że w wyroku z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345), i w opinii 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454), Trybunał orzekł, że spory dotyczą wykładni lub stosowania traktatów UE i FUE, nawet jeśli są objęte umowami międzynarodowymi (mianowicie, odpowiednio, Konwencją Narodów Zjednoczonych o prawie morza, zawartą w Montego Bay w dniu 10 grudnia 1982 r., i EKPC).

164. Niemniej jednak było tak tylko ze względu na to, że Unia była stroną spornej umowy (Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza), a zatem stanowiła ona część porządku prawnego Unii, względnie przewidziano, iż przystąpi do spornej umowy (EKPC), która zatem stanie się częścią porządku prawnego Unii.

165. Jak bowiem Trybunał orzekł w pkt 126 i 127 wyroku z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345):

„Jak zostało ustalone, postanowienia Konwencji [Narodów Zjednoczonych o prawie morza] mające zastosowanie w sporze dotyczącym zakładu MOX wchodzą w zakres kompetencji Unii, którą wykonała ona, przystępując do tej konwencji, w związku z czym postanowienia stanowią integralną część [unijnego] porządku prawnego.

W niniejszym przypadku chodzi więc o spór dotyczący wykładni i stosowania traktatu [FUE] w rozumieniu art. [344 TFUE]”.

166. Podobnie w opinii 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454) Trybunał orzekł, że „EKPC będzie stanowić integralną część prawa Unii. W konsekwencji, w sytuacji gdy kwestionowane jest prawo Unii, Trybunał jest wyłącznie właściwy do rozpoznawania wszelkich sporów między państwami członkowskimi oraz między nimi a Unią w przedmiocie przestrzegania tej konwencji”. Na tej podstawie Trybunał orzekł, że przystąpienie Unii do EKPC może naruszać art. 344 TFUE<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Zobacz pkt 205–214 opinii.

167. Jednakże w przeciwieństwie do spornych umów w sprawach, w których wydano wyrok z dnia 30 maja 2006 r., Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345), oraz opinię 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454), Unia nie jest stroną rozpatrywanego BIT-u, który zatem nie stanowi części porządku prawnego Unii, a właśnie to kryterium zostało określone w tych dwóch orzeczeniach Trybunału.

168. W konsekwencji wyłączna właściwość Trybunału ustanowiona w art. 344 TFUE nie jest kwestionowana.

169. Stwierdzenia tego nie podważa argument Komisji, zgodnie z którym prawo Unii jest elementem prawa mającego zastosowanie do sporów między inwestorami i państwami będącymi stronami rozpatrywanego BIT-u, ani fakt, że w niniejszej sprawie Achmea podniosła w postępowaniu arbitrażowym naruszenie prawa Unii.

170. W tym względzie sąd polubowny w niniejszej sprawie orzekł, że „[n]ie dość, że nie było przeszkód w uwzględnieniu i zastosowaniu prawa Unii, sąd [miał obowiązek] zastosować je w zakresie, w jakim jest ono częścią prawa właściwego, czy to zgodnie z art. 8 BIT-u, w świetle prawa niemieckiego, czy z innego powodu”<sup>122</sup>. Sąd dodał, że Trybunał posiada „monopol wykładni ostatecznej i kształtującej prawo Unii”<sup>123</sup>.

171. Dodam, że sąd polubowny utworzony na podstawie art. 8 rozpatrywanego BIT-u może mieć również obowiązek zastosowania prawa Unii zgodnie z art. 3 ust. 5 tego BIT-u, który stanowi między innymi, że jeżeli traktat, który zostanie w przyszłości zawarty między stronami<sup>124</sup>, będzie zawierał postanowienia, czy to ogólne, czy szczególne, przyznające inwestycjom inwestorów drugiej umawiającej się strony bardziej korzystne traktowanie aniżeli to, które przewiduje rzeczony BIT, uregulowania te będą miały pierwszeństwo wobec owego BIT-u, w zakresie, w jakim będą bardziej korzystne<sup>125</sup>.

172. Co więcej, traktaty UE i FUE należą w każdym razie do postanowień prawa, które sądy polubowne powinny brać pod uwagę, nawet w braku postanowienia takiego jak art. 8 ust. 6 rozpatrywanego BIT-u, ze względu na to, że obowiązek ten wynika, w braku odmiennych postanowień, z art. 31 ust. 3 lit. b) i c) konwencji wiedeńskiej<sup>126</sup>.

173. Jednak okoliczność, że prawo Unii jest częścią prawa właściwego mającego zastosowanie do sporów między inwestorami i państwami zgodnie z art. 8 ust. 6 BIT-u, nie oznacza, że spory te dotyczą wykładni lub stosowania traktatów UE i FUE, a to z dwóch powodów: w pierwszej kolejności właściwość sądu polubownego ogranicza się do orzekania w przedmiocie naruszeń rozpatrywanego BIT-u, a w drugiej kolejności zakres stosowania tego BIT-u i normy prawne przez niego wprowadzone nie są identyczne z zakresem i normami traktatów UE i FUE.

122 Achmea BV (dawniej Eureka BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie w przedmiocie właściwości, dopuszczalności i zawieszenia z dnia 26 października 2010 r., pkt 281 [„Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise”]. Zob. także podobnie Isolux Infrastructure Netherlands B.V. przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa SH V 2013/153), orzeczenie z dnia 12 lipca 2016 r., pkt 654.

123 Achmea BV (dawniej Eureka BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie w przedmiocie właściwości, dopuszczalności i zawieszenia z dnia 26 października 2010 r., pkt 282 („What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law”).

124 Jak na przykład traktaty UE i FUE.

125 Zobacz podobnie, w odniesieniu do postanowienia podobnego (art. 16 ust. 2 Traktatu karty energetycznej), Eiser Infrastructure Limited i Energia Solar Luxembourg Sàrl przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/13/36), orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r., pkt 202.

126 Zgodnie z tym postanowieniem przy wykładni traktatu należy brać pod uwagę każde późniejsze porozumienie między stronami dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień (w niniejszym przypadku traktaty UE i FUE) oraz wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego mające zastosowanie w stosunkach między stronami (w niniejszym przypadku prawo Unii).



**a) Właściwość sądu polubownego ogranicza się do orzekania w przedmiocie naruszeń BIT-u**

174. Jak orzekł sąd polubowny, którego dotyczy niniejsza sprawa, „jego właściwość ogranicza się do orzekania w przedmiocie zarzucanych naruszeń BIT-u. Sąd ten nie jest właściwy do orzekania w przedmiocie zarzucanych naruszeń prawa Unii jako takich”<sup>127</sup>.

175. Zadaniem sądu nie jest bowiem ustalenie, czy przez swoje kwestionowane przez inwestora zachowanie państwo członkowskie naruszyło swoje zobowiązania wynikające z traktatów UE i FUE lub, bardziej ogólnie, z prawa Unii. Przeciwnie, jego zadaniem jest stwierdzenie naruszenia rozpatrywanego BIT-u w państwie przyjmującym inwestycję, przy czym prawo Unii jest jednym z elementów, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny zachowania państwa członkowskiego w świetle BIT-u<sup>128</sup>.

176. W ten właśnie sposób „[p]rawo Unii może w niniejszej sprawie mieć wpływ na zakres praw i obowiązków wynikających z BIT-u, ze względu na rolę prawa Unii jako elementu prawa właściwego zgodnie z art. 8 ust. 6 BIT-u i prawa niemieckiego, które jest *lex loci arbitri*”<sup>129</sup>.

177. Niezależnie od tego, prawo Unii nie miało żadnego wpływu na istotę sporu między spółką Achmea i Republiką Słowacką. Z dwóch orzeczeń arbitrażowych w sprawie będącej przedmiotem sporu w postępowaniu głównym nie wynika bowiem, że Achmea przedłożyła sądowi polubownemu akty prawa Unii w celu ich interpretacji i zastosowania w ramach procedury mającej na celu stwierdzenie naruszenia przepisów tych aktów przez Republikę Słowacką<sup>130</sup>. Przeciwnie, Achmea twierdziła, że środki ustawodawcze przyjęte przez Republikę Słowacką w sektorze ubezpieczeń zdrowotnych<sup>131</sup>, które nie miały żadnego źródła ani podstawy w prawie Unii, naruszały art. 3, 4 i 5 rozpatrywanego BIT-u.

178. Ponadto, jak stwierdził sąd polubowny, ani Achmea, ani Republika Słowacka nie oparły się na przepisach prawa Unii, które mogły mieć wpływ na uzasadnienie lub na rozstrzygnięcie sądu polubownego co do istoty sporu. Jego orzeczenie nie mogło mieć zatem żadnego powiązania z zagadnieniami dotyczącymi prawa Unii<sup>132</sup>.

127 Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie w przedmiocie właściwości, dopuszczalności i zawieszenia z dnia 26 października 2010 r., pkt 290 („the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such”). Zob. także podobnie *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. przeciwko Królestwu Hiszpanii* (sprawa SH V 2013/153), orzeczenie z dnia 12 lipca 2016 r., pkt 651.

128 Zobacz w szczególności *Emilio Agustín Maffezini przeciwko Królestwu Hiszpanii* (sprawa ICSID nr ARB/97/7), orzeczenie z dnia 13 listopada 2000 r., pkt 65–71, gdzie inwestor zarzucał naruszenie przez Królestwo Hiszpanii obowiązku równego i sprawiedliwego traktowania jego inwestycji. Jego zdaniem w ramach inwestycji poniesiono dodatkowe koszty w związku z oceną oddziaływania na środowisko. Sąd polubowny zauważył, że obowiązek przeprowadzenia tego rodzaju oceny wynikał z prawa Unii i że Królestwo Hiszpanii nie zrobiło nic innego, jak tylko zapewniło, że obowiązek ten został spełniony. Oddalił on zatem wnioski w tym względzie.

129 Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 279 [„EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the *lex loci arbitri*”]. W każdym razie nie dostrzegam względów, dla których należałoby zakazać sądom polubownym uwzględniania prawa Unii, zważywszy, że tego rodzaju zakaz odebrałby im możliwość dokonywania w danym przypadku wykładni BIT-ów w zgodności z prawem Unii celem uniknięcia konfliktów z owym prawem.

130 Przeciwnie, jak wynika z pkt 151 wyroku z dnia 30 maja 2006 r., *Komisja/Irlandia (C-459/03, EU:C:2006:345)*, „Irlandia przedłożyła sądowi arbitrażowemu akty prawa wspólnotowego w celu ich interpretacji i zastosowania w ramach procedury mającej na celu stwierdzenie naruszenia przepisów tych aktów przez Zjednoczone Królestwo”.

131 Zobacz pkt 24 niniejszej opinii.

132 Zobacz wyrok *Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL)* (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie końcowe z dnia 7 grudnia 2012 r., pkt 275, 276.

**b) Zakres stosowania rozpatrywanego BIT-u i ustanowione przez niego normy prawne nie są identyczne z zakresem i normami traktatów UE i FUE**

179. Teza Komisji, którą wyraziła ona w swoich uwagach na piśmie<sup>133</sup> i podczas rozprawy, opiera się na założeniu, że prawo Unii zapewnia inwestorom, w szczególności poprzez podstawowe wolności i Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej (zwaną dalej „kartą”), pełną ochronę w dziedzinie inwestycji.

180. Nie wiem, co Komisja rozumie pod pojęciem „pełnej ochrony”, lecz porównanie rozpatrywanego BIT-u z traktatami UE i FUE pokazuje, że ochronie przyznanej przez nie inwestycjom daleko jest od pełności. Moim zdaniem wewnętrznie BIT-y, a w szczególności BIT rozpatrywany w postępowaniu głównym, ustanawiają prawa i obowiązki, które nie powtarzają ani nie podważają gwarancji ochrony inwestycji transgranicznych przewidzianych przez prawo Unii<sup>134</sup>.

181. BIT rozpatrywany w postępowaniu głównym może być analizowany z trzech punktów widzenia. W pierwszej kolejności jego zakres stosowania jest szerszy niż zakres stosowania traktatów UE i FUE (1). W drugiej kolejności niektóre spośród wprowadzonych przez niego norm prawnych nie znajdują odpowiednika w prawie Unii (2). W trzeciej kolejności niektóre spośród jego norm częściowo pokrywają się z prawem Unii, nie prowadząc jednak do skutków niezgodnych z traktatami UE i FUE (3).

182. Zanim przeprowadzę tę analizę, określę podstawowe normy prawne, które zawiera ów BIT:

- zasada legalności inwestycji<sup>135</sup> (art. 2);
- traktowanie uczciwe i sprawiedliwe (art. 3 ust. 1);
- ochrona i bezpieczeństwo pełne i całkowite (art. 3 ust. 2);
- klauzula największego uprzywilejowania (KNU) (art. 3 ust. 2 i 3);
- zasada poszanowania zobowiązań umownych, tzw. umbrella clause<sup>136</sup> (art. 3 ust. 4);
- swobodny transfer płatności (art. 4);
- zakaz bezprawnego wywłaszczenia (art. 5);

<sup>133</sup> Zobacz pkt 13, 18, 57, 101 i 130 jej uwag na piśmie.

<sup>134</sup> Zobacz także podobnie *Eastern Sugar BV przeciwko Republice Czeskiej* (UNCITRAL) (sprawa SH nr 088/2004), orzeczenie częściowe z dnia 27 marca 2007 r., pkt 159–172; *Rupert Joseph Binder przeciwko Republice Czeskiej* (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 6 czerwca 2007 r. w przedmiocie właściwości, pkt 63; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius przeciwko Republice Słowackiej* (UNCITRAL), postanowienie z dnia 30 kwietnia 2010 r. w przedmiocie właściwości, pkt 74–79; *Achmea BV (poprzednio Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej* (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 245–267; *European American Investment Bank AG przeciwko Republice Słowackiej* (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2010-17), orzeczenie z dnia 22 października 2012 r. w przedmiocie właściwości, pkt 178–185; *WNC Factoring Ltd przeciwko Republice Czeskiej* (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2014-34), orzeczenie z dnia 22 lutego 2017 r., pkt 298–308; *Anglia Auto Accessories Limited przeciwko Republice Czeskiej* (sprawa SH V 2014/181), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 115, 116; *I.P. Busta i J.P. Busta przeciwko Republice Czeskiej* (sprawa SH V 2015/014), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 115, 116.

<sup>135</sup> Zgodnie z tą zasadą inwestor może korzystać z ochrony BIT-u tylko w odniesieniu do inwestycji, która jest zgodna z prawem w przyjmującym państwie członkowskim w chwili, w którym została dokonana. Zobacz w szczególności *Salini Costruttori SpA i Italstrade SpA przeciwko Królestwu Marokańskiemu* (sprawa ICSID nr ARB/00/4), orzeczenie z dnia 31 lipca 2001 r. w przedmiocie właściwości, pkt 46; *Tokios Tokelés przeciwko Ukrainie* (sprawa ICSID nr ARB/02/18), orzeczenie z dnia 29 czerwca 2004 r. w przedmiocie właściwości, pkt 84.

<sup>136</sup> Naruszenie umowy zawartej pomiędzy państwem a inwestorem zagranicznym nie stanowi samo w sobie naruszenia prawa międzynarodowego. Klauzula poszanowania zobowiązań umownych, zawarta przez państwo przyjmujące inwestycje w stosunku do inwestorów z innego państwa będącego stroną BIT-u, prowadzi zatem do włączenia do BIT-u obowiązku przestrzegania tych zobowiązań. W związku z tym, w sytuacji gdy inwestorzy uważają, że doszło do naruszenia tych zobowiązań, mogą oni korzystać ze środków ochrony przyznanych przez BIT, a w szczególności prawa wstąpienia na drogę arbitrażu międzynarodowego, co nie byłoby możliwe bez klauzuli poszanowania zobowiązań, ponieważ prawo międzynarodowe tego nie wymaga.

- odszkodowanie w przypadku wojny, konfliktu zbrojnego, w nagłych przypadkach i innych nadzwyczajnych okolicznościach (art. 6);
- wstąpienie ubezpieczyciela w prawa inwestora w przypadku ubezpieczenia ryzyk niehandlowych (art. 7);
- mechanizm RSIP (art. 8);
- mechanizm rozstrzygania sporów między państwami (art. 10);
- klauzula temporalna, tzw. sunset<sup>137</sup> (art. 13 ust. 3).

*1) Zakres stosowania rozpatrywanego BIT-u jest szerszy niż zakres stosowania traktatów UE i FUE*

183. Z wyjątkiem wyraźnego ograniczenia, BIT-y obejmują każde działanie lub zaniechanie państwa, które ma wpływ na inwestora zagranicznego i jego inwestycje. W tym sensie mają zastosowanie do sytuacji, które nie są objęte zakresem traktatów UE i FUE.

184. Najlepsze przykłady to mechanizm gwarantujący stabilność strefy euro, prawo karne i podatki bezpośrednio.

185. Odnoszę się w ten sposób do postępowań arbitrażowych wszczętych na podstawie wewnątrzunijnych BIT-ów, do których odnosiły się podczas rozprawy Republika Grecka i Republika Cypryjska, w związku ze środkami, które podjęły one zgodnie z treścią warunków programu pomocy finansowej określonych w protokołach ustaleń i innych instrumentach negocjowanych albo w ramach traktatu ustanawiającego europejski mechanizm stabilności (EMS), albo w ramach systemu poprzedzającego EMS [a mianowicie europejskiego instrumentu stabilności finansowej (EISF)]. Środki te należą albo do EMS, albo do kompetencji państw członkowskich, ale już nie do zakresu traktatów UE i FUE<sup>138</sup>, w ramach których nie mogą zostać podważone przez podmioty prywatne w związku z ich niezgodnością z prawem Unii.

186. Podobnie środki podjęte przez rząd grecki, znane pod angielską nazwą jako „Private Sector Involvement” (zwane dalej „PSI”), polegające zasadniczo na jednostronnym zmniejszeniu z mocą wsteczną wartości obligacji wyemitowanych przez ów rząd wbrew woli niektórych ich posiadaczy, doprowadziły do postępowania arbitrażowego pomiędzy z jednej strony inwestorem słowackim i inwestorem cypryjskim a z drugiej strony Republiką Grecką<sup>139</sup>. Zdaniem tych inwestorów ich „wymuszone” uczestnictwo w zmniejszeniu wartości obligacji, przewidzianym przez PSI, stanowiło pośrednie wyłączenie oraz traktowanie nieuczciwe i niesprawiedliwe sprzeczne z BIT-ami Grecja/Czechosłowacja i Grecja/Cypr.

<sup>137</sup> Na mocy tej klauzuli inwestycje dokonane w okresie obowiązywania BIT-u nadal korzystają z przyznanej przez niego ochrony materialnej, nawet jeżeli nie jest on już w mocy, przez określony w nim dodatkowy okres. Okres ten rozpoczyna się w dniu, w którym BIT ulega rozwiązaniu.

<sup>138</sup> Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, chociaż szczególne środki wymagane od państw członkowskich, które warunkują wsparcie finansowe, o które państwa te zwróciły się w ramach traktatu EMS, muszą być zgodne z prawem Unii, nie wchodzi one w zakres stosowania tego prawa. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 27 listopada 2012 r., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, pkt 151, 164, 179, 180); a także z dnia 20 września 2016 r., Mallis i in./Komisja i EBC (od C-105/15 P do C-109/15 P, EU:C:2016:702, w szczególności pkt 59, 61). W rzeczywistości protokół ustaleń podpisany w imieniu europejskiego mechanizmu stabilności (EMS) przez Komisję i Europejski Bank Centralny (EBC) jest aktem EMS i jako taki nie może podlegać kontroli zgodności z prawem przez sądy Unii. Stwierdzenia, że środki te nie wchodzi w zakres prawa Unii, nie zmienia jednak możliwość wniesienia skargi odszkodowawczej przeciwko Unii w zakresie, w jakim Komisja i EBC podpisały ów protokół ustaleń, co mogłoby stanowić z ich strony istotne naruszenie prawa Unii, które spowodowało szkodę. Zobacz podobnie wyrok z dnia 20 września 2016 r., Ledra Advertising Ltd i in./Komisja i EBC (od C-8/15 P do C-10/15 P, EU:C:2016:701, pkt 52–55).

<sup>139</sup> Zobacz Poštová banka, a.s. i Istrokapital SE przeciwko Republice Greckiej (sprawa ICSID nr ARB/13/8), orzeczenie z dnia 9 kwietnia 2015 r., pkt 60–76.

187. PSI był negocjowany między rządem greckim i „trojką” [Komisja, EBC i Międzynarodowy Fundusz Walutowy (MFW)], a następnie zatwierdzony przez Eurogrupę<sup>140</sup>. Jak orzekł już Trybunał, uczestnictwo Komisji i EBC w trojce nie było objęte zakresem traktatów UE i FUE, a Eurogrupa nie jest organem Unii<sup>141</sup>. BIT-y nie znają takiego ograniczenia. Mają zastosowanie do wszelkich działań państwa.

188. To samo odnosi się do środków kontroli przepływu kapitału nałożonych przez Republikę Cypryjską podczas kryzysu bankowego, będących przedmiotem postępowania arbitrażowego Theodoros Adamakopoulos i in. przeciwko Republice Cypryjskiej (sprawa ICSID nr ARB/15/49). Podczas rozprawy rząd cypryjski przyznał, że sam przyjął owe środki na podstawie art. 65 ust. 1 TFUE, który zezwala, a więc nie nakazuje, państwom członkowskim na wprowadzenie ograniczeń swobody przepływu kapitału.

189. Jak stwierdził prezes EBC, nawet jeśli podjęcie tych środków można tolerować jako ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału w rozumieniu art. 65 ust. 1 TFUE, nie zmienia to faktu, iż chodzi tu o „środki krajowe [...] jednostronne i suwerenne, przyjęte przez parlament cypryjski, rząd cypryjski lub bank centralny Cypru”<sup>142</sup> [tłumaczenie nieoficjalne]. Nawet jeśli państwa członkowskie powinny wykonywać kompetencje w sposób, który nie narusza prawa Unii, BIT-y mogą oferować inwestorom ochronę użyteczną tam, gdzie środki, które należą do wyłącznej kompetencji państw członkowskich, naruszają ich prawa, choć nie naruszają prawa Unii.

190. Podobnie, środki konsolidacyjne cypryjskiego sektora bankowego uzgodnione w ramach EMS i zatwierdzone przez Eurogrupę polegały na likwidacji banku Laiki, jego podziale na strukturę podlegającą rozwiązaniu i na bank uzdrowiony oraz włączeniu tego ostatniego do banku Trapeza Kyprou<sup>143</sup>. Rząd cypryjski przyjął również względem banku Laiki środki, które wedle stanowiska jego akcjonariusza Marfin Investment Group doprowadziły do wzrostu udziału Republiki Cypryjskiej w kapitale banku Laiki z uszczerbkiem dla niego. Zostały wszczęte postępowania karne przeciwko dyrektorom banku Laiki powołanym przez Marfin Investment Group, a także przeprowadzono tymczasowe zajęcia mienia należącego do Marfin Investment Group i jego dyrektorów. Uznawszy, że środki te stanowiły pośrednie wywłaszczenie jego inwestycji bankowych w Laiki oraz traktowanie w sposób arbitralny i dyskryminacyjny, niezgodne z BIT-em Grecja/Cypr, Marfin Investment Group wszczął postępowanie arbitrażowe przeciwko Republice Cypryjskiej<sup>144</sup>.

191. Oczywiście jest, że spór rozpatrywany w ramach tego postępowania arbitrażowego też nie jest objęty zakresem stosowania traktatów UE i FUE, zarówno w części prawnokarnej, jak i w części naprawczej. Podczas rozprawy rząd cypryjski zarzucił sądowi polubownemu nakazanie mu „niewydawania i niewykonania szeregu europejskich nakazów aresztowania” w odniesieniu do pewnych obywateli greckich, nawet gdyby miało to na celu umożliwienie im uczestniczenia w charakterze świadków w rozprawach przed sądem polubownym.

140 Zobacz oświadczenie prasowe Eurogrupy z dnia 21 lutego 2012 r.

141 Zobacz wyroki: z dnia 20 września 2016 r., Ledra Advertising Ltd i in./Komisja i EBC (od C-8/15 P do C-10/15 P, EU:C:2016:701, pkt 52); a także z dnia 20 września 2016 r., Mallis i in./Komisja i EBC (od C-105/15 P do C-109/15 P, EU:C:2016:702, pkt 52–61).

142 Zobacz pismo z dnia 13 lipca 2015 r. wysłane przez Maria Draghiego, prezesa EBC, do członka Parlamentu Europejskiego Svena Giegolda, dostępne na stronie internetowej EBC: [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter\\_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475). Wyróżnienie moje.

143 Środki te nie wchodzą w zakres zastosowania prawa Unii. Zobacz wyrok z dnia 20 września 2016 r., Mallis i in./Komisja i EBC (od C-105/15 P do C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 Zobacz zawisłe postępowanie arbitrażowe Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos i in. przeciwko Republice Cypryjskiej (sprawa ICSID nr ARB/13/27). Zobacz również komunikat prasowy służby prawnej Republiki Cypryjskiej dostępny na stronie internetowej jej biura prasowego i informacji (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

192. Niemniej jednak, jak wynika z komunikatu prasowego wydanego przez służbę prawną Republiki Cypryjskiej, decyzja o ewentualnym wydaniu takich nakazów aresztowania podlega wyłącznej kompetencji państw członkowskich. Nie dostrzegam zatem, w jaki sposób postanowienie sądu polubownego miałyby uniemożliwić Republice Cypryjskiej wykonanie jej obowiązków wynikających z decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi<sup>145</sup>, która obejmuje zasadniczo wykonywanie w innych państwach członkowskich nakazów wydanych przez państwo członkowskie (w tym przypadku Republikę Cypryjską) oraz procedur przekazywania zainteresowanych osób. Jeśli chodzi o zawieszenie wykonania nakazów, decyzja ramowa nie zawiera żadnych przepisów dotyczących wykonywania nakazów w państwie ich wystawienia. W związku z tym zagadnienie to również wchodzi w zakres wyłącznej kompetencji państw członkowskich. W każdym razie należy stwierdzić, że odnośny sąd polubowny na wniosek prokuratora generalnego Republiki Cypryjskiej wycofał swoje postanowienie, zobowiązując w ten sposób zainteresowanych obywateli greckich do stawienia się przed sądami Cypru, co było przedmiotem europejskich nakazów aresztowania<sup>146</sup>.

193. W odniesieniu do dziedziny podatków bezpośrednich rzeczony BIT ma pełne zastosowanie. Inaczej jest w przypadku traktatów UE i FUE, ponieważ podatki bezpośrednie należą do kompetencji państw członkowskich, choć są one zobowiązane wykonywać te kompetencje z poszanowaniem prawa Unii<sup>147</sup>. Ochrona zapewniana przez swobody podstawowe w dziedzinie podatków bezpośrednich<sup>148</sup> obejmuje wyłącznie zakaz odmiennego traktowania podatników znajdujących się w sytuacjach obiektywnie porównywalnych lub identycznego traktowania podatników, którzy znajdują się w różnych sytuacjach<sup>149</sup>.

194. W trakcie rozprawy Komisja powołała się na wyrok z dnia 5 lutego 2014 r., *Hervis Sport- és Diatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47), chociaż wyrok ten potwierdza, że wbrew twierdzeniu Komisji, prawo Unii nie zapewnia „pełnej” ochrony w dziedzinie inwestycji<sup>150</sup>. Jak wynika bowiem jasno z pkt 23 i 30 tego wyroku, prawo Unii nie zapewnia ochrony przed dyskryminacją w dziedzinie, której dotyczy ten wyrok, czyli podatków bezpośrednich.

145 Dz.U. 2002, L 190, s. 1. Decyzja ramowa definiuje przestępstwa, w przypadku których może zostać wydany europejski nakaz aresztowania, ale nie obejmuje innych wymogów prawa karnego, które powinny być przestrzegane w takim postępowaniu, które należą do wyłącznej kompetencji państwa członkowskiego wydającego europejski nakaz aresztowania.

146 Zobacz artykuł prasowy *Bouloutas et Foros sont comparus devant les juridictions* na stronie internetowej gazety *Politis* <https://politism.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

147 Zobacz wyroki: z dnia 14 lutego 1995 r., *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 21); z dnia 12 grudnia 2006 r., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, pkt 36); z dnia 10 maja 2012 r., *Santander Asset Management SGIIC i in.* (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 14).

148 Z wyjątkiem rzadkich przypadków, w których przewiduje to traktat FUE (art. 110–112 TFUE) lub ustawodawstwo Unii. Tytułem przykładu wymienię dyrektywę 2003/49, 2009/133, dyrektywę Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylającą dyrektywę 77/799/EWG (Dz.U. 2011, L 64, s. 1), dyrektywę Rady 2011/96 oraz dyrektywę Rady (UE) 2015/2060 z dnia 10 listopada 2015 r. uchylającą dyrektywę 2003/48/WE w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek (Dz.U. 2015, L 301, s. 1). Zobacz także podobnie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie C (C-122/15, EU:C:2016:65, pkt 42–50). Nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby instytucje Unii lub państwa członkowskie, zgodnie z podziałem ich kompetencji w odnośnych dziedzinach, ustanowiły jednolite ramy prawne na rzecz ochrony inwestycji na całym terytorium Unii, które zastąpiłyby BIT-y.

149 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 14 listopada 1995 r., *Svensson i Gustavsson* (C-484/93, EU:C:1995:379, pkt 12–19); z dnia 1 kwietnia 2014 r., *Felixstowe Dock and Railway Company i in.* (C-80/12, EU:C:2014:200, pkt 20, 21, 25); z dnia 17 lipca 2014 r., *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 19, 24); z dnia 3 lutego 2015 r., *Komisja/Zjednoczone Królestwo* (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 21, 24); a także z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 54).

150 Powołując ów wyrok dotyczący podatków bezpośrednich w celu wykazania istnienia pełnej ochrony w dziedzinie inwestycji w prawie Unii, Komisja zaprzeczyła sama sobie, ponieważ jednocześnie broni ona tezy, wedle której wyrok z dnia 5 lipca 2005 r., *D.* (C-376/03, EU:C:2005:424), dotyczący również istnienia dyskryminacji zakazanej przez traktat FUE w dziedzinie podatków bezpośrednich, nie ma znaczenia dla oceny zgodności art. 8 owego BIT-u z art. 18 TFUE, ponieważ podatki bezpośrednie należą do kompetencji państw członkowskich. Zobacz pkt 78 niniejszej opinii.

195. Co więcej, zgodnie z art. 51 ust. 1 karty jej postanowienia mają zastosowanie do państw członkowskich jedynie wtedy, gdy wdrażają one prawo Unii. Jak orzekł Trybunał, ponieważ rozpatrywane podatki bezpośrednie nie wchodzą w zakres postanowień traktatu FUE ani dyrektyw dotyczących podatków, postanowienia karty nie znajdują do nich zastosowania<sup>151</sup>.

196. Natomiast ochrona przyznana inwestorom przez BIT-y w dziedzinie podatków bezpośrednich jest szersza niż w prawie Unii, ponieważ dotyczy ona nie tylko dyskryminacyjnego traktowania pod względem podatkowym, ale również każdego opodatkowania, które narusza gwarancje uczciwego i sprawiedliwego traktowania, traktowania na zasadzie największego uprzywilejowania, ochrony i bezpieczeństwa pełnych i całkowitych, a także wszelkich przypadków pośredniego wyłączenia dokonanego pod pozorem opodatkowania<sup>152</sup>.

197. Na przykład mniejszościowy udziałowiec w spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, który zostaje tam wyłączonego<sup>153</sup> za pomocą podatków bezpośrednich, nie jest chroniony przez swobody podstawowe zagwarantowane przez traktat FUE, ponieważ jego udział nie daje mu kontroli nad spółką, której dotyczą środki wyłączenia, i z tego powodu nie wchodzi w zakres zastosowania swobody przedsiębiorczości. Ponadto, jako że środki podatkowe dotyczyły tylko jednej spółki, miały zastosowanie do sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym, co sprawia, że nie mają zastosowania postanowienia traktatu FUE dotyczące swobodnego przepływu kapitału. Ponieważ przepisy prawa Unii nie mają zastosowania, karta wraz z jej art. 17 również nie znajdują zastosowania.

198. Natomiast z uwagi na to, że udział mniejszościowy stanowi inwestycję bezpośrednią w rozumieniu tego BIT-u, mniejszościowy udziałowiec może korzystać w pełni z art. 5, zakazującego bezprawnego wyłączenia<sup>154</sup>.

*2) Normy prawne rozpatrywanego BIT-u, które nie znajdują odpowiednika w prawie Unii i które nie są z nim niezgodne*

199. Szereg norm prawnych rozpatrywanego BIT-u nie znajduje odpowiednika w prawie Unii. Chodzi o klauzulę KNU, zasadę poszanowania zobowiązań umownych, klauzulę „sunset”, jak również mechanizm RSIP.

*i) Klauzula KNU*

200. Artykuł 3 ust. 2 rozpatrywanego BIT-u ustanawia zasadę, zgodnie z którą każda z umawiających się stron zapewni inwestycjom inwestorów drugiej strony ochronę i bezpieczeństwo pełne i całkowite, które w żadnym wypadku nie mogą być mniejsze niż zapewniane albo inwestycjom własnych inwestorów, albo inwestycjom dowolnego państwa trzeciego, zależnie od tego, które z nich są bardziej korzystne dla danego inwestora.

<sup>151</sup> Zobacz wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., C (C-122/15, EU:C:2016:391, pkt 28, 29); a także postanowienie z dnia 15 kwietnia 2015 r., Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251, pkt 26–33).

<sup>152</sup> Zobacz Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie własności, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 251. W przypadku wyłączenia zob. w szczególności Marvin Feldman przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym [sprawa ICSID nr ARB(AF)/99/1], orzeczenie z dnia 16 grudnia 2002 r., pkt 101–107; EnCana Corporation przeciwko Republice Ekwadoru (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 3 lutego 2006 r., pkt 173, 177; a także Occidental Petroleum Corporation i Occidental Exploration and Production Company przeciwko Republice Ekwadoru (sprawa ICSID nr ARB/06/11), orzeczenie z dnia 5 października 2012 r., pkt 455.

<sup>153</sup> W celu zapoznania się z bardziej szczegółowymi informacjami na temat porównania ochrony przed wyłączeniem w rozpatrywanym Bicie i w traktatach UE i FUE zob. pkt 217–226 niniejszej opinii.

<sup>154</sup> Zobacz podobnie Quasar de Valores SICAV SA i in. przeciwko Federacji Rosyjskiej (sprawa SH nr 24/2007), orzeczenie z dnia 20 lipca 2012 r.; RosinvestCo UK Ltd przeciwko Federacji Rosyjskiej (sprawa SCC nr V 079/2005), orzeczenie końcowe z dnia 12 września 2010 r., uchylone przez sądy szwedzkie z innych przyczyn.

201. Nawet jeżeli prawo Unii uznaje zasadę traktowania narodowego<sup>155</sup>, nie zawiera ono klauzuli KNU, która umożliwiałaby obywatelom państwa członkowskiego skorzystanie w innym państwie członkowskim z traktowania, które to ostatnie przyznaje obywatelom trzeciego państwa członkowskiego na podstawie umowy dwustronnej<sup>156</sup>.

*ii) Zasada poszanowania zobowiązań umownych, tzw. umbrella clause*

202. Zasada poszanowania zobowiązań umownych z art. 3 ust. 5 rozpatrywanego BIT-u, tzw. umbrella clause, skutkuje przekształceniem w naruszenie BIT-u naruszenia przez państwo zobowiązania umownego, które państwo to przyjęło wobec inwestora. Nie ma ona w prawie Unii żadnego odpowiednika, który przekształcałby naruszenie zobowiązania umownego w naruszenie traktatów UE i FUE.

*iii) Klauzula „sunset”*

203. W przeciwieństwie do art. 13 ust. 3 rozpatrywanego BIT-u, traktaty UE i FUE nie zawierają klauzuli „sunset”. Przeciwnie, art. 50 ust. 3 TUE stanowi, że „[t]raktaty przestają mieć zastosowanie do tego państwa od dnia wejścia w życie umowy o wystąpieniu lub, w przypadku jej braku, dwa lata po notyfikacji, o której mowa w ustępie 2”, chyba że okres ten zostanie przedłużony. W konsekwencji obywatele Unii natychmiast przestaną korzystać z ochrony przyznanej im przez prawo Unii w odniesieniu do działalności gospodarczej w państwie członkowskim, które postanowi wycofać się z Unii, nawet jeśli ich inwestycje zostały zrealizowane w okresie, w którym traktaty obowiązywały w tym państwie członkowskim, i odwrotnie.

*iv) Odwołanie się do arbitrażu międzynarodowego jako mechanizm RSIP*

204. Artykuł 8 rozpatrywanego BIT-u zawiera stałą ofertę („standing offer”) Królestwa Niderlandów i Republiki Słowackiej, skierowaną do inwestorów drugiej umawiającej się strony, poddawania pod arbitraż międzynarodowy wszelkich sporów dotyczących ich inwestycji, zgodnie z regulaminem arbitrażowym UNCITRAL, z Instytutem Arbitrażowym Izby Gospodarczej w Sztokholmie działającym jako organ nominujący.

205. Zdaniem sądu polubownego, przed którym toczył się arbitraż rozpatrywany w postępowaniu głównym, prawa wszczęcia arbitrażu międzynarodowego nie można po prostu utożsamiać z wszczęciem postępowania przed sądami powszechnymi danego państwa<sup>157</sup>, ponieważ traktaty UE i FUE (podobnie jak systemy prawne państw członkowskich) nie ustanawiają środka zaskarżenia równoważnego z mechanizmem RSIP. Nawet jeśli art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE wymaga od państw członkowskich ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii, traktaty UE i FUE nie ustanawiają środków zaskarżenia

<sup>155</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 21 września 1999 r., Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, pkt 59).

<sup>156</sup> Zobacz pkt 66–72 niniejszej opinii.

<sup>157</sup> Zobacz Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 264. Zobacz także podobnie WNC Factoring Ltd przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2014-34), orzeczenie z dnia 22 lutego 2017 r., pkt 300.

pozwalających osobom fizycznym na pozywanie państw członkowskich bezpośrednio przed Trybunał<sup>158</sup>. Ponadto zakres stosowania rozpatrywanego BIT-u jest szerszy niż zakres stosowania traktatów UE i FUE, a zatem ma zastosowanie również w przypadku, gdy obowiązki wynikające z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE nie znajdują zastosowania.

206. Ponadto sądy polubowne stanowią najlepsze forum do rozstrzygania sporów między inwestorami i państwami na podstawie BIT-ów, ponieważ sądy państwowe często stawiają inwestorom warunki możliwości powoływania się na prawo międzynarodowe, które są w rzeczywistości niemożliwe do spełnienia<sup>159</sup>, a także terminy trudne do pogodzenia z praktyką obrotu gospodarczego i kwotami, które wchodzi w grę.

207. W konsekwencji, gdyby rozpatrywany BIT nie przewidywał możliwości wejścia na drogę arbitrażu międzynarodowego jako sposobu RSIP, cały ów BIT zostałby pozbawiony wszelkiej skuteczności (effet utile). W tym względzie państwa członkowskie interweniujące w niniejszym postępowaniu oraz Komisja nie podały chociażby jednego przykładu inwestora, który wniósłby skargę przed sądami państwowymi na podstawie dawnych BIT-ów, które, tak jak BIT-y Niemcy/Grecja i Niemcy/Portugalia, nie zawierają mechanizmów RSIP.

208. Nie jest zatem wcale zaskakujący fakt, że prawo inwestorów do wszczęcia arbitrażu międzynarodowego jest uznawane w prawie międzynarodowym inwestycji za najbardziej istotne unormowanie w BIT-ach, ponieważ, pomimo proceduralnego charakteru jego treści, samo w sobie stanowi gwarancję, która motywuje do dokonywania inwestycji i je chroni<sup>160</sup>.

209. Trybunał potwierdził tę ocenę, orzekając w pkt 292 opinii 2/15 (umowa o wolnym handlu z Singapurem) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376), że mechanizm RSIP „nie może mieć charakteru czysto pomocniczego”.

158 Zobacz Eastern Sugar BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa SH nr 088/2004), orzeczenie częściowe z dnia 27 marca 2007 r., pkt 180; Rupert Joseph Binder przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 6 czerwca 2007 r. w przedmiocie własności, pkt 40; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL), postanowienie z dnia 30 kwietnia 2010 r. w przedmiocie własności, pkt 77; WNC Factoring Ltd przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2014-34), orzeczenie z dnia 22 lutego 2017 r., pkt 299; Anglia Auto Accessories Limited przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2014/181), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 116; I.P. Busta i J.P. Busta przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2015/014), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 116.

159 Zobacz w szczególności wyrok Conseil d'État (Francja) z dnia 21 grudnia 2007 r., nr 280264, która orzekła, że postanowienia art. 3 umowy między rządem Republiki Francuskiej a rządem Algierskiej Republiki Ludowo-Demokratycznej w sprawie promowania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisanej w Algierze w dniu 13 lutego 1993 r., rodzą obowiązki wyłącznie między oboma państwami sygnatariuszami i, co za tym idzie, jednostki nie mogą się na nie powoływać. Można tu widzieć analogię z oceną ważności aktów prawnych Unii w świetle prawa międzynarodowego. Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., Air Transport Association of America i in. (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 Zobacz Emilio Agustín Maffezini przeciwko Królestwu Hiszpanii (sprawa ICSID nr ARB/97/7), postanowienie sądu z dnia 25 stycznia 2000 r. w przedmiocie zarzutów braku jurysdykcji, pkt 54, 55; Gas Natural SDG SA przeciwko Republice Argentyńskiej (sprawa ICSID nr ARB/03/10), postanowienie sądu z dnia 17 czerwca 2005 r. w przedmiocie zarzutów braku jurysdykcji, pkt 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA i InterAguas Servicios Integrales del Agua SA przeciwko Republice Argentyńskiej (sprawa ICSID nr ARB/03/17), postanowienie z dnia 16 maja 2006 r. w przedmiocie własności, pkt 60; Eastern Sugar BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa SH nr 088/2004), orzeczenie częściowe z dnia 27 marca 2007 r., pkt 165, 166; Rupert Joseph Binder przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL), orzeczenie z dnia 6 czerwca 2007 r. w przedmiocie własności, pkt 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL), postanowienie z dnia 30 kwietnia 2010 r. w przedmiocie własności, pkt 77, 78; Achmea BV (poprzednio Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie własności, dopuszczalności i zawieszenia, pkt 264; WNC Factoring Limited przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2014-34), orzeczenie z dnia 22 lutego 2017 r., pkt 300; Anglia Auto Accessories Limited przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2014/181), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 116; I.P. Busta i J.P. Busta przeciwko Republice Czeskiej (sprawa SH V 2015/014), orzeczenie końcowe z dnia 10 marca 2017 r., pkt 116.



3) *Pokrywanie się zakresów pozostałych postanowień rozpatrywanego BIT-u z pewnymi postanowieniami traktatów UE i FUE jest tylko częściowe*

210. W odniesieniu do innych norm dotyczących materialnej ochrony inwestycji, a mianowicie ochrony i bezpieczeństwa pełnych i całkowitych, uczciwego i sprawiedliwego traktowania inwestycji, jak również zakazu bezprawnego wywłaszczenia, należy podkreślić, że ich pokrywanie się z prawem Unii jest jedynie częściowe i nie prowadzi do niezgodności z nim. Przeciwnie, tak samo jak w przypadku swobód podstawowych, normy te również przyczyniają się do przepływu kapitału między państwami członkowskimi. Są one a priori zgodne z rynkiem wewnętrznym.

*i) Ochrona i bezpieczeństwo inwestycji pełne i całkowite*

211. Norma ta nakłada na państwo pozytywny obowiązek podjęcia środków w celu ochrony inwestycji, co obejmuje ochronę fizyczną inwestora i jego inwestycji przed agresywnymi działaniami ze strony osób prywatnych<sup>161</sup> lub organów państwa<sup>162</sup>, jak również ochronę prawną<sup>163</sup> inwestora i jego inwestycji<sup>164</sup>.

212. Bezpośrednio równoważna norma prawa Unii nie istnieje<sup>165</sup>. Prawdą jest, że wolności te mogą być stosowane do tego samego stanu faktycznego, co gwarancja ochrony i bezpieczeństwa pełnych i całkowitych, ponieważ mają one bezpośredni skutek horyzontalny i wertykalny<sup>166</sup>. Niemniej jednak ich treść różni się czy to w odniesieniu do fizycznej ochrony inwestora, czy do ochrony prawnej, która obejmuje zobowiązanie państwa do zapewnienia, że poziom ochrony i bezpieczeństwa inwestycji uzgodniony z inwestorami zagranicznymi nie zostanie zlikwidowany ani zmniejszony przez zmianę ustaw lub w drodze działań administracji<sup>167</sup>. Niczego równie szczególnego nie znajdzie się w prawie Unii.

161 Zobacz w szczególności Wena Hotels Ltd przeciwko Arabskiej Republice Egiptu (sprawa ICSID nr ARB/98/4), orzeczenie z dnia 8 grudnia 2000 r., pkt 84; Técnicas Medioambientales TECMED SA przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym [sprawa ICSID nr ARB (AF)/00/2], orzeczenie z dnia 29 maja 2003 r., pkt 175–177.

162 Zobacz między innymi Biwater Gauff (Tanzania) Ltd przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii (sprawa ICSID nr ARB/05/22), orzeczenie z dnia 24 lipca 2008 r., pkt 730; Eureko BV przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej (arbitraż ad hoc), orzeczenie częściowe z dnia 19 sierpnia 2005 r., pkt 236, 237.

163 Zobacz CME Czech Republic BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL), orzeczenie częściowe z dnia 13 września 2001 r., pkt 613; Compañía de Aguas del Aconquija SA i Vivendi Universal SA przeciwko Republice Argentyńskiej (sprawa ICSID nr ARB/97/3), orzeczenie z dnia 20 sierpnia 2007 r., pkt 7.4.15, 7.4.16.

164 Pod kątem pełniejszej analizy zob. C. Schreuer, Full Protection and Security, 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, s. 1.

165 Zobacz Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 260.

166 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 11 grudnia 2007 r., International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:772, pkt 56–59, 62, 66). To samo dotyczy rozporządzeń, ale nie dyrektyw.

167 Zobacz Saluka Investments BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2001-04), orzeczenie częściowe z dnia 17 marca 2006 r., pkt 484.

ii) *Uczciwe i sprawiedliwe traktowanie inwestycji*

213. Uczciwe i sprawiedliwe traktowanie inwestycji to obszerne pojęcie, które obejmuje prawo do rzetelnego procesu i fundamentalne gwarancje dobrej wiary, niedyskryminacji<sup>168</sup> i proporcjonalności<sup>169</sup>, a także pojęcia przejrzystości, braku niejasności i arbitralnego traktowania, ochrony uzasadnionych oczekiwań i ochrony przed przymusem i molestowaniem<sup>170</sup>. Wreszcie, pojęcie uczciwego i sprawiedliwego traktowania chroni inwestorów przed odmową ochrony prawnej<sup>171</sup> przez sądy państwowe<sup>172</sup>.

214. Punkty wspólne z niektórymi zasadami ogólnymi prawa Unii, takimi jak zasady niedyskryminacji, proporcjonalności i ochrony uzasadnionych oczekiwań, a także prawami do dobrej administracji, do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, są ewidentne.

215. Jednakże te normy prawa Unii, nawet rozpatrywane jako całość, nie oznaczają, że prawo Unii zna zasadę uczciwego i sprawiedliwego traktowania jako taką. Na przykład, jak zostało to uznane przez szereg sądów polubownych, traktowanie może być niesprawiedliwe i nieuczciwe, nawet jeśli dotyczy wszystkich podmiotów gospodarczych, bez względu na ich przynależność państwową lub inne wyróżniające cechy<sup>173</sup>, jak na przykład zryczałtowany podatek od osób prawnych. Należy podkreślić, że w trakcie postępowania arbitrażowego będącego przedmiotem sprawy w postępowaniu głównym Republika Słowacka uznała, że podatek taki mógłby być sprzeczny z uczciwym i sprawiedliwym traktowaniem wymagany przez BIT, mimo że nie byłby sprzeczny z prawem Unii<sup>174</sup>.

216. Innym przykładem jest ochrona przed odmową ochrony prawnej, która obejmuje również oczywiście błędne zastosowanie w złej wierze prawa krajowego. Prawo Unii nie zapewnia porównywalnej ochrony, gdyż sądy Unii nie są właściwe do dokonywania wykładni prawa krajowego.

168 Koncepcja dyskryminacji w prawie międzynarodowym inwestycji jest podobna do przepisów prawa Unii w zakresie, w jakim dotyczy ona mniej korzystnego traktowania w odniesieniu do inwestora, które nie może być racjonalnie uzasadnione. Zobacz podobnie *Electronica Sicula SpA (ELSI)*, wyrok, ICJ Reports 1989, s. 15, pkt 122; *Saluka Investments BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL)* (sprawa CPA nr 2001-04), orzeczenie częściowe z dnia 17 marca 2006 r., pkt 460; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd przeciwko Zjednoczonej Republice Tanzanii* (sprawa ICSID nr ARB/05/22), orzeczenie z dnia 24 lipca 2008 r., pkt 695.

169 Zobacz *MTD Equity Sdn. Bhd. i MTD Chile SA przeciwko Republice Chile* (sprawa ICSID nr ARB/01/7), orzeczenie z dnia 25 maja 2004 r., pkt 109; *Saluka Investments BV przeciwko Republice Czeskiej (UNCITRAL)* (sprawa CPA nr 2001-04), orzeczenie częściowe z dnia 17 marca 2006 r., pkt 303, 460; *Plama Consortium Limited przeciwko Republice Bułgarii* (sprawa ICSID nr ARB/03/24), orzeczenie z dnia 27 sierpnia 2008 r., pkt 184; *EDF (Services) Limited przeciwko Rumunii* (sprawa ICSID nr ARB/05/13), orzeczenie z dnia 8 października 2009 r., pkt 303.

170 Zobacz *Técnicas Medioambientales TECMED SA przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym* [sprawa ICSID nr ARB(AF)/00/2], orzeczenie z dnia 29 maja 2003 r., pkt 154; *Waguil Elie George Siag i Clorinda Vecchi przeciwko Arabskiej Republice Egiptu* (sprawa ICSID nr ARB/05/15), orzeczenie z dnia 1 czerwca 2009 r., pkt 450; *Rumeli Telekom A.S. i Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. przeciwko Republice Kazachstanu* (sprawa ICSID nr ARB/05/16), orzeczenie z dnia 29 lipca 2008 r., pkt 609. Zobacz także podobnie M. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, s. 133–149; K. Yannaca-Small, *Fair and equitable Treatment Standard*, w: K. Yannaca-Small (red.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, s. 385, 393–410. Zobacz także opinia 2/15 (umowa o wolnym handlu z Singapurem) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376, pkt 89).

171 Pojęcie „odmowy ochrony prawnej” w prawie międzynarodowym obejmuje zobowiązanie państwa do niezarządzania wymiarem sprawiedliwości w sposób oczywiście niesprawiedliwy. Zobacz podobnie J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 67. Obowiązek ten zostaje naruszony, jeżeli na przykład sądy państwowe odmówiły rozpatrzenia sprawy, jeśli powodują one w jej rozpatrywaniu nieuzasadnione opóźnienia, jeśli wymiar sprawiedliwości funkcjonuje w sposób oczywiście niewłaściwy lub nawet jeśli prawo jest stosowane w sposób oczywiście i w złej wierze błędny. Zobacz Robert Azinian i in. przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym [sprawa ICSID nr ARB(AF)/97/2], orzeczenie z dnia 1 listopada 1999 r., pkt 102, 103.

172 Zobacz *Rumeli Telekom A.S. i Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. przeciwko Republice Kazachstanu* (sprawa ICSID nr ARB/05/16), orzeczenie z dnia 29 lipca 2008 r., pkt 651; *Victor Pey Casado i President Allende Foundation przeciwko Republice Chile* (sprawa ICSID nr ARB/98/2), orzeczenie z dnia 8 maja 2008 r., pkt 653–657. Zobacz także podobnie C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, s. 227.

173 Zobacz *S.D. Myers Inc. przeciwko Kanadzie (UNCITRAL)*, orzeczenie częściowe z dnia 13 listopada 2000 r., pkt 259; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. i LG&E International, Inc. przeciwko Republice Argentyńskiej* (sprawa ICSID nr ARB/02/1), postanowienie w przedmiocie odpowiedzialności z dnia 3 października 2006 r., pkt 162; *Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL)* (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie w przedmiocie właściwości, dopuszczalności i zawieszenia z dnia 26 października 2010 r., pkt 250, 251.

174 Zobacz *Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL)* (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 119, 251.

iii) Zakaz bezprawnego wywłaszczenia

217. Zgodnie z art. 5 rozpatrywanego BIT-u wywłaszczenie jest legalne tylko wtedy, gdy jest uzasadnione interesem ogólnym, gdy zostaje przeprowadzone zgodnie z wymaganym postępowaniem prawnym, nie jest dyskryminujące i gdy przewidziano w związku z nimi zapłatę godziwej rekompensaty.

218. Pokrywanie się z prawem własności chronionym przez art. 17 ust. 1 karty jest oczywiste<sup>175</sup>. Zgodnie z tym postanowieniem „[n]ikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym, w przypadkach i na warunkach przewidzianych w ustawie, za słusznym odszkodowaniem za jej utratę wypłaconym we właściwym terminie”.

219. Jednakże to pokrywanie się jest tylko częściowe, ponieważ ochrona przed wywłaszczeniem w wewnątrzunijnych BIT-ach jest szersza niż w przypadku prawa Unii, przynajmniej w sposób dwojaki.

220. W pierwszej kolejności, zgodnie z art. 51 ust. 1 karty, jej art. 17 ma zastosowanie do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Jej stosowanie jest zatem wykluczone w innych przypadkach. Chociaż Komisja powołała się zatem na rozprawie na zawisłe sprawy połączone SEGRO i Horváth (C-52/16 i C-113/16) jako przykłady spraw, w których prawo Unii zapewnia ochronę przed wywłaszczeniami, ochrona ta wcale nie jest kompletna, ponieważ nie ma ona nigdy zastosowania w sposób autonomiczny<sup>176</sup>. Natomiast zakaz bezprawnego wywłaszczenia z art. 5 rozpatrywanego BIT-u jest niezależny i wiąże państwo bez ograniczeń.

221. W drugiej kolejności BIT-y chronią nie tylko przed wywłaszczeniami bezpośrednimi<sup>177</sup>, ale także przed wywłaszczeniami pośrednimi, czyli wywłaszczeniami w drodze regulacyjnej oraz tak zwanymi wywłaszczeniami pełzającymi („creeping expropriations”)<sup>178</sup>.

222. Pojęcie „wywłaszczenia pośredniego” jest bardziej niejasne i dotyczy środków ingerujących w prawo własności i w eksploatację inwestycji bez pozbawienia posiadania. Sądy polubowne ustanowiły szereg kryteriów w celu odróżnienia pośredniego wywłaszczenia od normalnego wykonywania uprawnień regulacyjnych państwa, do których należą stopień ingerencji w prawo własności, cel i kontekst spornych środków państwowych i naruszenie przez te środki uzasadnionych oczekiwań w odniesieniu do wydajności ekonomicznej inwestycji<sup>179</sup>.

175 Zobacz Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie własności, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 261.

176 Zobacz opinia rzecznika generalnego H. Saugmangaarda Oe w sprawach połączonych SEGRO i Horváth (C-52/16 i C-113/16, ECLI:EU:C:2017:410, pkt 121), w której proponuje on, aby nie odpowiadać na pytania prejudycjalne w przedmiocie wykładni art. 17 karty, ponieważ „podnoszone naruszenie [tego artykułu] nie może być analizowane niezależnie od kwestii naruszenia swobód przepływu”. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, pkt 65).

177 Pod pojęciem wywłaszczenia bezpośredniego rozumie się nacjonalizację lub pozbawienie posiadania poprzez formalne przeniesienie prawa własności lub zajęcie fizyczne.

178 Zobacz Achmea BV (dawniej Eureko BV) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie własności, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 261. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 15 września 2011 r., Komisja/Słowacja (C-264/09, EU:C:2011:580, pkt 47–50), w którym Trybunał orzekł, że rozwiązanie przez Republikę Słowacką umowy, którą ta zawarła z inwestorem szwajcarskim, konieczne dla wywiązania się ze zobowiązań wynikających z dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 96/92/WE (Dz.U. 2003, L 176, s. 37), może stanowić wywłaszczenie w rozumieniu art. 6 BIT-u Szwajcaria/Słowacja.

179 Zobacz podobnie podsumowanie orzecznictwa międzynarodowego na ten temat w: K. Yannaca-Small, „Indirect expropriation” and the „Right to Regulate” in International Investment Law, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, s. 10–20.

223. To samo dotyczy wyłączeń pełzających, czyli wyłączeń pośrednich, które odbywają się w sposób stopniowy i poprzez szereg środków, z których żaden nie stanowi sam w sobie wyłączenia, ale których skumulowany efekt niszczy wartość inwestycji<sup>180</sup>.

224. Orzecznictwo Trybunału dotyczące art. 17 karty nie jest tak dalece rozwinięte. Nie wydaje się zatem pewne, że chroniłoby ono inwestorów przeciwko wyłączeniu pośredniemu w sposób porównywalny z BIT-ami.

225. W trzeciej kolejności art. 17 karty przewiduje jedynie słuszne odszkodowanie, podczas gdy art. 5 lit. c) rozpatrywanego BIT-u przewiduje, że odszkodowanie powinno odzwierciedlać *rzeczywistą* wartość inwestycji.

226. Wreszcie, Komisja nie podaje nawet jednego przykładu postępowania prowadzonego przed Trybunałem czy to w drodze skargi o uchylenie, czy też w drodze wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w którym inwestor podnosiłby swoje prawo własności w obronie przed bezprawnym wyłączeniem inwestycji<sup>181</sup>.

227. Co więcej, Komisja nie wyjaśniła w ogóle, w jaki sposób zakaz bezprawnego wyłączenia miałby być niezgodny z traktatami UE i FUE.

228. Z powyższego wynika, że zakres stosowania rozpatrywanego BIT-u jest szerszy niż zakres stosowania traktatów UE i FUE i że gwarancje ochrony inwestycji ustanowione przez ów BIT różnią się od ustanowionych w prawie Unii, chociaż nie są z nimi niezgodne. Z tego powodu spór między inwestorem niderlandzkim a Republiką Słowacką, należący do zakresu rozpatrywanego BIT-u, nie jest sporem dotyczącym wykładni lub stosowania traktatów UE i FUE.

### **3. Czy skutkiem BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja, w świetle jego celu, jest naruszenie struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE i tym samym autonomii systemu prawnego Unii?**

229. Jeżeli Trybunał orzeknie, że spór taki jak ten pomiędzy spółką Achmea a Republiką Słowacką w postępowaniu głównym nie jest sporem dotyczącym wykładni lub stosowania traktatów, o którym mowa w art. 344 TFUE, należy jeszcze zbadać, czy art. 8 BIT-u Niderlandy/Czechosłowacja powoduje naruszenie struktury kompetencyjnej określonej w traktatach i autonomii systemu prawnego Unii<sup>182</sup>.

230. Przypominam przede wszystkim podstawowe zasady wskazane w tym względzie przez Trybunał w pkt 65–70 opinii 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123) oraz w pkt 157–176 opinii 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454).

<sup>180</sup> Zobacz na przykład *Técnicas Medioambientales TECMED SA przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym* [sprawa ICSID nr ARB(AF)/00/2], orzeczenie z dnia 29 maja 2003 r., pkt 114; *Generation Ukraine Inc. przeciwko Ukrainie* (sprawa ICSID nr ARB/00/9), orzeczenie z dnia 16 września 2003 r., pkt 20.22.

<sup>181</sup> Podczas rozprawy rząd cypryjski wskazał pkt 62–76 wyroku z dnia 20 września 2016 r., *Ledra Advertising i in./Komisja i EBC* (od C-8/15 P do C-10/15 P, EU:C:2016:701), w którym Trybunał orzekł jedynie w przedmiocie kwestii, czy podpisując w imieniu EMS protokół ustaleń, Komisja przyczyniła się do naruszenia prawa własności skarżących zagwarantowanego w art. 17 ust. 1 karty. Kwestia zaistnienia naruszenia tego prawa przez Republikę Cypryjską nie została rozstrzygnięta, ponieważ w każdym razie karta nie ma zastosowania do państw członkowskich poza wykonywaniem prawa Unii (zob. pkt 67 tego wyroku).

<sup>182</sup> Zobacz opinia 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 63–89); opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 183); opinia 2/15 (umowa o wolnym handlu z Singapurem) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376, pkt 301).

231. Bezsporne jest, że traktaty założycielskie Unii ustanawiają nowy porządek prawny, dysponujący własnymi instytucjami, na rzecz którego państwa ograniczają w coraz szerszym zakresie swoje prawa suwerenne i którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, ale i pochodzące z nich jednostki, przy czym prawo Unii charakteryzuje w szczególności nadrzędność względem prawa krajowego państw członkowskich oraz bezpośrednia skuteczność szeregu przepisów znajdujących zastosowanie do pochodzących z nich jednostek i nich samych<sup>183</sup>.

232. Porządek prawny i system sądowniczy Unii opierają się na zasadniczym założeniu, zgodnie z którym każde państwo członkowskie dzieli z wszystkimi innymi państwami członkowskimi – i uznaje, że państwa te dzielą z nim – szereg wspólnych wartości, na których opiera się Unia, co oznacza i uzasadnia istnienie między państwami członkowskimi wzajemnego zaufania, że wartości te będą uznawane i że prawo Unii, które wprowadza je w życie, będzie zatem przestrzegane<sup>184</sup>.

233. Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy, wyrażoną w art. 4 ust. 3 akapit pierwszy TUE, państwa członkowskie zapewniają na swym terytorium stosowanie i poszanowanie prawa Unii. Ponadto na mocy art. 4 ust. 3 akapit drugi TUE państwa członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne, które są odpowiednie dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii<sup>185</sup>.

234. Aby zagwarantować zachowanie szczególnych cech i autonomii porządku prawnego Unii, w traktatach ustanowiono system sądowniczy mający na celu zapewnienie spójności i jednolitego charakteru wykładni prawa Unii, który powierza sądom krajowym i Trybunałowi zadanie zapewnienia pełnego stosowania prawa Unii we wszystkich państwach członkowskich, jak również zapewnienie ochrony sądowej praw podmiotowych wywodzonych z prawa Unii<sup>186</sup>.

235. W tym względzie „kluczowym elementem tak ukształtowanego systemu sądowniczego jest procedura odesłania prejudycjalnego przewidziana w art. 267 TFUE, która ustanawiając dialog między poszczególnymi sądami, zwłaszcza między Trybunałem a sądami państw członkowskich, ma na celu zapewnienie jednolitej wykładni prawa Unii [...], umożliwiając tym samym zapewnienie jego spójności, pełnej skuteczności i autonomii oraz wreszcie szczególnego charakteru prawa ustanowionego w traktatach [...]”<sup>187</sup>.

183 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 lutego 1963 r., Van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, s. 12); z dnia 15 lipca 1964 r., Costa (6/64, EU:C:1964:66, s. 593); z dnia 17 grudnia 1970 r., Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, pkt 3); opinie: 1/91 (porozumienie o EOG – I) z dnia 14 grudnia 1991 r. (EU:C:1991:490, pkt 21); 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 65); wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, pkt 59); a także opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 166).

184 Zobacz opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 168).

185 Zobacz wyrok z dnia 16 lipca 1998 r., Oelmühle i Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, pkt 23); a także opinie: 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 68); 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 173).

186 Zobacz art. 19 ust. 1 TUE. Zobacz także opinia 1/91 (porozumienie o EOG – I) z dnia 14 grudnia 1991 r. (EU:C:1991:490, pkt 35); wyrok z dnia 13 marca 2007 r., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, pkt 38); a także opinie: 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 66, 68); 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 173).

187 Opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 176). Zobacz także podobnie wyroki: z dnia 16 stycznia 1974 r., Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, pkt 2, 3); z dnia 12 czerwca 2008 r., Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, pkt 20); a także opinia 1/09 (porozumienie o utworzeniu jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 83).

236. Wreszcie, sądy państw członkowskich, zgodnie ze swą rolą strażników prawa Unii, czuwają nad przestrzeganiem norm i zasad należących do fundamentów wspólnotowego porządku prawnego Unii, takich jak zasady pierwszeństwa prawa Unii, cztery swobody podstawowe, obywatelstwo Unii, przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, prawo konkurencji i pomocy państwa oraz prawa podstawowe<sup>188</sup>.

237. Moim zdaniem zaoferowana inwestorom niderlandzkim i słowackim w art. 8 rozpatrywanego BIT-u możliwość wniesienia skargi na drodze arbitrażu międzynarodowego nie narusza ani struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE, ani autonomii systemu prawnego Unii, nawet w przypadku, gdyby Trybunał orzekł, że sądy polubowne ustanowione na mocy tego artykułu nie są sądami państw członkowskich w rozumieniu art. 267 TFUE.

238. Należy przede wszystkim zauważyć, że pomimo ich wiążącego charakteru żadne z orzeczeń arbitrażowych w żaden sposób nie może zostać wykonane bez pomocy państwa, które w przypadku arbitrażu inwestycyjnego udostępnia swoje mechanizmy egzekucyjne inwestorowi.

239. W przypadku art. 8 rozpatrywanego BIT-u orzeczenia wydane przez sądy polubowne nie mogą uniknąć kontroli sądów państwowych. Taka kontrola może odbywać się w ramach postępowania w sprawie skargi o uchylenie orzeczenia sądu polubownego przed sądami miejsca siedziby sądu polubownego lub w drodze sprzeciwu wobec wniosku o jego uznanie i wykonanie przed sądami państw, w których wniesiono o uznanie i wykonanie tego orzeczenia na podstawie Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, podpisanej w Nowym Jorku w dniu 10 czerwca 1958 r.<sup>189</sup> (zwanej dalej „konwencją nowojorską”).

240. Jak Trybunał wielokrotnie orzekł, „jeżeli w arbitrażu umownym podnoszone są kwestie prawa [Unii], sądy powszechne mogą być zmuszone do zbadania tych kwestii, zwłaszcza w ramach kontroli orzeczenia sądu arbitrażowego, mniej lub bardziej rozległej, w zależności od przypadku, którą to kontrolę wykonują w przypadku wniesienia apelacji, sprzeciwu, wniosku o stwierdzenie wykonalności lub jakiegokolwiek innego środka odwoławczego lub kontrolnego przewidzianego w obowiązującym prawie krajowym”<sup>190</sup>.

241. Na tym stwierdzeniu opiera się utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym „do tych sądów krajowych należy zbadanie, czy powinny one wystąpić do Trybunału na podstawie art. [267 TFUE] w celu uzyskania wykładni lub oceny ważności przepisów prawa [Unii], które powinny zastosować w ramach kontroli sądowej orzeczenia sądu arbitrażowego”<sup>191</sup>; sądy te są zobowiązane ostatecznie do zapewnienia jednolitego stosowania prawa Unii i przestrzegania zasad europejskiego porządku publicznego<sup>192</sup>.

242. Trybunał uznał nawet, że nie ma potrzeby przypominać o tym wyraźnie w treści wyroków z dnia 13 maja 2015 r., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), i z dnia 7 lipca 2016 r., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), w których orzekał on bezpośrednio w kwestii, która w obu sprawach dotyczyła tego, czy rozpatrywane orzeczenie arbitrażowe było niezgodne z prawem Unii w dziedzinie konkurencji.

188 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 36–39); z dnia 28 marca 2000 r., *Krombach* (C-7/98, EU:C:2000:164, pkt 21); z dnia 3 września 2008 r., *Kadi i Al Barakaat International Foundation/Rada i Komisja* (C-402/05 P i C-415/05 P, EU:C:2008:461, pkt 304); opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 172). Pod kątem bardziej szczegółowej analizy pojęcia europejskiego porządku publicznego odsyłam do mojej opinii w sprawach również dotyczących orzeczeń arbitrażowych: *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2014:2414, pkt 166–177); *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177, pkt 55–72).

189 *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 330, s. 3.

190 Wyrok z dnia 23 marca 1982 r., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, pkt 14). Zobacz także podobnie wyroki: z dnia 27 kwietnia 1994 r., *Almelo* (C-393/92, EU:C:1994:171, pkt 22, 23); z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 32).

191 Wyrok z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 33). Zobacz także podobnie wyrok z dnia 23 marca 1982 r., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, pkt 15).

192 Zobacz podobnie pkt 59–62 mojej opinii w sprawie *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177).

243. W tych sprawach ani państwa członkowskie, ani Komisja nie uznały, że kwestie prawa konkurencji podniesione przed arbitrami nie podlegały arbitrażowi ani że nie istniała choćby najmniejsza sprzeczność między prawem Unii i zapisami na sąd polubowny, które strony będące podmiotami prywatnymi umieściły w swoich umowach<sup>193</sup>.

244. Co więcej, sprawy, w których zapadły wyroki z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), i z dnia 7 lipca 2016 r., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), toczyły się w ramach skargi o uchylenie orzeczenia sądu arbitrażowego, natomiast sprawa, w której wydano wyrok z dnia 13 maja 2015 r., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), była następstwem złożenia sprzeciwu wobec wniosku o uznanie i wykonanie orzeczenia arbitrażowego. Dowodzi to, że niezależnie od rodzaju postępowania, sądy państw członkowskich i Unii mają możliwość zapewnienia jednolitej wykładni prawa Unii i przestrzegania zasad europejskiego porządku publicznego, czy to w zakresie konkurencji<sup>194</sup>, czy w innych dziedzinach prawa Unii.

245. Cechy sądów polubownych ustanowionych na mocy art. 8 rozpatrywanego BIT-u, a zwłaszcza sądu polubownego będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, są tego rodzaju, że pozwalają one zwykłym sądom państw członkowskich na zapewnienie przestrzegania tych zasad, jak czynią to w ramach międzynarodowego arbitrażu handlowego.

246. Artykuł 8 rozpatrywanego BIT-u powierza prezesowi Instytutu Arbitrażowego SH, z siedzibą w państwie członkowskim, zadanie mianowania arbitrów, jeśli mianowania nie nastąpią w terminach określonych w art. 8 ust. 3 rozpatrywanego BIT-u. Przewiduje on również, że do postępowań arbitrażowych, które toczą się zgodnie z tym artykułem, zastosowanie ma regulamin arbitrażowy UNCITRAL. Zgodnie z art. 16 regulaminu arbitrażowego z 1976 r. sąd polubowny sam ustala miejsce arbitrażu i wybiera instytucję, która będzie pełnić funkcję sekretariatu sądu, po wysłuchaniu uczestników postępowania<sup>195</sup>.

247. W swoim postanowieniu proceduralnym z dnia 19 marca 2009 r. sąd polubowny ustalił miejsce arbitrażu znajdujące się na terytorium państwa członkowskiego, mianowicie Frankfurt nad Menem. W związku z tym, zgodnie z art. 1059 niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego, przeciwko jego orzeczeniu przysługuje skarga o uchylenie do sądów niemieckich, które mogą w ramach rozstrzygnięcia takiej skargi zapewnić jednolitą wykładnię przepisów prawa Unii i przestrzeganie zasad europejskiego porządku publicznego. Sąd odsyłający i Trybunał rozpatrują niniejszą sprawę właśnie w ramach takiego odwołania.

248. Co więcej, uznawanie i wykonywanie orzeczeń arbitrażowych wydanych przez sądy polubowne ustanowione na mocy art. 8 rozpatrywanego BIT-u wchodzi w zakres stosowania konwencji nowojorskiej, do której przystąpiły wszystkie państwa członkowskie Unii. Zgodnie z nią sądy państwowe mogą odmówić uznania i wykonania orzeczenia z wszystkich względów, o których mowa w art. V owej konwencji, w tym z powodu niezgodności postępowania arbitrażowego z umową stron<sup>196</sup> i z powodu sprzeczności z porządkiem publicznym<sup>197</sup>, w tym europejskim porządkiem publicznym.

193 Zobacz także podobnie wyrok z dnia 21 maja 2015 r., *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335, pkt 57–72), w którym Trybunał nie przychylił się do stanowiska rzecznika generalnego N. Jääskinen wyrażonego w pkt 124 opinii w sprawie *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443), zgodnie z którym odesłanie do arbitrażu nie może samo w sobie naruszyć art. 101 TFUE.

194 Zobacz wyrok z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 37).

195 Zobacz *Achmea BV* (dawniej *Eureko BV*) przeciwko Republice Słowackiej (UNCITRAL) (sprawa CPA nr 2008-13), orzeczenie z dnia 26 października 2010 r. w przedmiocie właściwości, możliwości rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu i zawieszenia, pkt 16.

196 Zobacz art. V ust. 1 lit. d) konwencji nowojorskiej, co może mieć miejsce w przypadku, gdy sąd polubowny, niezgodnie z art. 8 ust. 6 rozpatrywanego BIT-u, nie wziął pod uwagę prawa Unii.

197 Zobacz art. V ust. 2 lit. b) konwencji nowojorskiej oraz wyrok z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 38).

249. Zakładając nawet, że Achmea mogłaby doprowadzić do uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego, które jest sporne w niniejszej sprawie, w innym państwie członkowskim, sądy wezwanego państwa członkowskiego również miałyby obowiązek zbadania, czy orzeczenie nie jest niezgodne z prawem Unii.

250. Tak samo jest w ramach skargi o uchylenie, tak jak w niniejszej sprawie. Jednolite stosowanie prawa Unii może być zapewnione w oparciu o szereg podstaw, z których najbardziej istotne to niezgodność postępowania arbitrażowego z umową stron oraz sprzeczność z porządkiem publicznym<sup>198</sup>, w tym z europejskim porządkiem publicznym.

251. Komisja powołuje się również na ryzyko, że miejsce arbitrażu zostanie potencjalnie ustanowione w państwach trzecich lub że wniosek o uznanie i wykonanie orzeczenia arbitrażowego niezgodnego z prawem Unii zostanie złożony w państwie trzecim, w którym to przypadku sądy Unii nie będą zaangażowane i z tego powodu nigdy nie złożą do Trybunału wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

252. Podobnie zdaniem Komisji jest w odniesieniu do BIT-ów wewnątrzunijnych, które wskazują Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID), z siedzibą w Waszyngtonie D.C., jako instytucję pełniącą funkcję sekretariatu arbitrażu, w którym to przypadku orzeczenie arbitrażowe jest wiążące dla stron i nie może być przedmiotem odwołania ani środka innego niż środki przewidziane w konwencji ICSID<sup>199</sup>. Wynika z tego, że nie istnieje żaden prawny środek, który umożliwiłby sądom państw członkowskich kontrolę zgodności orzeczenia arbitrażowego ICSID z prawem Unii.

253. Nawet jeśli moim zdaniem państwa członkowskie powinny unikać wyboru ICSID w swych BIT-ach, zagrożenia wskazane przez Komisję mają w niniejszej sprawie charakter czysto hipotetyczny, ponieważ sporny BIT nie wskazuje ICSID jako instytucji pełniącej funkcję sekretariatu arbitrażu, ponieważ strony dokonały wyboru CPA w Hadze jako instytucji pełniącej tę funkcję, ponieważ sąd polubowny ustalił miejsce arbitrażu na terytorium państwa członkowskiego i ponieważ nie złożono wniosku o uznanie i wykonanie orzeczenia arbitrażowego w państwach trzecich<sup>200</sup>, lecz tylko jedna skarga o uchylenie orzeczenia sądu polubownego została wniesiona przed sądy państwa członkowskiego, z których jeden zwrócił się do Trybunału w trybie prejudycjalnym.

254. Poza tym nie ma mowy o sprzeczności co do istoty orzeczeń arbitrażowych z prawem Unii, gdyż argumenty podniesione przez Republikę Słowacką w postępowaniu przed sądem odsyłającym dotyczyły jedynie zgodności mechanizmu rozstrzygania sporów ustanowionego w art. 8 rozpatrywanego BIT-u z traktatami UE i FUE.

255. Niezależnie od tego, skuteczność systemu sądowiczego Unii nie dozna uszczerbku nawet w sytuacji, gdy państwo członkowskie nie będzie chętne do zakwestionowania niezgodności orzeczenia arbitrażowego z traktatami UE i FUE w trybie skargi o uchylenie ani poprzez sprzeciw wobec wniosku o uznanie i wykonanie. W takiej sytuacji art. 258 i 260 TFUE umożliwiają bowiem Komisji ściganie państwa członkowskiego, które wykonało orzeczenie arbitrażowe niezgodne z prawem Unii<sup>201</sup>.

198 Zobacz art. 1059 ust. 2 lit. d) i art. 1059 ust. 2 lit. b) niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego.

199 Zobacz art. 53 ust. 1 tej konwencji. Wskazuję jednak, że obawa ta nie uniemożliwiła instytucjom Unii wyboru ICSID jako instytucji arbitrażowej w art. 9.16 umowy o wolnym handlu UE–Singapur.

200 Nawet w takim przypadku ryzyko to może rzeczywiście istnieć tylko wtedy, gdy państwo członkowskie pozwane w arbitrażu posiada majątek położony na terytorium państwa trzeciego, który nie jest objęty immunitetami przyznawanymi w prawie międzynarodowym państwowi obcym. W rzeczywistości, nawet jeśli miejsce arbitrażu jest określone w państwie trzecim lub wniosek o uznanie i wykonanie tego orzeczenia zostanie wniesiony w państwie trzecim, inwestor nie może uniknąć wniesienia o uznanie i wykonanie orzeczenia arbitrażowego w postępowaniu przed sądami pozwanego państwa członkowskiego.

201 Zobacz *Electrabel S.A. przeciwko Węgrom* (sprawa ICSID nr ARB/07/19), postanowienie w przedmiocie właściwości, prawa właściwego i odpowiedzialności z dnia 30 listopada 2012 r., pkt 4.160–4.162.



256. Z tych względów uważam, że art. 8 rozpatrywanego BIT-u nie narusza struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE i tym samym autonomii systemu prawnego Unii.

257. Stwierdzenia tego nie podważa argument podniesiony przez szereg rządów i Komisję, wywiedziony z ryzyka wydania przez sądy polubowne orzeczeń niezgodnych z prawem Unii, a także z zasady wzajemnego zaufania.

258. Argumentacja ta dotyczy nie tylko międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego, lecz także międzynarodowego arbitrażu handlowego, ponieważ ten ostatni może również prowadzić do orzeczeń sprzecznych z prawem Unii i być oparty na rzekomym braku zaufania względem sądów państw członkowskich. Pomimo tych zagrożeń Trybunał nigdy nie zakwestionował jego ważności, chociaż arbitraż sporów w dziedzinie prawa Unii z zakresu konkurencji pomiędzy podmiotami prywatnymi nie jest nieznan<sup>202</sup>.

259. Jeśli zatem arbitraż międzynarodowy między jednostkami nie narusza struktury kompetencyjnej określonej w traktatach UE i FUE i tym samym autonomii systemu prawnego Unii, nawet gdy stroną postępowania arbitrażowego jest państwo<sup>203</sup>, uważam, że tak samo powinno być w odniesieniu do arbitrażu międzynarodowego między inwestorami i państwami, szczególnie że nieodzowny udział państwa oznacza większą przejrzystość<sup>204</sup> i że nadal istnieje możliwość zobowiązania go do przestrzegania obowiązków wynikających z prawa Unii w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie art. 258 i 259 TFUE.

260. Gdyby przyjąć rozumowanie Komisji, każdy arbitraż może naruszać strukturę kompetencyjną określoną w traktatach UE i FUE i tym samym autonomię systemu prawnego Unii.

261. Ponadto nie dostrzegam, w jaki sposób postępowanie arbitrażowe w postępowaniu głównym miałyby naruszać zasadę wzajemnego zaufania, zważywszy, że mogło do niego dojść jedynie za zgodą zainteresowanych państw członkowskich i zgodnie z wyrażoną swobodnie decyzją spółki Achmea, aby skorzystać z możliwości, którą te państwa członkowskie jej zaoferowały.

262. W istocie bowiem zasada wzajemnego zaufania „wymaga w szczególności w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, by każde z tych państw uznawało – z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności – iż wszystkie inne państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych uznanych w tym prawie”<sup>205</sup>.

263. Nie dostrzegam związku pomiędzy tą zasadą a art. 8 rozpatrywanego BIT-u. Jak stwierdził na rozprawie rząd niderlandzki, arbitraż międzynarodowy jako tryb RSIP w żaden sposób nie oznacza, że Królestwo Niderlandów i Republika Słowacka miały wątpliwości co do poszanowania przez drugą stronę prawa Unii oraz praw podstawowych, które prawo to uznaje.

264. Jak wszystkie mechanizmy RSIP zawarte w BIT-ach, art. 8 rozpatrywanego BIT-u tworzy forum, na którym inwestor może pozwać państwo w celu dochodzenia praw przyznanych mu na gruncie prawa międzynarodowego publicznego przez BIT, której to możliwości nie miałyby bez tego postanowienia<sup>206</sup>.

202 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 1 czerwca 1999 r., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269); z dnia 7 lipca 2016 r., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526); wyrok szwajcarskiego trybunału federalnego z dnia 8 marca 2006 r., 4P.278/2005 w sprawie skargi o uchylenie orzeczenia sądu arbitrażowego wydanego w Szwajcarii w sporze dwóch włoskich spółek z naruszeniem prawa konkurencji Unii.

203 Zobacz postępowanie arbitrażowe między Gazpromem i litewskim ministerstwem energetyki, które było przedmiotem sprawy zakończonej wyrokiem z dnia 13 maja 2015 r., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 Większość orzeczeń jest publiczna, inaczej niż w przypadku międzynarodowego arbitrażu handlowego. Trudniej jest zatem zweryfikować istnienie naruszenia prawa Unii.

205 Opinia 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r. (EU:C:2014:2454, pkt 191 i przytoczone tam orzecznictwo).

206 Zobacz podobnie *Bundesverfassungsgericht* (niemiecki trybunał konstytucyjny), postanowienie drugiego senatu z dnia 8 maja 2007 r., 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, pkt 54.

265. Co więcej, nie jest pewne, czy jednostka może powoływać się na postanowienia umowy międzynarodowej przed sądami państwowymi, ponieważ sądy te albo wykluczają z urzędu taką możliwość, uznając, że traktaty ustanawiają prawa i obowiązki jedynie między państwami, albo wymagają spełnienia bardziej lub mniej rygorystycznych, w zależności od przypadku, przesłanek możliwości powoływania się na nie, które nie gwarantują jednostkom możliwości powoływania się na postanowienia traktatów<sup>207</sup>.

266. W związku z tym wniesienie skargi w drodze międzynarodowego arbitrażu, nie dość, że nie jest wyrazem braku zaufania do systemu prawnego innego państwa członkowskiego, jest jedynym środkiem zapewnienia pełnej i praktycznej skuteczności BIT-om poprzez stworzenie wyspecjalizowanego sądu, przed którym inwestorzy mogą korzystać z praw przyznanych im przez BIT-y.

267. W konsekwencji nie uważam, że art. 8 rozpatrywanego BIT-u jest niezgodny z zasadą wzajemnego zaufania.

268. Wreszcie, nie przekonuje mnie argumentacja Komisji, zgodnie z którą brak BIT-ów między państwami członkowskimi, które założyły Unię lub do niej przystąpiły przed 2004 r., stanowi dowód na to, że umowy te są oparte na braku wzajemnego zaufania.

269. W pierwszej kolejności nie jest prawdą, że założycielskie państwa członkowskie i państwa członkowskie, które przystąpiły do Unii przed 2004 r., nie są związane umowami podobnymi do BIT-ów, innymi niż traktaty UE i FUE<sup>208</sup>.

270. W drugiej kolejności BIT-y mają znacznie mniejsze znaczenie między państwami eksportującymi kapitał. I tak, aby posłużyć się przykładem, można zauważyć, że zgodnie z najnowszymi danymi statystycznymi Francja nie należy ani do pierwszych dziesięciu państw przyjmujących przepływy kapitału niemieckiego, ani do pierwszych dziesięciu państw, z których pochodzą przepływy kapitału do Niemiec, natomiast Polska zajmuje dziesiąte miejsce na liście państw, do których trafia kapitał z Niemiec<sup>209</sup>.

271. Zastanawiam się zatem, czy braku BIT-u między starymi państwami członkowskimi nie można raczej wytłumaczyć faktem, że większość państw członkowskich należących do tej kategorii to ważni eksporterzy kapitału, a nie państwa przyjmujące inwestycje, i że w związku z tym nie mają one rzeczywistej potrzeby zawierania między sobą BIT-ów.

272. Z tych względów uważam, że mechanizmu rozstrzygania sporów ustanowiony w art. 8 wskazanego BIT-u jest zgodny z art. 344 TFUE, a także ze strukturą kompetencyjną określoną w traktatach UE i FUE oraz autonomią systemu prawnego Unii.

207 Zobacz pkt 206 niniejszej opinii.

208 Zobacz przykłady podane przeze mnie w pkt 42 i 43 niniejszej opinii.

209 Zobacz nota ambasady Francji w Niemczech z dnia 1 marca 2017 r. na temat bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Niemczech w latach 2014–2015, utworzona na podstawie danych statystycznych skompilowanych przez UNCTAD i Deutsche Bundesbank (niemiecki bank federalny), dostępna na stronie internetowej pod adresem: <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. Zobacz w szczególności tabela 5.

## VI. Wnioski

273. Proponuję zatem, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne zadane przez Bundesgerichtshof (federalny sąd najwyższy, Niemcy) w następujący sposób:

Artykuły 18, 267 i 344 TFUE powinny być interpretowane w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie stosowaniu mechanizmu rozstrzygnięcia sporów między inwestorem i państwem ustanowionego w drodze dwustronnej umowy dotyczącej ochrony inwestycji, zawartej przed przystąpieniem jednego z umawiających się państw do Unii Europejskiej, zgodnie z którą inwestor umawiającego się państwa w przypadku sporów dotyczących inwestycji w drugim umawiającym się państwie może wszcząć przeciwko ostatniemu wymienionemu państwu postępowanie przed sądem polubownym.