

Bartosz SOLOCH\*

## WYROK WIELKIEJ IZBY TSUE W SPRAWIE C-284/16 *ACHMEA*: JEDNA DECYZJA – WIELE PERSPEKTYW<sup>1</sup>

### (Streszczenie)

Wyrok TSUE w sprawie C-284/16 *Achmea* ma fundamentalne znaczenie dla przyszłego kształtu relacji prawa unijnego i prawa ochrony inwestycji w stosunkach pomiędzy państwami UE. TSUE stwierdził w nim niezgodność z prawem UE postanowień pozwalających inwestorowi na pozywanie państw goszczących bezpośrednio przed międzynarodowe trybunały arbitrażowe. Skutkiem wyroku jest obowiązek Państw Członkowskich do wypowiedzenia łączących je z innymi Państwami Członkowskimi umów o wzajemnej ochronie inwestycji i podjęcie wszelkich działań mających na celu skrócenie obowiązywania ich postanowień. Zanim to jednak nastąpi, upłynąć może sporo czasu: po pierwsze doprowadzony do końca musi zostać proces rozwiązywania umów, ponadto rozwiązanie umów nie musi oznaczać zakończenia wszczętych na ich podstawie postępowań. Oznacza to, że postępowania wszczęte na ich podstawie trwać będą mogły nawet przez najbliższe kilkanaście lat. Z tego względu zasadne jest rozważenie możliwych konsekwencji wyroku w sprawie *Achmea* nie tylko z punktu widzenia prawa unijnego, lecz także prawa ochrony inwestycji i krajowego prawa arbitrażowego. Tylko wtedy możliwe bowiem będzie określenie jego skutków i wskazanie na możliwe przeszkody dla zapewnienia mu skuteczności. Analiza praktyki orzeczniczej trybunałów arbitrażowych mogłaby wskazywać, że fakt sprzeczności wewnątrzunijnych umów o ochronie inwestycji z prawem UE niekoniecznie musi automatycznie prowadzić do niemożliwości orzekania na ich podstawie przez międzynarodowe trybunały arbitrażowe, zaś w postępowaniach postarbitrażowych przed sądami krajowymi można sobie wyobrazić, że restrykcyjna praktyka stosowania krajowych ustaw arbitrażowych mogłaby stanowić dalszą przeszkodę dla zapewnienia skuteczności prawu

---

\* LL.M. (Bonn), doktorant, Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, referendarz w Departamencie Prawa Międzynarodowego i Europejskiego w PGRP; e-mail: Bartosz.soloch@gmail.com

<sup>1</sup> Poglądy przedstawione w niniejszym artykule mają charakter wyłącznie prywatny i nie mogą być przypisywane PGRP. Autor pragnie podziękować gorąco za cenne uwagi i krytyczną lekturę tekstu prof. Annie Wyrozumskiej i dr Marcie Cichomskiej.

UE. W związku z powyższym dla zapewnienia pewności obrotu i pełnej skuteczności prawa UE niezbędne jest jak najszybsze rozwiązanie wewnątrzunijnych umów o ochronie inwestycji wraz z tzw. „klauzulami zachodzącego słońca”.

**Słowa kluczowe:** umowy o ochronie inwestycji; arbitraż inwestycyjny; wewnątrzunijne inwestycje; interakcja porządków prawnych; prawo międzynarodowe

**Klasyfikacja JEL:** K33, P45

## 1. Wprowadzenie

Wyrok TSUE w sprawie C-284/16 *Achmea*, pomimo jego relatywnej świeżości, można uznać za solidnego kandydata na stanie się jednym z „kamieni milowych” orzecznictwa. Jak się wydaje, w sposób definitywny rozwiązał on kwestię przyszłości dwustronnych umów o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji zawartych pomiędzy państwami członkowskimi UE (wewnątrzunijnych **BIT-ów**) i – z wysokim prawdopodobieństwem – także wewnątrzunijnego stosowania innych międzynarodowych umów o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji (**IIA**), przy szczególnym uwzględnieniu Traktatu Karty Energetycznej (**TKE**)<sup>2</sup>. O jego znaczeniu świadczyć może zarówno znaczna liczba organizowanych konferencji poświęconych jego analizie, jak również ich tytuły, niekiedy sformułowane w dość krzykliwy sposób<sup>3</sup>. Do czasu pełnej implementacji tego orzeczenia, tj. rozwiązania przez wszystkie państwa członkowskie wewnątrzunijnych BIT-ów

<sup>2</sup> Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzone w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r., Dz.U. 2003.105.985, skonsolidowana wersja Traktatu dostępna jest na stronach Sekretariatu Karty Energetycznej, <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>3</sup> *W(h)ither ISDS? The Impact of Achmea on Pending Arbitrations under Member States' BITs and the Energy Charter Treaty* organizowana przez Amsterdam Center for International Law 26.07.2018 r., <http://acil.uva.nl/content/events/workshops/2018/06/whither-isds.html>; stan na 15.03.2019 r.; *The Future of Intra-EU Investment Arbitration in the Aftermath of the Achmea judgment* organizowana w ramach Paryskiego Tygodnia Arbitrażowego 11.04.2018 r., <http://www.parisarbitrationweek.com/wp-content/uploads/2018/03/pdf-event-Essec.pdf>; stan na 15.03.2019 r.; *Protection Of Foreign Investments in Europe – Perspectives & Solutions* organizowana przez International Investment Law Centre w Kolonii 5.07.2018 r., [http://www.iilcc.uni-koeln.de/sites/iilcc/user\\_upload/IILCC\\_Conference\\_-\\_Investment\\_Protection\\_in\\_Europe\\_after\\_Achmea.pdf](http://www.iilcc.uni-koeln.de/sites/iilcc/user_upload/IILCC_Conference_-_Investment_Protection_in_Europe_after_Achmea.pdf); stan na 15.03.2019 r.; *Killing me softly with EU Law: What to do after the CJEU Judgement in Achmea?* organizowana przez Forum Arbitrażowe Młodych ICC w Londynie 18.04.2018 r., <https://iccwbo.org/event/icc-yaf-killing-softly-eu-law-cjeu-judgement-achema/#1479467112259-d5b2b420-b616aba1-b1becc7e-5a0dece0-8b5e4357-bde48474-1310b8df-2d33>; stan na 15.03.2019 r.

i zakończenia wszystkich wszczętych na ich podstawie postępowań, wiele kwestii pozostaje jednak problematycznych. W szczególności dogłębnej analizy wymaga dokładne określenie wyływających z orzeczenia w sprawie *Achmea* skutków dla państw członkowskich; kwestia dalszego istnienia jurysdykcji trybunałów arbitrażowych powołanych na podstawie postanowień zawartych w IIA (TA) czy też konsekwencje orzeczenia dla postępowań postarbitrażowych toczących się przed sądami krajowymi państw członkowskich. Kwestie te są tym bardziej ważne, że nawet założywszy bezzwłoczne rozwiązanie przez państwa członkowskie wewnętrznych BIT-ów, to i tak definitywne zakończenie (tj. obejmujące również etap postarbitrażowy) wszczętych na ich podstawie postępowań zająć może jeszcze wiele lat. Pokaże to, ile komplikacji może za sobą nieść w praktyce faktyczne zapewnienie skuteczności wyrokowi TSUE.

W celu możliwie przejrzystego przedstawienia omawianego problemu tekstowi zostanie nadany następujący porządek: w pierwszej kolejności omówiona zostanie historia postępowania w sprawie *Achmea* od momentu wszczęcia postępowania arbitrażowego do wydania wyroku przez TSUE. Następnie omówiony zostanie sam wyrok, z wyszczególnieniem jego poszczególnych elementów. Kolejna część będzie poświęcona próbie analizy jego skutków dla postępowań przed trybunałami arbitrażowymi. Wreszcie omówione zostaną wynikające z wyroku skutki zarówno dla państw członkowskich, jak i ich organów sądowniczych. Tekst zamknie krótkie podsumowanie.

### 1.1. Wprowadzenie: przebieg postępowania w sprawie *Achmea* przed trybunałem arbitrażowym i sądami krajowymi

Dla możliwie przejrzystego przedstawienia zagadnienia pomocne będzie skrótowne zarysowanie historii postępowania, które doprowadziło do zadania pytania prejudycjalnego do TSUE przez niemiecki sąd najwyższy (BGH).

Pytanie prejudycjalne zostało zadane przez BGH w ramach toczącego się przed nim postępowania postarbitrażowego, związanego z arbitrażem inwestycyjnym wszczętym przez inwestora holenderskiego (Eureko, a następnie *Achmea*) przeciwko Słowacji<sup>4</sup>. Inwestor dochodził od Republiki Słowacji na podstawie słowacko-holenderskiego BIT<sup>5</sup> odszkodowania za straty rzekomo

<sup>4</sup> Sprawa *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, dokumenty dotyczące sprawy dostępne są pod adresem <https://www.italaw.com/cases/417>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>5</sup> Angielska wersja językowa umowy dostępna jest za pośrednictwem strony <http://investment-policyhub.unctad.org/IIA/treaty/2650>; stan na 15.03.2019 r.

poniesione w związku z działaniami legislacyjnymi władz słowackich, polegającymi na stosunkowo daleko posuniętej prywatyzacji sektora opieki zdrowotnej na mocy ustawodawstwa z 2004 r., z której po wyborach wycofał się w roku 2006 kolejny rząd. Inwestor twierdził, że władze słowackie działały wobec niego w złej wierze, naruszając jego uzasadnione oczekiwania co do środowiska prawnego, w którym przyjdzie mu inwestować (podniósł zarzut pośredniego wyłączenia na podstawie art. 5 Umowy BIT oraz zarzut naruszenia zasady sprawiedliwego i uczciwego traktowania na podstawie art. 3 słowacko-holenderskiego BIT.

Wezwanie na arbitraż (*Notice of Arbitration*) zostało złożone przez inwestora holenderskiego, Eureko B.V. Siedzibą trybunału arbitrażowego, działającego na podstawie regulaminu UNCITRAL, został Frankfurt nad Menem. Na wniosek Słowacji trybunał zdecydował się wyodrębnić w postępowaniu fazę jurysdykcyjną, w której rozstrzygnąć miał między innymi o zasadności zgłaszanych przez Słowację zarzutów co do braku właściwości mającego wynikać ze sprzeczności tzw. „klauzuli arbitrażowej”, a więc zawartej w art. 8 Umowy BIT, skierowanej do inwestora jednostronnej oferty państwa do zawarcia umowy arbitrażowej, z prawem Unii Europejskiej, co miałyby prowadzić do nieważności umowy arbitrażowej. Zarzuty te obejmowały domniemane wygaśnięcie klauzuli arbitrażowej na mocy art. 59 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów<sup>6</sup> (KWPT) wraz z akcesją Słowacji do UE; jej niestosowalność na mocy art. 30 KWPT; konieczność przyjęcia przez TA zasady prymatu prawa UE nad wewnątrzunijnymi umowami międzynarodowymi w związku ze stosowaniem przez TA prawa UE jako prawa wewnętrznego państw członkowskich oraz konieczność skierowania przez TA pytania prejudycjalnego do TSUE. Po stronie Słowacji w postępowaniu udział wzięła także Komisja Europejska jako *amicus curiae*.

24 października 2010 r. Trybunał Arbitrażowy wydał orzeczenie częściowe, w którym potwierdził swoją jurysdykcję. Zważywszy, że w literaturze przedmiotu było ono analizowane wielokrotnie, jego dokładne omówienie w tym miejscu nie jest konieczne<sup>7</sup>. Warto jedynie zasygnalizować, że na niespełna 77 stronach

<sup>6</sup> Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 90.74.439.

<sup>7</sup> Argumentacja podnoszona w sprawie *Achmea* została omówiona i osadzona w szerszym kontekście innych wyroków TA, dotyczących relacji pomiędzy prawem UE a prawem unijnym przez **A. Ghouri**, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2015, s. 149–176; **T. Fecák**, *International Investment Agreements and EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016, s. 380 i n.

Trybunał stwierdził, że powyższe zarzuty są niezasadne, ponieważ (i) prawo UE nie regulowało kwestii rozstrzyganych przez Trybunał; (ii) prawo Unii nie daje materialnoprawnych gwarancji porównywalnych z oferowanymi przez BIT-y; (iii) prawo Unii nie zapewnia równie skutecznej ścieżki sądowej co klauzula arbitrażowa zawarta w BIT; (iv) klauzula arbitrażowa nie ma dyskryminującego charakteru, a nawet gdyby miała, to można by tę dyskryminację usunąć, rozszerzając stosowanie klauzuli na inwestorów z wszystkich państw członkowskich; (v) Trybunał nie jest elementem systemu sądowego państw członkowskich.

Słowacja zaskarżyła powyższe orzeczenie przed sądem apelacyjnym we Frankfurcie (*Oberlandesgericht – OLG Frankfurt*)<sup>8</sup>. Wnosząc o jego uchylenie, wskazywała, że jest ono sprzeczne z następującymi postanowieniami TFUE: art. 267, art. 344 i art. 18. Powyższe miałyby prowadzić do nieważności orzeczenia arbitrażowego z racji braku ważnej umowy arbitrażowej stanowiącej podstawę jurysdykcji trybunału<sup>9</sup> i naruszania niemieckiego porządku publicznego<sup>10</sup>. W swoim wyroku z 10 maja 2012 r.<sup>11</sup> OLG Frankfurt oddalił skargę Słowacji, jednocześnie stwierdzając, że nie widzi podstaw do zadania pytania prejudycjalnego do TSUE, w związku z faktem oczywistego braku sprzeczności pomiędzy „klauzulą arbitrażową” a prawem UE. Słowacja odwołała się od wyroku do BGH, który jednak odrzucił skargę kasacyjną swoim postanowieniem z 19 września 2013 r. z uwagi na fakt, że wobec wydania przez trybunał arbitrażowy orzeczenia końcowego w dniu 7 grudnia 2012 r.<sup>12</sup> konieczne jest złożenie nowej skargi o uchylenie orzeczenia końcowego. Słowacja zaskarżyła wyrok końcowy, raz jeszcze odwołując się do tych samych argumentów, dotyczących prawa europejskiego. OLG Frankfurt ponownie oddalił skargę posta-

<sup>8</sup> § 1140 ust. 3 niemieckiego k.p.c. (*Zivilprozessordnung – ZPO*), BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781 ze zm. pozwala na zaskarżanie wyroków częściowych przed sądem miejsca arbitrażu jeszcze przed wydaniem wyroku końcowego przez trybunał arbitrażowy.

<sup>9</sup> Przesłanka uchylenia orzeczenia wskazana w § 1059 ust. 2 pkt (1) lit. a) ZPO, tekst ustawy dostępny jest pod adresem [https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_1059.html](https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_1059.html); stan na 15.03.2019 r.

<sup>10</sup> Przesłanka uchylenia orzeczenia wskazana w § 1059 ust. 2 pkt (2) lit. b) ZPO, tekst ustawy dostępny jest pod adresem [https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_1059.html](https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_1059.html); stan na 15.03.2019 r.

<sup>11</sup> Postanowienie OLG Frankfurt z 10 maja 2012 r. w sprawie 26 SchH 11/10, orzeczenie dostępne pod adresem <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0931.pdf>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>12</sup> Postanowienie BGH z 19 września 2013 r. w sprawie III ZB 37/12, orzeczenie dostępne pod adresem <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1606.pdf>; stan na 15.03.2019 r.

nowieniem z 18 grudnia 2014 r.<sup>13</sup> Tym razem jednak BGH, do którego odwołała się Słowacja, nie tylko zdecydował się rozpatrzyć skargę merytorycznie (acz wyłącznie w zakresie ograniczonym do zarzutu braku ważnej umowy na arbitraż), lecz także postanowieniem z dnia 3 marca 2016 r. zdecydował się skierować do TSUE pytania prejudycjalne dotyczące zgodności klauzuli arbitrażowej z art. 18, 267 i 344 TFUE<sup>14</sup>.

Postępowanie przed BGH zakończyło się postanowieniem z 31 października 2018 r. uchylającym orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Achmea*. Należy podkreślić, że w postanowieniu tym BGH w zasadzie w całości przyjął rozumowanie TSUE<sup>15</sup>.

## 1.2. Kontekst proceduralny pytania sądu niemieckiego

Pytanie prejudycjalne zostało zadane przez BGH w ramach postępowania o uchylenie wyroku krajowego sądu arbitrażowego. Przesłanki te, w odróżnieniu od przesłanek odmowy wykonania wyroku wydanego przez trybunał arbitrażowy z siedzibą za granicą, są formułowane na poziomie prawa krajowego. Niemiecka ustawa arbitrażowa, bazująca na treści prawa modelowego UNCITRAL oraz Konwencji Nowojorskiej<sup>16</sup> definiuje te przesłanki wąsko (§ 1059 ZPO). Co do zasady niemieckie sądy interpretują przesłanki uchylenia orzeczeń trybunałów arbitrażowych restrykcyjnie<sup>17</sup>; w szczególności należy podkreślić, że przeprowadzana przez nie analiza orzeczeń arbitrażowych nie stanowi całościowej kontroli merytorycznej orzeczenia (*révision au fond*)<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Postanowienie OLG Frankfurt z 18 grudnia 2014 r. w sprawie 26 Sch 3/13, wyrok dostępny pod adresem <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7079.pdf>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>14</sup> Postanowienie BGH z 3 marca 2016 r. w sprawie I ZB 2/15 dostępne pod adresem <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74612&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>; stan na 06.05.2018 r. nieoficjalne angielskojęzyczne tłumaczenie dostępne pod adresem [http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Translation\\_German\\_decision\\_BGH\\_\(final\).pdf](http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Translation_German_decision_BGH_(final).pdf); stan na 15.03.2019 r.

<sup>15</sup> Postanowienie BGH z 31 października 2016 r. w sprawie I ZB 2/15 dostępne pod adresem <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=89393&pos=0&anz=1>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>16</sup> Zob. **J. Münch**, § 1059 ZPO, w: **W. Krüger, T. Rauscher i in.** (eds.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, T. 3, C.H. Beck, München 2017, pkt 3.

<sup>17</sup> **K.H. Bockstiegel, S. Kröll i in.**, *Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview*, w: **P. Nacimiento, S. Kroll i in.** (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Wolters Kluwer, Aalphen an den Rijn 2015, s. 43 i n.

<sup>18</sup> Zob. **J. Münch**, *op. cit.*, pkt 7.

W tym kontekście podkreślenia wymaga, że BGH w sposób nader zwięzły rozprawił się z zarzutem dotyczącym rzekomego istnienia naruszenia porządku publicznego<sup>19</sup> i ograniczył się do rozpatrzenia zarzutu naruszenia prawa Unii wyłącznie w kontekście zarzutu z § 1059 ust. 2 pkt (1) lit. a) ZPO dotyczącego braku ważnej umowy arbitrażowej. BGH stwierdził, że w związku z faktem, że podstawą umowy arbitrażowej między stronami był przepis umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy państwami członkowskimi (holendersko-słowacki BIT), sprzeczność tej umowy międzynarodowej z prawem UE, prowadząca do jej niestosowania, mogłaby prowadzić do braku ważnie zawartej umowy o arbitraż<sup>20</sup>.

### 1.3. Treść pytań prejudycjalnych

Przed przejściem do rozważań nad orzeczeniem TSUE w sprawie *Achmea* krótkiego omówienia wymaga również kwestia treści samych pytań sformułowanych przez BGH. Wbrew temu, co mógłby sugerować fakt zadania pytań w kontekście bardzo wąsko zakreślonego zagadnienia proceduralnego, treść zapytania miała w istocie charakter ogólny i dotyczyła zgodności „klausul arbitrażowych” w wewnątrzunijnych BIT-ach z prawem UE w ogólności.

BGH zadał TSUE następujące pytania, przy czym pozytywna odpowiedź na którekolwiek z nich czyniłaby zbędnym odpowiedź na kolejne:

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?
2. Czy art. 267 TFUE sprzeciwia się stosowaniu takiego uregulowania?
3. Czy art. 18 akapit pierwszy TFUE sprzeciwia się stosowaniu takiego uregulowania w okolicznościach opisanych w pytaniu pierwszym?

Lektura powyższych pytań, jak również treści uzasadnienia postanowienia BGH pozwalają na wysnucie kilku wniosków. Przede wszystkim uwagę zwraca-

<sup>19</sup> Postanowienie BGH I ZB 2/15 pkt 12, 20.

<sup>20</sup> Postanowienie BGH I ZB 2/15 pkt 15–18.

ca ogólny charakter pytań. Dotyczą one zgodności umieszczenia mechanizmu arbitrażu inwestycyjnego pomiędzy państwem członkowskim a inwestorem (ISDS) w wewnątrzunijnych umowach BIT z prawem unijnym w ogólności. Abstrahują one od szczegółowych uwarunkowań prowadzonego postępowania, jak również treści konkretnej klauzuli arbitrażowej z art. 8 słowacko-holenderskiego BIT. Dodatkowo zaznaczyć należy, że kwestie zasygnalizowane wyżej przez BGH miały w znacznej mierze charakter samoistny: BGH nie wiązał ich w żaden sposób z przepisami unijnego prawa materialnego, których skuteczne zastosowanie miałyby być zagrożone przez fakt rozstrzygnięcia sporu przez trybunał arbitrażowy. Tym samym z postanowienia BGH nie można wyczytać, że dla wystąpienia konfliktu pomiędzy klauzulą arbitrażową a jurysdykcyjnymi przepisami TFUE konieczne jest również wystąpienie konfliktu pomiędzy regulującymi daną materię postanowieniami prawa ochrony inwestycji i prawa UE.

Niezależnie od szerokiego sformułowania pytań, BGH w postanowieniu o ich zadaniu zawarł mocną sugestię udzielenia na nie odpowiedzi negatywnej. W odniesieniu do art. 344 TFUE niemiecki sąd stwierdził, że nie ma on zastosowania do klauzul arbitrażowych, ponieważ (i) nie reguluje on kwestii sporu pomiędzy jednostką a państwem (pkt 29); (ii) TA nie rozstrzyga o wykładni i stosowaniu prawa UE (pkt 30–32); (iii) brak jest postępowania unijnego analogicznego do arbitrażu inwestycyjnego (pkt 33–35); (iv) fakt postępowania przed TA nie narusza wyłącznej jurysdykcji TSUE (pkt 36–39). Rozważając ewentualne naruszenie art. 267, BGH uznał wprawdzie, że TA nie jest władny kierować pytań prejudycjalnych do TSUE (pkt 47–52), następnie jednak stwierdził, że nie narusza to prawa Unii (pkt 57–61), podobnie jak ma to miejsce w wypadku arbitrażu handlowego (pkt 62–67). W odniesieniu do pytania dotyczącego unijnego zakazu dyskryminacji, BGH stwierdził, że nawet gdyby w istocie inwestorom korzystającym z mechanizmu ISDS miały przysługiwać jakieś nienależne korzyści, to w istocie prawo Unii pozwalałoby na usunięcie nierównego traktowania w drodze rozszerzenia stosowania korzystnych postanowień traktatu na inwestorów z innych państw członkowskich (pkt 77–78).



## 2. Wyrok TSUE

### 2.1. Treść wyroku

W swoim wyroku TSUE odpowiedział na pierwsze i drugie pytanie BGH, w ogóle nie odnosząc się do kwestii ewentualnej dyskryminacji. W odniesieniu do tych dwu pytań TSUE pozwolił sobie na udzielenie na nie łącznej odpowiedzi, sformułowanej w następujący sposób:

Artykuły 267 i 344 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie postanowieniu umowy międzynarodowej zawartej między państwami członkowskimi, tego rodzaju jak art. 8 umowy o wspieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji pomiędzy Królestwem Niderlandów a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną, wedle którego inwestor z jednego z tych państw członkowskich może, w przypadku sporu dotyczącego inwestycji w drugim państwie członkowskim, wszcząć postępowanie przeciwko temu drugiemu państwu członkowskiemu przed sądem polubownym, którego kompetencję państwo to zobowiązało się uznać.

Należy podkreślić, że powyższa odpowiedź sformułowana jest w sposób szeroki. TSUE mówi o niezgodności z prawem Unii mechanizmu ISDS zawartego w wewnątrzunijnych umowach BIT. Przywołana klauzula zawarta w holendersko-słowackim BIT zdaje się pełnić wyłącznie rolę przykładu, o czym świadczy w szczególności sformułowanie „tego rodzaju jak”<sup>21</sup>. Podobnie szeroko orzeczenie to rozumie Komisja Europejska<sup>22</sup>, jak również większość jego bezpośrednich komentatorów<sup>23</sup>. Dodatkowo uwagę zwraca zdecydowany ton orzeczenia: stan niezgodności z prawem UE powoduje sam fakt, że traktaty inwestycyjne dają inwestorowi możliwość poddania sporu pod arbitraż inwestycyjny i nie jest to w żaden sposób warunkowane ani treścią samego BIT-u, ani

<sup>21</sup> Konkluzję tę potwierdza lektura innych wersji językowych orzeczenia, w których pojawiają się sformułowania „such as” (ang.) / „wie” (niem.) / „telle que” (franc.).

<sup>22</sup> Komunikat z 19 lipca 2018 r. COM(2018) 547/2 *Communication from the Commission to the European Parliament and The Council. Protection of intra-EU investment*, [http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180719-communication-protection-of-investments\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180719-communication-protection-of-investments_en.pdf); stan na 15.03.2019 r.

<sup>23</sup> Por. **N. Lavranos**, *Black Tuesday: the end of intra-EU BITs*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits/>; stan na 15.03.2019 r. **S. Hindelang**, *The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement*, <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement/>; stan na 15.03.2019 r. czy **D. Thym**, *The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>; stan na 15.03.2019 r.

przedmiotem konkretnego sporu. Dodatkowo sentencja wyroku nie przewiduje żadnych wyjątków, ani w aspekcie materialnym, ani w aspekcie temporalnym, w związku z czym wyrok TSUE skutkuje *ex tunc*<sup>24</sup>.

Powyższe konkluzje znajdują również oparcie w (cokolwiek zdawkowej) treści uzasadnienia wyroku. W żadnym miejscu TSUE nie wskazuje zamiaru zawężenia skutków orzeczenia wyłącznie do niektórych BIT-ów; nie wiąże również kwestii możliwości naruszania przez klauzule ISDS prawa Unii z faktem sprzeczności konkretnych standardów materialnoprawnych zawartych w BIT-ach (lub poszczególnych orzeczeń TA wydanych na ich podstawie) z prawem UE. O zdecydowanym charakterze orzeczenia dodatkowo może świadczyć fakt, że Trybunał w jego uzasadnieniu nie odniósł się do opinii Rzecznika Generalnego Watheleta, która była zasadniczo przychylna arbitrażowi inwestycyjnemu<sup>25</sup>, zaś do argumentów podnoszonych przez BGH odniósł się co najwyżej pośrednio<sup>26</sup>.

## 2.2. *Leitmotivy* orzeczenia

### 2.2.1. Wstęp

Jak się wydaje, dla pełnego zrozumienia znaczenia wyroku TSUE w sprawie *Achmea* kluczowe jest odniesienie się do następujących kwestii: (i) zasady autonomii prawa UE; (ii) stosowania prawa UE przez trybunały arbitrażowe; (iii) możliwości zakwalifikowania trybunałów arbitrażowych jako sądów unijnych; (iv) znaczenia wyroku dla arbitrażu handlowego i mechanizmu ISDS zawartego w unijnych porozumieniach o wolnym handlu, jak również innych niż BIT-y wewnątrzunijnych IIA.

<sup>24</sup> Wyrok TSUE z 27 marca 1980 r. w sprawie C-61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Denkavit Italiana S.R.L.*, pkt 16.

<sup>25</sup> Pozytywnie N. Lavranos, *Black Tuesday: the end of intra-EU BITs*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits/>; stan na 15.03.2019 r.; krytycznie A. Carta, L. Ankersmitt, *AG Wathelet in C-284/16 Achmea: Saving ISDS?*, <http://europeanlawblog.eu/2018/01/08/ag-wathelet-in-c-28416-achmea-saving-isds/>; stan na 15.03.2019 r.; B. Hess, *A European Law Reading of Achmea*, [http://conflictoflaws.net/2018/a-european-law-reading-of-achmea/#\\_ftnref4](http://conflictoflaws.net/2018/a-european-law-reading-of-achmea/#_ftnref4); stan na 15.03.2019 r., który stwierdził, że Rzecznik posunął się wręcz do zaproponowania faktycznego pierwszeństwa IIA wobec prawa unijnego.

<sup>26</sup> B. Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series 3/2018, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3152972](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972); stan na 15.03.2019 r., s. 7–8.

### 2.2.2. Autonomia prawa UE

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że TSUE w swoim wyroku odwołał się nie tyle do konieczności zapewnienia pierwszeństwa prawu UE przed umowami międzynarodowymi zawartymi pomiędzy państwami członkowskimi, ile raczej zasady autonomii prawa Unii, istotnej zwłaszcza z punktu widzenia zewnętrznych kompetencji UE. Wywód prawny Trybunału otwiera przytoczenie twierdzeń sformułowanych w Opinii 2/13, dotyczących ochrony autonomii prawa UE (pkt 32) wraz z jej kontekstem konstytucyjnym (pkt 33), przy szczególnym uwzględnieniu zasad lojalnej współpracy i wzajemnego zaufania (pkt 34). Następnie Trybunał wskazał na kluczowe znaczenie systemu sądowiczego UE dla zachowania tej autonomii (pkt 35–36, tym razem obok Opinii 2/13 powołując również opinię 1/09 i wyrok w sprawie C-64/16), przy czym jako przepis o kluczowym znaczeniu dla zachowania owej autonomii wskazany został art. 267 TFUE statuujący mechanizm pytania prejudycjalnego (pkt 37). Powyższe stwierdzenia TSUE nie są niczym nowym, o ile owo podkreślanie autonomii prawa UE wobec wewnątrzunijnych BIT-ów rozpatrywałoby się w szerszym kontekście relacji pomiędzy prawem UE a prawem międzynarodowym publicznym<sup>27</sup>. Decyzja w sprawie *Achmea* wpisuje się także w długą tradycję orzecznictwa TSUE podkreślającego autonomię prawa UE wobec innych podsystemów prawa międzynarodowego<sup>28</sup>, pojmowaną nie tylko przez pryzmat kwestii jurysdykcyjnych, lecz także jako swoistą zasadę konstytucyjną, obejmującą szereg cech charakterystycznych prawa UE, ze szczególnym uwzględnieniem zasady wzajemnego zaufania<sup>29</sup>. Zważywszy, że wewnątrzunijne BIT-y w wielu miejscach dotyczą kwestii regulowanych prawem UE („przestrzeni europejskich polityk publicznych”)<sup>30</sup>, stwierdzenie, że zawarte w nich klauzule arbitrażowe mogą prowadzić do naruszenia autonomii prawa UE nie jawi się

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 8.

<sup>28</sup> Zob. jego omówienie przez **Ch. Eckes**, *EU Autonomy and Decisions of (Quasi-) Judicial Bodies: How Much Differentness is Needed?*, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper 10/2011, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1975250](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975250); stan na 15.03.2019 r., s. 6 i n. Autorka upatruje źródeł tego stanu rzeczy w konieczności ciągłego „potwierdzania suwerenności” przez podmiot *sui generis*, którym jest UE (*ibidem*, s. 27).

<sup>29</sup> **J. Odermatt**, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, EU Working Papers MWP 2016/17, [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41046/MWP\\_2016\\_07.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41046/MWP_2016_07.pdf?sequence=1); stan na 15.03.2019 r., s. 12.

<sup>30</sup> **J. Kleinheisterkamp**, *European Policy Space in international Investment Law*, ICSID Review 2012/27/2, s. 420 i n.

jako szczególnie kontrowersyjne. Zważywszy, że TSUE nie wahał się również w imię autonomii prawa UE podważać umów będących przejawem ogólnounijnego konsensusu, takich jak Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Opinia 2/13), stwierdzenie niezgodności kontrowersyjnych klauzul ISDS, zawartych w wewnątrzunijnych BIT-ach z prawem UE, trudno uznać za coś szokującego. W tym kontekście nie dziwi, że możliwe (negatywne) skutki powyższej linii orzeczniczej dla wewnątrzunijnych BIT-ów zostały dostrzeżone również przez niektórych przedstawicieli nauki arbitrażu inwestycyjnego już wcześniej<sup>31</sup>.

### 2.2.3. Stosowanie prawa UE przez trybunały arbitrażowe

Kolejnym istotnym aspektem, na który uwagę zwrócił TSUE, było zagadnienie stosowania prawa unijnego przez trybunały arbitrażowe, którym Trybunał zajął się w pkt 39–42 orzeczenia. W pkt 40 Trybunał stwierdził, że „nawet gdyby przyjąć [...] że ów sąd [TA] [...] jest powołany wyłącznie do orzekania w przedmiocie ewentualnego naruszenia owej umowy, to jednak [...] powinien on w tym celu uwzględnić między innymi obowiązujące prawo danej układającej się strony oraz wszelkie inne istotne umowy między układającymi się stronami”, by następnie uznać, że prawo UE stanowi zarówno część prawa wewnętrznego państw członkowskich, jak również jest ono łączącą je umową międzynarodową (pkt 41), w związku z czym trybunał arbitrażowy w sposób nieunikniony musi wyklądać (ang. *interpret*) lub stosować prawo UE, w szczególności w zakresie swobody przepływu kapitału (pkt 42). Jak się wydaje, dla TSUE wystarczające było istnienie jedynie potencjalnego niebezpieczeństwa dla jednolitości stosowania prawa UE: w pkt 56 TSUE wyraźnie podkreślił, że problemem jest istnienie instrumentów, które mogą prowadzić do obejścia mechanizmów stosowania i wykładni prawa UE przewidzianych w traktatach.

Z powyższych twierdzeń TSUE wysnuć można następujące wnioski. Przede wszystkim Trybunał odrzuca koncepcję, zgodnie z którą trybunały arbitrażowe orzekają wyłącznie na podstawie przepisów zawartych w IIA. Ponadto Trybunał podkreślił rolę prawa UE jako prawa międzynarodowego wiążącego państwa członkowskie, podkreślając, że musi być ono uwzględniane (ang. *take account of*, niem. *berücksichtigen*) w procesie wykładni umów inwestycyjnych. Trudno nie dostrzec, że taka koncepcja „stosowania” prawa UE przez sądy jest nie tylko raczej szeroka, lecz także w pewnym stopniu polemiczna względem

<sup>31</sup> S. Schill, *Opinion 2/13 – the End for Dispute Settlement?*, The Journal of World Investment & Trade 2015/16, s. 382 i n.

poglądów trybunałów arbitrażowych (zob. niżej). Nawet jednak gdyby przyjąć, że TA nie muszą stosować prawa UE jako prawa właściwego, to i tak mogłyby je wyklądać (choćby rozważając je jako jeden z elementów stanu faktycznego). Ponadto niektóre elementy sporu inwestycyjnego, m.in. dotyczące pojęcia inwestycji i statusu inwestora, niejako z konieczności muszą być regulowane przez prawo krajowe, niezależnie od prawa właściwego dla rozstrzygnięcia kwestii związanych bezpośrednio z roszczeniami inwestora (zob. niżej).

Za powyższym, szerokim rozumieniem orzeczenia TSUE przemawia również jego kontekst: trybunał arbitrażowy orzekający w sprawie *Achmea* ani nie uznał prawa Unii za prawo właściwe (*applicable law*), ani w swoim rozstrzygnięciu nie analizował zawartych w nim przepisów materialnoprawnych. Co więcej, ani z treści orzeczenia arbitrażowego, ani z treści rozstrzygnięcia BGH nie można wywnioskować, jakoby Słowacja zarzucała trybunałowi błędne zastosowanie prawa UE czy chociażby pominięcie zawartych w nim standardów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Tym samym, jak się wydaje, w realiach rozstrzyganej sprawy, dla TSUE do uznania stosowania przez TA prawa UE wystarczający był sam fakt orzekania przez trybunał w materii, do której odnoszą się również przepisy prawa unijnego. Co za tym idzie, jak się wydaje, niebezpieczeństwa stosowania prawa UE przez TA nie można ograniczać do BIT-ów zawierających klauzulę prawa właściwego odsyłającą do przepisów krajowych, w szczególności mając na uwadze możliwość stosowania przepisów prawa krajowego na podstawie regulaminów arbitrażowych (zob. niżej)<sup>32</sup>.

W tym miejscu niejako na marginesie można zaznaczyć, że pewien niedosyt pozostawia fakt, że mówiąc o stosowaniu prawa UE, TSUE odniósł się wyłącznie do kwestii stosowania przez TA unijnych swobód, pomijając milczeniem kwestię problemów związanych z istnieniem możliwości pominięcia przez TA przepisów prawa UE ograniczających prawa inwestora, względnie niepoświęcania im należytej uwagi<sup>33</sup>.

#### 2.2.4. Trybunały arbitrażowe jako sądy unijne

Kolejnym elementem, na który uwagę zwrócił TSUE, była kwestia możliwości uznania trybunału arbitrażowego za sąd państwa członkowskiego w rozumieniu art. 267 TFUE. Trybunał odniósł się przy tym wyłącznie do kwestii możliwości

<sup>32</sup> B. Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution...*, s. 10.

<sup>33</sup> Na problem uwagę zwraca m.in. L. Ankersmit, *The Compatibility of Investment Arbitration in EU Trade Agreements with the EU Judicial System*, *Journal of European Environmental & Planning Law* 2016/13, s. 52.

uznania TA za element systemu sądowego państw członkowskich, nie odnosząc się do pozostałych przesłanek, wypracowanych przez orzecznictwo na potrzeby uznania danego ciała za „sąd” władny do kierowania pytań prejudycjalnych do TSUE<sup>34</sup>. Trybunał stwierdził, że z istoty mechanizmu ISDS wynika, że TA stanowi byt odrębny od systemu sądowego państw członkowskich (pkt 45). Odwołując się do swoich wcześniejszych orzeczeń w sprawach *Parafums Christian Dior i Miles*, TSUE zwrócił uwagę, że TA nie można porównywać do uprawnionego do zadawania pytań prejudycjalnych Sądu Beneluksu w związku z faktem, że orzeczenia TA rozstrzygają sprawę co do meritum, a nie dokonują wykładni przepisów na potrzeby postępowania głównego toczącego się przed sądami krajowymi (pkt 48).

Niezależnie od pojawiających się w literaturze głosów opowiadających się za uznaniem trybunałów arbitrażowych za zdolne do zadawania pytań prejudycjalnych<sup>35</sup>, konkluzję TSUE należy uznać za prawidłową i znajdującą dostateczne oparcie we wcześniejszym orzecznictwie. Trybunał prawidłowo odwołał się do sprawy *Miles*, przypominając, że istotnym elementem dla uznania danego ciała orzekającego za sąd państwa członkowskiego jest możliwość przypisania odpowiedzialności za jego sprzeczne z prawem UE działania państwu członkowskiemu<sup>36</sup>, który to problem został zignorowany przez Rzecznika Generalnego<sup>37</sup>. Jak się wydaje, stanowisko TSUE w większym stopniu konweniuje również z obrazem arbitrażu inwestycyjnego reprezentowanym przez TA. Przede wszystkim celem mechanizmu ISDS jest bowiem właśnie zapewnienie tzw. „neutralnego forum”, mającego możliwie jak najluźniejszy związek z krajowymi systemami prawnymi<sup>38</sup>. Brak jest również przesłanek, które wskazywałyby, że trybunały inwestycyjne skłonne byłyby do uznania się za uprawnione czy tym bardziej zobowiązane do zadawania pytań prejudycjalnych. Ich dotychczasowa praktyka wskazywałaby raczej na coś przeciwnego<sup>39</sup>. Budzi to

<sup>34</sup> Zob. pozostałe kryteria sądu wskazane w wyroku TSUE z 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 *Dorsch Consult*, nb 23 wraz z powołanym orzecznictwem.

<sup>35</sup> Przykładowo zob. **J. Basedow**, *EU Law in the International Arbitration*, *Journal of International Arbitration* 2015/32/4, s. 378 i n.; **P. Paschalidis**, *Case C-567/14 Genetech: EU law confronted with international arbitration*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2990246](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990246), s. 4.

<sup>36</sup> **B. Schima**, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH*, Manz-CH Beck, Wien 2015, s. 36.

<sup>37</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Watheleta z 19 września 2017 r. w sprawie C-284/16 *Achmea* pkt 129.

<sup>38</sup> **J. Bonnitcha, L.N. Skovgaard Poulsen, M. Waibel**, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford University Press, Oxford i in. 2017, s. 86.

<sup>39</sup> Por. orzeczenia TA – orzeczenie częściowe z 27 marca 2007 r. w sprawie *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, nb 134–135; podobnie orze-

wątpliwości co do praktycznych skutków ewentualnego uznania trybunałów za sądy unijne: z jednej strony mielibyśmy do czynienia z sądami niechętnymi stosowaniu prawa UE i poddaniu się jurysdykcji TSUE, z drugiej strony, wskutek ich oderwania od wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich brak byłoby narzędzi służących ich ewentualnemu zdyscyplinowaniu.

### 2.2.5. Kontrola orzeczeń trybunałów arbitrażowych przez sądy unijne

Wreszcie TSUE badał, czy istnieje realna możliwość zapewnienia kontroli orzeczeń arbitrażowych przez sądy unijne, która czyniłaby zadość wymogom art. 19 TUE, co mogłoby niejako substytuować brak możliwości zadania pytania prejudycjalnego przez TA (pkt 50). TSUE zauważył, że TA mogą samodzielnie wybierać swoją siedzibę, a wraz z nią właściwe prawo (pkt 51), zaś możliwość kontroli ich wyroków ograniczona jest do wąskiego katalogu przesłanek, takiego jak zawarty w § 1059 ZPO. W efekcie system TA oparty na wewnątrzunijnych BIT-ach może prowadzić do stworzenia mechanizmu rozwiązywania sporów pomiędzy inwestorem a państwem, „poprzez który można wykluczyć, że spory – pomimo że mogą one dotyczyć wykładni lub stosowania prawa Unii – będą rozstrzygane w sposób zapewniający pełną skuteczność tego prawa” (pkt 56).

Rozstrzygnięcie TSUE w tym zakresie jest nie tylko trafne, lecz także w zasadniczym kształcie odpowiada wartościowaniom przyjętym w arbitrażu inwestycyjnym. Jako jedną z jego głównych zalet podnosi się właśnie fakt niezwykle ograniczonych możliwości kontroli orzeczeń sądów arbitrażowych przez sądy powszechne (zob. niżej). Wydaje się to być dość oczywistym w świetle koncepcji TA jako „neutralnego forum”. Z tej perspektywy rozważania Rzecznika Generalnego twierdzącego, że postępowanie postarbitrażowe zapewnia skuteczne mechanizmy kontrolne uznać należy za pozbawione podstaw<sup>40</sup>. Jeżeli zresztą przypomnieć sobie, ile wysiłku wymagało od Słowacji doprowadzenie do zadania pytania prejudycjalnego przez sądy niemieckie i dodać do tego, że nawet BGH nie dopatrzył się w rozstrzyganej sprawie możliwości naruszenia

---

czenie jurysdykcji z 30 kwietnia 2010 r. w sprawie *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, pkt 68, gdzie trybunały, odrzucając wniosek państwa o zadanie pytania prejudycjalnego, podkreślały, że w ich wypadku nie można mówić o istnieniu przymusowej jurysdykcji, gdyż podstawą arbitrażu może być wyłącznie zgoda stron. Zob. też N. Lavranos, *The poison pill for maintaining intra-EU BITs arbitration*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-poison-pill-for-maintaining-intra-eu-bits-arbitration/>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>40</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Watheleta z 19 września 2017 r. w sprawie C-284/16 *Achmea* pkt 229 i n.

porządku publicznego (odniesienia do tej problematyki próżno szukać również w kończącym postępowanie orzeczeniu październikowym), to konkluzje TSUE uznać należy za tym bardziej trafne.

### **2.2.6. Inne kwestie: arbitraż handlowy a inwestycyjny; wewnątrzunijne umowy o popieraniu i ochronie inwestycji a porozumienia o wolnym handlu i in.**

Na uwagę zasługują również nieco krótsze ekskursy Trybunału, mające charakter *obiter dicta*, a dotyczące rozróżnienia pomiędzy mechanizmem ISDS zawartym w wewnątrzunijnych BIT-ach a odpowiednio (i) arbitrażem handlowym i (ii) mechanizmem ISDS w unijnych porozumieniach o wolnym handlu, jak również (iii) pominięta przez TSUE milczeniem kwestia możliwości odniesienia rozważań w sprawie *Achmea* również do innych niż BIT-y wewnątrzunijnych IIA.

Odnosnie do tej pierwszej kwestii TSUE stwierdził, że fakt zasadniczej akceptacji arbitrażu handlowego przez prawo UE (pkt 54) nie oznacza akceptacji arbitrażu inwestycyjnego, w związku z faktem, że w odróżnieniu od arbitrażu handlowego arbitraż inwestycyjny oznacza obejście unijnego systemu sądownictwa (pkt 55).

Sens powyższego rozróżnienia wydaje się być oczywisty: TSUE, pragnąc uniknąć przysłowiowego wylania dziecka z kąpielą, podkreśla wynikającą z wcześniejszego orzecznictwa zasadniczą aprobatę prawa Unii dla mechanizmu arbitrażu handlowego. Jak się wydaje, nawet jeśli uzasadnienie TSUE w tym zakresie jest cokolwiek zdawkowe i nie wyjaśnia wielu kwestii spornych, poruszonych również przez Rzecznika Generalnego Watheleta<sup>41</sup>, intencja TSUE jest czytelna: wyrok w sprawie *Achmea* ma nie tworzyć zagrożeń dla arbitrażu handlowego.

<sup>41</sup> Rzecznik zdaje się milcząco przyjmować założenie o podobieństwie arbitrażu inwestycyjnego i handlowego (zob. pkt 245, 258). Na zasadniczy brak różnic pomiędzy arbitrażem handlowym a inwestycyjnym, w szczególności z punktu widzenia reguł rządzących postępowaniem zwracają uwagę m.in. **S. Wilske, M. Raible, L. Markert**, *International Investment Treaty Arbitration and International Commercial Arbitration – Conceptual Difference or Only a Status Thing*, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2008, s. 213 i n. Pogląd przyjęty przez TSUE znajduje jednak oparcie w nurcie doktryny wskazującym na odmienne funkcje pełnione przez obydwa rodzaje arbitrażu (teza sformułowana przez **G. van Harten, M. Loughlin**, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, *European Journal of International Law* 2006/17/2, s. 121–150, powtarzana m.in. u **E. de Brabandere**, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge [i in.] 2014, s. 42–49); **V. Vadi, L. Gruszczyński**, *Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, *Journal of International Economic Law* 2013/16/3, s. 620 i n.



Odmierna była postawa TSUE w odniesieniu do kwestii wpływu wyroku na możliwość zamieszczania klauzuli ISDS w unijnych porozumieniach o wolnym handlu, gdzie uniknął on udzielenia zdecydowanej odpowiedzi. Trybunał ograniczył się do przypomnienia *dictum* sformułowanego w orzeczeniu w sprawie sądu EFTA, mówiącego, iż „umowa międzynarodowa przewidująca utworzenie sądu, mającego kompetencję do dokonywania wykładni jej postanowień, którego orzeczenia wiążą instytucję, w tym również Trybunał, nie jest zasadniczo niezgodna z prawem Unii” (pkt 57).

W swojej opinii o możliwości przystąpienia przez UE do CETA Rzecznik Generalny Bot zdaje się czynić użytek z tej możliwości<sup>42</sup>. Nie oznacza to, że wyrok w sprawie *Achmea* nie przesądził o (nie)zgodności klauzul arbitrażowych zawartych w unijnych porozumieniach o wolnym handlu z prawem UE. Na rozstrzygnięcie takie najprawdopodobniej trzeba będzie czekać do wydania opinii przez TSUE. Na chwilę obecną wydaje się jednak, że przynajmniej niektóre aspekty orzeczenia w sprawie *Achmea* mogą mieć znaczenie również dla zgodności z prawem mechanizmów ISDS w umowach pomiędzy UE a państwami trzecimi. Dotyczy to zwłaszcza kwestii możliwości stosowania prawa UE przez TA, która zasadniczo istnieje także w wypadku porozumień o wolnym handlu, nawet jeśli jest w jakimś stopniu mitygowana przez ich postanowienia<sup>43</sup>.

Ostatnią istotną, niedopowiedzianą kwestią jest zagadnienie konsekwencji wyroku dla wewnątrzunijnych IIA innych niż BIT-y. Niestety, inaczej niż miało to miejsce w wypadku unijnych porozumień o wolnym handlu kwestia ta została po prostu pominięta przez TSUE milczeniem. Zważywszy jednak na okoliczność, że nie była ona przedmiotem pytań prejudycjalnych, z milczenia TSUE nie można wnioskować, że twierdzeń sformułowanych w sprawie *Achmea* nie można odnieść do innych wewnątrzunijnych IIA. W praktyce problem dotyczy głównie TKE będącej podstawą wewnątrzunijnych roszczeń inwestycyjnych kierowanych pod adresem Włoch i Hiszpanii, Czech czy Polski. Bez wdawania się w zbytne szczegóły należy stwierdzić, że TKE jest umową międzynarodową zawartą jako umowa mieszana pomiędzy Unią, jej państwami członkowskimi a państwami trzecimi, tworzącą reżim prawny dla międzynarodowych inwestycji w sektorze energetyki, zawierającą klauzule ISDS. Należy podkreślić, że zarzut niezgodności stosowania TKE w stosunkach wewnątrzunijnych z prawem

<sup>42</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Bota z 29 stycznia 2019, w sprawie Opinia 1/17 (CETA).

<sup>43</sup> Zob. więcej na temat możliwego wpływu orzeczenia w sprawie *Achmea* na zewnątrzunijne IIA u A. Dimopoulos, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, <https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/>; stan na 15.03.2019 r.

UE nie tylko podnoszony jest przez broniące się państwa członkowskie, lecz także przez wspierającą je KE<sup>44</sup>.

*Prima facie* wydaje się, że wyrok w sprawie *Achmea* może odnosić się także do wewnątrzunijnego stosowania TKE. Strukturalne problemy związane ze stosowaniem TKE przez TA wydają się być bowiem zbliżone do problemów związanych ze stosowaniem intra-EU BIT-ów, szczególnie jeśli wziąć pod uwagę treść art. 26 ust. 6 TKE wskazującego na konieczność stosowania przez TA Karty i właściwego prawa międzynarodowego. Należy podkreślić, że wyrok TSUE nie tylko nie zawiera postanowień, które wykluczałyby zastosowanie zawartej w nim argumentacji do TKE, lecz także jego szerokie sformułowanie sugerowałoby raczej konieczność odczytywania go jako wpływającego również na wewnątrzunijne stosowanie IIA innych niż BIT-y.

### 2.3. Podsumowanie

Wyrok TSUE w sprawie *Achmea*, pomimo pewnej zdawkowości (czy wręcz fragmentaryczności) jego uzasadnienia, wydaje się być trafnym rozstrzygnięciem. Zaprezentowana w nim koncepcja autonomii prawa europejskiego stanowi konsekwentną kontynuację wcześniejszego orzecznictwa. Twierdzenia w zakresie braku możliwości efektywnej kontroli orzeczeń arbitrażowych przez sądy krajowe czy też niemożności uznania TA za część systemu sądowniczego państw członkowskich również trudno uznać za kontrowersyjne. Jako nieco mniej oczywista może jawić się kwestia szerokiej definicji „stosowania” prawa UE, w istocie jednak wydaje się ona być pochodną podejścia TSUE do kwestii autonomii prawa UE wobec prawa międzynarodowego. Tym samym rozstrzygnięcie TSUE trudno uznać za zaskakujące.

Jeżeli chodzi o zakres orzeczenia, to ma ono generalny charakter: obejmuje bez ograniczeń czasowych wszystkie wewnątrzunijne BIT-y, najprawdopodobniej odnosi się ono również do innych wewnątrzunijnych IIA. TSUE w sposób jasny spod jego stosowania wyłączył arbitraż handlowy, co, nawet jeżeli nie zostało uzasadniane w sposób całkowicie kompletny, znajduje oparcie we wcześniejszym orzecznictwie TSUE. Trybunał również wyraźnie zabezpieczył sobie pole manewru w odniesieniu do oceny zgodności mechanizmu ISDS w unijnych porozumieniach o wolnym handlu z prawem UE, zaznaczając, że kwestia

<sup>44</sup> Zob. przykładowo sprawy *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19. W sprawie *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3 zarzut ten został podniesiony wyłącznie przez interweniującą Komisję.

ta pozostaje otwarta, choć wydaje się, że klauzule arbitrażowe w tych umowach wykazują wiele strukturalnych podobieństw do tych zawartych w wewnątrzunijnych BIT-ach.

### 3. Perspektywa arbitrażu inwestycyjnego

#### 3.1. Zagadnienia wstępne

Zważywszy, że przynajmniej w sensie formalnym nie doszło jeszcze do wygaśnięcia wewnątrzunijnych IIA, jak również mając na uwadze, że przed trybunałami arbitrażowymi zawisłych jest wiele postępowań wszczętych na ich podstawie, dla określenia skutków wyroku w sprawie *Achmea* niezbędne jest również rozważenie wpływu, jaki może ono wyrzucić na praktykę arbitrażową TA. W tym celu zasadnym jest rozważenie relacji pomiędzy prawem UE a wewnątrzunijnymi IIA z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego; przybliżenie kwestii prawa właściwego w postępowaniach arbitrażowych, jak i kwestii proceduralnych wiążących się z ewentualnym wprowadzeniem do postępowania argumentacji dotyczącej wyroku w sprawie *Achmea*.

#### 3.2. Kwestie materialnoprawne

##### 3.2.1. Kwestia następstwa traktatów

O ile Trybunały, orzekając na podstawie wewnątrzunijnych BIT-ów, nie muszą być związane bezpośrednio prawem UE, o tyle są one niewątpliwie związane prawem międzynarodowym publicznym (PMP)<sup>45</sup>. Tym samym, uznając charakter prawa UE jako prawa międzynarodowego<sup>46</sup>, należy stwierdzić, że dla określenia konsekwencji dla TA wynikających z istnienia konfliktów pomiędzy prawem UE a IIA istotne znaczenie będą miały zasady wynikające z prawa trak-

<sup>45</sup> **Ch. Schreuer**, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, McGill Journal of Dispute Resolutions 2014/1, s. 16 i n.

<sup>46</sup> Tytułem przykładu zob. **J. Barcz**, w: **J. Barcz**, **M. Górka**, **A. Wyrozumski**, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2017, s. 31 i n.; **R. Schütze**, *Foreign Affairs and European Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge [i in.] 2014, s. 198 i n. Wyczerpujące omówienie tej problematyki znaleźć można w: **Ch. Binder**, **J.A. Hofbauer**, *The Perception of EU Legal Order in International Law: and In- and Outside View*, European Yearbook of International Economic Law 2017, s. 139–203. Dokonywane rozróżnienie pomiędzy prawem UE a prawem międzynarodowym wynika nie tyle ze względów logiczno-dogmatycznych, ile raczej służy odzwierciedleniu orzecznictwa wielu trybunałów traktujących problematykę prawa UE jako odrębne zagadnienie.

tatów. W tym kontekście szczególne znaczenie przypadająby regułom intertemporalnym, skodyfikowanym odpowiednio w art. 30 i 59 KWPT, odnoszącym się odpowiednio do niemożności stosowania i wygaśnięcia wcześniejszych zobowiązań traktatowych, sprzecznych z umową zawartą w późniejszym okresie. Podkreślić trzeba, że argumentacja odnosząca się do norm zawartych w obydwu powołanych artykułach była wielokrotnie podnoszona przez państwa członkowskie i wspierającą ją KE, jak dotąd bezskutecznie<sup>47</sup>. Należy jednak rozważyć, czy wyrok w sprawie *Achmea* mógłby doprowadzić do zmian w tym zakresie.

Wydaje się, że na tak postawione pytanie należałoby udzielić odpowiedzi pozytywnej. Jeżeli bowiem uznać by charakter prawa UE jako prawa międzynarodowego, to jego wykładnia dokonywana przez TSUE powinna zostać uznana za wiążącą wykładnię umowy międzynarodowej dokonaną przez organ mający do tego wyłączną kompetencję na mocy traktatu. Tym samym mamy do czynienia z sytuacją, w której umowa późniejsza zgodnie z jej autentyczną wykładnią, dokonaną przez uprawniony organ i niekwestionowaną przez jej strony, niezgodna jest z umową wcześniejszą (czego strony umowy wcześniejszej również nie kwestionują). Odnośnie do zakresu czasowego tej niezgodności uznać należy, że w prawie międzynarodowym publicznym zasadniczo brak jest reguł negujących możliwość wywierania przez wyrok sądu międzynarodowego skutków *ex tunc*. W konsekwencji w świetle orzeczenia TSUE trudno jest w dalszym ciągu utrzymywać, jakoby konflikt pomiędzy prawem UE a wewnątrzrajnymi IIA miał mieć charakter li tylko pozorny.

### 3.2.2. Klauzule prawa właściwego

Trybunały Arbitrażowe orzekają na podstawie umowy o arbitraż zawartej między państwem goszczącym i państwem inwestora. Prawo materialne właściwe dla rozstrzygnięcia sporu (*applicable law*) ustalane jest przez strony umowy<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> A. Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2015, s. 149–176; T. Fecák, *International Investment Agreements and EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016, s. 380 ff.

<sup>48</sup> Np. art. 35 ust. 1 United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>; stan na 15.03.2019 r., (Regulamin UNCITRAL (2010)); Art. 21 ust. 1 International Chamber of Commerce Arbitration Rules as revised in 2017, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf>; stan na 15.03.2019 r. (Regulamin Arbitrażowy ICC (2017)); Art. 27 ust. 1 Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules as revised in 2010, [http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules\\_eng\\_webbversion.pdf](http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf); stan na 15.03.2019 r. (Regulamin SCC (2010)). W doktrynie istnieje również pogląd

W praktyce, wzięwszy pod uwagę, że umowa arbitrażowa dochodzi do skutku poprzez akceptację przez inwestora oferty na zawarcie umowy arbitrażowej zawartej w klauzuli ISDS zamieszczonej we właściwej IIA, prawo materialne określone jest przez umowę międzynarodową<sup>49</sup> lub odnośny regulamin arbitrażowy<sup>50</sup>. W tym miejscu należy podkreślić, że żadne IIA ani żaden regulamin arbitrażowy nie wskazują wprost na prawo UE jako prawo właściwe. Z drugiej strony sformułowane w sposób otwarty postanowienia regulaminów arbitrażowych i umów międzynarodowych nie stoją na przeszkodzie oparciu rozstrzygnięcia na prawie UE. Co do zasady mogłoby ono zostać uznane za prawo rządzące danym sporem albo jako element prawa krajowego, albo jako element łączących strony zobowiązań międzynarodowych. Status prawa UE jako prawa międzynarodowego budził istotne wątpliwości trybunałów<sup>51</sup>, uznanie go za element prawa krajowego skutkowało przyjęciem, że stanowi ono jedynie element stanu faktycznego<sup>52</sup>, względnie przyjęciem, że w razie konfliktu musi ono ustą-

---

o pierwszeństwie prawa międzynarodowego wobec wskazania stron **O. Spiermann**, *Applicable Law*, w: **P. Muchlinski, F. Ortino, Ch. Schreuer**, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford i in. 2008, s. 99 i n.

<sup>49</sup> Art. 8 BIT-u Holendersko-Słowackiego; Art. 26 ust. 6 TKE; art. 42 ust. 1 ICSID.

<sup>50</sup> Np. art. 35 ust. 1 Regulaminu UNCITRAL (2010); Art. 21 ust. 1 Regulaminu Arbitrażowego ICC (2017); Art. 27 ust. 1 Regulaminu SCC (2010).

<sup>51</sup> *Explicite* prawa UE za rodzaj prawa międzynarodowego mogącego mieć zastosowanie do rozstrzyganego sporu jak dotąd nie uznał żaden trybunał orzekający na podstawie BIT, przy czym niekiedy było ono uznawane wyłącznie za element okoliczności faktycznych (*Micula Award* para 328), niekiedy jednak dostrzegano również jego międzynarodową naturę; praktyka trybunałów orzekających na podstawie EKT wydawała się w większym stopniu uwzględniać międzynarodowy charakter prawa UE: międzynarodowej natury prawa UE nie uznał trybunał w orzeczeniu z 23 września 2010 r. w sprawie *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, para 7.6.6.; odmiennie orzeczenie z 27 grudnia 2016 r. w sprawie *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3 pkt 278; czy orzeczenie z 21 stycznia 2016 r. w sprawie *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, pkt 438.

<sup>52</sup> Zob. orzeczenie TA z 11 grudnia 2013 r. w sprawie *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 pkt 328; orzeczenie jurysdykcyjne w sprawie *Achmea*, orzeczenie w sprawie *Oostergetel* pkt 74. Należy podkreślić, że teoretycznie we wszystkich z tych spraw już zgodnie z brzmieniem klauzuli prawa właściwego zawartej w instrumentach międzynarodowych teoretycznie prawem właściwym powinno być również prawo krajowe – w sprawie *Micula*, wobec milczenia szwedzko-rumuńskiego BIT, na mocy art. 42 ICSID; w sprawach *Achmea* i *Oostergetel* na mocy art. 8 ust. 6 holendersko-słowackiego i słowacko-czeskiego BIT.

pić pola prawa międzynarodowemu, reprezentowanemu m.in. przez IIA<sup>53</sup>. Nawet jednak uznanie przez TA prawa UE za prawo międzynarodowe nie prowadziło do uznania go za prawo rządzące sporem. Tym samym można stwierdzić, że TA nie stosowały prawa UE jako prawa właściwego<sup>54</sup>.

Nietrudno dostrzec, że twierdzenia te są trudne do pogodzenia z poglądem przedstawionym przez TSUE w sprawie *Achmea*, który potwierdził zarówno międzynarodowy charakter prawa UE, jak również fakt stosowania i wykładania go przez trybunały arbitrażowe. Niezależnie od tego, czy TA zgodzą się z TSUE w przedmiocie oceny faktu stosowania przez nie prawa Unii, wydaje się, że w sytuacji, w której strony obydwu umów (tj. wewnątrzunijnych IIA i Traktatów) w sposób jednoznaczny wyrażają swoją akceptację dla poglądu TSUE o niezgodności obydwu instrumentów<sup>55</sup>, trybunały arbitrażowe nie mogą ignorować faktu istnienia sprzeczności pomiędzy klauzulą arbitrażową a przepisami procedural-

<sup>53</sup> Orzeczenie *AES Summit* para 7.6.6. W tym miejscu warto jednak zaznaczyć, że nawet przyjęcie, że prawo UE stanowi element prawa międzynarodowego nie gwarantowało uznania jego pierwszeństwa wobec odnośnych IIA. Jak się wydaje, działania TA nie były tutaj niczym wyjątkowym, ponieważ TA, niezależnie od treści klauzul prawa właściwego, generalnie w razie konfliktu przyznają pierwszeństwo prawu międzynarodowemu (zob. przykładowo omówienie tej problematyki, uwzględniające zróżnicowanie klauzul prawa właściwego u **J.Ch. Thomas, H.K. Dhillon**, *Applicable Law Under International Investment Treaties*, Singapore Academy of Law Journal 2014/26, s. 975–998). Orzeczenie z 16 maja 2018 r. w sprawie *Masdar v. Spain* ARB/14/1, sugeruje wprowadzie w pkt. 339 nawet możliwość przyznania prawu UE pierwszeństwa wobec umowy inwestycyjnej, koncepcja ta jednak nie miała jednak wpływu na ostateczną treść orzeczenia TA.

<sup>54</sup> **K. Hober** zwracał uwagę, że TA odmawiały opierania swoich rozstrzygnięć na prawie UE, a wszelkie twierdzenia o jego zastosowaniu miały co najwyżej charakter *obiter dicta*; **idem**, *Application of EU Law in Investment Treaty Arbitration*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2016/9, zwłaszcza s. 199 i n.; zob. też **E. Bjorge**, *EU Law Constraints on Intra-EU Investment Arbitration?*, The Law and Practice of International Courts and Tribunal 2017/16, s. 85. W doktrynie zdarzały się jednak również ujęcia dostrzegające, choć raczej nieśmiało, problem możliwości stosowania prawa UE przez TA, por. **M. Wierzbowski, A. Gubrynowicz**, *Conflict of norms stemming from intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions*, w: **Ch. Binder, U. Kriebbaum, A. Reinisch i in.** (eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford [i in.] 2009, s. 553 (autorzy starali się wykazać, że rozwiązaniem mógłby być bliższy dialog TA i TSUE). Zob. też **S. Hindelang**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties: The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, Legal Issues of Economic Integration 2012/39/2, s. 179–206, zwłaszcza s. 193 i n. (autor jedynego rozwiązania problem upatrywał w uznaniu przez TA, że stosują one prawo UE i są w związku z tym zobowiązane do zadania pytania prejudycjalnego).

<sup>55</sup> Zobacz deklaracje państw członkowskich z 15 stycznia 2019 r. odnośnie do wpływu wyroku w sprawie *Achmea* na obowiązywanie wewnątrzunijnych IIA dostępne pod adresem [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en); stan na 15.03.2019 r.

nymi zawartymi w Traktatach. Dotychczasowa praktyka w tym względzie nie jest jednolita, z racji stosunkowo krótkiego czasu trudno jest wyrokować, na ile ma ona szansę utrzymać się. Możliwe jest wskazanie następujących rozwiązań na gruncie BIT-ów stwierdzenie braku znaczenia wyroku w sprawie *Achmea* dla sprawy w związku z brakiem konfliktu pomiędzy prawem UE a BIT-em<sup>56</sup> oraz stwierdzenie, że jeżeli arbitraż toczy się na podstawie konwencji ICSID, to niezgodność „klauzuli arbitrażowej” zawartej w BIT z prawem UE nie ma wpływu na zawarcie umowy na podstawie ICSID<sup>57</sup>. Osobnym zagadnieniem jest kwestia arbitrażu dotyczących roszczeń mających swoje źródło TKE (zob. niżej).

Niezależnie od tego należy podkreślić, że niezależnie od postanowień umownych dotyczących prawa właściwego pewne kwestie ze swojej istoty muszą być rozstrzygane w oparciu o przepisy prawa krajowego stron danej IIA. Dotyczy to w szczególności kwestii istnienia inwestycji i statusu inwestora<sup>58</sup>. Skutkiem tego TA mogłyby stosować prawo UE, nawet gdyby uznałyby je na potrzeby oceny roszczeń inwestora wyłącznie za element prawa krajowego stron, wzięwszy pod uwagę, że wiele kwestii związanych z procesem inwestycyjnym wchodzi w zakres zastosowania prawa unijnego, w szczególności swobód Rynku Wewnętrznego.

### 3.2.3. Szczególna sytuacja Traktatu Karty Energetycznej

Jedno ze szczególnie nurtujących pytań dotyczy skutków orzeczenia *Achmea* dla wewnątrzunijnego zastosowania TKE. Wiadomo, że spośród państw członkowskich argumentację o sprzeczności TKE z prawem Unii podniosły dotychczas m.in. Hiszpania<sup>59</sup>, Czechy<sup>60</sup> i Niemcy<sup>61</sup>. Trudno jest ocenić, na ile będzie

<sup>56</sup> Zobacz jednak orzeczenie z 26 lipca 2018 r. w sprawie *Marfin Investment Group v. The Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, paras 577–597, zanonimizowana wersja dostępna jest na stronie <https://www.iareporter.com/>; stan na 15.03.2019 r., w którym TA stwierdza, że nawet jeśli prawo UE i IIA regulują te same zagadnienia, to i tak nie można mówić o „konflikcie” pomiędzy nimi, ponieważ regulują one różne zagadnienia (*subject matter*), przez co zastosowania nie może znaleźć zawarta w art. 30 KWPT zasada *lex posteriori*.

<sup>57</sup> Orzeczenie z 9 października 2018 r. w sprawie *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, pkt 252–267.

<sup>58</sup> Dokładne omówienie tej kwestii można znaleźć u **Z. Douglas**, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge [i in.] 2011, s. 52–72 (Zasada 4), który to autor wywodzi ją jeszcze z orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Barcelona Traction*.

<sup>59</sup> Orzeczenie w sprawie *Charanne*.

<sup>60</sup> Orzeczenie z 11 października 2017 r. w sprawie *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03.

<sup>61</sup> Odpowiedź udzielona przez rząd RFN na zapytanie parlamentarne dotyczące stanowiska RFN w przedmiocie wewnątrzunijnego stosowania TKE, [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2018/04-185-186.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=10](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2018/04-185-186.pdf?__blob=publicationFile&v=10); stan na 15.03.2019 r.

ona nośna: jak dotąd znane są dwa przypadki, w których TA odniosły się do kwestii znaczenia wyroku w sprawie *Achmea* dla stosowania TKE; w obydwu stwierdziły one nierelevantność wyroku w sprawie *Achmea* dla arbitraży toczących się na podstawie TKE<sup>62</sup>. Definitywną odpowiedź w tym zakresie przynieść może jednak dopiero rozstrzygnięcie TSUE. Obecnie w Sztokholmie toczą się postępowania o uchylenie wyroków wydanych przez TA przeciwko Hiszpanii na podstawie TKE i wiadomo, że co najmniej w jednym z nich TA zdecydował się wstrzymać wykonalność do czasu zakończenia postępowania<sup>63</sup>, co może stanowić pewną wskazówkę co do wzięcia przez sąd szwedzki na poważnie ewentualności zwrócenia się do TSUE z odpowiednim pytaniem prejudycjalnym.

### 3.3. Zarzuty w postępowaniu arbitrażowym

#### 3.3.1. Możliwe do podniesienia zarzuty

Jak się wydaje, najbardziej oczywistą konsekwencją wygaśnięcia czy też niestosowalności na mocy prawa międzynarodowego tzw. klauzul arbitrażowych byłoby nieistnienie ważnych umów arbitrażowych<sup>64</sup>. Zważywszy na zasadniczo konsensualną naturę arbitrażu, zaistnienie takiej sytuacji prowadziłoby do braku ważnej umowy arbitrażowej, co prowadzi do braku jurysdykcji TA. Brak jurysdykcji stanowi zaś osobny zarzut procesowy<sup>65</sup>.

Ponadto można by się zastanowić, czy wyrok w sprawie *Achmea* nie mógłby również wywierać wpływu na postępowanie w związku z istnieniem po stronie Trybunału obowiązku wydania wykonalnego orzeczenia (*enforceable award*)<sup>66</sup>. Gdyby przyjąć, że skutkiem wyroku w sprawie *Achmea* jest obowią-

<sup>62</sup> Orzeczenie z 16 maja 2018 r. w sprawie *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, w którym Trybunał odmówił ponownego otwarcia postępowania, opierając się przy tym na opinii Rzecznika Generalnego Watheleta, pkt 678–683.

<sup>63</sup> **D. Charlotin**, *Spain Secures Stay of Enforcement Of Energy Charter Treaty Award in Swedish Court*, wpis z 18 maja 2018 r., <https://www.iareporter.com/articles/spain-secures-stay-of-enforcement-of-energy-charter-treaty-award-in-swedish-court/>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>64</sup> Do takiego wniosku doszedł BGH w swoim postanowieniu uchylającym orzeczenie TA w sprawie *Achmea* z 31 października 2018 r. Postanowienie BGH z 31 października 2016 r. w sprawie I ZB 2/15 dostępne pod adresem <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=89393&pos=0&anz=1>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>65</sup> Tytułem przykładu zob. art. 23 ust. 2 Regulaminu UNCITRAL (2010); art. 9 ust. 1 pkt (i) Regulaminu SCC (2017); Regulę 29 ust. 1 Regulaminu ICSID.

<sup>66</sup> Ogólnie odnośnie do obowiązku wydania przez TA wykonalnego orzeczenia zob. **F. Pérez-Lozada**, *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality*, *Spain Arbitration Review* 2016/27, s. 71–80 wraz z powołaną literaturą; zob. też **B. Hess**, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, *Max*



zek sądów unijnych do uchylenia, względnie pozbawienia wykonalności wyroków arbitrażowych wydanych przez TA orzekające na podstawie wewnątrzunijnych IIA jako sprzecznych z prawem unijnym, to można byłoby argumentować, że TA, przed którymi zawisło postępowanie wszczęte na podstawie takiej IIA, powinny uznać brak swojej jurysdykcji, nie będąc w stanie wydać wykonalnego orzeczenia. Należy podkreślić, że zarzut ten nie jest warunkowany uznaniem międzynarodowej natury prawa UE.

### 3.3.2. Uwarunkowania procesowe wprowadzenia argumentacji odnoszącej się do wyroku w sprawie *Achmea*

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na problematykę związaną z proceduralnymi uwarunkowaniami wprowadzenia zarzutów związanych z wyrokiem w sprawie *Achmea* do toczących się postępowań arbitrażowych. Jak już wspomniano, od strony proceduralnej zarzuty te byłyby najprawdopodobniej sformułowane jako zarzuty braku jurysdykcji trybunału arbitrażowego. Oznacza to, że wprowadzenie tej argumentacji poddane byłoby ograniczeniom proceduralnym przewidzianym przez odnośne regulaminy arbitrażowe. Większość z nich przewiduje, że co do zasady zarzut braku jurysdykcji powinien być podniesiony w pierwszym piśmie pozwanego, na późniejszym etapie możliwe jest co najwyżej jego dopuszczenie przez trybunał<sup>67</sup>. Oznacza to, że jeżeli pozwane państwo nie zgłosiło zarzutu jurysdykcyjnego z pierwszym pismem procesowym, TA nie jest zobowiązany do jego rozpatrzenia. Konsekwencje rozstrzygnięcia przez TA kwestii o pozornie jedynie proceduralnym charakterze mogłyby sięgać poza ramy postępowania arbitrażowego: sądy krajowe w popularnych europejskich jurysdykcjach arbitrażowych mogłyby nie rozpatrzyć zarzutu braku ważnej umowy arbitrażowej złożonego w sposób spóźniony (zob. niżej). Wziąwszy bowiem pod uwagę wrażenie, jakie wyrok w sprawie *Achmea*

Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series 3/2018, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3152972](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972); stan na 15.03.2019 r., s. 14.

<sup>67</sup> Zob. art. 23 ust. 2 Regulaminu UNCITRAL (2010); art. 9 ust. 1 pkt (i) Regulaminu SCC (2017) nie wskazuje wprost na taką możliwość. Reguła. 29 ust. 1 Regulaminu ICSID mówi, że jedynym uzasadnieniem dla zgłoszenia zarzutu jurysdykcyjnego później niż w pierwszym piśmie jest brak znajomości przesłanek braku jurysdykcji na tym etapie sprawy. Należy jednak podkreślić, że w wielu regulaminach arbitrażowych można również znaleźć pewne podstawy dla działania trybunałów w tym zakresie *ex officio* w szczególnie uzasadnionych przypadkach – zob. omówienie problematyki u **S. Wha Chang**, *Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate Its Own Jurisdiction*, *Journal of International Arbitration*, 2/2012/29, s. 171–182; ponadto w regulaminach można znaleźć postanowienia nakazujące im rozważenie braku jurysdykcji z urzędu w wypadku braku stawienia strony (zob. przykładowo Regulę 42 ust. 4 Regulaminu Arbitrażowego ICSID).

wywarł na środowisku arbitrażowym, można by wprawdzie domniemywać, że będzie on traktowany jako nowa okoliczność mogąca mieć wpływ na jurysdykcję, nieznaną stronom w momencie składania pierwszego pisma. Dotychczasowa (dość skąpa) praktyka pokazuje jednak, że TA nie muszą wcale wykazywać wiele zrozumienia dla tego rodzaju sytuacji<sup>68</sup>.

## 4. Dylematy państw członkowskich

### 4.1. Sądy na rozdrożu

#### 4.1.1. Zagadnienia wstępne

Wobec faktu, że orzeczenia wydawane przez TA, przyznające poszkodowanym jednostkom odszkodowania mogą być egzekwowane przez jednostki bezpośrednio, w sposób zbliżony do orzeczeń sądów cywilnych, z konsekwencjami wyroku TSUE w sprawie *Achmea* będą musiały zmierzyć się również sądy krajowe, czy to rozstrzygając o uchyleniu orzeczeń arbitrażowych, czy też decydując o możliwości ich wykonalności.

#### 4.1.2. Możliwe konstelacje procesowe

Jak się wydaje, orzeczenie arbitrażowe mogłoby trafić przed sąd państwa członkowskiego w ramach dwu rodzajów postępowań: mających na celu uchylenie orzeczenia arbitrażowego (w państwie wydania wyroku) lub też pozbawienie wykonalności orzeczenia arbitrażowego na terenie danej jurysdykcji. Należy podkreślić, że w obydwu przypadkach prawo arbitrażowe zasadniczo stanowi domenę państw członkowskich. W efekcie kwestie związane z krajowymi orzeczeniami arbitrażowymi regulowane są w ustawodawstwie krajowym, kwestie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych reguluje Konwencja nowojorska<sup>69</sup>, ponadto bezpośrednio

<sup>68</sup> Świadczyć o tym może chociażby decyzja TA orzekającego w opartym na TKE postępowaniu przeciwko Hiszpanii, który odmówił ponownego otwarcia postępowania w związku z wyrokiem w sprawie *Achmea* bez głębszego uzasadnienia tej decyzji (L. Bohmer, *Antin v. Spain (Part 1): Arbitrators See Extensive Due Diligence by Investors in Concentrated Solar Power Sector; and Reject a Series of Jurisdictional and Admissibility Objections*, <https://www.iareporter.com/articles/antin-v-spain-part-1-arbitrators-see-extensive-due-diligence-by-investors-in-concentrated-solar-power-sector-and-reject-a-series-of-jurisdictional-and-admissibility-objections/>; stan na 15.03.2019 r.).

<sup>69</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku z 10 czerwca 1958 r., Dz.U. z 1962 r., nr 9, poz. 41 ze zm.

do arbitrażu inwestycyjnego odnosi się szczególny reżim ICSID<sup>70</sup>. Oznacza to, że zarzuty skierowane przeciwko orzeczeniom arbitrażowym, oparte na prawie UE, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich, muszą być oparte na przesłankach wskazanych w tych aktach. Należy przypomnieć, że co do zasady są one sformułowane raczej wąsko<sup>71</sup>. Powyższe, w połączeniu z tradycyjnie proarbitrażowym nastawieniem sądów w popularnych jurysdykcjach arbitrażowych, prowadzącym niekiedy nawet do ograniczania skuteczności prawa UE<sup>72</sup>, pokazuje, że w praktyce „implementacja” wyroku *Achmea* może nastęrczać trudności, wobec problemów z dookreśleniem, jak głęboko sięga obowiązek zapewnienia skuteczności wyrokiem TSUE<sup>73</sup>.

Sprawę komplikuje fakt, że skuteczność argumentacji odwołującej się do wyroku *Achmea* zależy w dużej mierze od tego, pod jaki zarzut procesowy uda się podciągnąć naruszenie prawa UE. Przykładowo, jak już wspomniano, w ustawodawstwach wielu państw zarzut braku umowy arbitrażowej badany jest przez sąd wyłącznie na (prekludowalny) wniosek strony, podczas gdy zarzut naruszenia porządku publicznego badany jest przez sąd *ex officio* niezależnie od jego podniesienia przed TA. W tym miejscu można tylko przypomnieć, że definicja *ordre public* zasadniczo należy do państw członkowskich, zaś prawo UE do tej pory zdefiniowało unijny *ordre public* raczej punktowo, ograniczając go do ochrony prawa konkurencji<sup>74</sup> i praw konsumenta<sup>75</sup>. Choć, jak się

<sup>70</sup> Konwencja o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw, podpisana 18 marca 1965 r., 575 UNTS 159, dostępna na stronie internetowej Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, <http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>; stan na 15.03.2019 r.

<sup>71</sup> Artykuł V Konwencji Nowojorskiej; art. 34 Prawa Modelowego Uncitral; Model Law; art. 1492 francuskiego k.p.c., (odnoszący się do krajowych wyroków arbitrażowych) tłumaczenie angielskie dostępne pod adresem [http://www.sccinstitute.com/media/37105/french\\_law\\_on\\_arbitration.pdf](http://www.sccinstitute.com/media/37105/french_law_on_arbitration.pdf); stan na 15.03.2019 r.; zob. też §§ 33 i 34 szwedzkiej ustawy arbitrażowej, wersja angielska dostępna pod adresem <http://www.sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>; stan na 15.03.2019 r. Szczególnie problematyczna może być tutaj przyjęta w orzecznictwie wielu państw zasada, zgodnie z którą zarzuty dotyczące jurysdykcji TA niepodniesione w postępowaniu arbitrażowym są sprekludowane, zob. **G.B. Born**, *International Commercial Arbitration*, Aalphen an den Rijn 2014, s. 3219 i n.

<sup>72</sup> W odniesieniu do prawa ochrony konkurencji zob. **S. Martinez Lage**, *Arbitration and EU Competition Law: New Rulings and New Thoughts*, Spain Arbitration Review 2016/25, s. 131–145; **J.B. Sørensen, K. Torp**, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, Journal of International Arbitration 2017/34/1, s. 35–54.

<sup>73</sup> Szczególnie problematyczna jest kwestia ewentualnego istnienia obowiązku państw członkowskich w zakresie wznawiania zakończonych postępowań postarbitrażowych.

<sup>74</sup> CJEU Judgement of 1 June 1999 in the Case C-126/97 *Eco Swiss*.

<sup>75</sup> CJEU Judgement of 26 October 2006 in case C168/05 *Mostaza Claro*.

wydaje, istnieją istotne argumenty za uznaniem, że orzeczenie wydane przez TA, który został ustanowiony na podstawie umowy międzynarodowej naruszającej autonomię prawa UE, narusza unijny porządek publiczny, dotychczas brak jest odnośnego orzecznictwa TSUE w tym zakresie, w związku z czym trudno przewidzieć decyzje sądów państw członkowskich.

Dla podkreślenia, że powyższe rozważania nie mają wyłącznie charakteru akademickiego starczy przypomnieć, z jakimi trudnościami borykać musiała się Słowacja, usiłując osiągnąć zadanie pytania prejudycjalnego przez sądy niemieckie. OLG Frankfurt uznał wnioski składane przez Słowację w tym zakresie za bezzasadne; BGH zaś z punktu odrzucił możliwość naruszania przez orzeczenie arbitrażowe porządku publicznego, z daleko posuniętym sceptycyzmem odnosząc się do zarzutu braku ważnej umowy o arbitraż<sup>76</sup>.

#### 4.1.3. Możliwość sprzecznych wymagań prawa UE i prawa międzynarodowego

Nie jest wykluczone, że w efekcie wyroku sądy państw członkowskich będą postawione wobec sytuacji sprzecznych ze sobą wymagań prawa międzynarodowego i europejskiego. Dotyczy to zwłaszcza wyroków wydanych na podstawie IIA w systemie ICSID: z jednej strony będą one wydane przez trybunały arbitrażowe orzekające na podstawie klauzul arbitrażowych sprzecznych z prawem UE, z drugiej będą one wykonalne na podstawie przepisów prawa międzynarodowego. ICSID tworzy bowiem tzw. „zamknięty reżim”: wyroki wydane w tym systemie nie są poddane kontroli sądów krajowych i zgodnie z art. 54 ust. 1 ICSID podlegają wykonaniu na takich samych zasadach jak wyroki krajowych sądów najwyższych. Sąd państwa członkowskiego postawiony przed wnioskiem o stwierdzenie lub wstrzymanie wykonalności takiego orzeczenia stanąłby przed dylematem, które zobowiązania powinien honorować. Jak się wydaje, prawo UE nie pozostawia wątpliwości, że co do zasady przysługuje mu pierwszeństwo wobec zobowiązań międzynarodowych państw członkowskich.

<sup>76</sup> Należy jednak podkreślić, że pojawiają się również opinie, że w świetle wyroku w sprawie *Achmea* BGH powinien jednak rozpatrzyć również zarzut naruszenia porządku publicznego (B. Hess, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series 3/2018, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3152972](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972); stan na 15.03.2019 r., s. 7); w podobnym duchu wypowiedział się na konferencji w Paryżu *The Future of Intra-EU Investment Arbitration in the Aftermath of the Achmea judgment* organizowanej w ramach Paryskiego Tygodnia Arbitrażowego 11.04.2018 r. referendarz Rzecznika Generalnego Watheleta zaangażowany w przygotowywanie Opinii w sprawie *Achmea*, Paschalis Paschalidis. Jak już jednak stwierdzono wyżej, w swoim postanowieniu kończącym postępowanie BGH nie odniósł się do kwestii *ordre public*.

Jedyny wyjątek stanowi sytuacja, w której wykonanie zobowiązania unijnego naruszałoby umowę zawartą przez państwo członkowskie przed przystąpieniem do UE z państwem trzecim (art. 351 TFUE). Zważywszy, że ICSID jest instrumentem multilateralnym, do którego należy także wiele państw spoza UE, w tym kontekście mogłaby powstać wątpliwość, czy odmowa wykonania orzeczenia ICSID stanowiłaby takie naruszenie praw państwa trzeciego<sup>77</sup>. Jest to jednak wysoce wątpliwe, w szczególności wzięwszy pod uwagę, że TSUE już stosunkowo wcześniej stwierdził, że prawo UE może nakazywać wyłączenie stosowania niektórych postanowień umów multilateralnych pomiędzy państwami członkowskimi<sup>78</sup>, jak również mając na uwadze istnienie w doktrynie i praktyce arbitrażu inwestycyjnego poglądu, zgodnie z którym mechanizm ISDS służy realizacji interesów inwestora, a nie jego państwa pochodzenia<sup>79</sup>.

Należy podkreślić, że powyższy problem stał się już przedmiotem orzecznictwa sądów europejskich. Jak dotąd przed dylematem takim stanęły sądy brytyjskie<sup>80</sup> i belgijskie<sup>81</sup> orzekające w sprawie wykonalności wyroku ICSID w sprawie *Micula*, w wypadku którego Komisja stwierdziła, że wyrok ten stanowił niedozwoloną pomoc publiczną. W obydwu przypadkach sądy stanęły na stanowisku pierwszeństwa zobowiązań wynikających z prawa UE, starając się jednak przy tym łagodzić istniejący konflikt w procesie wykładni, nie tyle stwierdzając brak stosowania konwencji ICSID, ile raczej dokonując pronunijnej wykładni jej art. 54 ust. 1, dochodząc do wniosku, że niemożność wykonania orzeczenia sprzecznego z prawem UE dotyczyłaby w równym stopniu orzeczenia krajowego sądu najwyższego. Tym samym wydaje się, że prawo UE zawiera środki umożliwiające efektywne rozwiązanie konfliktów pomiędzy prawem europejskim a międzynarodowym.

<sup>77</sup> Sugestie takie można znaleźć u **K. v. Papp**, *Solving Conflicts with International Investment Treaty Law from an EU Perspective: Article 351 TFEU Revisited*, Legal Issues of Economic Integration 2015/42/4, s. 325–356.

<sup>78</sup> Zob. wyrok TSUE w sprawie *Commission of the European Economic Community v. Italian Republic*, CJEU Case No. 10/61, Judgement, 27 February 1962, s. 10.

<sup>79</sup> **Z. Douglas**, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge [i in.] 2011, s. 10–39 (Zasada 1).

<sup>80</sup> Zob. wyrok brytyjskiego High Court z 20 stycznia 2017 r. w sprawie No: CL-2014-000251, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8133\\_6.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8133_6.pdf) wraz z postanowieniem odrzucającym wniosek Miculów o udzielenie zabezpieczenia z 15 czerwca 2017 r., <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9038.pdf>

<sup>81</sup> Wyrok sądu belgijskiego z 25 stycznia 2017 r. w sprawie *Romanian Air Traffic Services Administration – ROMATSA v. Viorel Micula; The State of Romania, Minister of Finances v. Viorel Micula*, wydany przez Tribunal de Première Instance Francophone, Brussels, Civil Section, sygn. akt 15/7241/A i 15/7242/A.

#### 4.1.4. Możliwe środki oddziaływania Komisji Europejskiej (KE)

TSUE nie bez przyczyny podkreśla w swoim orzecznictwie znaczenie faktu przynależności ciała orzekającego do systemu sądowniczego państw członkowskich. Zgodnie z jego orzecznictwem bowiem, również sądy państw członkowskich mogą naruszać prawo Unii, choć tylko w stosunkowo wąsko określonych sytuacjach<sup>82</sup>. Powyższe nie tylko rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą państw członkowskich<sup>83</sup>, lecz także, jako naruszenie prawa UE przez organy państwa, może stanowić przedmiot postępowania o naruszenie Traktatów wszczętego przez Komisję Europejską. Wiadomo o co najmniej dwóch takich postępowaniach: postępowaniu Komisji przeciwko Szwecji związanym z praktyką tamtejszych sądów w zakresie pytań prejudycjalnych, zakończonym wprowadzeniem przez tamtejszy parlament przepisów uwzględniających postulaty Komisji i postępowanie przeciwko Włochom zakończone wyrokiem TSUE w sprawie C-129/00<sup>84</sup>. W związku z tym za prawdopodobne należy uznać, że wobec głębokiego sprzeciwu KE wobec wewnątrzunijnych IIA, ewentualne ignorowanie przez sądy krajowe wyroku w sprawie *Achmea* może zaowocować wszczynaniem przez KE postępowań naruszeniowych. W tym kontekście należy podkreślić, że wobec faktu, iż stronami tych postępowań są państwa członkowskie i dotyczą one bardzo wysokich sum, prawdopodobieństwo niedostrzeżenia ich przez Komisję uznać należy za raczej niewielkie.

#### 4.2. Działania międzypaństwowe

Do wykonania wyroku TSUE w sprawie *Achmea* niezbędne jest również działanie rządów państw członkowskich. Stwierdzenie przez TSUE niezgodności postanowień umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy państwami członkowskimi z prawem UE, choć implikuje jej niestosowalność w stosunkach wewnątrzunijnych, nie kończy *per se* jej bytu prawnego. Do tego konieczne jest spełnienie przesłanek stawianych przez prawo międzynarodowe publiczne, które zostały skodyfikowane w art. 59 i art. 65 KWPT. W związku z problemami z precyzyjnym określeniem kryteriów pozwalających na stwierdzenie zastąpie-

<sup>82</sup> Wyrok TSUE z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-224/01 Köbler.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> Wyrok TSUE z 9 grudnia 2003 r. w sprawie C-129/00 *Komisja p. Włochom, M. Broberg, National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom*, European Public Law 2016/22/2, s. 251 i n.

nia starszej umowy przez nową<sup>85</sup>, jak również orzecznictwem trybunałów arbitrażowych konsekwentnie podtrzymujących swoją jurysdykcję, dla zapewnienia bezpieczeństwa obrotu konieczne jest formalne wygaszenie przez państwa członkowskie wewnętrznych IIA, czy to w drodze traktatu multilateralnego, czy to w drodze umów dwustronnych. Jak się wydaje, w celu zapewnienia maksymalnej skuteczności orzeczeniu w sprawie *Achmea* państwa członkowskie, rozwiązując IIA, powinny również zastrzec niestosowanie tzw. „klausul zachodzącego słońca”, tj. postanowień przewidujących dalsze stosowanie przepisów umowy już po jej wypowiedzeniu<sup>86</sup>. Należy podkreślić, że za takim właśnie rozwiązaniem od dłuższego czasu opowiadała się Komisja, wszczynając jeszcze w czerwcu 2015 r. postępowania przeciwko państwom członkowskim zwlekającym z wypowiedzeniem ich umów<sup>87</sup> i przypominała je w stanowczy sposób w swoim Komunikacie, dotyczącym inwestycji wewnętrznych<sup>88</sup>. Państwa Członkowskie wyraziły swoje poparcie dla stanowiska Komisji w swoich styczniowych deklaracjach, dotyczących skutków wyroku *Achmea*<sup>89</sup>. Można domniemywać, że po wyroku w sprawie *Achmea* Komisja wznowi postępowania naruszeniowe, jeżeli państwa będące stroną BIT-ów nie będą wykazywały woli współpracy. Niejako na marginesie warto podkreślić, że Polska podejmuje aktywne działania na rzecz doprowadzenia do stanu zgodności prawa krajowego

<sup>85</sup> Zob. **F. Dubuisson**, *Article 59*, w: **O. Corten, P. Klein** (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, T. 2, Oxford University Press, Oxford i in. 2011, zwłaszcza s. 1339 i n.

<sup>86</sup> W tym miejscu można jedynie zasygnalizować, że niektórzy autorzy sugerują, że ochrona praw inwestora może stawiać pod znakiem zapytania możliwość pozbawienia inwestora ochrony gwarantowanej przez *sunset clauses* (**C. Wackernagel**, *The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2016/140, s. 21 i n.). Jak się jednak wydaje, koncepcja ta nie znajduje oparcia w prawie międzynarodowym, zob. **Ch. Binder**, *A treaty law perspective on Intra-EU BITs*, *Journal of International Investment & Trade* 2016/17/6, s. 978 ff.

<sup>87</sup> Oświadczenie prasowe KE z 18 czerwca 2015 r. *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties* [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm); stan na 15.03.2019 r.

<sup>88</sup> Komunikat z 19 lipca 2018 r. COM(2018) 547/2 *Communication from the Commission to the European Parliament and The Council. Protection of intra-EU investment*, [http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180719-communication-protection-of-investments\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180719-communication-protection-of-investments_en.pdf); stan na 15.03.2019 r., zwłaszcza s. 2–3.

<sup>89</sup> Zob. deklaracje państw członkowskich z 15 stycznia 2019 r. odnośnie do wpływu wyroku w sprawie *Achmea* na obowiązywanie wewnętrznych IIA dostępne pod adresem [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en); stan na 15.03.2019 r.

z prawem unijnym, sukcesywnie wygaszając BIT-y wewnątrzunijne<sup>90</sup>. Wprawdzie niektóre państwa, w szczególności eksportujące kapitał, mogłyby nie być zbyt chętne do szybkiego rozwiązywania istniejących wewnątrzunijnych IIA, tym niemniej zważywszy na stanowczy sposób sformułowania deklaracji, takiej ewentualności nie należy uznać za szczególnie prawdopodobną.

## 5. Wnioski

Jak się wydaje, skutki wyroku w sprawie *Achmea* dla funkcjonowania arbitrażu inwestycyjnego w Unii Europejskiej idą bardzo daleko i wykraczają poza sferę prawa UE. Trybunał w swoim orzeczeniu *de facto* uznał klauzule arbitrażowe zawarte w wewnątrzunijnych BIT-ach i tym samym stosowanie mechanizmu ISDS w sytuacjach wewnątrzunijnych za sprzeczne z prawem Unii. Tym samym jego wykonanie oznacza konieczność usunięcia z obrotu zarówno samych klauzul, jak również orzeczeń arbitrażowych wydanych przez TA orzekające na ich podstawie. Oczywistym środkiem prowadzącym do tego celu jest usunięcie przez państwa członkowskie z obrotu rzeczonych klauzul na mocy stosownych umów międzynarodowych. Rozwiązanie to wiąże się jednak z problemami: z jednej strony wypracowanie międzynarodowego porozumienia prowadzącego do wygaśnięcia wewnątrzunijnych BIT-ów jest procesem czasochłonnym, z drugiej, niezależnie od jego ewentualnego sukcesu, już wszczęte postępowania arbitrażowe toczyć się będą jeszcze przez co najmniej kilka lat. Oznacza to, że w praktyce do zapewnienia skuteczności wyrokowi w sprawie *Achmea* potrzebne jest uznanie zawartych w nim rozstrzygnięć przez TA i sądy państw członkowskich. W tym pierwszym wypadku, choć wyrok TSUE dostarcza istotnych argumentów na rzecz uznania przez TA braku ich jurysdykcji, na chwilę obecną nie jest możliwe przewidzenie, jakie decyzje w praktyce będą podejmowały trybunały. W szczególności istniejące przepisy proceduralne pozostawiają im w tym zakresie znaczną swobodę. W wypadku sądów krajowych, przynajmniej pozornie, taka swoboda decyzyjna nie występuje: mają one obowiązek zapewnienia skuteczności prawu UE. W praktyce jednak sytuacja może okazać się bardziej skomplikowaną – o możliwości zgłoszenia i skuteczności zarzutu niezgodności orzeczeń arbitrażowych z prawem UE mogą decydować

<sup>90</sup> Zob. informacje na temat stanu rozwiązania umów BIT przez Polskę zawarte w uzasadnieniu do projektu ustawy o wypowiedzeniu Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Słowenii o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji z 31 stycznia 2019, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3164>; stan na 15.03.2019 r.



rozstrzygnięcia proceduralne znajdujące się w zakresie autonomii proceduralnej państw członkowskich. Dotychczasowe orzecznictwo sądów państw członkowskich w sprawie *Micula* sugerowałoby ich gotowość do zapewniania skuteczności prawa UE. Należy jednak podkreślić, że w każdym razie ignorowanie przez sądy krajowe wartościowań zawartych w prawie UE mogłoby owocować wszczynaniem postępowań naruszeniowych przez Komisję. Widać więc wyraźnie, że zapewnienie realnej skuteczności wyrokowi TSUE w sprawie *Achmea* będzie wymagało ogromnego nakładu pracy i kooperacji ze strony różnych aktorów, zarówno unijnych, jak i państwowych. Ilość komplikacji wiążących się z zapewnieniem faktycznej skuteczności temu orzeczeniu pokazuje jasno, że w celu zapewnienia skuteczności prawa UE i pewności obrotu prawnego niezbędna jest skoordynowana akcja państw członkowskich, mająca na celu doprowadzenie do jak najszybszego wygaszenia wewnątrzunijnych BIT-ów bez zachowania okresów ochrony przewidzianych w *sunset clauses*.

## Bibliografia

- Ankersmit Laurens**, *The Compatibility of Investment Arbitration in EU Trade Agreements with the EU Judicial System*, Journal of European Environmental & Planning Law 2016/13, s. 46–63.
- Barcz Jan, Górka Marcin, Wyrozumska Anna**, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Basedow Jürgen**, *EU Law in the International Arbitration*, Journal of International Arbitration 2015/32/4, s. 367–386.
- Binder Christina**, *A treaty law perspective on Intra-EU BITs*, Journal of International Investment & Trade 2016/17/6, s. 964–983.
- Binder Christina, Hofbauer Jane A.**, *The Perception of EU Legal Order in International Law: and In- and Outside View*, European Yearbook of International Economic Law 2017, s. 139–203.
- Bjorge Eirik**, *EU Law Constraints on Intra-EU Investment Arbitration?*, The Law and Practice of International Courts and Tribunal 2017/16, s. 71–86.
- Böckstiegel Karl-Heinz, Kröll Steffani in.**, *Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview*, w: Patricia Nacimiento, Steffan Kröll i in. (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Wolters Kluwer, Aalphen an den Rijn 2015, s. 4–50.
- Bohmer Lisa**, *Antin v. Spain (Part 1): Arbitrators See Extensive Due Diligence by Investors in Concentrated Solar Power Sector, and Reject a Series of Jurisdictional and Admissibility Objections*, <https://www.iareporter.com/articles/antin-v-spain-part-1-arbitrators-see-extensive-due-diligence-by-investors-in-concentrated-solar-power-sector-and-reject-a-series-of-jurisdictional-and-admissibility-objections/>; stan na 15.03.2019 r.
- Bonnitcha Jonathan, Skovgaard Poulsen Lauge N., Waibel Michael**, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford University Press, Oxford i in. 2017.

- Born Gary B.**, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, Aalphen an den Rijn 2014.
- Broberg Martin**, *National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom*, *European Public Law* 2016/22/2, s. 243–256.
- Carta Andrea, Ankersmitt Laurens**, *AG Wathelet in C-284/16 Achmea: Saving ISDS?*, <http://europeanlawblog.eu/2018/01/08/ag-wathelet-in-c-28416-achmea-saving-isds/>; stan na 15.03.2019 r.
- Chang Seung Wha**, *Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate Its Own Jurisdiction*, *Journal of International Arbitration* 2012/29/2, s. 171–182.
- Charlotin, Damien**, *Spain Secures Stay of Enforcement Of Energy Charter Treaty Award in Swedish Court*, wpis z 18 maja 2018 r., <https://www.iareporter.com/articles/spain-secures-stay-of-enforcement-of-energy-charter-treaty-award-in-swedish-court/>; stan na 15.03.2019 r.
- de Brabandere Eric**, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge i in. 2014.
- Dimopoulos Angelos**, *Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs*, <https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/>; stan na 15.03.2019 r.
- Douglas Zachary**, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge i in. 2011.
- Dubuisson Francois**, *Article 59*, w: Olivier Corten, Pierre Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, t. 2, Oxford University Press, Oxford i in. 2011
- Eckes Christina**, *EU Autonomy and Decisions of (Quasi-) Judicial Bodies: How Much Differentness is Needed?*, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper 10/2011, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1975250](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975250); stan na 15.03.2019 r.
- Fecák Tomáš**, *International Investment Agreements and EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016.
- Ghuri Ahmad Ali**, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Wolters Kluwer Alphen aan den Rijn 2015, s. 149–176.
- Hess Burkhard**, *A European Law Reading of Achmea*, [http://conflictflaws.net/2018/a-european-law-reading-of-achmea/#\\_ftnref4](http://conflictflaws.net/2018/a-european-law-reading-of-achmea/#_ftnref4); stan na 15.03.2019 r.
- Hess Burkhard**, *The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series 3/2018, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3152972](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972); stan na 15.03.2019 r.
- Hindelang Steffen**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties: The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, *Legal Issues of Economic Integration* 2012/39/2, s. 179–206.
- Hindelang Steffen**, *The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement*, <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeu-achmea-judgement/>; stan na 15.03.2019 r.
- Hober Kaj**, *Application of EU Law in Investment Treaty Arbitration*, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* 2016/9, s. 179–199.
- Kleinheisterkamp Jan**, *European Policy Space in international Investment Law*, *ICSID Review* 2012/27/2, s. 416–431.
- Lavranos Nikos**, *Black Tuesday: the end of intra-EU BITs*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits/>; stan na 15.03.2019 r.

- Lavranos Nikos**, *The poison pill for maintaining intra-EU BITs arbitration*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-poison-pill-for-maintaining-intra-eu-bits-arbitration/>; stan na 15.03.2019 r.
- Martinez Lage Santiago**, *Arbitration and EU Competition Law: New Rulings and New Thoughts*, Spain Arbitration Review 2016/26, s. 131–145.
- Münch Joachim**, § 1059 ZPO, w: Krüger Wolfgang, Rauscher Thomas i in. (Red.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, T. 3, wyd. 5, C.H. Beck, München 2017.
- Odermatt Jed**, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, EU Working Papers MWP 2016/17, [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41046/MWP\\_2016\\_07.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/41046/MWP_2016_07.pdf?sequence=1); stan na 15.03.2019 r.
- Paschalidis Paschalis**, *Case C-567/14 Genetech: EU law confronted with international arbitration*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2990246](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990246); stan na 15.03.2019 r.
- Pérez-Lozada Fernando**, *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality*, Spain Arbitration Review 2016/27, s. 71–94.
- Schill Stephan**, *Opinion 2/13 – the End for Dispute Settlement?*, The Journal of World Investment & Trade 2015/16, s. 379–388.
- Schima Bernhard**, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH*, Manz-C.H. Beck, Wien 2015, s. 36.
- Schreuer Christoph**, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, McGill Journal of Dispute Resolutions 2014/1, s. 1–25.
- Schütze Robert**, *Foreign Affairs and European Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge i in. 2014.
- Sørensen Jakob B., Torp Kristian**, *The Second Look in European Union Competition Law: A Scandinavian Perspective*, Journal of International Arbitration 2017/34/1, s. 35–54.
- Spiermann Ole**, *Applicable Law*, w: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford i in. 2008, s. 89–119.
- Thomas Christopher, Dhillon Harpreet K.**, *Applicable Law Under International Investment Treaties*, Singapore Academy of Law Journal 2014/26, s. 975–998.
- Thym Daniel**, *The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>; stan na 15.03.2019 r.
- v. Papp Konstanze**, *Solving Conflicts with International Investment Treaty Law from an EU Perspective: Article 351 TFEU Revisited*, Legal Issues of Economic Integration 2015/42/4, s. 325–356.
- Vadi Valentina, Gruszczyński Lukasz**, *Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Journal of International Economic Law 2013/16/3, s. 613–633.
- van Harten Gus, Loughlin Martin**, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, European Journal of International Law 2006/17/2, s. 121–150.
- Wackernagel Clemens**, *The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2016/140.
- Wierzbowski Marek, Gubrynowicz Aleksander**, *Conflict of norms stemming from intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions*, w: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch i in. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford i in. 2009.

**Wilske Stephan, Raible Martin, Markert Lars**, *International Investment Treaty Arbitration and International Commercial Arbitration – Conceptual Difference or Only a Status Thing*, Contemporary Asia Arbitration Journal 2008, s. 213–234.

Bartosz SOLOCH

## CJEU JUDGMENT IN CASE C-284/16 ACHMEA: ONE DECISION – MANY PERSPECTIVES

(Summary)

CJEU judgement in case C-284/16 *Achmea* is of fundamental importance for the future relationship between EU law and investment agreements concluded between EU Member States. In this judgement CJEU declared that the provisions of these agreements allowing investors to bring their claims directly to investment arbitral tribunals are contrary to EU law. Consequently, Member States are obliged to terminate such investment agreements concluded between themselves and undertake any actions available not to allow for their continuous application. This, however, may take a lot of time: not only one has to finalise the process of termination of these agreements, but the proceedings initiated on the basis thereof should be terminated as well. This means that the investment arbitration proceedings may drag on for many years. This makes it necessary to consider of the consequences of the *Achmea* judgement not only from the point of view of EU law but, equally, from the standpoints of the investment protection and national arbitration laws as well. As arbitration practice could suggest, incompatibility of an international agreement with EU law does not have to lead automatically to its inapplicability by investment tribunals. Similarly, restrictive practice of national courts in relation to arbitration matters could also be viewed as a potential hurdle for providing for a practical effectiveness of EU law. Therefore, both legal certainty and the effectiveness of EU law demand a possibly swift termination of the intra-EU investment agreements along with the “sunset clauses”.

**Keywords:** international investment agreements; investment arbitration; intra-EU investment; interaction of legal regimes; international law