



Warszawa, dnia 15 czerwca 2011 r.

Minister Spraw Zagranicznych

SM 2114/12/11/102876

SECRETARIAT
Biuro Prac Senackich
Wpłynęło dn. 16.06.11. zał. 1
nr 5885 podpis Maru

GABINET MARSZAŁKA SENATU

wpłynęło dn. 16.06.11.

nr 3135 podpis Borusewicz

Pan Bogdan Borusewicz
Marszałek Senatu
Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Marszałku,

W odpowiedzi na oświadczenie Pana Senatora Eryka Smulewicza (pismo nr BPS/DSK-043-3683/11 z dnia 17 maja br.) złożone podczas 76. posiedzenia Senatu RP w dniu 12 maja br., dotyczące umów o popieraniu i ochronie inwestycji (znanych jako BIT) uprzejmie informuję:

Polska podpisała szereg umów o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (umowy BIT). Należy odrębnie rozpatrywać umowy zawarte przez Polskę z państwami trzecimi, nie będącymi państwami członkowskimi Unii Europejskiej (UE) oraz umowy zawarte z państwami członkowskimi UE.

Umowy BIT z państwami trzecimi

Z wejściem w życie Traktatu z Lizbony UE uzyskała *expressis verbis* wyłączną kompetencję w dziedzinie wspólnej polityki handlowej (art. 3 ust. 1 lit. d Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)), która obejmuje – zgodnie z definicją zawartą w art. 207 ust. 1 TFUE – zawieranie umów celnych i handlowych dotyczących bezpośrednich inwestycji zagranicznych (tzw. umów BIT). Na mocy Traktatu, UE ma zatem od grudnia 2009 r. kompetencję do zawierania w takim zakresie, w jakim dotyczą one wspólnej polityki handlowej, umów BIT z państwami trzecimi w imieniu państw członkowskich. W związku z objęciem tych umów wyłączną kompetencją UE Komisja Europejska (KE) przedstawiła dwa dokumenty dotyczące umów BIT. W pierwszym z nich - Komunikacie Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W kierunku kompleksowej międzynarodowej polityki inwestycyjnej Unii Europejskiej”¹ - KE przedstawiła wizję kształtu przyszłej kompleksowej polityki inwestycyjnej UE. Komunikat zawiera propozycje działań nie tylko w sferze bezpośrednich inwestycji zagranicznych, ale także wobec inwestycji portfelowych, prezentując tym samym kompleksowe podejście do szeroko rozumianego pojęcia dokonywania i ochrony inwestycji. Rząd Rzeczypospolitej Polskiej w stanowisku przedłożonym Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej wypowiedział się pozytywnie na temat proponowanych w Komunikacie propozycji.

Drugim dokumentem przedstawionym przez KE jest projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego przepisy przejściowe w zakresie dwustronnych umów inwestycyjnych między państwami członkowskimi a państwami trzecimi². Celem rozporządzenia jest ustanowienie rozwiązań przejściowych dotyczących

¹ COM (2010) 343 z dnia 7 lipca 2010 r.

² COM (2010) 344 z dnia 7 lipca 2010 r.

funkcjonowania dwustronnych umów o popieraniu i ochronie inwestycji zawartych przez kraje członkowskie UE z krajami trzecimi, zasad renegeacji tych umów jak i zawierania nowych umów tego rodzaju. Rząd RP w stanowisku przedłożonym Sejmowi RP co do zasady poparł formę przyjmowanych rozwiązań. Rozporządzenie, jako silna regulacja unijna, ustanowi jasne procedury postępowania z umowami BIT, dotyczące w równym stopniu wszystkich umów zawartych przez kraje członkowskie z krajami trzecimi. Jednocześnie jednak wskazał na wiele wad zaproponowanych rozwiązań prawnych i szczegółowych przepisów. Zgodę na przyjęcie projektu rozporządzenia uzależnił od wyniku dyskusji i wprowadzonych zmian. Mając powyższe na uwadze, Polska w chwili obecnej nie podejmuje działań zmierzających do wypowiedziania umów BIT z państwami trzecimi.

Umowy BIT z państwami członkowskimi Unii Europejskiej

Polska jest obecnie związana umowami BIT z wszystkimi państwami członkowskimi UE (wewnątrzunijne umowy BIT), z wyłączeniem Malty i Irlandii. Kwestia wewnątrzunijnych umów BIT jest od pewnego czasu przedmiotem zainteresowania KE i państw członkowskich. Ocenia się, że obecnie obowiązuje 192 umów BIT pomiędzy państwami członkowskimi, z których część stanowi podstawę toczących się sporów o odszkodowania między inwestorami, a państwami goszczącymi przed międzynarodowymi trybunałami arbitrażowymi. Umowy te obowiązują przy tym w zdecydowanej większości w relacjach między „starymi” państwami członkowskimi (tj. 12 państw UE sprzed 1 maja 2004 r.), a „nowymi” państwami członkowskimi, które przystąpiły do UE po 1 maja 2004 r. oraz między tymi ostatnimi państwami. Warto odnotować, że w niektórych postępowaniach arbitrażowych państwo pozwane (najczęściej „nowe” państwo członkowskie) podnosiło argument oparty na art. 59 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (zgodnie z którym, w przypadku zawarcia umowy późniejszej między tymi samymi stronami i dotyczącej tego samego przedmiotu, umowa wcześniejsza wygasa z mocy prawa), jednakże trybunały arbitrażowe argument ten odrzucały. Nie można jednak wykluczyć, że może okazać się on skuteczny przed sądami krajowymi w ramach procedury uznania i wykonania wyroku arbitrażowego.

W opinii KE istnieją istotne wątpliwości co do zgodności dalszego utrzymywania wewnątrzunijnych umów BIT w obrocie prawnym z postanowieniami TFUE. W 2006 r. w nocy skierowanej do Komitetu Ekonomiczno-Finansowego³ KE przedstawiła stanowisko, że status prawny tych umów, w momencie, gdy obie jej strony są państwami członkowskimi UE, nie jest całkowicie jasny. Znaczna część postanowień umów BIT została bowiem, w opinii KE, zastąpiona przez odpowiednie postanowienia prawa UE. Dalsze obowiązywanie umów BIT między państwami członkowskimi może prowadzić do dyskryminacji między inwestorami z różnych państw członkowskich. Istnieje również ryzyko wystąpienia zjawiska „forum shopping” poprzez poddawanie sporów międzynarodowym trybunałom arbitrażowym, a nie sądom krajowym państw członkowskich. Może to potencjalnie skutkować rozstrzygnięciem przez nie istotnych kwestii prawnych wynikających z regulacji unijnych bez możliwości, a nawet występującego niekiedy w przypadku sądów krajowych obowiązku, kierowania pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości UE. Stanowisko takie KE zajęła także jako interwenient w kilku sporach między inwestorem i państwem członkowskim zawistych przed międzynarodowymi trybunałami arbitrażowymi. W październiku 2010 r. KE poprosiła państwa członkowskie o poinformowanie do końca roku, czy są gotowe wypowiedzieć wewnątrzunijne umowy BIT. Zastrzegła jednocześnie,

³ Podstawę prawną dla funkcjonowania Komitetu Ekonomiczno-Finansowego stanowi art. 134 ust. 1 TFUE. Powołany został w celu wspierania koordynacji polityk państw członkowskich w pełnym zakresie niezbędnym do funkcjonowania rynku wewnętrznego.

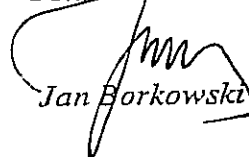
że w przypadku braku woli ich wypowiedzenia, może wszcząć przeciwko państwom członkowskim postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości UE w sprawie naruszenia prawa UE.

Przedstawione powyżej wątpliwości KE nie są jednak podzielane przez wszystkie państwa członkowskie. Część z nich, do których należą przede wszystkim „stare” państwa członkowskie (np. Belgia, Niemcy, Wielka Brytania i Holandia), opowiedziały się za dalszym utrzymaniem w mocy umów BIT z innymi państwami członkowskimi, albowiem to inwestorzy z tych państw korzystają najczęściej z ochrony wynikającej z umów BIT. Z kolei inna grupa państw członkowskich podjęła działania w kierunku wypowiedzenia umów BIT. Na przykład w 2005 r. rząd Czech wyraził generalną gotowość rozwiązania takich umów zawartych z każdym innym państwem członkowskim. Działania zmierzające do wypowiedzenia umów BIT pomiędzy państwami członkowskimi podjęły także Włochy, uzasadniając je zaleceniem KE zawartym w rocznym raporcie dla Komitetu Ekonomiczno-Finansowego z 2006 r. oraz potencjalną niezgodnością postanowień umowy z prawem UE.

W opinii Rządu RP wszystkie wewnętrzne umowy BIT powinny zostać wypowiedziane. Najlepszym rozwiązaniem byłoby podjęcie przez wszystkie kraje UE wspólnej decyzji o rozwiązaniu wewnętrznych umów BIT zgodnie z Konwencją wiedeńską o prawie traktatów. Biorąc jednakże pod uwagę dotychczas prezentowane przez państwa UE stanowiska, scenariusz ten wydaje się być mało realny. Należy oczekiwać, że przynajmniej niektóre tzw. stare państwa członkowskie Unii nie zgodzą się na rozwiązanie tych umów w powyższym trybie. Alternatywnie, w przypadku braku możliwości osiągnięcia jednomyślności państw członkowskich UE, Polska może rozwiązać umowy BIT wiążące ją z innymi państwami członkowskimi UE poprzez ich wypowiedzenie (akt jednostronny) na warunkach w tych umowach określonych albo też na podstawie porozumienia stron w każdym konkretnym przypadku. Wskazane byłoby wtedy podjęcie skoordynowanych działań w ramach Grupy Wyszehradzkiej i innych państw regionu mającej na celu wypowiedzenie umów przez grupę państw w tym samym czasie. Warto jednak podkreślić, że w przypadku wypowiedzenia jednostronnego BIT, inwestycje dokonane przed tym wypowiedzeniem byłyby wciąż chronione przez okres, w zależności od umowy, od 10 do 15 lat. Jednocześnie w procesie wypowiedzenia umów BIT administracja polska będzie ściśle współpracować ze środowiskami polskich przedsiębiorców w celu wskazania i informowania o istniejących możliwościach ochrony praw inwestorów w oparciu o regulacje UE gwarantujące zachowanie praw inwestorów na porównywalnym poziomie do tych zawartych w umowach typu BIT.

Z wyrazami szacunku

wz. Ministra Spraw Zagranicznych
Sekretarz Stanu


Jan Borkowski