

**Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego „Zalecenie dotyczące decyzji Rady upoważniającej do rozpoczęcia negocjacji w sprawie Konwencji ustanawiającej wielostronny trybunał rozstrzygania sporów inwestycyjnych”**

[COM(2017) 493 final]

(2019/C 110/27)

Sprawozdawca: **Philippe DE BUCK**

Współsprawozdawczyni: **Tanja BUZEK**

Wniosek o konsultację	13.12.2017 (Komisja Europejska)
Podstawa prawna	Art. 207 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
Sekcja odpowiedzialna	REX
Data przyjęcia przez sekcję	23.11.2018
Data przyjęcia na sesji plenarnej	12.12.2018
Sesja plenarna nr	539
Wynik głosowania	206/3/3
(za/przeciw/wstrzymało się)	

## 1. Wnioski i zalecenia

1.1. EKES uznaje w pełni, że rozstrzyganie sporów między inwestorem a państwem (ISDS) w umowach handlowych i inwestycyjnych jest dla wielu zainteresowanych stron coraz bardziej kontrowersyjne w związku z kwestiami legalności, spójności i przejrzystości. Krytyka ta obejmuje zagadnienia proceduralne i materialne, lecz się do nich nie ogranicza.

1.2. EKES bierze czynny udział w debacie w sprawie reformy i modernizacji ochrony inwestycji. Przyjął opinię REX/464 i REX/411, w których wyraził szereg obaw i przedstawił zalecenia.

1.3. Dlatego też EKES przyjmuje z zadowoleniem starania Komisji na rzecz wielostronnej reformy ISDS pod auspicjami UNICITRAL i uważa, że istotne jest, by UE pozostała otwarta na przyjęcie wszystkich metod i pomysłów przedstawionych w odniesieniu do reformy ISDS.

1.4. EKES przyjmuje zwłaszcza z zadowoleniem większe zaangażowanie na rzecz przejrzystości, co pozwala organizacjom pozarządowym na monitorowanie dyskusji, a nawet na udział w niej.

1.5. EKES uważa, że istotne jest, by III grupa robocza UNICITRAL przyjęła z zadowoleniem wkład wszystkich zainteresowanych stron w wysiłki na rzecz zwiększenia pluralizmu, i wzywa do lepszego i bardziej wyważonego zapraszania zainteresowanych stron. Ponadto apeluje, by Komisja poczyniła starania na rzecz jego aktywnego włączenia w prace III grupy roboczej.

1.6. EKES ma zawsze świadomość, że bezpośrednio inwestycje zagraniczne są ważnym czynnikiem przyczyniającym się do wzrostu gospodarczego, a inwestorzy zagraniczni muszą być chronieni na całym świecie przed bezpośrednim wyłączeniem i dyskryminacją oraz mieć takie same prawa, jakie przysługują inwestorom krajowym.

1.7. Jednak EKES podkreśla również zawsze, że nie należy podważać prawa państw do regulacji w interesie publicznym.

1.8. EKES podkreśla, że w odniesieniu do utworzenia wielostronnego trybunału rozstrzygania sporów inwestycyjnych (MIC) należy odpowiedzieć na szereg zasadniczych pytań dotyczących zakresu, ochrony interesu publicznego, dostępności i kontaktów z sądami krajowymi.

1.9. Zakres: chociaż EKES uważa, że wskazane byłoby bardziej całościowe podejście obejmujące dbałość zarówno o materialne, jak i proceduralne aspekty ochrony inwestycji, odnotowuje, że obowiązkowy zakres ogranicza się do aspektów proceduralnych rozstrzygania sporów między inwestorami a państwami.

1.10. Interes publiczny: EKES uważa, że kluczowe znaczenie ma to, aby MIC w żaden sposób nie ograniczał zdolności UE i państw członkowskich do wypełniania zobowiązań wynikających z międzynarodowych porozumień dotyczących ochrony środowiska, praw człowieka i pracy, a także ochrony konsumentów oraz zdolności zabezpieczenia proceduralnego przed roszczeniami w stosunku do przepisów krajowych przyjętych w interesie publicznym. EKES jest zatem zdania, że można to osiągnąć w wystarczającym stopniu wyłącznie przez uwzględnienie klauzuli dotyczącej pierwszeństwa i ustanowienie wyłączenia odnoszącego się do interesu publicznego.

1.11. Prawa stron trzecich i powództwa wzajemne: chociaż EKES uważa, że dopuszczenie oświadczeń *amicus curiae* jest pierwszym krokiem, który musi zapewnić zasadniczo ich należyte uwzględnienie przez sędziów, odnosi się pozytywnie do uwzględnienia w upoważnieniu możliwości interwencji stron trzecich i zaleca zbadanie roli stron trzecich, którymi mogą być lokalni mieszkańcy, pracownicy, związki zawodowe, grupy ochrony środowiska czy też konsumenci.

1.12. Kontakty z sądami krajowymi: EKES uważa, że MIC w żadnym wypadku nie może powodować negatywnych konsekwencji dla systemu sądowego UE i autonomii prawa Unii. Odnotowuje, że rozmaite zainteresowane strony różnie postrzegają kwestię związku między sądami krajowymi a MIC, lecz zachęca Komisję do dalszego zbadania kwestii wyczerpania lokalnych środków odwoławczych i sposobu działania w kontekście MIC.

1.13. Niezawisłość i legitymacja sędziów: mianowanie sędziów na stałe ma kluczowe znaczenie dla zapoczątkowania rozwoju orzecznictwa i poprawy przewidywalności, podczas gdy ich kwalifikacje wymagają wykazania się wiedzą fachową w szerokim zakresie prawa. EKES przyjmuje z zadowoleniem zobowiązania do wyznaczenia jasnych kryteriów na wysokim szczeblu w celu zapewnienia praworządności oraz zaufania publicznego i wzywa, by proces selekcji był przejrzysty i podlegał zasadom kontroli publicznej.

1.14. Skuteczny system: sekretariat powinien mieć za zadanie skuteczną administrację MIC i należy przeznaczyć wystarczające środki na jego funkcjonowanie, a strony powinny pokryć koszty administracyjne na sprawiedliwych zasadach z uwzględnieniem różnych kryteriów. MŚP powinny korzystać z tego samego poziomu ochrony i dostępu do mechanizmu rozstrzygania sporów na rozsądnych warunkach i przy racjonalnych kosztach i wszystkie decyzje wydane przez MIC powinny być egzekwowalne i podawane do wiadomości publicznej.

1.15. Wysoki poziom ochrony i potencjalny okres przejściowy: warto odnotować, że żadna z umów zawartych przez UE lub państwa członkowskie nie będzie automatycznie objęta jurysdykcją MIC oraz że podczas potencjalnego okresu przejściowego obowiązywać będą uzgodnione procedury rozstrzygania sporów w celu zagwarantowania wysokiego poziomu ochrony inwestycji, zważywszy na konstytucyjność i zasadność MIC zgodnie z prawem UE.

## 2. Wprowadzenie

2.1. System ochrony inwestycji, który od lat 70. ubiegłego wieku został zapisany w ponad 3 200 umowach, obejmuje klauzule materialne dotyczące ochrony inwestycji oraz klauzule dotyczące procedury rozstrzygania sporów przewidujące mechanizm, w ramach którego zagraniczni inwestorzy mogą zgłaszać roszczenia przeciwko państwom przyjmującym (system rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem – ISDS) zgodnie z postanowieniami umów.

2.2. EKES odnotowuje niedawną publikację analityka politycznego Joachima Pohla pt. „Societal benefits and costs of International Investment Agreements – a critical review of aspects and available empirical evidence”<sup>(1)</sup> („Korzyści i koszty społeczne międzynarodowych umów inwestycyjnych – krytyczna analiza aspektów i dostępnych dowodów empirycznych”), w cyklu dokumentów roboczych OECD dotyczących inwestycji międzynarodowych.

2.3. W ostatnich latach reforma systemu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem (ISDS) była centralnym elementem debaty na temat polityki inwestycyjnej UE, a system ochrony inwestycji zaczął budzić wśród zainteresowanych stron coraz większe kontrowersje związku z kwestiami legalności, spójności i przejrzystości. Krytyka ta obejmuje m.in. zagadnienia proceduralne i materialne.

2.4. Zastrzeżenia te były wyrażane w szczególności podczas dwóch konsultacji publicznych zorganizowanych przez Komisję Europejską – pierwsze z nich odbyły się w 2014 r. w trakcie negocjacji w sprawie transatlantyckiego partnerstwa handlowo-inwestycyjnego (TTIP)<sup>(2)</sup>, drugie zostały przeprowadzone w 2017 r. w ramach działań na rzecz wielostronnej reformy systemu rozstrzygania sporów inwestycyjnych<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> [http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements\\_e5f85c3d-en](http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en).

<sup>(2)</sup> [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=179](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179).

<sup>(3)</sup> [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=233](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233).

2.5. W swojej rezolucji z dnia 8 lipca 2015 r. w sprawie TTIP Parlament Europejski wezwał Komisję do zastąpienia systemu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem „nowym systemem rozstrzygania sporów między inwestorami a państwami, podlegającym demokratycznym zasadom i demokratycznej kontroli, w którym potencjalne przypadki będą rozstrzygane w sposób przejrzysty przez publicznie mianowanych, niezależnych, zawodowych sędziów, w publicznych procesach sądowych, i który obejmował będzie przynajmniej jeden mechanizm odwoławczy oraz zapewnił spójność decyzji sądów i poszanowanie właściwości sądów UE i państw członkowskich, a także w którym prywatne interesy nie mogą podważać celów polityki publicznej”<sup>(4)</sup>.

### **Rozwój sytuacji na szczable UE**

2.6. W odpowiedzi na krytykę obecnego systemu ISDS oraz presję ze strony społeczeństwa obywatelskiego przekonującego o konieczności jego zreformowania, Komisja zaproponowała system rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem zwany systemem sądów ds. inwestycji, który zawarła w kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej między UE a Kanadą (CETA) oraz w umowach o wolnym handlu między UE a Singapurem i między UE a Wietnamem.

2.7. W tym kontekście w CETA (art. 8.29) zawarty został szczegółowy przepis wzywający strony do rozważenia możliwości ustanowienia w przyszłości wielostronnego trybunału inwestycyjnego: „Strony dążą wraz z innymi partnerami handlowymi do ustanowienia wielostronnego trybunału inwestycyjnego i mechanizmu odwoławczego na potrzeby rozstrzygania sporów inwestycyjnych. Po ustanowieniu takiego wielostronnego mechanizmu Wspólny Komitet CETA przyjmuje decyzję stanowiącą, że spory inwestycyjne objęte niniejszą sekcją będą rozstrzygane w ramach mechanizmu wielostronnego i dokonuje odpowiednich ustaleń przejściowych”.

2.8. Jednakże żadna z powyższych umów nie została jeszcze ratyfikowana, a ponadto Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozpatruje obecnie sprawę dotyczącą systemu sądów ds. inwestycji przewidzianego w CETA<sup>(5)</sup>. Trybunał wyda decyzję w tej sprawie najwcześniej za kilka miesięcy.

2.9. EKES odnotowuje, że umowa o partnerstwie gospodarczym między UE a Japonią nie zawiera rozdziału dotyczącego ochrony inwestycji, ponieważ Japonia nie mogła zaakceptować proponowanego przez UE systemu sądów ds. inwestycji.

### **Zaangażowanie EKES-u**

2.10. W trakcie tego procesu Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny (EKES) aktywnie uczestniczył w debacie na temat modernizacji i reformy ochrony inwestycji, a w szczególności systemu ISDS, między innymi organizując dwa wysłuchania publiczne: w czerwcu 2016 r.<sup>(6)</sup> i w lutym 2018 r.<sup>(7)</sup> W tym kontekście EKES przyjął opinię REX/464 w sprawie stanowiska EKES-u na temat konkretnych kluczowych kwestii poruszonych podczas negocjacji nad transatlantyckim partnerstwem handlowo-inwestycyjnym (TTIP)<sup>(8)</sup> oraz opinię REX/411 w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi<sup>(9)</sup>.

2.11. EKES uznał, że bezpośrednie inwestycje zagraniczne są ważnym czynnikiem przyczyniającym się do wzrostu gospodarczego, a inwestorzy zagraniczni muszą być chronieni na całym świecie przed bezpośrednim wyłączeniem i dyskryminacją oraz mieć takie same prawa, jakie przysługują inwestorom krajowym.

2.12. Jednocześnie EKES podkreślił, że prawo państwa do regulacji w interesie publicznym ma zasadnicze znaczenie i postanowienia międzynarodowych umów inwestycyjnych nie mogą go naruszać. Niezbędna jest zatem jednoznaczna klauzula horyzontalna potwierdzająca to prawo.

<sup>(4)</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//PL>.

<sup>(5)</sup> W dniu 6 września 2017 r. Belgia wystąpiła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie opinii w sprawie zgodności systemu sądów ds. inwestycji z (1) zasadą wyłącznej kompetencji Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie dokonywania ostatecznej wykładni prawa Unii; (2) ogólną zasadą równości i wymogiem „praktycznej skuteczności” prawa Unii; (3) prawem dostępu do wymiaru sprawiedliwości; oraz (4) prawem do niezależnego i bezstronnego sądownictwa. ([https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta\\_summary.pdf](https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta_summary.pdf)).

<sup>(6)</sup> <https://www.eesc.europa.eu/en/agenda/our-events/events/public-hearing-framework-eesc-own-initiative-opinion-position-eesc-specific-key-issues-ttip-negotiations>.

<sup>(7)</sup> <https://www.eesc.europa.eu/en/agenda/our-events/events/multilateral-investment-court-hearing>

<sup>(8)</sup> Zob. stanowisko EKES-u na temat konkretnych kluczowych kwestii poruszonych podczas negocjacji nad TTIP (Dz.U. C 487 z 28.12.2016, s. 30).

<sup>(9)</sup> Zob. opinia EKES-u z inicjatywy własnej w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi (Dz.U. C 332 z 8.10.2015, s. 45). Opinia ta zawiera załącznik, w którym znajduje się odniesienie do ewentualnego wielostronnego instrumentu rozstrzygania sporów między inwestorami a państwami.

2.13. Podsumowując, EKES stwierdził, że zaprezentowana przez Komisję Europejską propozycja dotycząca systemu sądów ds. inwestycji stanowi krok w dobrym kierunku, jednak system ten musi zostać usprawniony w kilku obszarach, tak aby możliwe było jego funkcjonowanie jako niezależnego międzynarodowego organu sądowego. Ponadto EKES zauważył, że niektóre zainteresowane strony kwestionują potrzebę funkcjonowania odrębnego systemu arbitrażu inwestycyjnego w należycie funkcjonujących i wysoko rozwiniętych krajowych systemach prawnych.

2.14. EKES dał wyraz obawom związanym bardziej konkretnie z ISDS w swojej opinii w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi<sup>(10)</sup>. Dotyczyły one: konfliktu interesów i stronniczości arbitrów; błahych roszczeń; charakteru sektora arbitrażu; odwoływania się do systemu ISDS bez szukania innych środków dochodzenia roszczeń; niepotrzebnego wykorzystywania systemu ISDS przez kraje o rozwiniętych systemach sądowych; potencjalnej niezgodności systemu ISDS z prawem Unii; oraz nieprzejrzystości postępowania.

### **Na szczeblu wielostronnym**

2.15. Jednocześnie na szczeblu wielostronnym również trwają dyskusje na temat reformy systemu ISDS. W dniu 10 lipca 2017 r., po złożeniu formalnego wniosku przez wielu swoich członków, w tym państwa członkowskie Unii Europejskiej<sup>(11)</sup>, Komisja Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL) postanowiła powołać kierowaną przez rządy Grupę Roboczą III, która ma za zadanie (1) określić i przeanalizować problemy dotyczące systemu ISDS; (2) rozważyć, czy reforma jest pożądana w świetle stwierdzonych problemów; oraz (3), jeśli Grupa stwierdzi, że reforma jest pożądana, opracować wszelkie odpowiednie rozwiązania, które zostaną przedstawione Komisji w ramach zaleceń<sup>(12)</sup>.

2.16. Z szerszej perspektywy Konferencja Narodów Zjednoczonych do spraw Handlu i Rozwoju (UNCTAD) również wnosi wkład w obecną debatę nad reformą systemu ISDS, zapewniając analizę obecnego systemu międzynarodowych umów inwestycyjnych oraz zalecenia dotyczące modernizacji tego systemu. Zalecenia te obejmują: promowanie wspólnych interpretacji postanowień umów, wprowadzanie zmian w nieaktualnych umowach lub zastępowanie ich, powoływanie się na światowe standardy, zaangażowanie wielostronne oraz wypowiedzanie starych umów lub wycofywanie się z nich<sup>(13)</sup>.

2.17. Zgodnie ze statystykami UNCTAD, przywołanymi podczas wysłuchania publicznego EKES-u w lutym 2018 r., 107 umów inwestycyjnych zawierających postanowienia dotyczące ISDS zostało rozwiązanych i nie zastąpiono ich kolejnymi w ostatnich latach. W ubiegłym roku liczba rozwiązanych umów inwestycyjnych była większa niż liczba umów zawartych<sup>(14)</sup>. EKES zauważa, że niektóre kraje zaczęły weryfikować swoje podejście do systemu ISDS.

2.18. EKES chciałby podkreślić, że oprócz reformy systemu ISDS również różne instrumenty polityki mogą przyczynić się do zapewnienia stabilnego środowiska dla inwestycji, w tym:

- wzmocnienie sądownictwa krajowego,
- zapewnienie ubezpieczenia inwestorom, na przykład za pośrednictwem Wielostronnej Agencji Gwarancji Inwestycyjnych Banku Światowego,
- zapobieganie sporom,
- bardziej ugodowe formy rozstrzygania sporów, takie jak mediacja,
- stymulowanie inwestycji, oraz
- rozstrzyganie sporów między państwami.

<sup>(10)</sup> Zob. przypis 9.

<sup>(11)</sup> UE nie jest państwem, a zatem nie może być członkiem, ale ma wzmocniony status obserwatora w ramach UNCITRAL.

<sup>(12)</sup> <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/WG.III/WP.142&Lang=E>.

<sup>(13)</sup> [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf).

<sup>(14)</sup> „Recent Developments in the International Investment Regime”, UNCTAD IIA Issues Note, maj 2018 r., publikacja dostępna pod adresem <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1186>.

2.19. Ponadto EKES zwraca uwagę na rezolucję nr 26/9 Rady Praw Człowieka ONZ z dnia 26 czerwca 2014 r. i zawarte w niej postanowienie „powołania otwartej międzyrządowej grupy roboczej ds. korporacji międzynarodowych i innych przedsiębiorstw w kontekście praw człowieka, której zadaniem będzie wypracowanie międzynarodowego prawnie wiążącego instrumentu, regulującego – w ramach międzynarodowego prawa dotyczącego praw człowieka – działalność korporacji międzynarodowych i innych przedsiębiorstw”<sup>(15)</sup>. Ten tak zwany wiążący traktat ONZ, który jest obecnie przedmiotem dyskusji między członkami ONZ, ma na celu skodyfikowanie międzynarodowych zobowiązań w zakresie praw człowieka w odniesieniu do działalności korporacji międzynarodowych. EKES zwraca uwagę na potencjalne skutki w kontekście umów handlowych i inwestycyjnych w przyszłości.

### **Mandat Komisji**

2.20. W dniu 13 września 2017 r. Komisja Europejska opublikowała zalecenie dotyczące decyzji Rady upoważniającej do otwarcia negocjacji w sprawie Konwencji ustanawiającej wielostronny trybunał rozstrzygania sporów inwestycyjnych<sup>(16)</sup>. Zmienione przez państwa członkowskie upoważnienie zostało przyjęte w Radzie w dniu 20 marca 2018 r.<sup>(17)</sup>.

2.21. Przyjęte wytyczne negocjacyjne mają na celu ustanowienie stałego trybunału z niezależnymi sędziami przygotowanymi do wydawania jednoznacznych, przewidywalnych i spójnych decyzji w sprawach dotyczących sporów inwestycyjnych między inwestorem i państwem, w oparciu o zawarte umowy dwustronne lub wielostronne, na mocy których obie (lub co najmniej dwie) strony uznały jurysdykcję trybunału. Przewidziany jest również sąd apelacyjny. Ogólnie rzecz biorąc, trybunał musi działać w sposób racjonalny pod względem kosztów, przejrzysty i skuteczny, w tym w zakresie mianowania sędziów. Trybunał musi również zezwalać na interwencje stron trzecich (w tym na przykład zainteresowanych organizacji ochrony środowiska lub organizacji pracowniczych).

### **3. Uwagi ogólne**

3.1. EKES z zadowoleniem przyjmuje starania Komisji Europejskiej na rzecz wielostronnej reformy systemu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem. EKES odnotowuje także szerszą dynamikę reformy systemu ISDS, wielostronne wysiłki w ramach UNCITRAL oraz różne działania krajowe.

3.2. EKES uważa, że ważne jest, aby UE pozostała otwarta na wszystkie warianty reformy systemu ISDS, szczególnie w kontekście kilku innych zaproponowanych podejść i pomysłów dotyczących tej reformy. Propozycje opracowane przez inne kraje i organizacje powinny być rozważone i ocenione w szczególności przez Grupę Roboczą III UNCITRAL.

3.3. W tym kontekście EKES odnotowuje, że przeprowadzone przez Komisję konsultacje publiczne w sprawie wariantów wielostronnej reformy systemu rozstrzygania sporów inwestycyjnych dotyczyły przede wszystkim kwestii technicznych związanych z ustanowieniem stałego wielostronnego trybunału inwestycyjnego. Pragnie podkreślić szeroki wachlarz opinii zainteresowanych stron w sprawie tego, czy ocena Komisji uwzględniła alternatywne poglądy.

3.4. Mimo że proces negocjacji w sprawie ustanowienia wielostronnego trybunału inwestycyjnego nie został jeszcze uruchomiony i oczekuje się, że będzie on długi i skomplikowany, EKES z zadowoleniem przyjmuje większe zaangażowanie Komisji Europejskiej na rzecz przejrzystości, a zwłaszcza publikację projektu mandatu negocjacyjnego. EKES pochwała Radę za opublikowanie ostatecznego mandatu zatwierdzonego przez państwa członkowskie. Jest to ważny krok w kierunku zapewnienia, aby rozmowy i potencjalne negocjacje były prowadzone w sposób przejrzysty, odpowiedzialny i umożliwiający udział wszystkich zainteresowanych stron.

3.5. Prowadzenie rozmów pod auspicjami UNCITRAL, szczególnie z punktu widzenia przejrzystości, jest krokiem we właściwym kierunku, ponieważ organizacje pozarządowe zyskują dzięki temu możliwość monitorowania rozmów, a nawet uczestniczenia w nich. Niemniej EKES odnotowuje, że nie wszystkim odpowiednim stronom zapewniono już dostęp do postępowania i że UNCITRAL powinien zaprosić do udziału w III grupie roboczej więcej organizacji reprezentujących przedsiębiorstwa, związki zawodowe i inne organizacje interesu publicznego. Proces decyzyjny powinien być w pełni przejrzysty i oparty na konsensusie.

<sup>(15)</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>.

<sup>(16)</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:493:FIN>.

<sup>(17)</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/pl/pdf>.

3.6. EKES uważa, że zasadnicze znaczenie ma to, by grupa robocza odniosła się pozytywnie do wkładu wszystkich zainteresowanych stron w starania na rzecz zwiększenia pluralizmu i by procesu wyboru zainteresowanych stron został jeszcze bardziej poprawiony i wyważony. W tym kontekście apeluje, by Komisja Europejska zapewniła jego aktywniejszy udział.

3.7. Ustanowienie wielostronnego trybunału inwestycyjnego jest projektem długoterminowym, który wymaga osiągnięcia masy krytycznej państw wyrażających chęć przystąpienia jako strona do konwencji ustanawiającej trybunał. Dlatego też UE powinna podjąć wszelkie działania dyplomatyczne, jakie będą konieczne, by przekonać państwa trzecie do udziału w tych negocjacjach. EKES uważa, że szczególnie ważne jest, aby projekt ten był również realizowany i wspierany przez kraje rozwijające się.

3.8. Przyszły MIC służyłby usprawnieniu procedury rozstrzygania sporów we wnoszonych sprawach pomiędzy inwestorami a państwami w ramach szerokiego wachlarza istniejących międzynarodowych umów inwestycyjnych. Pomimo pewnego podobieństwa klauzul dotyczących ochrony materialnej inwestycji zawartych w dwustronnych umowach inwestycyjnych lub umowach o wolnym handlu do rozdziałów dotyczących ochrony inwestycji, osiągnięcie pełnej harmonizacji tego systemu jest trudne.

3.9. Wymagałoby to szerszej reformy. Chociaż system sądów ds. inwestycji nie został jeszcze wdrożony i jest obecnie analizowany przez Trybunał Sprawiedliwości, może on – w postaci przewidzianej w kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej między UE a Kanadą (CETA)<sup>(18)</sup> oraz w umowach o wolnym handlu między UE a Singapurem<sup>(19)</sup>, UE a Wietnamem oraz UE a Meksykiem (za którymi nadejdą kolejne)<sup>(20)</sup> – dostarczyć doświadczeń i przyczynić się do rozwoju zasad dla MIC.

3.10. Celem zalecenia Komisji jest ustanowienie nowego systemu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem. EKES przyznaje, że nowy system może rozwiązać szereg problemów zgłoszonych przez społeczeństwo obywatelskie. Jednak pewne zasadnicze kwestie pozostają otwarte i wymagają doprecyzowania.

#### **Pytania dotyczące zasadniczych kwestii**

3.11. Biorąc pod uwagę fakt, że proces wielostronnej reformy systemu ISDS jest nadal na wczesnym etapie, zainteresowane strony stawiają szereg pytań dotyczących zasadniczych kwestii związanych z ustanowieniem wielostronnego trybunału inwestycyjnego. Pytania te odnoszą się do zakresu – czy reforma obejmie elementy materialne czy elementy proceduralne ochrony inwestycji, czy też zarówno jedno, jak i drugie; dostępności – czy oprócz inwestorów również strony trzecie będą mogły występować z roszczeniami w ramach wielostronnego trybunału inwestycyjnego; oraz wyczerpania wszystkich środków odwoławczych przewidzianych prawem wewnętrznym – czy dostępne krajowe środki odwoławcze muszą zostać wyczerpane w pierwszej kolejności, zanim inwestor będzie w stanie wnieść sprawę do przyszłego wielostronnego trybunału inwestycyjnego. W niniejszej opinii EKES odnosi się do tych pytań.

3.12. Analizując te kwestie, EKES pragnie zwrócić uwagę, że ewentualne utworzenie wielostronnego trybunału inwestycyjnego powinno uwzględniać zarówno zasadę pomocniczości, jak i art. 1 TUE, który stanowi, że „decyzje podejmowane są z możliwie najwyższym poszanowaniem zasady otwartości i jak najbliżej obywateli”<sup>(21)</sup>.

3.13. EKES przyjmuje do wiadomości obawy, że wielostronny trybunał inwestycyjny może doprowadzić do rozszerzenia systemu ISDS bez wcześniejszego należytego rozwiązania istniejących problemów dotyczących systemu sądów ds. inwestycji, w tym jego zgodności z prawem Unii. EKES podziela pogląd, że międzynarodowy trybunał inwestycyjny w żadnym wypadku nie powinien ogólnie zastępować krajowego systemu rozstrzygania sporów w krajach z odpowiednimi systemami sądownictwa.

3.14. Kilka zainteresowanych stron wyraziło poważne obawy dotyczące reformowania procedury przed dokonaniem oceny przepisów materialnych, które miałyby być stosowane przez przyszły wielostronny trybunał inwestycyjny, oraz upoważnienia zinstytucjonalizowanego wielostronnego organu do interpretowania tych norm. Jednocześnie istnieją obawy, że mogłoby to doprowadzić do powstania nowej, samodzielnej podstawy uprawnień. Inne zainteresowane strony zgadzają się z poglądem Komisji Europejskiej, że przepisy materialne są określone w odnośnych umowach.

<sup>(18)</sup> <https://www.eesc.europa.eu/en/agenda/our-events/events/multilateral-investment-court-hearing>.

<sup>(19)</sup> W swojej opinii nr 2/15 z dnia 16 maja 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości doprecyzował charakter umowy o wolnym handlu między UE a Singapurem, określając, które części umowy należą do wyłącznej kompetencji UE, a które do kompetencji dzielonej, wymagając ratyfikacji przez parlamenty narodowe. (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170052pl.pdf>).

<sup>(20)</sup> Na przykład umowa o wolnym handlu między UE a Chile (która jest obecnie aktualizowana), umowa o partnerstwie gospodarczym między UE a Japonią (zawarta w 2017 r., nie zawiera rozdziału dotyczącego ochrony inwestycji, jednak strony uzgodniły, że kwestia zostanie omówiona i rozwiązana w późniejszym czasie), a także przyszłe umowy o wolnym handlu z Australią i Nową Zelandią.

<sup>(21)</sup> Co więcej, zasada ta jest również zawarta w międzynarodowych umowach dotyczących praw człowieka, w tym w europejskiej konwencji praw człowieka.

#### 4. Zakres proponowanej reformy w odniesieniu do klauzul materialnych dotyczących ochrony i proceduralnych elementów rozstrzygnięcia sporów

4.1. EKES zwraca uwagę, że zakres proponowanej wielostronnej reformy został ograniczony do proceduralnych aspektów rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem.

4.2. Jakkolwiek EKES uważa, że lepszym rozwiązaniem byłoby bardziej kompleksowe podejście, obejmujące problemy związane zarówno z aspektami materialnymi, jak i proceduralnymi ochrony inwestycji, dostrzega złożoność takiego podejścia i potrzebę uzyskania większego poparcia politycznego na szczeblu wielostronnym.

4.3. Jeśli chodzi o dyskusje prowadzone pod przewodnictwem UNCITRAL, wyłania się z nich szereg wyzwań wskazanych przez Grupę Roboczą III, Dotyczą one m.in. kwestii, czy można podjąć reformę elementów proceduralnych rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem przed reformą elementów materialnych. UNCITRAL uważa, że jest to zadanie trudne, ale nie niemożliwe. W tym kontekście Grupa Robocza III przeanalizuje kwestie, które mogą być związane z procedurą, a jednocześnie mogą znacząco wpływać na legalność i spójność systemu jako całości, takie jak: kodeks postępowania dla sędziów, finansowanie przez strony trzecie i postępowania równoległe.

4.4. Materialna ochrona inwestycji jest na ogół przyznawana w oparciu o szereg zasad, takich jak: traktowanie narodowe, najwyższe uprzywilejowanie, sprawiedliwe i równe traktowanie oraz gwarancja transferu kapitału. Jednakże istnieją pewne ograniczenia dotyczące roszczeń, jakie inwestorzy mogą wnosić w procesie rozstrzygnięcia sporów. Na przykład podstawą roszczenia nie może być wyłącznie utrata zysków czy zwykła zmiana przepisów krajowych.

4.5. Państwa podejmują różne środki w celu rozwiązania zgłoszonych problemów. Są to zarówno bardziej kompleksowe podejścia, takie jak opracowywanie nowych modeli umów, które mają na celu zreformowanie materialnych i proceduralnych elementów ochrony inwestycji, jak i bardziej ukierunkowane podejścia, koncentrujące się na reformie elementów materialnych lub komponencie proceduralnym tej ochrony. EKES zauważa, że UE już zaczęła promować bardziej kompleksowe podejście, przynajmniej na poziomie dwustronnym, za pośrednictwem systemu sądów ds. inwestycji.

4.6. Komisja wyraziła cel, aby wielostronny trybunał inwestycyjny z czasem zapewnił standardowy model rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych dla wszystkich przyszłych umów UE, a także aby ostatecznie zastąpił on mechanizmy proceduralne przewidziane w obowiązujących umowach inwestycyjnych UE i państw członkowskich.

4.7. Zakładając, że do tego dojdzie, ustanowienie wielostronnego trybunału inwestycyjnego powinno doprowadzić do zreformowania obecnego systemu rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem w sposób, który z jednej strony zapewni skuteczną ochronę bezpośrednich inwestycji zagranicznych, a z drugiej strony w pełni rozwiąże problemy zgłoszone przez zainteresowane strony. EKES chciałby zwrócić uwagę na osiągnięty w tym zakresie znaczny postęp, szczególnie w kontekście najnowszych nowoczesnych umów o wolnym handlu wynegocjowanych przez UE.

#### 5. Interes publiczny

5.1. EKES uważa, że kluczowe znaczenie ma to, aby wielostronny trybunał inwestycyjny w żaden sposób nie ograniczał zdolności UE i państw członkowskich do wypełniania zobowiązań wynikających z międzynarodowych porozumień dotyczących ochrony środowiska, praw człowieka i pracy, a także ochrony konsumentów.

5.2. Przede wszystkim umowa ustanawiająca MIC powinna zawierać klauzulę dotyczącą pierwszeństwa, która gwarantuje, że w przypadku niezgodności międzynarodowej umowy inwestycyjnej z jakimkolwiek międzynarodowym porozumieniem dotyczącym ochrony środowiska, standardów społecznych lub praw człowieka wiążącego dla jednej ze stron sporu, ważniejsze są obowiązki wynikające z tychże porozumień, by uniknąć pierwszeństwa umów inwestycyjnych<sup>(22)</sup>. Klauzula ta jest szczególnie ważna dla zapewnienia stronom w postępowaniu przed wielostronnym trybunałem inwestycyjnym niezbędnej swobody w osiąganiu celów określonych w porozumieniu paryskim, które wymaga znacznych zmian regulacyjnych w celu osiągnięcia pomyślnej transformacji energetyki.

5.3. Konieczne są zabezpieczenia proceduralne przed roszczeniami w stosunku do krajowych przepisów przyjętych w interesie publicznym w celu zagwarantowania stronie prawa do wydawania przepisów w interesie publicznym, według własnego uznania, które jest nadrzędne wobec ochrony inwestora. EKES jest zdania, że można to osiągnąć w wystarczającym stopniu tylko przez ustanowienie wyłączenia odnoszącego się do interesu publicznego. Muszą temu jednak towarzyszyć odpowiednie gwarancje, że nie będzie ono nadużywane w przyczyn protekcyjnych. W związku

<sup>(22)</sup> Zob. krytyczna analiza wcześniejszych spraw ISDS w „Global Public Interest in International Investment Law” autorstwa Andreasa Kulicka (Cambridge University Press 2012), ss. 225–306.

z tym w przypadku prawa do wydawania przepisów w dziedzinie ochrony socjalnej należy wyraźnie wspomnieć o układach zbiorowych, w tym o trójstronnych układach zbiorowych lub porozumieniach ogólnych (*erga omnes*), aby nie mogły one być interpretowane jako naruszenie uzasadnionych oczekiwań inwestora<sup>(23)</sup>.

5.4. EKES zauważa, że już art. 8.18 ust. 3 CETA stanowi, iż inwestor nie może przedłożyć skargi, jeżeli inwestycji dokonano poprzez świadome wprowadzenie w błąd, zatajenie, korupcję lub działanie stanowiące nadużycie prawa procesowego. W ramach przyszłej umowy ustanawiającej wielostronny trybunał inwestycyjny należy zapewnić rozszerzenie tej klauzuli na obowiązujące prawo w zakresie nadużyć finansowych, łamania praw człowieka i naruszeń (międzynarodowego) prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa ochrony konsumentów.

5.5. W regulaminie postępowania przed wielostronnym trybunałem inwestycyjnym należy zawrzeć rygorystyczne kryteria w celu zapobieżenia błahym roszczeniom i zapewnienia wczesnego oddalania nieuzasadnionych pozwów. Wprowadzenie przyspieszonej procedury wstępnej służącej oddalaniu błahych roszczeń jest istotne, ponieważ pozwala odeprzeć jeden z zarzutów w odniesieniu do obecnego systemu i zapobiec nadużywaniu takich roszczeń w przyszłości. Ponadto taka przyspieszona procedura w przypadku bezzasadnych roszczeń przyczyni się do zmniejszenia kosztów funkcjonowania trybunału.

5.6. EKES odnotowuje, że jedną z kwestii budzących obawy podczas wysłuchania publicznego była możliwość finansowania powództw przez strony trzecie. Finansowanie przez stronę trzecią może nie służyć pierwotnym celom umów inwestycyjnych i może prowadzić do powstania niepożądanych zachęt. W związku z tym EKES zaleca zbadanie wpływu i potrzeby finansowania przez strony trzecie i jego uregulowanie w ramach wielostronnego trybunału inwestycyjnego<sup>(24)</sup>.

## 6. Uprawnienia stron trzecich i powództwa wzajemne

6.1. EKES uważa, że oświadczenia *amicus curiae*<sup>(25)</sup>, które obecnie są już dopuszczalne w ramach znacznej liczby postępowań prowadzonych w ISDS, stanowią pożądany pierwszy krok w celu zapewnienia zrównoważonego i sprawiedliwego systemu. EKES uważa jednak, że konieczne jest zagwarantowanie, aby konwencja ustanawiająca wielostronny trybunał inwestycyjny nie tylko dopuszczała oświadczenia *amicus curiae*, ale także aby sędziowie byli zobowiązani do należytego uwzględniania ich przy rozpatrywaniu spraw.

6.2. W związku z tym EKES z zadowoleniem przyjmuje uwzględnienie w upoważnieniu do negocjacji w sprawie ustanowienia wielostronnego trybunału inwestycyjnego możliwości interwencji stron trzecich. EKES zaleca jednak zbadanie roli stron trzecich nieobjętych zakresem obowiązujących zasad arbitrażu komisji UNCITRAL, tak aby zapewnić zrównoważony i sprawiedliwy system oraz rzeczywiste prawa dla zainteresowanych stron trzecich, które mogą być lokalnymi mieszkańcami, pracownikami, związkami zawodowymi, grupami ochrony środowiska lub konsumentami.

6.3. W kontekście zaproponowanego systemu sądów ds. inwestycji na potrzeby TTIP EKES z zadowoleniem przyjmuje starania Komisji o zapewnienie możliwości interwencji stron trzecich oraz wyjaśnienie w mandacie, że takie interwencje będą przysługiwać wszystkim zainteresowanym stronom, które wykażą interes prawny w danej sprawie. EKES zwraca się do Komisji o dopilnowanie, aby kryteria zdolności procesowej w ramach wielostronnego trybunału inwestycyjnego nie były niepotrzebnie ograniczające i umożliwiały sprawiedliwy dostęp do postępowań w pełni zgodnie z duchem i literą zobowiązań UE wynikających z konwencji z Aarhus.

6.4. Niektóre zainteresowane strony popierają pogląd, że wielostronny trybunał inwestycyjny powinien również być w stanie rozpatrywać powództwa wniesione przez strony trzecie oraz powództwa wzajemne państw przeciwko inwestorom, podobnie jak miało to miejsce w dotychczasowych sprawach rozpatrywanych w ramach starego systemu ISDS. Kwestia ta rodzi szereg prawnych i praktycznych pytań, które należy dokładnie przeanalizować. Na przykład możliwość ta zależy od prawa właściwego, tj. merytorycznych postanowień umowy podlegającej jurysdykcji trybunału.

6.5. EKES zwraca się do Komisji o dopilnowanie, aby wielostronny trybunał inwestycyjny przynajmniej nie pozbawiał poszkodowanych stron trzecich możliwości wnoszenia roszczeń przeciwko zagranicznym inwestorom. W tym zakresie konwencja ustanawiająca wielostronny trybunał inwestycyjny mogłaby zawierać postanowienia umożliwiające wnoszenie takich roszczeń, jeśli strony umowy międzynarodowej zgodziły się na jurysdykcję trybunału w przypadku tego rodzaju sporów.

<sup>(23)</sup> Zob. przypis 8.

<sup>(24)</sup> <http://ccsi.columbia.edu/work/projects/third-party-funding-in-investor-state-dispute-settlement/>.

<sup>(25)</sup> *Amicus curiae*: dosłownie oznacza przyjaciela sądu. Jest to osoba zainteresowana przedmiotem sprawy lub też posiadająca pogląd na tę kwestię, lecz niebędąca stroną w postępowaniu sądowym, która może zwrócić się do sądu o zezwolenie na złożenie opinii, rzekomo w imieniu strony, lecz faktycznie w celu zaproponowania uzasadnienia zgodnego ze swymi poglądami. Więcej informacji znajduje się na stronie: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/amicus+curiae>.



## 7. Relacja między wielostronnym trybunałem inwestycyjnym a sądami krajowymi

7.1. EKES uważa, że wielostronny trybunał inwestycyjny w żadnym wypadku nie może powodować negatywnych konsekwencji dla systemu sądowego UE i autonomii prawa Unii. EKES przypomina, że w opinii REX/411 stwierdził, iż istnieją poważne wynikające z traktatów UE i prawa konstytucyjnego zastrzeżenia dotyczące relacji między ISDS a porządkiem prawnym UE. Dlatego też EKES uznał za „niezbędnie konieczne, aby ETS dokonał kontroli zgodności ISDS z prawem UE w ramach formalnej procedury zasięgnięcia opinii tego trybunału, zanim właściwe instytucje podejmą decyzję i przed tymczasowym wejściem w życie jakiegokolwiek międzynarodowej umowy inwestycyjnej wynegocjowanej przez KE”.

7.2. W tym kontekście EKES pragnie zwrócić uwagę na dwie sprawy badane przez Trybunał Sprawiedliwości UE, które odnoszą się do dotychczasowego systemu arbitrażowego ISDS i są istotne dla rozważań. Po pierwsze, w opinii 2/15 z dnia 16 maja 2017 r. odnoszącej się do umowy o wolnym handlu między UE a Singapurem, Trybunał orzekł, że UE nie ma wyłącznej kompetencji w zakresie ISDS, uznając, że ISDS „wyłącza spory z kompetencji sądowej państw członkowskich”. Po drugie, w swoim wyroku w sprawie C-284/16 (Republika Słowacka przeciwko Achmea BV) dotyczącej wewnętrznych umów inwestycyjnych Trybunał stwierdził, że ISDS wyłącza spory spod właściwości sądów państw członkowskich UE, a w konsekwencji również z systemu sądowych środków odwoławczych w systemie prawnym UE.

7.3. EKES wyraża uznanie dla rządu belgijskiego za wystąpienie z wnioskiem o opinię, na podstawie art. 218 ust. 11 TFUE, w sprawie zgodności systemu sądów ds. inwestycji w CETA z Traktatami UE, zgodnie z wnioskiem EKES-u wyrażonym w opinii w sprawie kluczowych zagadnień negocjacji w ramach transatlantyckiego partnerstwa handlowego i inwestycyjnego (TTIP)<sup>(26)</sup>. EKES wyraża nadzieję, że wydana przez Trybunał Sprawiedliwości opinia 1/17 dostarczy instytucjom UE bardzo potrzebnych wskazówek w ważnych kwestiach europejskiego prawa konstytucyjnego.

7.4. EKES przyznaje, że niektóre zainteresowane strony uważają, iż najskuteczniejszym sposobem utrzymania uprawnień sądów krajowych jest ograniczenie zdolności procesowej przed wielostronnym trybunałem inwestycyjnym do państw i organizacji międzynarodowych, takich jak UE. Rozstrzyganie sporów między państwami jest również domyślnym mechanizmem rozstrzygania sporów w ramach prawa międzynarodowego publicznego i zostało już wykorzystane w kilku umowach inwestycyjnych, dlatego też powinno być preferowanym rozwiązaniem w odniesieniu do prawa inwestycyjnego. EKES odnotowuje, że w opinii innych zainteresowanych stron system rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem jest skuteczniejszą opcją w przypadku inwestycji, ponieważ ich zdaniem zapewnia neutralne, odpolitycznione i racjonalne pod względem kosztów rozstrzygnięcie sporów. Jest on domyślnym systemem rozstrzygania sporów inwestycyjnych od czasu jego ustanowienia kilkadziesiąt lat temu.

7.5. EKES zauważa, że zainteresowane strony w różny sposób postrzegają relację między wielostronnym trybunałem inwestycyjnym a sądami krajowymi. Niektóre z nich uważają, że skierowanie sprawy do trybunału należy rozważać tylko w ostateczności, po obowiązkowym wyczerpaniu wszystkich środków odwoławczych przewidzianych prawem miejscowym, podczas gdy inne potwierdzają, że stosowana obecnie przez Komisję tzw. zasada alternatywy rozłącznej również stanowi dobrą podstawę w kontekście wielostronnego trybunału inwestycyjnego.

7.6. Zgodnie z zasadą alternatywy rozłącznej inwestor może wnieść sprawę do miejscowego sądu albo bezpośrednio do sądów ds. inwestycji/wielostronnego trybunału inwestycyjnego, przy czym po wydaniu orzeczenia w ramach jednego z tych systemów inwestor nie może już skorzystać z drugiego forum. Niektóre zainteresowane strony uważają, że takie podejście jest skuteczną odpowiedzią na obawy związane z faktem, że inwestorzy mają możliwość ubiegania się o ochronę w ramach kilku systemów z powodu tego samego domniemanego naruszenia. Zwracają również uwagę, że podejście to przyjęto w kilku międzynarodowych umowach inwestycyjnych<sup>(27)</sup>. Zgodnie z analizą UNCTAD<sup>(28)</sup> klauzula alternatywy rozłącznej „ma na celu wykluczenie sytuacji, w których inwestor wnosi skargę w ramach mechanizmu międzynarodowego z powodu domniemanego naruszenia postanowień międzynarodowej umowy inwestycyjnej, podczas gdy jednocześnie trwa postępowanie krajowe z powództwa jednostki zależnej inwestora w sprawie domniemanego naruszenia postanowień umowy lub przepisów prawa krajowego”.

<sup>(26)</sup> Zob. przypis 8.

<sup>(27)</sup> Wiele umów zawartych przez USA i Kanadę zawiera klauzulę alternatywy rozłącznej. Zob. np. art. 26 dwustronnej umowy inwestycyjnej między Kanadą a Jordanią (2009), który dotyczy spełnienia warunków wstępnych poprzedzających skierowanie roszczenia do arbitrażu.

<sup>(28)</sup> „Investor-State Dispute Settlement” Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD 2014: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf).

7.7. Obowiązek wyczerpania w pierwszej kolejności wszystkich środków odwoławczych przewidzianych prawem krajowym jest podstawową zasadą międzynarodowego prawa zwyczajowego i międzynarodowego prawa dotyczącego praw człowieka. Istnieje również kilka umów inwestycyjnych zawieranych przez państwa członkowskie UE z państwami trzecimi, które wyraźnie wymagają wyczerpania przez skarżącego środków odwoławczych przewidzianych prawem krajowym<sup>(29)</sup>. Zasada ta opiera się na przesłance, że państwo, w którym doszło do naruszenia, ma możliwość naprawienia go za pomocą własnych środków w ramach krajowego systemu prawnego, i jest ona stosowana, gdy zarówno postępowanie w ramach mechanizmu międzynarodowego, jak i postępowanie krajowe mają doprowadzić do tego samego rezultatu<sup>(30)</sup>. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zasada ta jest na tyle ważna, że nie można jej uznać za w sposób dorozumiany pominiętą na mocy umowy międzynarodowej<sup>(31)</sup>. Z tych powodów niektóre zainteresowane strony uważają za istotne, aby zasada ta została wyraźnie określona w umowie ustanawiającej MIC.

7.8. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, EKES zachęca Komisję Europejską do dalszego badania zasady wyczerpania środków odwoławczych przewidzianych prawem miejscowym oraz sposobu, w jaki mogłaby ona funkcjonować w ramach wielostronnego trybunału inwestycyjnego.

## 8. Niezależność i legitymacja sędziów

8.1. Niezależnie od struktury instytucjonalnej wielostronnego trybunału inwestycyjnego (jako niezależnej instytucji międzynarodowej albo instytucji w ramach istniejącej organizacji), należy zagwarantować jego niezależność. Mianowanie sędziów na stałe uważane jest za kluczowy czynnik dla zainicjowania rozwoju orzecznictwa, co pozwoli zwiększyć przewidywalność i zrezygnować z podejścia do rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem, które często jest postrzegane jako „doraźne”.

8.2. Jeśli dojdzie do ustanowienia trybunału, docelowo powinien on mieć stałych sędziów. Na początkowych etapach ustanawiania trybunału należy umożliwić trybunałowi zorganizowanie swojej pracy z uwzględnieniem liczby spraw, jakimi będzie się zajmował. Zależy to od liczby stron, które jako pierwsze przystąpiły do konwencji ustanawiającej trybunał, oraz od liczby umów, dla których strony uznały jurysdykcję trybunału.

8.3. Choć zalecenie Komisji Europejskiej dotyczące mandatu nie przewiduje metody mianowania sędziów, EKES z zadowoleniem przyjmuje zobowiązania dotyczące wyznaczenia jasnych i rygorystycznych wymogów, w tym w odniesieniu do kwalifikacji kandydatów i przestrzegania kodeksu postępowania, takiego jak Wielka karta sędziów<sup>(32)</sup>, które zagwarantują brak konfliktu interesów i niezależność sędziów. Ma to zasadnicze znaczenie dla zapewnienia praworządności i społecznego zaufania.

8.4. Jeśli chodzi o kwalifikacje sędziów, należy wprowadzić wymóg wykazywania wiedzy fachowej nie tylko w obszarze prawa międzynarodowego publicznego, lecz również w obszarach prawa inwestycyjnego, prawa ochrony konsumentów, prawa ochrony środowiska, prawa dotyczącego praw człowieka i prawa pracy, a także w obszarze rozstrzygania sporów. Jest to konieczne dla zapewnienia, aby sędziowie posiadali niezbędne doświadczenie umożliwiające im zajmowanie się różnego rodzaju sprawami, dotyczącymi różnych sektorów i rodzajów inwestycji, które będą wnoszone do trybunału, a także aby byli w stanie w pełni zrozumieć i właściwie ocenić kontekst prawny.

8.5. Ponadto EKES opowiada się za przejrzystą procedurą mianowania sędziów, w której przyjęte zostaną kryteria zapewniające sprawiedliwą reprezentację wszystkich stron konwencji ustanawiającej trybunał. Procedura wyboru sędziów powinna być przejrzysta i podlegać zasadom publicznej kontroli.

8.6. Kolejnym istotnym czynnikiem służącym poprawie wiarygodności i legalności systemu jest zapewnienie przejrzystości, dostępności informacji dla szerszych grup społeczeństwa oraz dostępności dla zainteresowanych stron, na przykład poprzez akredytację. Przyjęte przez UNCITRAL zasady dotyczące przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem oraz konwencja Narodów Zjednoczonych dotycząca przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem (Konwencja Mauritius) powinny stanowić poziom bazowy dla realizacji zasad przejrzystości w przyszłym wielostronnym trybunale inwestycyjnym.

## 9. Skuteczny system

9.1. Sekretariatowi należy powierzyć zadanie skutecznej administracji wielostronnego trybunału inwestycyjnego. Na obecnym etapie nie wiadomo, czy trybunał będzie nowo utworzoną niezależną instytucją czy też instytucją w ramach istniejącej organizacji międzynarodowej, niemniej należy zagwarantować przyznanie wystarczających środków na funkcjonowanie sekretariatu.

<sup>(29)</sup> Zob. np. postanowienia dwustronnych umów inwestycyjnych: art. 5 umowy między Niemcami a Izraelem z 1976 r.; art. 8 umowy między Egiptem a Szwecją z 1978 r.; art. 7 umowy między Rumunią a Sri Lanką z 1981 r.; art. 8 umowy między Albanią a Litwą z 2007 r.; art. XI umowy między Urugwajem a Hiszpanią z 1992 r.; art. X umowy między Urugwajem a Polską z 1991 r.

<sup>(30)</sup> Interhandel (Szwajcaria przeciwko USA), zarzuty wstępne, MTS 1959. Rep. 6, s. 27 (21 marca). Dokument dostępny pod adresem <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2299.pdf>, s. 27.

<sup>(31)</sup> Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Włochy przeciwko Stany Zjednoczone), orzeczenie 1989 MTS Rep. 15, 28 I.L.M. 1109 (20 lipca) ust. 50.

<sup>(32)</sup> <https://rm.coe.int/16807482c6>.

9.2. W projekcie mandatu sugeruje się, by koszty administracyjne były pokrywane przez strony konwencji zgodnie z zasadą słuszności, tj. przy uwzględnieniu różnych kryteriów, takich jak poziom rozwoju gospodarczego stron, liczba umów danej strony objętych konwencją oraz wielkość międzynarodowych przepływów inwestycyjnych danej strony lub wartość jej inwestycji międzynarodowych.

9.3. W projekcie mandatu całkowicie pomija się kwestię rozdziału kosztów związanych z rozstrzygnięciem spraw (z wyłączeniem wynagrodzenia sędziów, które zgodnie z propozycją powinno być stałe). EKES zwraca się o doprecyzowanie tej kwestii.

9.4. Znaczna część bezpośrednich inwestycji zagranicznych dokonywana jest przez małe i średnie przedsiębiorstwa (MŚP), którym należy zapewnić ten sam poziom ochrony i jednakowy dostęp do systemu rozstrzygnięcia sporów, na rozsądnych warunkach i przy racjonalnych kosztach.

9.5. Należy również rozważyć możliwość zapewnienia mechanizmu postępowania pojednawczego, który ułatwiłby stronom rozwiązanie sporu polubownie.

9.6. Wszystkie decyzje wydane przez wielostronny trybunał inwestycyjny powinny być egzekwowalne i podawane do wiadomości publicznej.

#### **10. Wysoki poziom ochrony i potencjalny okres przejściowy**

10.1. Należy zauważyć, że podstawowym warunkiem uznania jurysdykcji trybunału dla danej umowy jest wyrażenie na to zgody przez obydwie strony umowy. W praktyce oznacza to, że żadna umowa zawarta przez UE lub jej państwa członkowskie nie zostanie automatycznie poddana jurysdykcji trybunału, o ile nie wyrazi na to zgody również państwo trzecie.

10.2. W tym kontekście w potencjalnym okresie przejściowym między obecnym systemem ISDS a systemem sądów ds. inwestycji oraz do czasu ustanowienia wielostronnego trybunału inwestycyjnego uzgodnione procedury rozstrzygnięcia sporów będą nadal obowiązywać w celu zagwarantowania wysokiego poziomu ochrony inwestycji, zakładając jego konstytucyjność i dopuszczalność z punktu widzenia prawa Unii, które to kwestie są obecnie rozpatrywane przez Trybunał Sprawiedliwości UE na wniosek przedstawiony przez Belgię<sup>(33)</sup>.

Bruksela, dnia 12 grudnia 2018 r.

Luca JAHIER  
Przewodniczący  
Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego

---

<sup>(33)</sup> Zob. przypis 5.