Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) – korzyści i zagrożenia

WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU ŚLĄSKIEGO

Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) – korzyści i zagrożenia

Prace Naukowe

Uniwersytetu Śląskiego
w Katowicach
nr 3736

Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) – korzyści i zagrożenia

pod redakcją
Katarzyny Grzybczyk, Łukasza Maryniaka

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego • 2018

Recenzent
Dariusz Szostek

Spis treści

Wprowadzenie (*Łukasz Maryniak*) 7

Magdalena Półtorak
CETA – zarys perspektywy prawnomiędzynarodowej 11

Adrian Cop
Negocjacje umowy CETA z perspektywy prowincji kanadyjskich. Status prawny prowincji jako uczestnika negocjacji 35

Michał W. Wiącek
Tymczasowe stosowanie Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) 49

Magdalena Sobas
CETA w Europie jak NAFTA w Meksyku – szansa czy zagrożenie dla Polski 65

Aleksandra Hajduk
Pozycja polskiego wykonawcy na kanadyjskim rynku zamówień publicznych na podstawie regulacji umowy CETA 79

Paweł Jędrysiak
Porównawcza analiza środków egzekwowania praw własności intelektualnej w Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej (CETA) i umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi (ACTA) 91

Karolina Rybak
Wpływ porozumienia CETA na sytuację prawną producentów fonogramów 107

Dawid Łańczak
Transatlantyckie relacje dotyczące ochrony danych osobowych przed wejściem w życie Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej CETA 119

Aneta Kotyja
Zasada ostrożności w prawie żywnościowym w świetle ekwiwalentności w umowie CETA 139

Paweł Jasiński
Postanowienia o charakterze TRIPS-plus dotyczące sektora farmaceutycznego w umowie CETA i ich skutki dla rynku farmaceutycznego 155

Monika Kunicka
Stosowanie zasady ostrożności na tle regulacji z zakresu prawa ochrony środowiska przewidzianych w Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej – CETA 175

Arkadiusz Nalepka
CETA a uwarunkowania rynku pracy – zagrożenie czy szansa . . 187

Nikodem Likus
Struktura trybunałów arbitrażowych powołanych na mocy postanowień Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Unią Europejską i Kanadą (CETA) oraz status ich członków 199

Piotr Boroń
Review of Changes in the Matter of Reciprocal Protection of Investments between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland 213

Wprowadzenie

W dniu 21 września 2017 r. tymczasowo weszła w życie[1] Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA)[2] – porozumienie handlowe zawarte pomiędzy Unią Europejską a Kanadą. O poziomie doniosłości tego aktu prawnego świadczy zarówno długość okresu prowadzenia negocjacji w zakresie jego treści (lata 2009–2014)[3], jak również ogromne zainteresowanie medialne i liczba kontrowersji (fala protestów) związanych z samym zawarciem umowy[4], a przede wszystkim zawartość merytoryczna porozumienia wprowadzającego znaczące ułatwienia w wymianie handlowej między Kanadą a państwami członkowskimi Unii Europejskiej.

Głównym celem CETA jest likwidacja barier i ograniczeń w stosunkach gospodarczych łączących przedsiębiorstwa działające po obu stronach Atlantyku. Szacuje się, że porozumienie to doprowadzi do zniesienia 98% (docelowo 99%) ceł pobieranych przy wymianie handlowej dokonywanej pomiędzy Kanadą i UE[5]. Ponadto, CETA ma również m.in. ułatwić przedsiębiorcom inwestowanie w Kanadzie i ubieganie się o udzielenie zamówień

---

[1] https://ec.europa.eu/poland/news/1709201_ceta_pl [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[2] Tekst umowy dostępny na stronie Komisji Europejskiej: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_pl.htm [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[3] Http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/policies-politiques/trade_agreements-accords_commerciaux.aspx? lang=eng [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[4] Zob. np.: *Protesty przeciwko CETA w Europie*, https://www.bankier.pl/wiadomosc/Protesty-przeciwko-CETA-w-Europie-Galeria-tygodnia-7481810.html; *Gigantyczny kurczak, dziesiątki transparentów. „CETA stop w Warszawie"*, https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/protesty-przeciw-ceta-i-ttip-w-polsce,684214.html; *Niemcy: masowe protesty przeciwko umowom transatlantyckim TTIP i CETA*, http://www.dw.com/pl/niemcymasowe-protesty-przeciwko-umowom-transatlantyckim-ttip-i-ceta/a-19558993 [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[5] Http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/february/tradoc_155355.pdf [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

publicznych w tym państwie, otwarcie rynku kanadyjskiego na europejskie produkty oraz przynieść wymierne korzyści dla konsumentów[6].

Jednakże przeciwnicy porozumienia dostrzegają w nim zagrożenia w postaci likwidacji tysięcy miejsc pracy, dewastacji środowiska, upadku niewielkich gospodarstw rolnych i zalania rynków europejskich żywnością GMO[7].

Aby CETA mogła zacząć obowiązywać w pełnym zakresie, niezbędna jest jej ratyfikacja przez wszystkie państwa członkowskie UE. Należy jednak pamiętać, że już obecnie stosuje się („tymczasowo") większą część postanowień tego porozumienia[8]. Mimo to na rynku nie widać szczególnych zmian związanych z wprowadzeniem nowego porządku prawnego dla wymiany handlowej z Kanadą[9]. Jednocześnie przez niemal 2 lata, bo do maja 2018 r., zaledwie 9 państw członkowskich UE dokonało ratyfikacji umowy[10].

Jeżeli obowiązywanie CETA (chociaż „tymczasowe" i nieco okrojone) nie przyniosło znaczących zmian w stosunkach gospodarczych, zwłaszcza tych negatywnych, to skąd wziął się tak duży opór społeczny przeciwko jej przyjęciu? I dlaczego formalna ratyfikacja porozumienia przez kraje członkowskie przebiega tak powoli?

Niniejsza publikacja stanowi głos w dyskusji, wskazujący na potencjalne korzyści płynące z przyjęcia CETA, ale także rozważający ewentualne zagrożenia, jakie mogą wyniknąć ze stosowania poszczególnych jej postanowień dla podmiotów działających na rynku europejskim i kanadyjskim. We wstępnych artykułach autorzy publikacji omawiają m.in. samą procedurę zawarcia umowy (Magdalena Półtorak), w tym proces negocjacyjny (Adrian Cop), a także zakres temporalny i przedmiotowy tymczasowego obowiązywania CETA (Michał W. Wiącek) oraz ogólne zagrożenia i korzyści, jakie mogą płynąć ze stosowania porozumienia – na przykładzie funkcjonowania

[6] Http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index_pl.htm [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[7] L. Ryś, *CETA*: *10 rzeczy, których nie wiecie o umowie UE – Kanada, a powinniście*, http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/980577,co-to-jest-ceta-10-rzeczy-ktorych-nie-wiecie-o-umowie-ue-kanada.html; https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artykul/zywnosc-gmo-ceta-umowa-ceta-korzysci-w,87,0,2166103.html; https://www.forbes.pl/finanse/kanadyjczycy-ostrzegaja-przed-umowa-ceta/xb26zg1 [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[8] Z tymczasowego stosowania wyłączone są np. postanowienia dotyczące systemu sądów do spraw inwestycji, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index_pl.htm [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[9] H. Luczkiewicz, *Umowa CETA. Czas, aby polskie firmy zaczęły z niej korzystać*, http://finanse.wnp.pl/umowa-ceta-czas-aby-polskie-firmy-zaczely-z-niej-korzystac,322662_1_0_0.html [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

[10] http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017 [Dostęp: 21 maja 2018 r.].

Północnoamerykańskiego Układu o Wolnym Handlu – NAFTA (Magdalena Sobas). W dalszej części monografii analizie zostają poddane szczegółowe zagadnienia obowiązywania CETA, a mianowicie: pozycja polskiego wykonawcy na kanadyjskim rynku zamówień publicznych (Aleksandra Hajduk), ochrona i egzekwowanie praw własności intelektualnej (Paweł Jędrysiak), sytuacja prawna producentów fonogramów (Karolina Rybak), ochrona danych osobowych (Dawid Łańczak), bezpieczeństwo i jakość żywności, w tym żywności GMO (Aneta Kotyja), kwestie rynku farmaceutycznego (Paweł Jasiński) i rynku pracy (Arkadiusz Nalepka), zasada ostrożności na tle regulacji z zakresu ochrony środowiska (Monika Kunicka), struktura trybunałów arbitrażowych i status arbitrów powoływanych na podstawie CETA (Nikodem Likus) oraz problematyka wzajemnej ochrony inwestycji pomiędzy Polską a Kanadą (Piotr Boroń).

Łukasz Maryniak

Magdalena Półtorak*

CETA – zarys perspektywy prawnomiędzynarodowej

CETA – the outline of public international law perspective

Streszczenie: Celem artykułu jest przede wszystkim przybliżenie formalnoprawnych aspektów związanych z procedurą zawarcia CETA, których źródłem są unijne traktaty (ze szczególnym uwzględnieniem art. 218 TFUE), oraz towarzyszących im okoliczności faktycznych. Zagadnienia te zaprezentowano jednak na tle charakteru prawnego i kompetencji UE, biorąc jednocześnie pod uwagę specyfikę CETA jako tzw. umowy mieszanej. Nakreślono ponadto zasady, zakres i konsekwencje tymczasowego stosowania CETA.
Słowa kluczowe: CETA, umowa międzynarodowa mieszana

Abstract: The aim of the paper is the closer look into both: the formally legal aspects of the procedure of CETA (EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement) adoption, that is regulated by the EU Treaties (in particular – the article 218 of the TFEU) as well as accompanying factual circumstances. The issues raised above were presented taking into consideration also the legal nature and competences of the EU and specifics of CETA as a mixed agreement. Moreover, rules, scope and consequences of its temporary application were outlined as well.
Key words: CETA, mixed international agreement

1. Wprowadzenie

Obecna sytuacja na świecie niezbyt sprzyja Unii Europejskiej. Z jednej strony występuje kryzys finansowy i migracyjno-uchodźczy oraz „krnąbrne" państwa członkowskie, które decydują się podważać fundamenty unijnej

* Dr, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego i Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

aksjologii, nie kwapiąc się, by dzielić odpowiedzialność i ciężary związane z relokacją przybyszy z Bliskiego Wschodu i Afryki. Z kolei z drugiej strony pojawiła się zaskakująca wszystkich decyzja o „rozwodzie" Unii z Wielką Brytanią, a także wybrano nowego prezydenta Stanów Zjednoczonych, mającego dość „specyficzną" wizję polityki zagranicznej, m.in. w zakresie TTIP… Przykłady te można by mnożyć, choć wskazane w zupełności wystarczą, by rok 2016 uznać w Unii za *annus horribilis*[1]. Jednak trzeba przyznać, że jedno przedsięwzięcie – mimo licznych zawirowań – w dużej mierze się powiodło, choć na zapowiadane przez jego zwolenników rezultaty trzeba będzie jeszcze poczekać. Mowa tu o CETA, czyli Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony[2].

Ujęcie tematu może sugerować, że porozumienie to będzie analizowane przede wszystkim przez pryzmat zgodności z Konwencją wiedeńską o prawie traktatów z 1969 r. [dalej: KWPT], której stronami są wszystkie państwa członkowskie UE[3], bądź Konwencją wiedeńską o prawie traktatów między państwami a organizacjami międzynarodowymi lub pomiędzy organizacjami międzynarodowymi z 1986 r., która dotąd nie weszła jednak w życie, a w prace nad którą EWG wniosła widoczny wkład. Choć inny jest cel niniejszego opracowania, to należy wyraźnie zaznaczyć, że gdy Unia i jej państwa członkowskie zawierają umowy międzynarodowe, niezależnie od rodzaju tychże, powinny przestrzegać ujednoliconych przez konwencje wiedeńskie przepisów prawa międzynarodowego w odniesieniu do zwyczajowych norm prawa traktatów. Co więcej, zdaniem C. Mika, większość przepisów KWPT nabrało charakteru norm zwyczajowych[4], które często, niemalże automatycznie, „wchodzą" do prawa UE[5]. Należy jednak pamiętać, że Unia Europejska jest specyficznym, bo autonomicznym podsystemem prawa międzynarodowego[6]. Jednakże J. Sozański zwraca uwagę na różnice pomiędzy

---

[1] M. Leonard, *What Liberal World Order? Project Syndicate*, 28 February 2017, https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-brexit-liberal-world-orderby-mark-leonard-2017-02 [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[2] *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*, Brussels, 14 September 2016, Interinstitutional File: 2016/0206 (NLE), http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[3] *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, s. 331.

[4] C. Mik, *Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 1969 r. wobec konstytucjonalizacji traktatów*, [w:] *40 lat minęło – praktyka i perspektywa Konwencji wiedeńskiej*, red. Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszona-Kostrzewa, Warszawa 2009, s. 89 i n.

[5] Por. m.in. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, T. 1, Warszawa 2000, s. 481.

[6] Por. m.in. E. Cała-Wacinkiewicz, *Charakter prawny Unii Europejskiej w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2007, *passim*.

ujęciem umowy międzynarodowej w obu reżimach. Umowa w prawie traktatów musi być bowiem poddana regulacjom prawa międzynarodowego, natomiast umowa w prawie UE podlega przede wszystkim unormowaniom własnego porządku, chociaż stosowanie prawa traktatów nie jest tu wykluczone. *Differentia specifica* umów „unijnych" stanowi także możliwość połączenia regulowanych nią zagadnień publicznoprawnych z cywilnoprawną, administracyjną, gospodarczą czy osadzoną w prawie pracy problematyką prawa UE. Wreszcie prawo UE w zakresie umów międzynarodowych jest o wiele bardziej dynamiczne, skąd też częstsze ich rewizje[7].

Mając powyższe na względzie i niewątpliwie doceniając potencjał, jaki niesie z sobą pogłębiona analiza CETA z „czysto" prawnomiędzynarodowej perspektywy, należy jednak wziąć pod uwagę bardzo praktyczny wymiar prezentowanej pracy zbiorowej. Rolą niniejszego artykułu jest więc przybliżenie przede wszystkim formalnoprawnych aspektów związanych z procedurą zawarcia CETA, których źródłem są unijne traktaty, oraz towarzyszących im okoliczności faktycznych. Jednocześnie należy zaznaczyć, że materialny substrat umowy (a zatem także i kontrowersje, które ona wzbudza) co do zasady również pozostanie tu potraktowany marginalnie i jedynie w zakresie niezbędnym dla zrozumienia kluczowych etapów przedsięwzięcia[8].

---

[7] J. Sozański, *Umowy międzynarodowe Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, Warszawa–Poznań 2011, s. 59.

[8] Zob. także: C. Titi, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, „The European Journal of International Law" Nov. 2015, vol. 26, Issue 3, s. 639–661; *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, eds. S. Hindelang, M. Krajewski, Oxford 2016; K. Ackhurst, S. Nattrass, E. Brown, *CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" Feb. 2016, vol. 31, Issue 1, s. 58–76; L. Boisson de Chazournes, *Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach*, „The European Journal of International Law" March 2017, vol. 28, Issue 1, s. 13–72; P. Delimatsis, *The Evolution of the EU External Trade Policy in Services – CETA, TTIP and TiSA after Brexit*, „Journal of the International Economic Law" 2017, s. 1–43. Natomiast w krajowym piśmiennictwie na kwestię prawdopodobnego forsowania w kolejnych umowach międzynarodowych (w tym także w CETA) przez państwa-eksporterów praw własności intelektualnej niektórych rozwiązań rodem z ACTA (Umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi, która to ostatecznie nie weszła jednak w życie) zwrócili uwagę E. i M. Zielińscy. Por. E. Zielińska, M. Zieliński, *Rola ACTA w egzekwowaniu praw własności intelektualnej*, „Państwo i Prawo" 2012, z. 9, s. 16.

2. Charakter prawny i podział kompetencji w UE

Chcąc lepiej poznać specyfikę unijno-kanadyjskiego porozumienia, a przede wszystkim złożoność procedury, w ramach której dochodzi ono do skutku, w pierwszej kolejności warto przypomnieć kwestie związane z charakterem prawnym Unii Europejskiej. Otóż od wejścia w życie Traktatu z Lizbony[9] dysponuje ona podmiotowością prawnomiędzynarodową, wyrażoną wprost w art. 47 Traktatu o Unii Europejskiej [dalej: TUE][10]. Jak powszechnie wiadomo, do atrybutów tejże zalicza się: *ius tractatuum*, *ius legationis* oraz *ius standi*, których podstaw prawnych w przypadku Unii Europejskiej szukać należy odpowiednio w art. 216, 221 oraz 335 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [dalej: TfUE][11], przy czym kluczowe z perspektywy niniejszego opracowania prawo UE do zawierania umów międzynarodowych omówione zostanie szerzej w toku wywodu.

Co również istotne, biorąc pod uwagę zakres kompetencji legislacyjnych względem państw członkowskich, organizacja ta jest na swój sposób unikalna. Uprawnienie do stanowienia prawa, które wiąże zarówno instytucje i organy UE, państwa członkowskie, jak i jednostki, autonomia sądowa oraz autonomia finansowa uczyniły zeń bowiem organizację, którą w doktrynie określa się mianem ponadnarodowej[12]. Należy jednak zaznaczyć, że choć Trybunał Sprawiedliwości UE w opinii 1/09[13] wywodzi specyficzny charakter prawa UE z „ograniczania w coraz szerszym zakresie swoich praw suwerennych" przez państwa członkowskie, do stanowiska tego należy podchodzić z dużą ostrożnością. Zdaniem m.in. A. Wyrozumskiej i W. Czaplińskiego, suwerenność państwową cechuje bowiem niepodzielność. Co więcej, państwa, decydując o zakresie swoich zobowiązań międzynarodowych, przekazały przecież na rzecz organizacji międzynarodowej jedynie wykonywanie określonych kompetencji władzy państwowej[14]. Fakt ten natomiast

---

[9] *Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską*, Dz.Urz. UE C 306, 17 grudnia 2007.

[10] *Traktat o Unii Europejskiej* (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016.

[11] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016.

[12] W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 494.

[13] Por. Opinia Trybunału Sprawiedliwości UE 1/09 z dnia 8 marca 2011 r., Zb. Orz. 2011, s. I-1137.

[14] W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*… Por. także art. 90 Konstytucji RP z 1997 r. (t.j. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.). Ciekawa refleksja na temat relacji interesów państw do interesów wspólnotowych i suwerenności *per se*, dzięki której interesy indywidualne państw podlegają ochronie w prawie mię-

przekłada się bezpośrednio na zakres kompetencji samej organizacji, a co za tym idzie *inter alia* jej możliwości w zakresie kształtowania stosunków z innymi uczestnikami międzynarodowego obrotu, do których zaliczyć należy państwa trzecie (w tym przypadku – Kanadę). Niemniej jednak nie ulega wątpliwości, że porządek prawny UE cechuje nadrzędność względem prawa krajowego państw członkowskich oraz – co do zasady – bezpośrednia skuteczność w stosowaniu[15].

Drugą kwestią, która wymaga wyjaśnienia zanim analizie prawnomiędzynarodowej poddana zostanie CETA, jest podział kompetencji w UE. Nie budzi wątpliwości, że – jak na organizację międzynarodową przystało – Unia Europejska funkcjonuje na zasadzie kompetencji przyznanych (wynikającej z art. 5 ust. 1 TUE i skonkretyzowanej w art. 2 ust. 1–2 i 5 TfUE). Zasada ta nazywana bywa również zasadą powierzenia lub zasadą ograniczonej kompetencji szczegółowej[16]. Z postanowień traktatowych wynika, że „państwa członkowskie przyznają Unii Europejskiej kompetencje do osiągnięcia ich wspólnych celów". W konsekwencji cele wyrażone w art. 3 TUE (wśród których znalazły się m.in. ustanowienie rynku wewnętrznego czy działanie na rzecz trwałego rozwoju Europy) są *de facto* celami organizacji, realizowanymi jednak w granicach kompetencji wyraźnie przyznanych jej przez państwa członkowskie (*ergo* pozostałe kompetencje pozostają w ich gestii)[17]. Ze względu na to, że kompetencje UE sklasyfikowane zostały przez pryzmat funkcji służących realizacji jej celów (nie zaś obszarów) przyjąć można, że jedne stanowią domenę organizacji, inne natomiast należą do państw członkowskich, przy czym zbiory te mają pewnego rodzaju część wspólną. Innymi słowy, kompetencje wymienione w traktatach kategoryzuje się następująco: kompetencje wyłączne UE, kompetencje dzielone (konkurujące alternatywnie lub kumulatywnie) oraz kompetencje wspierająco-uzupełniające – koordynujące. Z perspektywy niniejszego opracowania znaczenie mają zwłaszcza dwie pierwsze kategorie.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 TfUE, do kompetencji wyłącznych UE należą takie obszary, jak: unia celna, ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych dla funkcjonowania rynku wewnętrznego, polityka pieniężna w odniesieniu do

---

dzynarodowym: R. Kwiecień, *Interesy indywidualne państw a interesy wspólnotowe w prawie społeczności międzynarodowej. O znaczeniu liberalizmu i komunitaryzmu dla teorii prawa międzynarodowego*, Lublin 2015.

[15] Zob. wyroki – „kamienie milowe" w sprawach: van Gend en Loos (1963) oraz Costa v. ENEL (1964).

[16] R. Grzeszczak, *Rozdział 3: Podział kompetencji w Unii Europejskiej*, [w:] *Instytucje i porządek prawny Unii Europejskiej*, red. nauk. A. Łazowski, A. Zawidzka-Łojek, Warszawa 2013, s. 15.

[17] R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 45.

państw członkowskich, których walutą jest euro, zachowanie morskich zasobów biologicznych w ramach wspólnej polityki rybołówstwa oraz wspólna polityka handlowa. Zakwalifikowanie danej dziedziny do kompetencji wyłącznych oznacza, że państwa członkowskie mogą podejmować działania wyłącznie w sytuacji, gdy zostaną do tego wyraźnie upoważnione przez UE. Innymi słowy, jedynie Unia może stanowić tu prawo oraz przyjmować akty prawnie wiążące, przy czym warto podkreślić, że zgodnie z ust. 2 art. 3 TfUE, dotyczy to także umów międzynarodowych (a zatem w dużej mierze CETA).

Kompetencje dzielone natomiast to obszary, w których działania mogą podejmować zarówno państwa członkowskie, jak i Unia, przy czym swoboda działania tych pierwszych zostaje wyłączona, jeśli organizacja daną kwestię już uregulowała (mowa tu o tzw. regule zajętego pola). Wśród kompetencji dzielonych znalazły się takie sfery, jak: rynek wewnętrzny, polityka społeczna w odniesieniu do aspektów określonych w traktacie, spójność gospodarcza, społeczna i terytorialna, rolnictwo i rybołówstwo z wyłączeniem zachowania morskich zasobów biologicznych, środowisko naturalne, ochrona konsumentów, transport, sieci transeuropejskie, energia, przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości oraz wspólne problemy bezpieczeństwa w zakresie zdrowia publicznego w odniesieniu do aspektów określonych w Traktacie. Warto jednak zaznaczyć, że wyjęte spod reguły zajętego pola zostało m.in. koordynowanie polityki gospodarczej i zatrudnienia, gdzie zastosowanie znajdują *leges speciales* (art. 2 ust. 4 TfUE, art. 24 TUE oraz art. 2 ust. 3 i 5 TfUE).

Jak już wspomniano i co podkreśla m.in. M. Słok-Wódkowska, jedną z cech szczególnych Unii Europejskiej, odróżniającą ją od innych międzynarodowych organizacji, jest to, że w niektórych przypadkach, w konsekwencji „transferu" kompetencji, prawo państw członkowskich do zawierania umów w określonych dziedzinach podlega ograniczeniu. Dzieje się tak przede wszystkim w odniesieniu do obszarów objętych kompetencją wyłączną, lecz może dotyczyć także kompetencji dzielonych[18]. Co więcej, zgodnie z ust. 2 art. 3 TfUE, Unia dysponuje wyłączną kompetencją do zawierania umów międzynarodowych, „jeśli ich zawarcie zostało przewidziane w akcie ustawodawczym UE lub jest niezbędne do umożliwienia Unii wykonywania jej wewnętrznych kompetencji"[19].

---

[18] M. Słok-Wódkowska, *Kompetencje UE w stosunkach zewnętrznych i zawieranie umów międzynarodowych*, [w:] *Instytucje i porządek prawny Unii Europejskiej*, red. nauk. A. Łazowski, A. Zawidzka-Łojek…, s. 37 i n.

[19] Należy w tym kontekście podkreślić zwłaszcza rolę orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z 1971 r. w sprawie 22/70 ERTA (AETR).

Samo prawo do zawierania umów przez UE uregulowano w art. 216 TfUE, a wynika zeń, że Unia Europejska może zawierać umowy międzynarodowe: z innym państwem, z grupą innych państw bądź z organizacjami międzynarodowymi[20]. Ten sam przepis dookreśla ponadto *expressis verbis* trzy przesłanki zawarcia umowy: (1) jeśli jest to niezbędne do osiągnięcia celów UE, (2) gdy zostało to przewidziane w akcie prawnie wiążącym (mowa tu także o akcie prawa wtórnego), (3) w sytuacji, gdy umowa międzynarodowa może wywierać wpływ lub modyfikować wspólne zasady w UE. Czy wobec tego UE dysponuje kompetencyjnym monopolem na zawarcie CETA? Z uwagi na zakres unijno-kanadyjskiego porozumienia i jego wielopłaszczyznowość warto przyjrzeć mu się nieco bliżej.

3. Specyfika CETA

Jak podaje oficjalna witryna UE CETA, *ex definitione* stanowi porozumienie handlowe między UE a Kanadą, którego celem jest stworzenie warunków do zwiększenia wymiany handlowej oraz wspomaganie generowania wzrostu gospodarczego i tworzenia miejsc pracy m.in. przez: obniżenie ceł i innych barier w handlu między UE a Kanadą, zabezpieczenie wysokich (europejskich) standardów w obszarach takich, jak bezpieczeństwo żywności, prawa pracowników i ochrona środowiska oraz ochrona zasad demokracji[21].

Umowa jest aktem niezwykle rozbudowanym, liczy bowiem 454 strony. Składa się z trzydziestu artykułów pogrupowanych w tyle samo rozdziałów, podzielonych niejednokrotnie na sekcje. Ponadto do porozumienia przyjęto szereg załączników, w konsekwencji jego postanowienia mieszczą się na blisko 1 600 stronach.

[20] J. Sozański zauważa jednak, że choć wspomniany przepis (wespół z art. 3 ust. 2 TfUE) „określają wyłączne kompetencje Unii do zawierania umów", to należy mieć na uwadze, że „obok nich możliwe są kompetencje traktatowe wynikające ze wspólnego wykonywania *ius tractatuum* przez Unię i państwa członkowskie, a ich granicę stanowi suma zdolności traktatowych obu grup podmiotów". J. Sozański, *Umowy międzynarodowe Unii Europejskiej…*, s. 188.

[21] Na podstawie: http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_pl.htm [Dostęp: 10 września 2017 r.].

Tabela 1

Układ treści w poszczególnych rozdziałach CETA

Rozdział	Zakres przedmiotowy regulacji
Pierwszy	ogólne definicje i postanowienia wstępne
Drugi	traktowanie narodowe i dostęp towarów do rynku
Trzeci	środki ochrony handlu
Czwarty	bariery techniczne w handlu
Piąty	środki sanitarne i fitosanitarne
Szósty	ułatwienia celne i handlowe
Siódmy	subsydia
Ósmy	inwestycje
Dziewiąty	transgraniczny handel usługami
Dziesiąty	czasowy przyjazd i pobyt osób fizycznych odbywających wizyty służbowe
Jedenasty	wzajemne uznawanie kwalifikacji zawodowych
Dwunasty	regulacje krajowe
Trzynasty	usługi finansowe
Czternasty	usługi międzynarodowego transportu morskiego
Piętnasty	telekomunikacja
Szesnasty	handel elektroniczny
Siedemnasty	polityka konkurencji
Osiemnasty	przedsiębiorstwa państwowe, monopole i przedsiębiorstwa, którym przyznano specjalne prawa lub przywileje
Dziewiętnasty	zamówienia publiczne
Dwudziesty	własność intelektualna
Dwudziesty pierwszy	współpraca regulacyjna
Dwudziesty drugi	handel i zrównoważony rozwój
Dwudziesty trzeci	handel i praca
Dwudziesty czwarty	handel i środowisko
Dwudziesty piąty	dialog dwustronny i współpraca dwustronna
Dwudziesty szósty	postanowienia administracyjne i instytucjonalne
Dwudziesty siódmy	przejrzystość
Dwudziesty ósmy	wyjątki
Dwudziesty dziewiąty	rozstrzyganie sporów
Trzydziesty	postanowienia końcowe

Źródło: Opracowanie własne.

Zarys zawartości materialnej CETA może sugerować, że jest to umowa „unijna". Wiele kontrowersji i nierzadko wywołanych na ich gruncie protestów związanych z zawarciem porozumienia z Kanadą[22] poskutkowało jednak zakwalifikowaniem CETA jako tzw. umowy mieszanej[23], w której jedną stroną jest zarówno Unia Europejska, jak i jej państwa członkowskie, natomiast drugą stroną – państwa trzecie[24]. Jak zauważa M. Słok-Wódkowska, tego rodzaju umowy są zawierane w sytuacji, „gdy materia objęta umową wykracza poza kompetencje Unii Europejskiej", przy czym nie jest to równoznaczne z kompetencjami dzielonymi (zob. orzeczenie w sprawie ERTA)[25]. Innymi słowy, mieszana forma umowy stosowana jest wówczas, gdy kwestie nią regulowane pozostają w ogóle poza zakresem jakichkolwiek unijnych kompetencji, bądź gdy dotyczą zagadnienia mieszczącego się w ramach kompetencji dzielonych, którego regulację jednak uprzednio wyraźnie pozostawiono w gestii państw członkowskich[26]. CETA jest umową mieszaną, dotyczy bowiem zarówno kwestii z obszaru kompetencji wyłącznych UE, kompetencji, które dzieli ona z państwami członkowskimi, jak i kompetencji, które znajdują się poza zakresem działania organizacji (np. rozstrzyganie sporów inwestycyjnych).

---

[22] Przedmiotem krytyki były zwłaszcza: negocjacje odbywające się za zamkniętymi drzwiami, uzgodnienia, które przyznają nadzwyczajne prawa koncernom i korporacjom (m.in. w zakresie rozstrzygania sporów inwestycyjnych) oraz zabezpieczenie rynku, np. rolnego. Towarzyszyła im ponadto obawa o utrzymanie europejskich standardów ochrony konsumenta oraz ochrony środowiska. Szerzej np.: http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/protesty-przeciw-ceta-i-ttip-w-polsce,684214.html, http://www.dw.com/pl/niemcymasowe-protesty-przeciwko-umowom-transatlantyckim-ttip-i-ceta/a-19558993, http://www.bbc.com/news/world-europe-37396796, https://www.rt.com/news/374668-stop-ceta-protests-europe/ [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[23] W Komunikacie Komisji z lipca 2016 r. przeczytać można bowiem, że postanowiła ona zaproponować „mieszaną" formę umowy CETA, „[b]y umożliwić szybkie podpisanie i tymczasowe stosowanie umowy, tak by można było bez zbędnej zwłoki czerpać zakładane korzyści", http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_pl.htm [Dostęp: 10 września 2017 r.]. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że można było przewidzieć, że chociażby Niemcy i Francja nie zgodzą się na to, by CETA była wyłącznie unijną umową oraz równolegle toczące się przed TSUE postępowanie w sprawie kompetencji UE dotyczących umowy z Singapurem (zob. wniosek o wydanie opinii w trybie art. 218 ust. 11 TFUE, złożony przez Komisję Europejską w dniu 10 lipca 2015 r. oraz opinia Rzecznik Generalnej TS Eleanor Sharpston), należy stwierdzić, że nad prawnymi górę wzięły przede wszystkim względy polityczne.

[24] Szerzej na temat kontrowersji wokół umów mieszanych i złożoności samego zagadnienia M. Niedźwiedź, *Umowy międzynarodowe mieszane w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2004.

[25] M. Słok-Wódkowska, *Kompetencje UE w stosunkach zewnętrznych*…, s. 42.

[26] Szerzej: wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 2006 r. w sprawie C-317/04 Parlament Europejski przeciwko Radzie i w sprawie C-318/04 Parlament Europejski przeciwko Komisji.

4. Zawieranie umów międzynarodowych przez UE na przykładzie CETA

Procedurę zawarcia umów międzynarodowych przez UE dookreślono w art. 218 TfUE. Przewiduje ona zaangażowanie „trójkąta decyzyjnego", czyli Rady, Komisji i – w kluczowych przypadkach – Parlamentu Europejskiego. Jak jednak zauważa J. Sozański, obowiązujące obecnie regulacje (w porównaniu z dawnym art. 300 TWE) w odniesieniu do procesu negocjowania i zawierania umów wyraźnie umocniły pozycję i kompetencje Rady w stosunku do Komisji (mowa tu np. o wyznaczaniu negocjatora przez Radę)[27]. Zawieranie umów międzynarodowych przez UE odbywa się z zachowaniem następujących czynności:

1. Bez uszczerbku dla szczególnych postanowień art. 207[28], umowy pomiędzy Unią a państwami trzecimi lub organizacjami międzynarodowymi są negocjowane i zawierane zgodnie z następującą procedurą.

[**Komentarz M.P.:** Procedura ta dotyczy zatem również umów mieszanych, przy czym warunkiem ich wejścia w życie jest ratyfikowanie lub zatwierdzenie zgodnie z prawem wewnętrznym przez wszystkie państwa członkowskie. Sprzeciw któregokolwiek powoduje natomiast, że umowa nie wchodzi w życie, a tymczasowe stosowanie zostaje anulowane].

2. Rada upoważnia do podjęcia rokowań, wydaje wytyczne negocjacyjne, upoważnia do podpisywania i zawiera umowy.

[**Komentarz M.P.:** Warto przypomnieć, że decyzja o rozpoczęciu rokowań w zakresie CETA poprzedzona była upublicznieniem raportu przygotowanego przez Komisję Europejską wespół z rządem Kanady[29]. Dokument ten wskazywać miał zarówno korzyści, jak i potencjalne koszty zacieśnienia współpracy gospodarczej. Zakładana zasadność ekonomiczna przedsięwzięcia doprowadziła jednak do dookreślenia wstępnego zakresu przyszłej umowy (tzw. *scoping exercise*)[30]. Działania w tym zakresie sfinalizowane zostały w marcu 2009 r., a ich rezultat stanowił punkt wyjścia sformułowania mandatu negocjacyjnego dla Komisji, który został przyjęty przez Radę 29 kwietnia

[27] J. Sozański, *Umowy międzynarodowe Unii Europejskiej…*, *passim*.

[28] Mowa tu o wspólnej polityce handlowej. Artykuł 207 TfUE należy traktować zatem jako *lex specialis* w stosunku do art. 218 TfUE. W procesie zawierania umów handlowych pozycja Komisji Europejskiej jest silniejsza aniżeli w przypadku pozostałych umów.

[29] *Assessing the costs and benefits of the closer EU-Canada economic partnership. A joint study of the European Commission and the Government of Canada*, 2008, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[30] *Joint Report on the EU-Canada Scoping Exercise*, March 5, 2009, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/march/tradoc_142470.pdf [Dostęp: 10 września 2017 r.].

2009 r.[31] Zgodnie z pierwotną wersją mandatu (po zmianach dokonanych po wejściu w życie Traktatu z Lizbony Komisja zawnioskowała bowiem o jego rozszerzenie), zakres przyszłej umowy obejmować miał: handel towarami, handel usługami i zakładanie przedsiębiorstw (*establishment*), zamówienia publiczne, handlowe aspekty własności intelektualnej, handel i konkurencję, współpracę celną i ułatwienia w handlu, przepływ kapitału i płatności, handel i zrównoważony rozwój, współpracę regulacyjną i przejrzystość regulacji, sprawy instytucjonalne. Oficjalne rozpoczęcie negocjacji nastąpiło 6 maja 2009 r. na szczycie UE – Kanada, który odbył się w Pradze[32], a w imieniu UE cały czas prowadzone były one przez Komisję Europejską].

3. Komisja lub, jeżeli przewidywana umowa dotyczy wyłącznie lub głównie wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, wysoki przedstawiciel Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa, przedstawia swoje zalecenia Radzie, która przyjmuje decyzję upoważniającą do podjęcia rokowań oraz, w zależności od przedmiotu przewidywanej umowy, mianującą negocjatora lub przewodniczącego zespołu negocjatorów Unii.
[**Komentarz M.P.:** Wraz z wejściem w życie Traktatu z Lizbony poszerzeniu uległ np. zakres polityki handlowej UE, w konsekwencji m.in. bezpośrednie inwestycje zagraniczne stanowią dziś część wspólnej polityki handlowej. Powyższe zmiany spowodowały, że w grudniu 2010 r. Komisja zwróciła się do Rady o rewizję mandatu negocjacyjnego tak, by ten obejmował wszystkie aspekty wspomnianych inwestycji, w szczególności ich ochronę. Wniosek Komisji spotkał się z akceptacją Rady, a negocjacje oparte na rozszerzonym mandacie prowadzone były od września 2011 r.[33]].

4. Rada może kierować wytyczne do negocjatora Unii oraz wyznaczyć specjalny komitet, w konsultacji z którym należy prowadzić rokowania.
[**Komentarz M.P.:** Negocjacje w sprawie CETA zakończono po pięciu latach. Zgodnie z postanowieniami KWPT, potwierdzeniu ostatecznego tekstu umowy służyć miało jego parafowanie na poziomie głównych negocjatorów, co nastąpiło 1 sierpnia 2014 r. Na szczycie UE – Kanada, który odbył się 26 września 2014 r., ówczesny Przewodniczący Komisji José Manuel Barroso, ówczesny przewodniczący Rady Europejskiej Herman Van Rompuy oraz premier Kanady Stephen Harper wspólnie ogłosili zakończenie rokowań

[31] *Analiza gospodarczo-handlowa Całościowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą (CETA) dla polskiej gospodarki i przedsiębiorców – wybrane zagadnienia*, Ministerstwo Rozwoju, Warszawa 2016, s. 6, https://www.mr.gov.pl/media/28075/Analiza_CETA1.pdf [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[32] EU-Canada Summit, *Declaration Regarding A Comprehensive Economic Partnership Agreement Between The European Union And Canada*, Prague, 6 May 2009.

[33] *Analiza gospodarczo-handlowa Całościowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą (CETA) dla polskiej gospodarki i przedsiębiorców…*, s. 6.

bezpośrednich, co umożliwiło upublicznienie treści umowy. Dokument musiał być jednak zweryfikowany pod kątem prawnym, toteż skorygowana wersja porozumienia została opublikowana ponownie 29 lutego 2016 r.[34]].

5. Rada, na wniosek negocjatora, przyjmuje decyzję upoważniającą do podpisania umowy, a w stosownych przypadkach – do tymczasowego jej stosowania przed jej wejściem w życie.
[**Komentarz M.P.:** Dnia 6 lipca 2016 r. Komisja Europejska przesłała do Rady pakiet w postaci trzech projektów decyzji dotyczących związania się przez UE umową CETA (mowa tu o decyzjach o podpisaniu, tymczasowym stosowaniu i zawarciu CETA). W pierwotnym założeniu umowa miała być formalnie zaakceptowana przez ministrów do spraw handlu 18 października 2016 r., gdy Rada w Luksemburgu (Rada ds. Zagranicznych w formacie Ministrów ds. Handlu UE (FAC Trade)) przyjmie wspomniany pakiet decyzji, natomiast samo podpisanie porozumienia miało się odbyć podczas szczytu UE – Kanada w Brukseli, zaplanowanego na 27 października. Jednakże protesty Walonii spowodowały, że nastąpiło kilkudniowe przesunięcie[35]. W konsekwencji Rada 28 października 2016 r. jednomyślnie przyjęła decyzje:

[34] Przy czym na stronie KE znalazło się zastrzeżenie, że dostęp online do treści CETA służy wyłącznie celom informacyjnym, a jedynym oficjalnym źródłem pozostają teksty opublikowane na stronie internetowej Rady, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_pl.htm [Dostęp: 10 września 2017 r.]. Jednocześnie należy zaznaczyć, że pomiędzy zakończeniem negocjacji w 2014 r. a zakończeniem weryfikacji prawnej tekstu nastąpiła istotna zmiana wynegocjowanego porozumienia w zakresie ochrony inwestycji (mowa tu o systemie rozstrzygania sporów inwestor – państwo). Otóż klasyczny system oparty dotychczas na arbitrażu (ISDS) zastąpiono tu stałym sądem inwestycyjnym (Investment Court System). Koncepcja ta została wypracowana w ramach konsultacji publicznych w sprawie TTIP (umowa UE – USA, Transatlantyckie Partnerstwo w dziedzinie Handlu i Inwestycji), przeprowadzonych w 2014 r. i zyskała zgodę większości państw członkowskich. Miało to jednak miejsce już po zamknięciu negocjacji CETA. Mimo to Komisja zaproponowała zmiany w zakresie ICS także w odniesieniu do CETA, które nowy kanadyjski rząd (na czele z premierem J. Trudeau) zaakceptował. W konsekwencji doszło w ten sposób do modyfikacji tekstu umowy, w czasie gdy był on poddany prawnej weryfikacji. Od strony formalnoprawnej kwestia ta nie została jednak właściwie skonsultowana z państwami członkowskimi. Komisja założyła bowiem, czemu zresztą trudno odmówić pewnej logiki, że poparcie dla koncepcji ICS w kontekście TTIP automatycznie przełoży się na porozumienie z Kanadą. Tym samym istnieją wyraźne podstawy, by samą procedurę wprowadzenia zmian do tekstu, co nastąpiło już po formalnym zakończeniu negocjacji CETA, kwestionować. *Analiza gospodarczo-handlowa Całościowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą (CETA) dla polskiej gospodarki i przedsiębiorców…*, s. 7.

[35] Parlament Walonii sprzeciwił się bowiem wejściu CETA w życie (por. „Le Monde", *CETA: la Wallonie rejette le délai que ses partenaires voulaient lui imposer*, http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/18/ceta-la-wallonie-rejette-le-delai-que-ses-partenaires-

– o podpisaniu umowy[36],
– o tymczasowym stosowaniu umowy[37] oraz
– o wystąpieniu o zgodę Parlamentu Europejskiego na zawarcie umowy.

Ponadto strony podpisały Wspólny Instrument Interpretacyjny[38], który „w sposób jasny i jednoznaczny wyjaśnia […] te uzgodnienia między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, które zawarto w postanowieniach umowy budzących zaniepokojenie obywateli […], przedstawia także uzgodnioną interpretację tych postanowień". W szczególności chodzi o: wpływ umowy na możliwość wprowadzania regulacji przez

voulaient-lui-imposer_5016066_3214.html#DXImP3jJCPYwt3FD.99 [Dostęp: 10 września 2017 r.]), a deputowani wezwali do ponownego otwarcia negocjacji w sposób „transparentny, demokratyczny i inkluzywny" (por. „Le Soir", *Ceta: le Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles met son veto*, http://plus.lesoir.be/63609/article/2016-10-12/ceta-le-parlement-de-la-federation-wallonie-bruxelles-met-son-veto [Dostęp: 10 września 2017 r.]), tak aby skutecznie chronić m.in. unijne normy socjalne i środowiskowe oraz interesy drobnych przedsiębiorców. Spodziewano się również odmowy przyznania rządowi Belgii mandatu do zgody na związanie się CETA ze strony Regionu Stołecznego Brukseli. Za partnerstwem od samego początku opowiedziała się natomiast Flandria i parlament federalny (por. „L'Echo", *CETA: le Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles confirme son opposition*, https://www.lecho.be/dossier/TTIP/CETA-le-Parlement-de-la-Federation-Wallonie-Bruxelles-confirme-son-opposition/9819209?ckc=1&ts=1505372211 [Dostęp: 10 września 2017 r.]). Nie powinien zatem zaskakiwać fakt, że trzymanie UE niejako „w szachu" zaowocowało przyjęciem kompromisu, polegającego na tym, że deklaracja interpretacyjna do tekstu CETA miała zostać uzupełniona o zapewnienia dotyczące m.in. usług publicznych i rolnictwa (por. „Le Monde", *CETA: les Belges ont arrêté une position commune que l'UE va examiner*, http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/10/27/ceta-les-belges-trouvent-un-accord-entre-eux-sur-le-traite-de-libre-echange-ue-canada_5021405_3234.html [Dostęp: 10 września 2017 r.]), natomiast arbitraż inwestycyjny został wyłączony z porozumienia o tymczasowym stosowaniu traktatu. W konsekwencji belgijscy negocjatorzy ogłosili osiągnięcie konsensusu, umożliwiającego wycofanie veta Walonii, zapewniając jednocześnie, że wsłuchano się w ten sposób w „uzasadnione obawy" Walończyków, a porozumienie jest ważne zarówno dla nich, jak i dla całego świata (por. „Le Soir", *Ceta: la Belgique a trouvé un accord*, http://www.lesoir.be/archive/recup%3A%252F1353096%252Farticle%252Feconomie%252F2016-10-27%252Fceta-belgique-trouve-un-accord [Dostęp: 10 września 2017 r.]. Na podstawie: http://przegladpm.blogspot.it/2016/10/komisja-europejska-podejmuje-probe.html [Dostęp: 10 września 2017 r.]).

[36] Decyzja Rady z 26 października 2016 r. w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej, Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony.

[37] Decyzja Rady z 5 października w sprawie tymczasowego stosowania Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony.

[38] Wspólny Instrument Interpretacyjny dotyczący Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi.

rządy w interesie publicznym, a także przepisy o ochronie inwestycji i rozstrzyganiu sporów oraz przepisy o zrównoważonym rozwoju, prawach pracowniczych i ochronie środowiska. Warto podkreślić, że Rada przyjęła także decyzję o podpisaniu i tymczasowym stosowaniu umowy o partnerstwie strategicznym między UE a Kanadą[39], która ma pogłębić dialog polityczny i współpracę polityczną oraz zacieśnić stosunki w zakresie praw człowieka, pokoju i bezpieczeństwa na świecie, gospodarki i zrównoważonego rozwoju oraz wolności, sprawiedliwości i bezpieczeństwa[40]. Ostatecznie liderzy UE z jednej strony (Przewodniczący Rady Europejskiej Donald Tusk, Przewodniczący Komisji Europejskiej Jean-Claude Juncker i premier sprawującej półroczną prezydencję w RUE Słowacji Robert Fico) oraz premier Kanady Justin Trudeau z drugiej podpisali CETA 30 października 2016 r.[41]].

6. Rada, na wniosek negocjatora, przyjmuje decyzję w sprawie zawarcia umowy.

Z wyjątkiem przypadków, gdy umowy dotyczą wyłącznie wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, Rada przyjmuje decyzję w sprawie zawarcia umowy:

a) Po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego [podkr. M.P.] w następujących przypadkach:
   (i) układy o stowarzyszeniu;
   (ii) umowa dotycząca przystąpienia Unii do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności;
   (iii) umowy, które tworzą specyficzne ramy instytucjonalne przez organizację procedur współpracy;
   (iv) umowy mające istotne skutki budżetowe dla Unii;
   (v) umowy dotyczące dziedzin, do których stosuje się zwykłą procedurę ustawodawczą lub specjalną procedurę ustawodawczą, jeżeli wymagana jest zgoda Parlamentu Europejskiego.

   Parlament Europejski i Rada mogą, w pilnych przypadkach, uzgodnić termin wyrażenia zgody.
b) Po konsultacji z Parlamentem Europejskim w innych przypadkach. Parlament Europejski wyraża swoją opinię w terminie, jaki Rada może określić stosownie do pilności sprawy. W przypadku braku opinii w tym terminie Rada może stanowić samodzielnie.

---

[39] Decyzja Rady w sprawie podpisania, w imieniu Unii, i tymczasowego stosowania Umowy o partnerstwie strategicznym między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Kanadą, z drugiej strony.

[40] Umowa o partnerstwie strategicznym między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Kanadą, z drugiej strony.

[41] Za: http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2016/10/30/ [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[**Komentarz M.P.:** Zdaniem J. Sozańskiego, „ten sposób wyrażania zgody przez Parlament może być uznany za odpowiednik dużej ratyfikacji w porządkach krajowych". Jednocześnie wspomniany autor zaznacza, że najistotniejsze umowy międzynarodowe (do których zalicza – obok rewizji traktatów i umów akcesyjnych – właśnie umowy mieszane) wchodzą w życie po uzyskaniu ratyfikacji przez wszystkie państwa członkowskie"[42].

Dnia 15 lutego 2017 r., zgodnie z zaleceniami Komisji Handlu Międzynarodowego, a także opiniami Komisji Spraw Zagranicznych, Komisji Zatrudnienia i Spraw Socjalnych oraz Komisji Ochrony Środowiska Naturalnego, Zdrowia Publicznego i Bezpieczeństwa Żywności, Parlament Europejski zagłosował za przyjęciem umowy CETA[43]. Fakt ten był równoznaczny z zamknięciem procedury na poziomie UE].

7. Zawierając umowę, Rada może, na zasadzie odstępstwa od ust. 5, 6 i 9, upoważnić negocjatora do zatwierdzenia w imieniu Unii zmian w umowie, jeżeli umowa przewiduje, że zmiany te powinny być przyjęte według procedury uproszczonej lub przez organ utworzony przez tę umowę. Rada może dołączyć do takiego upoważnienia warunki szczegółowe.

8**.** Podczas całej procedury Rada stanowi większością kwalifikowaną. Rada stanowi jednak jednomyślnie, gdy umowa dotyczy dziedziny, w której do przyjęcia aktu Unii wymagana jest jednomyślność, jak również w przypadku układów o stowarzyszeniu oraz umów, o których mowa w art. 212, z państwami kandydującymi do przystąpienia. Rada stanowi również jednomyślnie w przypadku umowy dotyczącej przystąpienia Unii do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności; decyzja dotycząca zawarcia takiej umowy wchodzi w życie po jej zatwierdzeniu przez Państwa Członkowskie, zgodnie z ich odpowiednimi wymogami konstytucyjnymi.

[**Komentarz M.P.:** To regulacja wprowadzona Traktatem z Lizbony. W przypadku CETA (ze względu na dziedziny nią objęte) konieczne było uzyskanie w Radzie jednomyślności, toteż sprzeciw któregokolwiek z państw (zob. kazus Belgii) mógł w praktyce udaremnić lata negocjacji, a przynajmniej opóźnić zamknięcie procedury na płaszczyźnie UE].

---

[42] J. Sozański, *Umowy międzynarodowe Unii Europejskiej*…, s. 194.

[43] Za opowiedziało się 408 deputowanych, 254 było przeciw, natomiast 33 było nieobecnych, http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement [Dostęp: 10 września 2017 r.]. Podkreśla się również, że PE wyraził zgodę na zawarcie CETA, pomimo licznych protestów. Por. *European parliament passes EU-Canada free trade deal amid protests*, https://www.theguardian.com/business/2017/feb/15/ceta-trade-deal-canada-eu-passed-european-parliament [Dostęp: 10 września 2017 r.].

9. Rada, na wniosek Komisji lub wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa, przyjmuje decyzję zawieszającą stosowanie umowy i ustalającą stanowiska, które mają być zajęte w imieniu Unii w ramach organu utworzonego przez umowę, gdy organ ten ma przyjąć akty mające skutki prawne, z wyjątkiem aktów uzupełniających lub zmieniających ramy instytucjonalne umowy.

10. Parlament Europejski jest natychmiast i w pełni informowany na wszystkich etapach procedury.

11. Państwo Członkowskie, Parlament Europejski, Rada lub Komisja mogą uzyskać opinię Trybunału Sprawiedliwości w sprawie zgodności przewidywanej umowy z traktatami. W przypadku negatywnej opinii Trybunału przewidywana umowa nie może wejść w życie, chyba że nastąpi jej zmiana lub rewizja traktatów.

[**Komentarz M.P.:** Z powyższej regulacji wynika zatem, że „[u]mowy zawarte z państwami trzecimi są wyraźnie podporządkowane traktatom”[44]. Obecnie obowiązujący przepis stanowi pewną modyfikację ust. 6 art. 300 TWE, przy czym należy wyraźnie podkreślić, że procedura zasięgania opinii była od początku istnienia Wspólnot wykorzystywana wielokrotnie, co miało znaczenie także w zakresie określania granic kompetencji Wspólnot i Unii[45]. W przypadku CETA wszystko wskazuje na to, że póki co przynajmniej Belgia wystąpi do Trybunału Sprawiedliwości UE o zbadanie zgodności mechanizmu rozstrzygania sporów państwo – inwestor z prawem Unii Europejskiej[46]. Będzie ona zatem oczekiwać odpowiedzi na pytanie, czy postanowienia w sprawie sądu do spraw rozstrzygania sporów inwestycyjnych (rozdz. 8 (F)) są zgodne z: kompetencją wyłączną TS UE do wykładni prawa UE, zasadą ogólną równości wobec prawa i zasadą skuteczności (*effet util*) prawa UE, z prawem do sądu oraz prawem do niezależnego i bezstronnego sądu[47]].

---

[44] Szerzej R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys prawa Unii Europejskiej…*, s. 128.

[45] Na przykład W. Czapliński, *Ochrona praw człowieka we Wspólnocie Europejskiej w świetle orzeczenia 2/94 Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot z 28 marca 1996 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1998, T. 2, s. 8–15.

[46] Za: https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2017/minister_reynders_submits_request_opinion_ceta [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[47] Warto wspomnieć, że unijny Trybunał wypowiedział się w podobnej kwestii w maju 2017 r., w opinii 2/15 w sprawie umowy UE z Singapurem (EUSEFTA), i orzekł, że arbitraż inwestycyjny i inwestycje pośrednie znajdują się poza wyłączną kompetencją UE. Opinia ta zatem w pewnym zakresie pokryła się ze stanowiskiem Rzecznik Generalnej Eleanor Sharpston z grudnia 2016 r., http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PL&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=190727&occ=first&dir=&cid=531383 [Dostęp: 10 września 2017 r.]. Dość zaskakujący jest wobec tego pomysł powołania światowego sądu inwestycyjnego, który wyartykułowany został na

5. Od podpisania po tymczasowe stosowanie

Jak zaznaczono, podpisanie CETA nastąpiło 30 października 2016 r. Sama procedura zawierania umów międzynarodowych jest jednak dość skomplikowana i wielopłaszczyznowa, o czym świadczą m.in. precyzyjne postanowienia w tym zakresie KWPT. Nie dziwi zatem fakt, że w przypadku porozumienia pomiędzy organizacją międzynarodową typu ponadnarodowego, jaką jest UE, a państwem trzecim oraz w sytuacji, gdy mamy do czynienia z tzw. umową mieszaną sprawa jest jeszcze bardziej złożona. Do pewnego etapu zaangażowane są bowiem właściwie jedynie unijne instytucje, natomiast rola państw członkowskich wyraźnie wzrasta na „ostatniej prostej", przy czym najpierw dzieje się to wtedy, gdy Rada jednomyślnie musi podjąć decyzję upoważniającą do podpisania umowy, a następnie gdy parlamenty narodowe dokonują jej oceny w procesie ratyfikacji i rozstrzygają o jej wejściu w życie. Dotychczas jedynie dziewięć państw dokonało ratyfikacji CETA, a są nimi: Czechy, Dania, Estonia, Hiszpania, Chorwacja, Litwa, Łotwa, Malta i Portugalia[48]. Ostatecznie w krajowej procedurze ratyfikacyjnej łącznie wypowiedzieć się musi 38 parlamentów (krajowych i regionalnych), co może trwać lata. Taką sytuację oczywiście przewidziano, dlatego też zgodnie z art. 1 Decyzji Rady[49], porozumienie między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, stosowane będzie tymczasowo przez Unię na podstawie art. 30.7 ust. 3 umowy, aż do czasu zakończenia procedur niezbędnych do jej zawarcia. W praktyce rozpoczęcie tymczasowego stosowania CETA możliwe stało się po dokonaniu jej ratyfikacji przez Kanadę, co nastąpiło 17 maja 2017 r. W lipcu 2017 r., podczas szczytu G20, premier Kanady i Przewodniczący Komisji Europejskiej złożyli natomiast wspólne oświadczenie, że rozpocznie się ono 21 września 2017 r.[50] Wyrażenie „wejście w życie niniejszej Umowy" będzie wówczas tożsame z datą rozpoczęcia tymczasowego stosowania. Co więcej, będzie ono skutkować zastąpieniem przez CETA umów zawartych

grudniowym (2016) szczycie Unia – Kanada i określony mianem „konsensusu genewskiego". Szerzej: J. Newsham, *EU, Canada Kick Off Talks On Expanding Investment Court*, https://www.law360.com/articles/872009?sidebar=true [Dostęp: 10 września 2017 r.] oraz http://przegladpm.blogspot.com/search/label/CETA [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[48] http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017 [Dostęp: 29 czerwca 2018 r.].

[49] Decyzja Rady w sprawie tymczasowego stosowania Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony.

[50] Canada, EU to provisionally apply CETA in September, http://www.cbc.ca/news/politics/ceta-september-provisionally-1.4196210 [Dostęp: 10 września 2017 r.].

między UE i Kanadą, a dotyczących: obrotu i handlu napojami alkoholowymi z 1989 r., handlu winami i napojami spirytusowymi z 2003 r., wzajemnego uznawania z 1998 r., środków sanitarnych i fitosanitarnych z 1998 r. W okresie tymczasowego stosowania umowy te będą zawieszone, natomiast w przypadku zakończenia tymczasowego stosowania zawieszenie uległoby wygaśnięciu.

Tymczasowe stosowanie oznacza, że 21 września 2017 r. zaczęły obowiązywać postanowienia części handlowej CETA (czyli *de facto* ponad 90% jej treści), natomiast póki co wyłączone pozostały przede wszystkim kwestie dotyczące ochrony inwestycji i sądu inwestycyjnego[51]. Tymczasowe stosowanie CETA daje ponadto Wspólnemu Komitetowi CETA i innym organom ustanowionym na mocy umowy możliwość sprawowania swoich funkcji. Taki stan rzeczy trwać będzie aż do czasu pełnego jej wejścia w życie, czyli momentu, w którym UE i Kanada dokonają wymiany dokumentów notyfikacyjnych potwierdzających dopełnienie ratyfikacji. Niemniej jednak przewidziano także możliwość zakończenia tymczasowego stosowania CETA w drodze pisemnego zawiadomienia drugiej strony, które stanie się skuteczne w pierwszym dniu drugiego miesiąca następującego po tej czynności. Warto również podkreślić, że sprzeciw któregokolwiek z państw członkowskich skutkować będzie brakiem możliwości wejścia CETA w życie i anulowaniem tymczasowego jej stosowania.

[51] Komisja, przedstawiając projekt decyzji o tymczasowym stosowaniu CETA, pierwotnie proponowała, by umowa – abstrahując od jej mieszanego charakteru – była tymczasowo stosowana w całości. Skala protestów (w tym także *veto* Walonii) spowodowały jednak, że ustalono, iż z tymczasowego stosowania wyłączone zostaną kwestie należące do kompetencji państw członkowskich, czyli przede wszystkim wspomniana ochrona inwestycji i rozstrzyganie sporów inwestor – państwo (odpowiednie elementy art. 8 i 13 CETA), ale także możliwość wprowadzenia sankcji karnych za nielegalne nagrywanie w kinie filmów w celu ich późniejszego rozpowszechniania (*camcording*), (art. 20.12 CETA), elementy art. 27.3 i 27.4 w zakresie, w jakim dotyczą procedur administracyjnych i odwoławczych na poziomie państw członkowskich, odniesienie do sporów w dziedzinie podatków (art. 28.7(7)). W zakresie rozdziałów 22, 23 i 24, dotyczących zrównoważonego rozwoju, handlu i pracy oraz handlu i środowiska, projekt decyzji stwierdzał, że ich tymczasowe stosowanie nastąpi z poszanowaniem podziału kompetencji między Unię i państwa członkowskie. Biorąc zatem pod uwagę całość umowy, obszar wyłączony z tymczasowego stosowania jest relatywnie wąski. Na podstawie: *Analiza gospodarczo-handlowa Całościowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą (CETA) dla polskiej gospodarki i przedsiębiorców…*, s. 8–9.

6. Zamiast podsumowania – CETA a „sprawa Polska"

Zgodnie z ustawą o umowach międzynarodowych[52], mieszany charakter umowy CETA wymagał podjęcia przez Radę Ministrów uchwały wyrażającej zgodę na jej podpisanie w imieniu Polski, natomiast dnia 6 października 2016 r. uchwałę w sprawie trybu ratyfikacji CETA przyjął Sejm[53]. W konsekwencji zgoda na działania Prezydenta musi zostać uchwalona przez Sejm (jak również Senat), większością 2/3 głosów, w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów/senatorów.

Rozpoczęte we wrześniu 2017 r. tymczasowe stosowanie umowy w przypadku Polski oznacza z kolei, że do momentu ratyfikowania CETA przez wszystkie państwa członkowskie w kwestii ochrony inwestycji i rozstrzygania sporów obowiązywać będą postanowienia umowy między rządem RP a rządem Kanady w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji podpisanej 6 kwietnia 1990 r.[54] Warto jednak zauważyć, że doniesienia medialne sugerowały, że rząd Polski zagroził blokadą części umowy CETA, przede wszystkim właśnie ze względu na wprowadzony nią sposób rozstrzygania sporów między inwestorami a rządami państw[55]. Można zatem przypuszczać, że analogiczną argumentacją posłużą się także inne państwa członkowskie.

Reasumując, choć stwierdzenie T. Novotnej, że Unia obecnie zmaga się ze swego rodzaju odwróceniem trendu europejskiej integracji przez wspólną politykę handlową, która po 60 latach nie jest już wspólna i oparta na kwalifikowanej większości głosów, lecz zależy od każdego *veto*, może wydawać się przesadzone, to trudno odmówić słuszności konstatacji, że przyszłość organizacji zależy przede wszystkim od chęci współdziałania zrzeszonych w niej państw. Zjednoczona Unia ma szanse przetrwać, podzielona zaś – upadnie[56]. CETA, jakkolwiek budzi ambiwalentne odczucia, jest projektem spajającym.

---

[52] Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych, Dz.U. 2000, nr 39, poz. 443 z późn. zm.

[53] Za jej przyjęciem głosowało 326 posłów (głównie z klubów PiS i PO), 90 było przeciw (m.in. z klubów Kukiz'15, .N, PSL, a 11 wstrzymało się od głosu, https://wpolityce.pl/polityka/311618-co-dalej-z-ceta-rzecznik-rzadu-przyjecie-umowy-moze-nastapic-za-kilka-lat-ewentualna-ratyfikacja-wymaga-23-glosow-w-sejmie [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[54] Dz.U. 1991, nr 27, poz. 114.

[55] Na podstawie: http://tvn24bis.pl/ze-swiata,75/umowa-ceta-polska-moze-odmowic-ratyfikacji,770790.html [Dostęp: 10 września 2017 r.].

[56] T. Novotna, *The EU as a Global Actor: United We Stand, Divided We Fall*, „The Journal of Common Market Studies" 2017, vol. 55, s. 186.

Bibliografia

Publikacje

Ackhurst K., Nattrass S., Brown E., *CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" Feb. 2016, vol. 31, Issue 1, s. 58–76.

Adam R., Safjan M., Tizzano A., *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.

Boisson de Chazournes L., *Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach*, „The European Journal of International Law" March 2017, vol. 28, Issue 1, s. 13–72.

Cała-Wacinkiewicz E., *Charakter prawny Unii Europejskiej w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2007.

Czaplíński W., *Ochrona praw człowieka we Wspólnocie Europejskiej w świetle orzeczenia 2/94 Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot z 28 marca 1996 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 1998, T. 2, s. 8–15.

Czaplíński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014.

Delimatsis P., *The Evolution of the EU External Trade Policy in Services – CETA, TTIP and TiSA after Brexit*, „Journal of the International Economic Law" 2017, s. 1–43.

Grzeszczak R., *Rozdział 3: Podział kompetencji w Unii Europejskiej*, [w:] *Instytucje i porządek prawny Unii Europejskiej*, red. nauk. A. Łazowski, A. Zawidzka-Łojek, Warszawa 2013.

Kwiecień R., *Interesy indywidualne państw a interesy wspólnotowe w prawie społeczności międzynarodowej. O znaczeniu liberalizmu i komunitaryzmu dla teorii prawa międzynarodowego*, Lublin 2015.

Mik C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, T. 1, Warszawa 2000.

Mik C., *Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 1969 r. wobec konstytucjonalizacji traktatów*, [w:] *40 lat minęło – praktyka i perspektywa Konwencji wiedeńskiej*, red. Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszona-Kostrzewa, Warszawa 2009.

Niedźwiedź M., *Umowy międzynarodowe mieszane w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2004.

Novotna T., *The EU as a Global Actor: United We Stand, Divided We Fall*, „The Journal of Common Market Studies" 2017, vol. 55, s. 186–187.

Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, eds. S. Hindelang, M. Krajewski, Oxford 2016.

Słok-Wódkowska M., *Kompetencje UE w stosunkach zewnętrznych i zawieranie umów międzynarodowych*, [w:] *Instytucje i porządek prawny Unii Europejskiej*, red. nauk. A. Łazowski, A. Zawidzka-Łojek, Warszawa 2013.

Sozański J., *Umowy międzynarodowe Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, Warszawa–Poznań 2011.

Titi C., *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, „The European Journal of International Law" Nov. 2015, vol. 26, Issue 3, s. 639–661.

Zielińska E., Zieliński M., *Rola ACTA w egzekwowaniu praw własności intelektualnej*, „Państwo i Prawo" 2012, z. 9, s. 3–17.

Akty prawne

Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, Brussels, 14 September 2016, Interinstitutional File: 2016/0206 (NLE).

Decyzja Rady z dnia 26 października 2016 r. w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej, Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony.

Decyzja Rady z dnia 5 października 2016 roku w sprawie tymczasowego stosowania Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony.

Declaration Regarding a Comprehensive Economic Partnership Agreement Between the European Union and Canada, Prague, 6 May 2009.

Konstytucja RP z 1997 r., T.j. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 1969 r., United Nations Treaty Series, vol. 1155, s. 331.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016.

Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016.

Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, Dz.Urz. UE C 306, 17 grudnia 2007.

Umowa o partnerstwie strategicznym między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Kanadą, z drugiej strony.

Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych, Dz.U. 2000, nr 39, poz. 443 z późn. zm.

Wspólny instrument interpretacyjny dotyczący Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi.

Orzecznictwo

Opinia Trybunału Sprawiedliwości UE 1/09 z dnia 8 marca 2011 r., Zb. Orz. 2011, s. I-1137.

Opinia Trybunału Sprawiedliwości UE 2/15 z dnia 16 maja 2017 r., Zb. Orz. 2017/C 239/03.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-26/62 van Gend en Loos z dnia 5 lutego 1963 r.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-6/64 Costa v. ENEL z dnia 15 lipca 1964 r.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-22/70 ERTA (AETR) z dnia 31 marca 1971 r.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-317/04 Parlament Europejski przeciwko Radzie i w sprawie C-318/04 Parlament Europejski przeciwko Komisji z dnia 30 maja 2006 r.

Netografia

Strony instytucji UE

Assessing the costs and benefits of the closer EU-Canada economic partnership. A joint study of the European Commission and the Government of Canada, 2008, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf.

CETA – rozdział po rozdziale, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_pl.htm.

CETA: MEPs back EU-Canada trade agreement, http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement.

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, L 11 (14/01/2017), http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2016017.

EU-Canada summit, Brussels, 30/10/2016, http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2016/10/30/.

Joint Report on the EU-Canada Scoping Exercise, March 5, 2009, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/march/tradoc_142470.pdf.

Komisja Europejska proponuje podpisanie i zawarcie umowy handlowej między UE a Kanadą, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_pl.htm.

Pozostałe

#StopCETA: Thousands protest EU-Canada trade deal in demos across Europe, https://www.rt.com/news/374668-stop-ceta-protests-europe/.

„Financial Times": Polska może odmówić ratyfikacji umowy CETA, http://tvn24bis.pl/ze-swiata,75/umowa-ceta-polska-moze-odmowic-ratyfikacji,770790.html.

Analiza gospodarczo-handlowa Całościowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą (CETA) dla polskiej gospodarki i przedsiębiorców – wybrane zagadnienia, Ministerstwo Rozwoju, Warszawa 2016, https://www.mr.gov.pl/media/28075/Analiza_CETA1.pdf.

Co dalej z CETA? Rzecznik rządu: Przyjęcie umowy może nastąpić za kilka lat. Ewentualna ratyfikacja wymaga 2/3 głosów w Sejmie, https://wpolityce.pl/polityka/311618-co-dalej-z-ceta-rzecznik-rzadu-przyjecie-umowy-moze-nastapic-za-kilka-lat-ewentualna-ratyfikacja-wymaga-23-glosow-w-sejmie.

European parliament passes EU-Canada free trade deal amid protests, https://www.theguardian.com/business/2017/feb/15/ceta-trade-deal-canada-eu-passed-european-parliament.

Gigantyczny kurczak, dziesiątki transparentów. „CETA stop" w Warszawie, http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/protesty-przeciw-ceta-i-ttip-w-polsce,684214.html.

„Le Monde", *CETA: les Belges ont arrêté une position commune que l'UE va examiner*, http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/10/27/ceta-les-belges-trouvent-un-accord-entre-eux-sur-le-traite-de-libre-echange-ue-canada_5021405_3234.html.

„Le Monde", *CETA: la Wallonie rejette le délai que ses partenaires voulaient lui imposer*, http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/18/ceta-la-wallonie-rejette-le-delai-que-ses-partenaires-voulaient-lui-imposer_5016066_3214.html#DXImP3jJCPYwt3FD.99.

„Le Soir", *Ceta: la Belgique a trouvé un accord*, http://www.lesoir.be/archive/recup%3A%252F1353096%252Farticle%252Feconomie%252F2016-10-27%252Fceta-belgique-trouve-un-accord.

„Le Soir", *Ceta: le Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles met son veto*, http://plus.lesoir.be/63609/article/2016-10-12/ceta-le-parlement-de-la-federation-wallonie-bruxelles-met-son-veto.

„L'Echo", *CETA: le Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles confirme son opposition*, https://www.lecho.be/dossier/TTIP/CETA-le-Parlement-de-la-Federation-Wallonie-Bruxelles-confirme-son-opposition/9819209?ckc=1&ts=1505372211.

Leonard M., *„What Liberal World Order?" Project Syndicate*, 28 February 2017, https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-brexit-liberal-world-orderby-mark-leonard-2017-02.

Minister Reynders submits request for opinion on CETA, https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2017/minister_reynders_submits_request_opinion_ceta.

Newsham J., *EU, Canada Kick Off Talks On Expanding Investment Court*, https://www.law360.com/articles/872009?sidebar=true.

Niemcy: masowe protesty przeciwko umowom transatlantyckim TTIP i CETA, http://www.dw.com/pl/niemcymasowe-protesty-przeciwko-umowom-transatlantyckim-ttip-i-ceta/a-19558993.

PPM Blog. *Przegląd najważniejszych doniesień poświęconych tematyce prawnomiędzynarodowej. CETA*, http://przegladpm.blogspot.com/search/label/CETA.

Protests in Germany against transatlantic TTIP and Ceta trade deals, http://www.bbc.com/news/world-europe-37396796.

Adrian Cop*

Negocjacje umowy CETA z perspektywy prowincji kanadyjskich Status prawny prowincji jako uczestnika negocjacji

CETA negotiations from the perspective of the Canadian provinces Legal status of the province as a participant in negotiations

Streszczenie: Umowa CETA jako jedna z precedensowych umów włączyła do procesu negocjacji rządy prowincji kanadyjskich. Unia Europejska, wiedząc, że negocjacje umowy dotkną różnych kwestii, które na mocy *Constitution Act* z 1867 r. należą do kompetencji rządów prowincjonalnych, słusznie uznała, że istotne będzie zaproszenie ich do negocjacji. Dzięki temu precedensowemu wydarzeniu faktem stała się zmiana koncepcji federalizmu i ustroju prowincjonalnego oraz zasady suwerenności legislacji prowincjonalnej.

Słowa kluczowe: Kanada, Unia Europejska, CETA, negocjacje, prowincje

Abstract: The CETA Agreement as a precedent agreement has included the Governments of the Canadian provinces in the process of its negotiations. European Union, knowing that they will touch on a variety of issues that under the Constitution Act of 1867 lie within the competences of the provincial governments, has rightly acknowledged, that it will be essential to invite all governments as full-fledged participants in the negotiations. Due to this precedent act, the change of a concept of federalism and provincial system, as well as the principle of sovereignty of provincial legislation has become a fact.

Key words: Canada, European Union, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), negotiations, provinces

* Mgr, doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

1. Wstęp

Po ponad siedmiu intensywnych latach negocjacji między Kanadą i Unią Europejską 30 października 2016 r. obie strony ogłosiły podpisanie umowy CETA. Po jej akceptacji przez parlamenty państw Unii 15 lutego 2017 r. Parlament Europejski ratyfikował umowę CETA, która tym samym oficjalnie stała się częścią unijnego systemu prawnego. Za ratyfikacją umowy opowiedziało się 408 z prawie 700 europosłów, którzy wzięli udział w głosowaniu, co z jednej strony dowodzi zdecydowanego poparcia dla idei wspólnej umowy handlowej, a z drugiej pokazuje siłę jej przeciwników.

Podpisanie umowy CETA stanowi ważny i przełomowy moment w historii umów bilateralnych zawieranych przez Unię Europejską. CETA jest pierwszą kompleksową umową handlową, która była negocjowana przez Komisję Europejską w imieniu państw członkowskich Unii Europejskiej. Umożliwiły to zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony z 13 grudnia 2007 r. CETA jest uznawana za wzorzec nowej generacji umów handlowych, podobnie jak negocjowana między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi umowa *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP)[1].

Co do zasady celem CETA jest ułatwienie i zwiększenie dwustronnej wymiany handlowej oraz inwestycji, a także rozwój biznesu między Unią a Kanadą. Aby to osiągnąć, obie strony podjęły daleko idące zobowiązania i kompromisy, które z racji niejednorodności systemów prawnych sięgały władz prowincjonalnych i terytorialnych.

CETA jako jedna z precedensowych umów włączyła do procesu negocjacji rządy prowincji kanadyjskich. I tak w proces negocjacji po stronie Kanady bezpośrednio zaangażowany był nie tylko rząd federalny, ale i rządy prowincjonalne i terytorialne. Co istotne, zarówno rządy prowincjonalne, jak i terytorialne miały bezpośredni wpływ na najważniejsze punkty umowy i stanowisko negocjacyjne Kanady.

Dlaczego negocjacje umowy CETA, *a contrario* niż inne negocjacje umów handlowych prowadzonych przez Unię Europejską i Kanadę, były prowadzone z włączeniem prowincji kanadyjskich? W niniejszym artykule podjęta zostanie próba odpowiedzi na tak postawione pytanie. Jako pierwsza omówiona zostanie zasada zawierania umów międzynarodowych w myśl prawa kanadyjskiego i unijnego. Następnie krótko przedstawiona zostanie koncepcja federalizmu i różnice w jej postrzeganiu oraz stosowaniu jej elementów zarówno w Kanadzie, jak i w Unii Europejskiej. Trzecim zagadnieniem,

[1] K. Ackhurst, S. Nattrass, E. Brown, *CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" Feb. 2016, vol. 31, Issue 1, s. 58 [prace nad umową obecnie są zawieszone].

jakie zostanie zaprezentowane, jest charakterystyka tzw. codziennej roli, jaką prowincje kanadyjskie odgrywały i nadal odgrywają w międzynarodowych negocjacjach handlowych, oraz próba wyjaśnienia funkcji i różnicy między federalnymi a prowincjonalnymi rolami w umowie CETA na tle obecnych trendów w systemie handlu międzynarodowego.

2. Procedura zawierania umów

2.1. Kanada

W uproszczeniu procedura zawierania traktatów w Kanadzie składa się z dwóch etapów – zawarcia traktatu, czyli jego negocjacji, podpisania i ratyfikacji, oraz wdrażania traktatu. Pierwszy etap jest typową prerogatywą władzy wykonawczej – rządu federalnego, natomiast drugi etap – przyjęcie niezbędnych przepisów do stosowania traktatu – stanowi przywilej dzielony między władzę ustawodawczą, rząd federalny i rządy prowincjonalne. Traktat musi zatem zostać inkorporowany do prawa krajowego przez działania legislacyjne na odpowiednim poziomie jurysdykcyjnym. Należy pamiętać, że w prawie kanadyjskim traktatu nie stosuje się automatycznie w stosunku do istniejących przepisów. Sędziowie opierają swoje orzeczenia na prawie kanadyjskim, a nie na postanowieniach traktatów *sensu stricto*. Ta kwestia ma fundamentalne znaczenie, gdyż tylko około 40% ustaw federalnych wdraża w Kanadzie traktatowe przepisy w całości lub w części.

Negocjacje międzynarodowych umów handlowych co do zasady prowadzi rząd federalny w Ottawie, nawet wtedy, gdy dotyczą one obszarów jurysdykcji wyłącznej należącej do prowincji. Na tym tle powstaje interesująca kwestia prawna, gdyż nieunikniona staje się współpraca między rządem federalnym a rządem prowincjonalnym, w szczególności gdy negocjacje dotyczą obszarów jurysdykcji wyłącznej należącej do prowincji. W innym wypadku prowincje mogą nie implementować zapisów danej umowy do swego systemu prawnego[2].

[2] K.R. Nossal, S. Roussel, S. Paquin, *The Politics of Canadian Foreign Policy*, Kingston 2015, s. 328–324.

2.2. Unia Europejska

Postępowanie dotyczące zawierania przez Unię Europejską umów międzynarodowych z państwami trzecimi oraz organizacjami międzynarodowymi regulują art. 216–218 TfUE[3].

Inicjatywę do zawarcia umowy międzynarodowej posiada Komisja Europejska jako organ uprawniony do reprezentowania UE. Instytucją kompetentną do podjęcia rokowań, ustalania wytycznych oraz uprawnioną do podpisywania i zawierania umowy większością kwalifikowaną (z wyjątkami) w imieniu całej Unii jest Rada. Komisja Europejska przedstawia swoje zalecenia Radzie, która w zależności od problematyki umowy podejmuje decyzję upoważniającą do podjęcia rokowań oraz mianującą negocjatora lub przewodniczącego zespołu negocjatorów Unii Europejskiej. Jeżeli umowa międzynarodowa dotyczy wyłącznie bądź w szczególności wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, wysoki przedstawiciel Unii do spraw zewnętrznych przedkłada Radzie swoje zalecenia dotyczące umowy. Dyspozycja art. 218 TfUE stanowi, że Rada może kierować wytyczne do negocjatora Unii oraz wyznaczyć specjalny komitet, w ramach konsultacji z którym należy prowadzić rokowania. Gdy faza rokowań zostanie zakończona, Rada, na wniosek negocjatora, przyjmuje decyzję upoważniającą do podpisania umowy i jej wejścia w życie.

Co do zasady Rada przyjmuje decyzję w sprawie zawarcia umowy po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego w enumeratywnie wskazanych w art. 218 pkt 6 TfUE przypadkach, a w pozostałych przypadkach – po konsultacji z Parlamentem Europejskim. Następnie Parlament Europejski zobligowany jest do przedłożenia Radzie opinii o umowie, która nie jest niezbędna do podpisana umowy, gdyż w wypadku zwłoki, bądź jej braku, Rada może samodzielnie stanowić o zawarciu umowy międzynarodowej.

3. Ustrój polityczny – federalizm kanadyjski a Unia Europejska

Należy zaznaczyć, że w wielu opracowaniach widoczna jest tendencja do uznawania zarówno Kanady, jak Unii Europejskiej za państwa federalne czy też faktu przekształcania się Unii Europejskiej w federację. Jeśli chodzi o Kanadę, to nie może być wątpliwości, że jest ona państwem federalnym,

[3] Artykuły 216–218 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. (wersja skonsolidowana), T.j. Dz.Urz. UE C nr 326, s. 47.

co wynika wprost z konstytucji. Natomiast jeśli chodzi o Unię Europejską, to zdaniem autora niniejszego opracowania, istnieją wątpliwości co do jej statusu państwa federalnego – co zostanie pokrótce poniżej omówione – wobec czego nie można jej uznać za federację *sensu stricto*.

Z definicji federalizmu, jaką przytacza *Słownik języka polskiego PWN*[4], wynika, że władza i procesy decyzyjne w państwie powinny być podejmowane na tyle blisko danych społeczności, na ile jest to możliwe. Postulaty federalizmu uzasadniają rozwiązanie wszystkich problemów gospodarczych, politycznych i ekonomicznych w wyniku tworzenia tzw. państw złożonych lub związków państw. Związki między państwami lub państwa złożone mogą występować w formie unii personalnej, konfederacji lub federacji.

Państwo federalne składa się z jednostek administracyjno-terytorialnych (prowincji, regionów, stanów) i opiera się na nadrzędnym akcie prawnym (konstytucji), który określa relacje pomiędzy „centrum" a częściami państwa oraz reguluje podział kompetencji między nimi. „Co do zasady, to części składowe dysponują kompetencjami pierwotnymi, natomiast federacja, jako całość, posiada kompetencje wyraźnie przyznane jej przez konstytucję lub kompetencje, które nie zostały wyraźnie zastrzeżone dla części składowych. W praktyce istnieją też obszary, w których zarówno federacja, jak i części składowe mają pewne podstawy do działania – są to tzw. kompetencje konkurencyjne. W razie konfliktu norm prawnych prawo federalne ma pierwszeństwo przed prawem stanowionym przez części składowe"[5].

Nie wchodząc w dalsze szczegóły koncepcji federalizmu, na kanwie przytoczonych krótkich rozważań należy stwierdzić, że Unia Europejska nie spełnia kryteriów kraju federacyjnego. I tak biorąc chociażby pod uwagę „kryterium podstawy prawnej", w którym podstawą funkcjonowania federacji jest konstytucja, Unia Europejska funkcjonuje jedynie na bazie umów międzynarodowych zawieranych z woli państw członkowskich. Z kolei biorąc pod rozwagę „kryterium podmiotowości prawnomiędzynarodowej", w rozumieniu prawa międzynarodowego podmiotowość w przypadku federacji posiada wyłącznie państwo jako całość, a w ramach UE taką samą podmiotowość mają wszystkie państwa członkowskie.

Zdaniem autora niniejszego opracowania, powyższe rozważania stanowią istotną kwestię, którą warto przypomnieć, aby zrozumieć różnice systemów polityczno-prawnych między Kanadą a Unią Europejską oraz znaczący udział prowincji jako integralnej części państwa federacyjnego w ramach negocjacji umowy CETA.

---

[4] *Słownik języka polskiego PWN*, T. 1: *A–K*, Warszawa 1978, s. 579.

[5] P. Chmielewski, *Unia Europejska jako federacja*, http://www.psz.pl/120-unia-europejska/piotr-chmielewski-unia-europejska-jako-federacja/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

3.1. Zaangażowanie w negocjacje na kanwie koncepcji federalizmu

Jak wynika z przytoczonych wywodów na temat koncepcji federalizmu, państwa członkowskie UE nie były bezpośrednio zaangażowane w negocjacje, ponieważ upoważniły organ centralny – Komisję Europejską do podjęcia negocjacji w ich imieniu. Natomiast kanadyjskie prowincje i terytoria, w myśl zasad państwa federacyjnego, odgrywały bardziej aktywną rolę w negocjacjach umowy CETA, uczestnicząc w konsultacjach i mając realny wpływ na rząd kanadyjski, niż państwa członkowskie Unii Europejskiej. Różnica ta ma dwie podstawowe konsekwencje. Przede wszystkim różnice instytucjonalne, przekazanie odpowiedzialności za umowę bowiem ma potencjalnie większy wpływ na wynikające z umowy zobowiązania niż sama idea różnic pomiędzy prowincją a krajem i narodem. Drugi obszar zaś dotyczy kompetencji związanych z handlem międzynarodowym, co oferuje bezpośredni kontrast między jednostką polityczną, która zachowuje się bardziej jak federacja, a rzeczywistym krajem federacyjnym. Unia Europejska, która składa się z bardzo różnych krajów europejskich, jest lepiej zintegrowana pomiędzy poziomami regionalnymi i centralnymi w zakresie negocjacji handlowych niż Kanada, w której wbrew definicji federalizmu dochodzi do ostrych debat, wymiany zdań oraz niekiedy sporów kompetencyjnych na poziomie prowincjonalnym i federalnym[6].

4. Prowincje kanadyjskie w negocjacjach

Do tej pory kanadyjskie rządy prowincjonalne i terytorialne podczas negocjacji umów handlowych były jedynie informowane o prowadzonych negocjacjach handlowych, natomiast w przypadku umowy CETA brały czynny udział przy negocjacyjnym stole, obok rządu federalnego. W doktrynie widoczny jest *consensus* w kwestii, że umowa CETA jest wyjątkowa z tego względu, że rządy prowincjonalne i terytorialne odgrywały w negocjacjach bezprecedensową – czynną – rolę. Należy przytoczyć słowa Stéphane Paquin[7], która twierdzi, że „negocjacje i wdrażanie międzynarodowej umowy handlowej obejmuje obecnie jurysdykcję federacji, prowincji, a nawet rzą-

[6] V.J. D'Erman, *Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU*, [in:] *Politics and Governance*, eds. R.A. Williams, R. Tremblay, Lisbon 2016, s. 90–94.

[7] S. Paquin, *Federalism and the governance of trade negotiations in Canada: comparing CUSFTA with CETA*, http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0020702013509318?journalCode=ijxa/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

dów municypialnych". Co więcej, CETA wydaje się „bezprecedensowym procesem negocjacyjnym", który „bezpośrednio zaangażował […] zarówno rząd federalny, jak i wszystkie dziesięć rządów prowincjonalnych i trzy rządy terytorialne w Kanadzie"[8]. Należy zatem wskazać, że jest to pierwsza umowa w historii kanadyjskich negocjacji handlowych, w której prowincje były bezpośrednio zaangażowane w planowanie negocjacji handlowych, włącznie z ich zaangażowaniem i konsultacjami na kluczowym etapie określania warunków na podstawie wspólnych raportów i mandatu negocjacyjnego. Niestety, zaangażowanie i dostęp do negocjacji nie były pełne, gdyż konsultacja z prowincjami w zakresie doboru głównego i pozostałych negocjatorów była na bardzo niskim poziomie.

Udział prowincji kanadyjskich w negocjacjach należy uzasadnić wnioskiem Unii Europejskiej, która słusznie uznała, że będą one dotyczyć wielu kwestii bezpośrednio lub pośrednio oddziałujących na prowincje kanadyjskie. Unia nie myliła się, przypuszczając, że może zaistnieć sytuacja, że dana prowincja lub prowincje prawnie nie zaakceptują warunków umowy, które będą dla nich niekorzystne, a co za tym idzie nie będą ich przestrzegać[9]. Jako przykład należy podać kwestię zamówień publicznych, które są odmiennie regulowanie w poszczególnych prowincjach, czy kwestię regulacji papierów wartościowych, która jest normowana przez 13 odrębnych organów prowincjonalnych, a każdy potencjalny zainteresowany musi jednostkowo występować o zgodę do odpowiedniego organu danej prowincji[10]. Co ciekawe, podczas negocjacji umowy CETA rząd kanadyjski otrzymał wsparcie doradczo-informacyjne od wielu grup społecznych, firm i przedsiębiorstw z różnych sektorów z całego kraju. Co więcej, przedstawiciele rządu kanadyjskiego aktywnie konsultowali propozycje zapisów umowy z wymienionymi grupami[11].

[8] J. De Beer, *Implementing International Trade Agreements in Federal Systems: A Look at the Canada-EU CETA's Intellectual Property Issues*, „Legal Issues of Economic Integration" 2013, vol. 39, no. 1, s. 52.

[9] W literaturze przedmiotu istnieje pogląd, że ograniczona rola prowincji w negocjacjach traktatów międzynarodowych oraz fakt, że prawo kanadyjskie nie przewiduje procesu, który wymaga ich formalnego zaangażowania w porozumienie, pozostawiają otwartą i prawdopodobną sytuację, że w wypadku niekorzystnych postanowień traktatowych jedna lub kilka prowincji może zdecydować się na niepełną realizację zawartej umowy bądź odmówić jej realizacji. W rezultacie prowincje mogą oddziaływać na przebieg negocjacji zarówno po stronie Unii Europejskiej, jak i rządu w Ottawie. Por. P. Fafard, P. Leblond, *Closing the deal: What role for the provinces in the final stages of the CETA negotiations?*, http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0020702013509319/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

[10] http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/facts-faits.aspx?lang=eng/

[11] E. Yencken, *Lessons from CETA: It's implications for future Free Trade Agreements*, http://www.oefse.at/fileadmin/content/Downloads/tradeconference/Yencken_Lessons_from_CETA__Implications_for_future_EU_FTAs.pdf/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

Należy zaznaczyć, że prowincje kanadyjskie zawsze odgrywały pewną rolę w negocjacjach umów handlowych. Ich rola nie była jednak identyczna w każdych negocjacjach. W relacjach między rządem federalnym a prowincjami istnieje pewna swoboda w podejmowaniu decyzji, jaką rolę mogą i powinny odgrywać prowincje w przypadku zawierania i negocjacji umów międzynarodowych. Jak należy określić taką swobodę w podejmowaniu decyzji?

Analiza doktryny w przedmiocie kanadyjskiego prawa konstytucyjnego dowodzi, że w Konstytucji Kanady nie zostały jasno określone wytyczne konstytucyjne dotyczące „aktywności międzynarodowej" rządów prowincjonalnych, terytorialnych oraz organów municypalnych[12]. Ponadto, orzeczenia sądowe oraz przepisy konstytucyjne potwierdzają niejednoznaczność konstytucyjną, która przyznaje prowincjom kanadyjskim częściową legitymację prawną w kwestiach międzynarodowych. Analiza sekcji 91(2) kanadyjskiej Konstytucji z 1867 r. wskazuje na wyłączną kontrolę Parlamentu nad regulacjami handlu, natomiast prowincjom przyznano jurysdykcję nad kwestiami mienia, praw obywatelskich, co częściowo obejmuje regulację umów, czyli *de facto* podstawy zawierania i prowadzenia handlu międzynarodowego. Zgodnie z Konwencją prawa pracy z 1937 r., rząd w Ottawie ma prawo do prowadzenia negocjacji w sprawach pracowniczych, jednak nie może implementować tych reguł na poziomie prowincjonalnym, gdzie wyłączną jurysdykcję mają miejscowe władze[13].

Przytoczone przepisy zakreślają role zarówno rządu federalnego, jak i rządów prowincjonalnych w procesie negocjowania i zawierania międzynarodowych umów handlowych. W przypadku rządu federalnego rola ta obejmuje kompetencje do zawierania traktatu, prowadzenia negocjacji i ratyfikacji porozumienia, natomiast w przypadku prowincji – realizację postanowień. W doktrynie widoczny jest pogląd, że w poprzednich negocjacjach umów handlowych stopień, w jakim właściwość dotycząca uprawnień prowincji była przedmiotem negocjacji, był bardziej ograniczony. CETA – jak sama nazwa wskazuje – to zarówno kompleksowe, jak i gospodarcze porozumienie, oprócz elementów typowo handlowych, obejmujące takie zagadnienia, jak: zamówienia publiczne, usługi czy własność intelektualną. To obszary nie tylko bezpośrednio wpływające na prowincje, lecz takie, nad którymi te powinny sprawować pewną kontrolę.

---

[12] Ch.J. Kukucha, *Provincial Pitfalls: Canadian provinces and the Canada-EU trade negotiations*, [in:] *Europe, Canada and the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, ed. K. Hübner, New York 2011, s. 130–150.

[13] L. Delagran, *Conflict in Trade Policy: The Role of the Congress and the Provinces in negotiating and Implementing the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, https://academic.oup.com/publius/article-abstract/22/4/15/1916978/Conflict-in-Trade-Policy-The-Role-of-the-Congress?redirectedFrom=fulltext/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

Jak twierdzą Patrick Fafard i Patrick Leblond[14], myślenie w kategoriach monolitycznej całości funkcjonowania prowincji w stosunku do rządu federalnego nie zawsze jest pomocne. Pewne kwestie bowiem mogą mieć szczególne znaczenie tylko dla jednej lub większej liczby prowincji. Oczywiście, podczas negocjacji umowy CETA ścierały się interesy różnych prowincji. W niektórych wypadkach wszystkie one miały podobne problemy, jak np. w dziedzinie zamówień publicznych. Z kolei inne kwestie regulowane CETA odnoszą się tylko do niektórych prowincji. I tak pragnieniem Unii Europejskiej było, aby otworzyć kanadyjskie rynki alkoholowe dla przedsiębiorstw produkujących wina z regionów Kolumbii Brytyjskiej, Ontario czy Quebecu.

Należy podkreślić, że w praktyce negocjowania umów handlowych wraz rozwojem technologii i globalizacją zauważa się wzrost liczby tzw. spraw nowych, tzn. takich, które odnoszą się do aspektów i sektorów, które nie istniały lub nie były uregulowane w chwili, gdy prawnie nakreślano granice jurysdykcyjne rządów prowincjonalnych i federalnych. Ponieważ pewnie kwestie „nie istniały" w czasach, gdy tworzono ustawę zasadniczą, nie zostały one ujęte w katalogu uprawnień określonym w sekcjach 91 i 92 Konstytucji Kanady z 1867 r. Choć katalog ten co do zasady jest klarowny, trudności w kategoryzacji występują w przypadku tematów związanych z szeroko pojętą technologią. Jako przykład kwestii nieuregulowanych należy wskazać zagadnienia dotyczące: własności intelektualnej, biopaliw, znaków towarowych, farmaceutyków, polityki telekomunikacyjnej, regulacji korzystania z Internetu i dostępu do Internetu, handlu elektronicznego czy też praw autorskich. Ponieważ jurysdykcja prawna w tych dziedzinach nie została wprost uregulowana, ani rząd federalny, ani rządy prowincjonalne nie są prawnie władne w tej materii[15].

Jak twierdzi Jeremi De Beer, „nie wszystkie obowiązki wymagają działań legislacyjnych; wiele należy interpretować raczej jako zobowiązania do powstrzymania się od podejmowania niektórych środków, czyli zobowiązania się do niedziałania w niektórych kwestiach. Jednak tam, gdzie akcja taka jest wymagana, uprawnienie do podjęcia takiego działania jest określone przez podział uprawnień wynikających z Konstytucji kanadyjskiej. Zatem implementacja zobowiązań traktatowych może wymagać współpracy między rządem federalnym i rządem prowincjonalnym"[16]. Z tego też względu

[14] P. Fafard, P. Leblond, *Twenty – First Century Trade Agreements: Challenges for Canadian Federalism*, https://www.academia.edu/2303449/TwentyFirst_Century_Trade_Agreements_Challenges_for_Canadian_Federalism?auto=download/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

[15] J. De Beer, *Implementing*…, s. 134.

[16] J.A. VanDuzer, *Could an intergovernmental agreement increase the credibility of Canadian treaty commitments in areas within provincial jurisdiction?*, http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0020702013509315/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

ta mieszanka konstytucyjnych i wewnętrznych ustaleń stawia rząd federalny w niekonwencjonalnej pozycji. Rząd posiada formalną odpowiedzialność i przyjmuje zobowiązania na arenie międzynarodowej, ale zarówno prowincje, jak i terytoria stanowią integralną część realizacji tych obowiązków i zobowiązań.

Przytoczone rozważania można podsumować jednym zdaniem: Co prawda rząd federalny ma wyłączne prawo do zobowiązania Kanady do wykonywania międzynarodowych obowiązków, jednak zgodnie z Konstytucją Kanady, przestrzeganie tych zobowiązań, gdy wkraczają w zakres kompetencji prowincji, leży wyłącznie w jurysdykcji prowincji. Zdanie to tłumaczy powód nacisków Unii Europejskiej w dążeniu do tego, aby prowincje obecne były przy negocjacyjnym stole.

Rzeczywistość wymusiła na rządzie federalnym potrzebę wprowadzenia różnych mechanizmów konsultacji i komunikacji międzyrządowej. Pierwsze dyskusje w tej kwestii pojawiły się w 1985 r. w sprawie roli i pragnienia prowincji pełnego uczestnictwa w umowie o wolnym handlu między Kanadą a USA (CUSFTA)[17]. Kwestie omówione między prowincjami i rządem federalnym dotyczyły: uczestnictwa prowincji w tworzeniu i zatwierdzaniu kanadyjskiego mandatu podczas negocjacji, zakresu konsultacji i dzielenia się informacjami, czy prowincje winny być obecne przy stole negocjacyjnym, jaki byłby zakres podejmowania decyzji przy stole negocjacyjnym oraz zaangażowanie i głos prowincji w kluczowych punktach negocjacji.

J. Anthony VanDuzer[18] twierdzi, że obecnie rząd federalny prowadzi konsultacje z prowincjami przed zobowiązaniem się do podpisania traktatu, mimo że nie ma prawnego obowiązku prowadzania konsultacji, a tym bardziej obowiązku uzyskania od rządów prowincjonalnych uprzedniej zgody na zawarcie traktatu, nawet jeśli chodzi o zaciąganie zobowiązań w zakresie jurysdykcji prowincjonalnej. Historycznie rzecz ujmując, rząd w Ottawie ograniczał zakres ingerencji prowincji do roli konsultacyjnej. Rola ta ewoluowała od pracy wielu komitetów, przez udział w *quasi*-umowie, na mocy której prowincje miały rzeczywistą reprezentację w danych komitetach, aż do regularnych spotkań między prowincjami a rządem federalnym.

Jeśli chodzi o umowę CUSFTA, którą uznać należy za punkt przełomowy w zaangażowaniu prowincji i terytoriów w negocjacje, trzeba przyznać, że prowincje nie brały czynnego udziału w jej negocjacjach, choć ściśle

[17] Umowa o wolnym handlu zawarta między Kanadą a Stanami Zjednoczonymi 4 października 1987 r. i podpisana przez przywódców obu tych krajów 2 stycznia 1988 r. Umowa wycofała stopniowo szeroki zakres ograniczeń w handlu między obu państwami w okresie dziesięciu lat, co zakończyło się wielkim wzrostem handlu transgranicznego. Wraz z przystąpieniem do niej w 1994 r. Meksyku CUSFTA została zastąpiona przez Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu (NAFTA).

[18] J.A. VanDuzer, *Could an intergovernmental agreement*…, s. 538.

współpracowały w tym względzie z rządem federalnym. Zwrot w zaangażowaniu prowincji i terytoriów w negocjacje widoczny jest w możliwości przedstawienia przez nie stanowiska osobiście – przez własnego właściwego ministra lub negocjatora, ale także, co ważne, na poziomie oficjalnym przez swoich przedstawicieli – członków w odpowiednim komitecie do spraw negocjacji handlowych[19].

Chrostopher J. Kukucha[20] wskazuje, że w umowie CETA prowincje kanadyjskie cieszyły się rozszerzonym poziomem zaangażowania, uczestniczyły bowiem bezpośrednio w kilku grupach negocjacyjnych, co jest znaczącym odejściem od poprzedniej praktyki i odpowiada wymaganiom pod tym względem Unii Europejskiej. To pełne uczestnictwo umożliwiło bezpośrednie zaangażowanie się rządów prowincjonalnych i terytorialnych w negocjacje jako członków delegacji kanadyjskiej, pozwoliło im zaangażować się w rundach negocjacji z tematów wchodzących w zakres ich jurysdykcji, dając tym samym uprawnienie do tworzenia pozycji Kanady w negocjacjach umowy CETA odnośnie do aspektów leżących w ich jurysdykcji i polu zainteresowań. *A natura rei* przedstawiciele prowincji mieli również dostęp do najważniejszych tekstów i ustaleń, a także brali udział w konsultacjach z dziedzin spoza ich jurysdykcji, choć ich wpływ w tych sferach należy uznać za wątpliwy. Wspomniany autor słusznie dodaje, że zaprezentowane zmiany w udziale prowincji nie stanowią zmiany w podejściu do nich rządu federalnego i ich zaangażowania w sprawach polityki handlowej, lecz są niezbędne, by negocjacje dobiegły końca.

4.1. Status negocjacyjny miast w CETA

Omawiając kwestię zdolności negocjacyjnej prowincji kanadyjskich, nie można nie odnieść się w kilku słowach do statusu miast w tych negocjacjach. W doktrynie pojawiają się głosy potwierdzające zaangażowanie zarówno miast, jak i prowincji w proces i postanowienia umowy CETA, w szczególności w kwestii zamówień publicznych. Potwierdzeniem tego ma być szukanie na tej podstawie przez kilka miast odstępstw od CETA. I tak np. miasto

[19] Pierwotnie, w latach osiemdziesiątych XX w., komitet ten nosił nazwę *The Continuing Committee on Trade Negotiations*. Obecnie zaś znany jest pod nazwą *C-Trade committee system* (por. P. Fafard, P. Leblond, *Twenty – First Century Trade Agreements*…, s. 5; Ch.J. Kukucha, *Provincial Pitfalls*…, s. 53). Ułatwia i motywuje strony do nieformalnych, kwartalnych spotkań między rządem federalnym i prowincjami. Jeśli chodzi o CETA, to same procesy konsultacyjne okazałyby się niewystarczające do negocjacji umowy z racji obostrzeń natury konstytucyjnoprawnej i jurysdykcji prowincjonalnej w wybranych sferach negocjacji CETA.

[20] C.J. Kukucha, *Provincial Pitfalls*…, s. 134.

Stratford i miasteczko Pelee w Ontario podjęły uchwały wzywające rządy prowincjonalne do „wyraźnego i trwałego zwolnienia lokalnych rządów z niektórych postanowień umowy CETA”[21], z kolei unia miast prowincji British Columbia poprosiła rząd prowincji British Columbia, aby wykluczyć z zakresu stosowania umowy CETA tzw. Sektor MUSH (miasta, uniwersytety, rady szkoły i szpitale)[22].

Zaprezentowany wywód można podsumować następująco: Chociaż prowincje odegrały znaczącą rolę w negocjacjach umowy CETA, niewiele wskazuje na to, że podczas negocjacji poglądy i dążenia władz poszczególnych miast w danych dziedzinach brano pod uwagę, mimo że podkreślano znaczenie i wagę postanowień umowy CETA dla miast.

5. Podsumowanie

CETA jako jedna z precedensowych umów włączyła do procesu negocjacji rządy prowincji kanadyjskich, zarówno prowincjonalne, jak i terytorialne, które były bezpośrednio zaangażowane w jej negocjacje. Co istotne, rządy prowincjonalne i terytorialne miały bezpośredni wpływ na najważniejsze punkty tej umowy i stanowisko negocjacyjne Kanady.

Nie byłoby to jednak możliwe bez ingerencji Unii Europejskiej, która wiedząc, że negocjacje i umowa CETA będą dotyczyły wielu kwestii, jakie na mocy prawa kanadyjskiego i sekcji 91 i 92 Konstytucji Kanady z 1867 r. należą do kompetencji rządów prowincjonalnych, słusznie przyjęła, że jako pełnoprawnych uczestników negocjacji należy zaprosić wszystkie rządy prowincjonalne, by później nie dostosowywać i negocjować odrębnie poszczególnych zagadnień z odpowiednimi rządami prowincjonalnymi. *Constitution Act* z 1867 r. nie daje rządowi federalnemu kompetencji stanowienia prawa we wszystkich jego dziedzinach, w szczególności zaś w kwestiach zamówień publicznych czy w kwestiach związanych z zatrudnianiem pracowników i wzajemnego uznawania ich wykształcenia i technologii.

Prawo kanadyjskie nadaje rządowi federalnemu prerogatywę władzy, jaką jest przyjęcie umowy międzynarodowej, natomiast przyjęcie niezbędnych przepisów wykonawczych do stosowania tej umowy jest przywilejem dzielonym między władzę ustawodawczą, rząd federalny i rząd prowincjonalny. Traktat zatem musi zostać inkorporowany do prawa krajowego przez działania legislacyjne na odpowiednim poziomie jurysdykcyjnym.

[21] http://canadians.org/fr/node/4375/

[22] http://canadians.org/sites/default/files/draft-resolution.pdf/

Istotne jest to, aby pamiętać, że w prawie kanadyjskim traktatu nie stosuje się automatycznie w stosunku do istniejących przepisów. Wobec powyższego działania rządu w negocjacji CETA bez udziału prowincji oraz pod groźbą nieinkorporowania jej postanowień do prowincjonalnych systemów prawnych zmusiły rząd kanadyjski do podjęcia szerszej współpracy z prowincjami, a także wymusiły na Unii Europejskiej żądanie dopuszczenia prowincji do stołu negocjacyjnego.

Należy więc zapytać, czy aktywna obecność rządów prowincjonalnych w negocjacjach traktatowych będzie od tego czasu normą, oraz czy prowincje i rząd federalny powrócą do konsultacyjnego formatu *C-Trade committee system*. Choć obecnie kwestia ta pozostaje otwarta, wydaje się, że precedens miał już miejsce.

Bibliografia

Publikacje

Ackhurst K., Nattrass S., Brown E., *CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" Feb. 2016, vol. 31, Issue 1.

Chmielewski P., *Unia Europejska jako federacja*, http://www.psz.pl/120-unia-europejska/piotr-chmielewski-unia-europejska-jako-federacja/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

De Beer J., *Implementing International Trade Agreements in Federal Systems: A Look at the Canada-EU CETA's Intellectual Property Issues*, „Legal Issues of Economic Integration" 2013, vol. 39, no. 1.

Delagran L., *Conflict in Trade Policy: The Role of the Congress and the Provinces in negotiating and Implementing the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, https://academic.oup.com/publius/article-abstract/22/4/15/1916978/Conflict-in-Trade-Policy-The-Role-of-the-Congress?redirectedFrom=fulltext/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

D'Erman V.J., *Comparative Intergovernmental Politics: CETA Negotiations between Canada and the EU*, [in:] *Politics and Governance*, eds. R.A. Williams, R. Tremblay, Lisbon 2016.

Fafard P., Leblond P., *Closing the deal: What role for the provinces in the final stages of the CETA negotiations?*, http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0020702013509319/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

Fafard P., Leblond P., *Twenty-First Century Trade Agreements: Challenges for Canadian Federalism*, https://www.academia.edu/2303449/TwentyFirst_Century_Trade_Agreements_Challenges_for_Canadian_Federalism?auto=download/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

Kukucha Ch.J., *Provincial Pitfalls: Canadian provinces and the Canada-EU trade negotiations*, [in:] *Europe, Canada and the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, ed. K. Hübner, New York 2011.

Nossal K.R., Roussel S., Paquin S., *The Politics of Canadian Foreign Policy*, Kingston 2015.

Paquin S., *Federalism and the governance of trade negotiations in Canada: comparing CUSFTA with CETA*, http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0020702013509318?journalCode=ijxa/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

VanDuzer J.A., *Could an intergovernmental agreement increase the credibility of Canadian treaty commitments in areas within provincial jurisdiction?*, http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0020702013509315/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

Yencken E., *Lessons from CETA: It's implications for future Free Trade Agreements*, http://www.oefse.at/fileadmin/content/Downloads/tradeconference/Yencken_Lessons_from_CETA__Implications_for_future_EU_FTAs.pdf/ [Dostęp: 11 października 2017 r.].

Akty normatywne

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 26 października 2012 r. (wersja skonsolidowana), T.j. Dz.Urz. UE C nr 326, s. 47.

Netografia

http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/facts-faits.aspx?lang=eng/

http://canadians.org/fr/node/4375/

http://canadians.org/sites/default/files/draft-resolution.pdf/

Michał W. Wiącek*

Tymczasowe stosowanie Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA)

Provisional application of the CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement)

Streszczenie: Artykuł poświęcony jest zagadnieniu tymczasowego stosowania umowy CETA, które rozpoczęło się 21 września 2017 r. Jak wynika z treści umowy, jej postanowienia wchodzą w życie z dniem rozpoczęcia tymczasowego stosowania, a ewentualne wyłączenia stanowią wyjątki od tej zasady. Przeanalizowano zakres temporalny oraz przedmiotowy tymczasowego postanowienia oraz omówiono sytuacje wpływające na jego zmianę, opierając się na opinii Rzecznika Generalnego z 21 grudnia 2016 r. w sprawie umowy o wolnym handlu, wynegocjowanej pomiędzy Unią i jej państwami członkowskimi a Singapurem.

Słowa kluczowe: tymczasowe stosowanie, CETA, Kanada, UE, kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa

Abstract: The article discusses the provisional application of the CETA, most of which entered into force since September 21, 2017. As specified in the Agreement, the parties are bound to apply its provisions since the day of partial entry into force, except for certain parts whose application is subject to the successful end of the ratification process. First, it will discuss the consequences of potential failure of the ratification process and the modification of its application. Secondly, it will review how the European Court of Justice may change the scope of provisional application by analysing the Opinion of the Advocate General of December 21, 2016.

Key words: Provisional, Application, CETA, Canada, EU, Comprehensive Economic and Commercial Agreement

* Mgr, doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego Instytutu Prawa Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

1. Wstęp

Umowa międzynarodowa wchodzi w życie, gdy wszystkie rokujące podmioty wyrażą zgodę na związanie się nią (art. 24 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów[1]). Większość umów zawieranych przez Unię Europejską cechuje złożony tryb zawierania, tzn. więcej niż jedna instytucja zaangażowana jest w tę procedurę. Oprócz prostych umów zawieranych przez Unię z podmiotem trzecim, organizacja ta zawiera również umowy mieszane, w których obok UE występują wszystkie lub niektóre z państw członkowskich. W dniu 30 października 2016 r. Kanada oraz Unia Europejska i jej państwa członkowskie podpisały Kompleksową umowę gospodarczo-handlową (CETA), negocjowaną od 2007 r.[2] Zgodnie z postanowieniami art. 30.7 CETA, po zakończeniu ratyfikacji na poziomie unijnym oraz kanadyjskim możliwe będzie tymczasowe stosowanie większości postanowień tej umowy. Głosowanie w Parlamencie Europejskim w dniu 15 lutego 2017 r. zakończyło procedurę zatwierdzania umowy CETA po stronie UE. Wejście w życie większości jej postanowień poprzedziła wymiana not pomiędzy UE a Kanadą. Od dnia 21 września 2017 r. obowiązuje większość postanowień CETA. Skomplikowany mechanizm ratyfikacyjny mający zastosowanie do umów mieszanych uzasadnia wynegocjowanie szczegółowych postanowień dotyczących jej tymczasowego stosowania. O ile ostateczna ratyfikacja umowy CETA jest kwestią otwartą, uzależnioną od bieżącej sytuacji społeczno-politycznej w państwach członkowskich Unii Europejskiej, o tyle nie ulega najmniejszej wątpliwości, że jej postanowienia stały się rzeczywistością prawną i społeczną po obu stronach Atlantyku, gdyż około 90–95% postanowień CETA ma charakter kompetencji wyłącznych UE. Należy przyjrzeć się dokładnie temu zagadnieniu z perspektywy temporalnego i przedmiotowego zakresu tymczasowego stosowania umowy CETA.

Porządek międzynarodowoprawny dopuszcza możliwość tymczasowego stosowania umów międzynarodowych podpisanych zarówno pomiędzy państwami, jak i pomiędzy państwami i organizacjami międzynarodowymi. Odpowiednia norma prawnomiędzynarodowa przewidująca tymczasowe stosowanie traktatu między państwami została skodyfikowana w art. 25 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. Z kolei art. 25 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów między państwami a organizacjami międzyna-

[1] Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439.

[2] Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017, s. 23–1079; *Comprehensive Economic and Trade Agreement* [dalej: CETA].

rodowymi z 1986 r., choć sama Konwencja nie została ratyfikowana, rozszerza zastosowanie wymienionej normy na umowy zawierane z organizacjami międzynarodowymi[3]. Literatura przedmiotu dotycząca umów mieszanych pomija kwestię tymczasowego ich stosowania, koncentrując się na klauzulach podporządkowania oraz obowiązku współpracy i koordynacji działań pomiędzy państwami członkowskimi i instytucjami UE na etapie zawierania umów mieszanych[4]. Rozpoczęcie stosowania postanowień umowy przed dokonaniem ostatecznego aktu związania się daną umową powinno być również zgodne z prawem wewnętrznym strony takiej umowy[5]. Jednak dokonując dalszej wykładni, nie ulega wątpliwości, że tymczasowemu stosowaniu poddana może być także umowa mieszana. Samo tymczasowe stosowanie umów zawieranych przez UE jest powszechne. Przykładem może tu być umowa ustanawiająca partnerstwo strategiczne między Kanadą i Unią, która przewiduje tymczasowe stosowanie od 1 kwietnia 2017 r.[6]

2. Zakres temporalny obowiązywania CETA

Tymczasowe stosowanie umowy CETA rozpocznie wymiana not dyplomatycznych po zakończeniu postępowania ratyfikacyjnego na poziomie instytucji unijnych oraz federacyjnych Kanady. Jest to istotne, strony bowiem uznały, że wyrażenie użyte w treści tej umowy – „wejście w życie niniejszej Umowy" – oznacza dzień rozpoczęcia tymczasowego stosowania (art. 30.7 3 lit. d CETA).

Prawo międzynarodowe publiczne pozostawia swobodnej woli stron traktatu określenie zakresu tymczasowego obowiązywania. W przypadku CETA jest on dynamiczny i podatny na zmiany. Z jednej strony toczone będą dalsze negocjacje precyzujące pewne aspekty (m.in. organizacja trybunałów inwestycyjnych), a z drugiej – pojawią się możliwości niemal natychmiastowego zakończenia stosowania tymczasowego CETA. Oczywiście,

[3] Konwencja wiedeńska o prawie traktatów między państwami a organizacjami międzynarodowymi lub pomiędzy organizacjami międzynarodowymi z dnia 21 marca 1986 r., A/CONF.129/15.

[4] M. Niedźwiedź, *Umowy międzynarodowe mieszane w świetle prawa Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2004, s. 98–112.

[5] J. Sozański, *Wspólnotowe a powszechne prawo traktatów – wzajemne relacje a jedność czy odrębność unormowań i systemów*, Toruń 2004, s. 253 oraz literatura wskazana w przyp. 7.

[6] Umowa o partnerstwie strategicznym między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Kanadą, z drugiej strony, Dz.Urz. UE L 329/45, 3 grudnia 2016.

CETA przewiduje jednostronny mechanizm zakończenia jej stosowania. Jednak charakter *sui generis* Unii Europejskiej unaocznia szeroki katalog innych zagrożeń, które mogą wystąpić wyłącznie po stronie UE i jej państw członkowskich, w postaci odrzucenia przez któreś z ciał przedstawicielskich jednego z państw lub subregionu, ogłoszenia referendum ratyfikacyjnego i jego wyniku, uzależnionego bardziej od bieżącej sytuacji politycznej niż samej umowy CETA. Porządki konstytucyjne części państw członkowskich przewidują dosyć prosty mechanizm wymuszający ratyfikację w drodze referendum. Jak potwierdziła Rada w swoim oświadczeniu, jeżeli ratyfikacja CETA zakończy się trwałym i ostatecznym niepowodzeniem z powodu wyroku sądu konstytucyjnego lub w wyniku przeprowadzenia innych procedur konstytucyjnych i formalnej notyfikacji przez rząd danego państwa, tymczasowe stosowanie umowy CETA należy zakończyć[7]. Najbardziej prawdopodobne jest przeprowadzenie referendów w Niderlandach, gdzie wystarczy uzyskać 300 tys. podpisów pod wnioskiem referendalnym, oraz w Austrii (600 tys. podpisów). Wreszcie, oczekiwane jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, które może położyć kres CETA. Wiąże się ono z wnioskiem Królestwa Belgii o wyrażenie opinii Trybunału w sprawie zreformowanego przez CETA mechanizmu rozstrzygania sporów inwestor – państwo w trybie art. 272 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)[8]. Belgia zapytała o jego zgodność z traktatami oraz obowiązującym porządkiem prawnym UE[9], co szczególnie po wyroku z 6 marca 2018 r. w sprawie Achmea BV może, choć nie powinno, rodzić wątpliwości[10]. Powołanie się na art. 272 TFUE ograniczy kompetencję Trybunału do zbadania zgodności klauzuli arbitrażowej. Należy wskazać, że historycznie stanowisko orzecznictwa europejskiego dopuszczało rozszerzenie jurysdykcji w stosunku do podmiotów niebędących stronami umowy na podstawie klauzuli arbitrażowej, samo rozwiązanie zatem nie wydaje się sprzeczne w prawem UE[11]. Klauzule arbitrażowe mają charakter autonomiczny wobec pozostałych zapisów umowy[12]. Co prawda, sądy luksemburskie rozważały w przeszłości istnienie samej umowy, jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby pozostałe podmioty uprawnione do wystąpienia o opinię TSUE (Parlament Europejski, Rada,

[7] Oświadczenie 20, Dz.Urz. UE L 2017, nr 11, s. 9.

[8] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016, s. 47.

[9] Oświadczenie 37, Dz.Urz. UE L 2017, nr 11, s. 9, lit. b, ust. 2.

[10] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 6 marca 2018 r., *Republika Słowacji przeciwko Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

[11] M. Zachariasiewicz, *Artykuł 272*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 3: *(art. 223–358)*, red. D. Kornobis-Romanowska, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 471.

[12] Ibidem, s. 464. Autor skrytykował tezę sądu w sprawie T-203/96 *Embassy Limousines przeciw PE* o konieczności badania ważności samej umowy jako zbyt szerokiej.

Komisja lub państwo członkowskie) czyniły to w okresie tymczasowego stosowania CETA. Toczące się równolegle negocjacje uszczegóławiające organizację sądów arbitrażowych CETA nie stoją temu na przeszkodzie. Jak uznał sam Trybunał w opinii 1/78, „zwrócenie się o opinię jest możliwe wówczas, gdy przedmiot umowy jest dość sprecyzowany, nawet jeśli tekst umowy nie jest jeszcze w pełni zredagowany i istnieje otwarta droga dla rozwiązań alternatywnych”[13]. Taki pogląd uzasadnia również kompetencję do zbadania samej klauzuli arbitrażowej zawartej w CETA.

Należy pamiętać, że w sytuacji, gdy umowa międzynarodowa podpisana zostaje zarówno przez UE, jak i poszczególne państwa członkowskie, zarówno Unia, jak i te państwa są stronami tej umowy. Umowa CETA, podobnie jak umowa o wolnym handlu z Singapurem (ang. *EU Singapore Free Trade Agreement* – EUSFTA), jest umową mieszaną, poszczególne „państwa członkowskie w świetle prawa międzynarodowego dysponują swobodą w zakresie rozwiązania tej umowy, zgodnie z odpowiednią określoną w niej procedurą. Uczestniczą bowiem w tej umowie jako suwerenne państwa-strony, a nie jedynie członkowie Unii Europejskiej”[14]. W ocenie Rzecznika Generalnego fakt, że UE odgrywała znaczącą rolę w negocjacjach treści umowy nie wpływa na status strony poszczególnych państw członkowskich. Wyłamanie się z obowiązku koordynacji i wzajemnej współpracy „rodziłoby skutek tego rodzaju, że – w świetle prawa Unii – nadal wiążące byłyby dla nich postanowienia umowy zawartej w ramach kompetencji Unii (z uwagi na to, że są to państwa członkowskie Unii), chyba że dojdzie do rozwiązania umowy przez Unię Europejską. Możliwość działania w sposób niezależny, jako podmiot prawa międzynarodowego, stanowi odzwierciedlenie ciągłej kompetencji międzynarodowej państwa członkowskiego. Fakt, że umowa nadal częściowo wiąże państwo członkowskie, nawet jeżeli to państwo, działając na gruncie prawa międzynarodowego, rozwiązuje tę umowę, jest wyrazem nie prawa międzynarodowego, lecz prawa Unii”[15]. Niemniej jednak takie państwo naraża się na odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień umowy i prawa do podejmowania działań w związku z tego rodzaju naruszeniem, przewidzianą prawem międzynarodowym publicznym Kanady[16].

---

[13] M. Niedźwiedź, *Artykuł 218*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 2: *(art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczerska, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 1612.

[14] Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston przedstawiona 21 grudnia 2016 r., postępowanie w sprawie wydania opinii 2/15 wszczęte na wniosek Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2016:992, pkt 77.

[15] Ibidem.

[16] Ibidem, pkt 76. Marek Jeżewski uważa, że w zakresie umów mieszanych w dziedzinie wspólnej polityki handlowej to Unia będzie ponosiła ewentualną odpowiedzialność

Postanowienia CETA przewidują, że umowa ta przestaje być tymczasowo stosowana w dwóch przypadkach. Przede wszystkim w sytuacji, gdy jedna ze stron postanowi zakończyć tymczasowe stosowanie w drodze pisemnego powiadomienia drugiej strony (zgodnie z art. 30.7 3 lit. c CETA); zakończenie takie staje się skuteczne w pierwszym dniu drugiego miesiąca następującego po powiadomieniu. Należy zauważyć, że część państw członkowskich, w tym Polska, podkreśliła, że jest samodzielną stroną umowy CETA i ma prawo autonomicznego skorzystania z tego mechanizmu[17]. Jednak ze wskazanych względów wydaje się to wątpliwe w praktyce. Drugi przypadek zakończenia tymczasowego stosowania przewidziany w CETA dotyczy braku dojścia do porozumienia w przypadku zmiany zakresu przedmiotowego tymczasowego stosowania postanowień tej umowy. W praktyce w obu scenariuszach mandat do zawieszenia stosowania umowy pochodzić będzie od Rady działającej na wniosek Komisji lub wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa (art. 218 ust. 9 TFUE). W przypadku CETA decyzja ta powinna być podjęta przez Radę jednomyślnie, bez udziału Parlamentu Europejskiego, który jednak winien być bez zbędnej zwłoki w pełni informowany o całym procesie[18].

3. Zakres przedmiotowy obowiązywania CETA

Umowa CETA zakłada całkowite stosowanie swoich postanowień, a ewentualne wyłączenia stanowią wyjątki od tej zasady. Uwzględniając fakt, że państwa członkowskie są niezależnymi podmiotami prawa międzynarodowego, związanymi jednak prawem UE, a zatem zasadami Unii, w tym zasadą kompetencji powierzonych, zajętego pola[19] oraz kompetencji dorozumianych, nie ulega wątpliwości, że przed wyrażeniem zgody przez wszystkie państwa członkowskie na związanie się umową CETA może być ona tymczasowo stosowana w zakresie, w jakim jej konkretne postanowienia zawierają się w kompetencjach wyłącznych UE. Artykuł 5

---

z tytułu naruszenia postanowień mieszczących się w kompetencjach wyłącznych UE; M. Jeżewski, *Artykuł 207*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 2: *(art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczerska, A. Wróbel…, s. 1449.

[17] „Polska oświadcza, że jako strona Umowy CETA może skorzystać z prawa wynikającego z art. 30.7 ust. 3(c) Umowy CETA. Wszystkie niezbędne działania będą podejmowane zgodnie z procedurami UE", Oświadczenie 22, Dz.Urz. UE L 2017, nr 11.

[18] Por. M. Niedźwiedź, *Artykuł 218*…, s. 1606.

[19] Por. P. Saganek, *Artykuł 4*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 1: *(art. 1–89)*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 205–206.

TUE[20] ustanawia zasadę przyznania, w myśl której wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii Europejskiej w traktatach należą do państw członkowskich. Zgodnie z art. 5 ust. 2 TUE, Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w traktatach, a „kompetencje nieprzyznane Unii w traktatach należą do państw członkowskich". Definicję kompetencji wyłącznych zawiera art. 2 ust. 1 TFUE, który określa je jako dziedziny, w których „jedynie Unia może stanowić prawo oraz przyjmować akty prawnie wiążące, natomiast państwa członkowskie mogą to czynić wyłącznie z upoważnienia Unii lub w celu wykonania aktów Unii". Artykuł 21 ust. 2 TUE, rozwijając zasady, którymi kieruje się Unia, wymienia: demokrację, państwo prawna, powszechność i niepodzielność praw człowieka i podstawowych wolności, poszanowanie godności ludzkiej, zasadę równości i solidarność oraz poszanowanie zasad Karty Narodów Zjednoczonych i prawa międzynarodowego publicznego, a zarazem wyraża cele, do jakich dąży Unia Europejska, określając i prowadząc wspólną politykę i działania. Umowa z Kanadą wpisuje się w cel zdefiniowany jako zachęcanie „wszystkich krajów do integracji w ramach gospodarki światowej, między innymi drogą stopniowego znoszenia ograniczeń w handlu międzynarodowym" (art. 21 ust. 2 lit. e TUE), a także przyczyniania się do „opracowywania międzynarodowych środków służących ochronie i poprawie stanu środowiska oraz zrównoważonego zarządzania światowymi zasobami naturalnymi, w celu zapewnienia trwałego rozwoju" (art. 21 ust. 2 lit. f TUE).

Z tego względu, aby zbadać dokładny zakres obowiązywania CETA, należy dokonać jej wykładni traktatowej na podstawie art. 3 TFUE, w związku z art. 207 i 216 TFUE, bazując na najnowszym orzecznictwie europejskim powstałym w kontekście postanowień EUSFTA. Artykuł 3 TFUE zawiera krótki, zamknięty katalog kompetencji wyłącznych UE (unia celna, ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego, polityka pieniężna w odniesieniu do państw członkowskich, których walutą jest euro, zachowanie morskich zasobów biologicznych w ramach wspólnej polityki rybołówstwa oraz wspólna polityka handlowa. Zakres tych polityk unijnych rozwijany jest w poszczególnych rozdziałach TFUE. Jednak art. 3 ust. 2 TFUE zawiera otwarty katalog kompetencji zewnętrznych UE, gdyż „Unia ma także wyłączną kompetencję do zawierania umów międzynarodowych, jeżeli ich zawarcie zostało przewidziane w akcie ustawodawczym Unii lub jest niezbędne do umożliwienia Unii wykonywania jej wewnętrznych kompetencji, lub w zakresie, w jakim ich zawarcie może wpływać na wspólne zasady lub zmieniać ich zakres". Postanowienia

[20] Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016, s. 13.

art. 3–5 TFUE znajdują swoje rozwinięcie w normach kompetencyjnych rozmieszczonych w całym traktacie. Ze względu na zakres unormowań CETA najważniejszą rolę odgrywa art. 207 TFUE, który w ust. 1 zawiera otwarty katalog wspólnej polityki handlowej, a w ust. 3–5 modyfikuje ogólne zasady zawierania umów międzynarodowych z art. 218 TFUE. W ramach wspólnej polityki handlowej traktat przewiduje: zmianę stawek celnych, zawieranie umów celnych i handlowych dotyczących handlu towarami i usługami oraz handlowych aspektów własności intelektualnej, bezpośrednich inwestycji zagranicznych, ujednolicenie środków liberalizacyjnych, politykę eksportową oraz handlowe środki ochrony, prowadzone na podstawie jednolitych zasad oraz zasad i celów działań zewnętrznych UE[21]. Należy jednak pamiętać, że dokonując podziału kompetencji między Unię a jej państwa członkowskie, nie można pominąć dorobku orzeczniczego TSUE, który często uznawał, że nawet w kompetencjach wyłącznych państw członkowskich „państwa muszą wykonywać swoje uprawnienia w sposób zgodny w prawem [unijnym]"[22].

Dlatego też, analizując umowę CETA, należy z jednej strony dokonać podziału kompetencji wyłącznych i dzielonych Unii, a zarazem zdefiniować zewnętrzne kompetencje wyłączne Unii. Dokonując wykładni traktatowej umowy CETA, warto oprzeć się na postępowaniu trwającym przed Trybunałem dotyczącym umowy EUSFTA. Zgodnie z art. 218 ust. 11 TFUE, w 2015 r. Komisja wystąpiła do TSUE w celu uzyskania stanowiska Trybunału w sprawie zgodności EUSFTA z traktatami. Komisja Europejska zapytała Trybunał, czy Unia posiada kompetencję wymaganą do samodzielnego podpisania i zawarcia umowy o wolnym handlu z Singapurem. W szczególności pytania dotyczyły: (1) ustalenia zakresu postanowień umowy EUSFTA wchodzących w zakres wyłącznej kompetencji, (2) ustalenia zakresu kompetencji dzielonych oraz (3) zakresu wyłącznej kompetencji państw członkowskich. Zgodnie z art. 218 ust. 11 zd. 2, w przypadku negatywnej opinii Trybunału przewidywana umowa nie może wejść w życie, chyba że nastąpi jej zmiana lub rewizja samych traktatów. We wrześniu 2016 r. odbyła się rozprawa z udziałem przedstawicieli przeważającej części państw członkowskich, a 21 grudnia 2016 r. wydana została opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston. Opinii Trybunału można się spodziewać w następnych miesiącach 2017 r.

---

[21] Szerzej o historycznej ewolucji podziału kompetencji oraz o unormowaniu przyjętym w Traktacie z Lizbony zob. P. Saganek, *Nowe reguły dotyczące podziału kompetencji między UE a państwa członkowskie w świetle Traktatu z Lizbony*, „Przegląd Sejmowy" 2010, nr 4 (99), s. 85–92.

[22] A. Frąckowiak-Adamska, *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych państw członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2005, nr 3, s. 19.

Podczas postępowania przed TSUE Komisja stała na stanowisku, że ma prawo do samodzielnego zawarcia tej umowy, a nawet wykonując jej postanowienia, wypowiedzieć w imieniu niektórych państw członkowskich dotychczasowe porozumienia inwestycyjne. Rzecznik Generalny, w swojej bezstronnej i niezależnej opinii prawnej[23], stwierdziła, że EUSFTA, która zakresowo jest węższa od CETA, może zostać zawarta jedynie przez UE i państwa członkowskie działające wspólnie, tym samym opowiadając się za węższym katalogiem kompetencji UE niż w dotychczasowym stanowisku Komisji. Dzieląc kompetencje wyłączne, co do których Unia ma uprawnienie do zawierania umów międzynarodowych, Rzecznik Generalny dokonała wykładni „dynamicznych" kompetencji wyłącznych, tj. kompetencji wyłącznych z art. 3 ust. 1 TFUE, zwanych niekiedy kompetencjami *a priori*. Większość dziedzin kompetencji Unii ujęto w otwartym katalogu kompetencji dzielonych (art. 4 ust. 2 TFUE). Rzecznik Generalny przypomniała, że kompetencja dzielona „nigdy nie przekształca się w przyznaną *a priori* wyłączną kompetencję Unii w rozumieniu art. 3 ust. 1 TFUE. Prawdą jest, że jeżeli Unia Europejska, korzystając ze swojego prawa pierwszeństwa na gruncie art. 2 ust. 2 TFUE […] skutecznie zajęła daną dziedzinę, ta staje się obszarem, w którym Unia Europejska ma *de facto* wyłączną kompetencję. Jednakże różnica pomiędzy przyznanymi *a priori* na mocy art. 3 ust. 1 TFUE kompetencjami wyłącznymi Unii z jednej strony a kompetencjami, które stają się *de facto* wyłącznymi kompetencjami Unii na skutek zastosowania mechanizmu określonego w art. 2 ust. 2 TFUE z drugiej strony jest następująca: przyznana *a priori* wyłączna kompetencja Unii nigdy nie może (z zastrzeżeniem zmian traktatu) zostać przekształcona w niewyłączną kompetencję Unii"[24]. Istnieje teoretyczna możliwość przywrócenia państwom członkowskim kompetencji w obszarze zajmowanym w danej chwili przez prawodawstwo Unii w wykonaniu prawa pierwszeństwa na gruncie art. 2 ust. 2 TFUE. Prawodawca unijny „musiałby jedynie podjąć decyzję o zaprzestaniu stanowienia prawa i uchyleniu istniejącego prawodawstwa Unii w tej dziedzinie"[25].

Uzupełniająco do stanowiska przedstawionego przez Rzecznika Generalnego należy przywołać uznaną w judykaturze koncepcję „wyłącznej kompetencji zewnętrznej w rozumieniu orzecznictwa AETR"[26]. Już w 1971 r. Trybunał zdefiniował charakter zobowiązań międzynarodowych, których

[23] Por. art. 252, ust. 2 TFUE.

[24] Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston…, pkt 59.

[25] Ibidem.

[26] Wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1971 r., *Komisja przeciw Rada AETR*, 22/70, Rec., EU:C:1971:32, pkt 22. Por. M. Niedzwiedź, *Artykuł 216*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 2: *(art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczerska, A. Wróbel…, s. 1568.

państwa członkowskie nie mają prawa podejmować poza ramami instytucji UE, jeżeli ustanowione zostały przez nią wspólne zasady zmierzające do realizacji celów traktatu[27]. Mianowicie możliwość zaistnienia ryzyka wpływu zobowiązań międzynarodowych zaciągniętych przez państwa członkowskie na wspólne zasady Unii lub zmiany ich zakresu może uzasadniać istnienie wyłącznej kompetencji zewnętrznej UE jedynie wtedy, gdy istnieją zobowiązania należące do dziedzin, co do których te wspólne zasady znajdują zastosowanie[28]. Podsumowując orzecznictwo TSUE, należy pamiętać, aby analizując relacje między przewidywaną umową międzynarodową a obowiązującym prawem europejskim, uwzględniać dziedziny objęte, odpowiednio, zasadami unijnymi i postanowieniami przewidywanej umowy, ich możliwym do przewidzenia rozwojem, jak również charakterem i treścią tych zasad i postanowień. Ma to na celu sprawdzenie, czy umowa mogłaby wpływać na jednolite i spójne stosowanie zasad wspólnotowych oraz prawidłowe funkcjonowanie wprowadzonego przez nie systemu[29].

Odwołując się po części do tej koncepcji, Rzecznik Generalny postanowiła nie wypowiadać się decydująco o możliwości wycofywania się przez UE z obszarów objętych „wyłączną kompetencją zewnętrzną w rozumieniu orzecznictwa AETR" i przywracania kompetencji państwom członkowskim na gruncie art. 3 ust. 2 TFUE. Ograniczyła się jedynie do przedstawienia argumentacji, zgodnie z którą „jeżeli Unia zajmuje się daną dziedziną w ramach kompetencji wewnętrznych i przystępuje do zawarcia umowy międzynarodowej na podstawie art. 3 ust. 2 TFUE, fakt, że w późniejszym okresie zaprzestaje stanowienia prawa w ramach kompetencji wewnętrznej pozostaje bez wpływu na wyłączny charakter ugruntowanej obecnie kompetencji zewnętrznej. Jednakże zdania przedstawicieli doktryny na ten temat są podzielone"[30].

Rzecznik Generalny ustaliła również, że tryb ratyfikacji i ewentualne związane z nim komplikacje nie mogą mieć wpływu na to, kto ma kompetencję do zawarcia danej umowy[31]. Uznała tym samym, że w zakresie umowy z Singapurem Unia ma wyłączne kompetencje w aspektach dotyczących: celów i ogólnych definicji polityki handlowej, handlu towarami,

[27] Zob. wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 4 września 2014 r., *Komisja przeciw Rada*, C-114/12, EU:C:2014:2151, pkt 66; wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 26 listopada 2014 r., *Green Network SpA przeciw Autorita per l'energia elettrica e il gas*, C-66/13, EU:C:2014:2399, pkt 28–32.

[28] Wyrok Trybunału z dnia 4 września 2014 r., *Komisja przeciw Rada*, C-114/12, Zb. Orz., EU:C:2014:2151, pkt 68; Opinia Trybunału (wielka izba) 1/13 z dnia 14 października 2014 r., EU:C:2014:2303, pkt 71.

[29] Ibidem, pkt 74; wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 26 listopada 2014 r., *Green Network SpA przeciw Autorita per l'energia elettrica e il gas*…, pkt 33.

[30] Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston…, przyp. 18.

[31] Ibidem, pkt 565 i n.

handlu i inwestycjami w produkcję energii ze źródeł odnawialnych, handlu usługami, zamówień publicznych, z wyłączeniem usług transportu i usług nierozerwalnie związanych z transportem, bezpośrednimi inwestycjami zagranicznymi, handlowymi aspektami praw własności intelektualnej, konkurencją i sprawami powiązanymi, handlem i zrównoważonym rozwojem w zakresie, w jakim rozpatrywane są postanowienia dotyczące głównych środków polityki handlowej, ochrony zasobów morskich i biologicznych, handlu usługami transportu kolejowego i drogowego oraz rozstrzygania sporów, mechanizmów, mediacji i przejrzystości w zakresie, w jakim postanowienia te mają zastosowanie, w przypadku których Unia ma wyłączne kompetencje zewnętrzne. Co za tym idzie, tożsamy zakres przedmiotowy postanowień CETA będzie można uznać za objęty tymczasowym stosowaniem.

Na uwagę zasługuje jednak drugi katalog postanowień, które zdaniem Rzecznika Generalnego mieszczą się w zakresie kompetencji dzielonych z państwami członkowskimi w dziedzinie umów międzynarodowych. Należą do nich: handel usługami transportu lotniczego, handel usługami transportu morskiego i transportu drogami śródlądowymi, włącznie z usługami nierozerwalnie związanymi z tymi usługami transportowymi, inwestycje portfelowe, postanowienia dotyczące zamówień publicznych w zakresie, w jakim mają zastosowanie do usług transportu i usług związanych nierozerwalnie z usługami transportu, niehandlowe aspekty prawa własności intelektualnej, postanowienia określające podstawowe normy prawa pracy i ochrony środowiska objęte zakresem unijnych polityk społecznych lub ochrony środowiska oraz rozstrzyganie sporów, mechanizmy mediacji i przejrzystości, w zakresie, w jakim postanowienia te mają zastosowanie, w przypadku których Unia ma dzielone kompetencje zewnętrzne.

Przedstawiony rozdział kompetencji pomiędzy Unię oraz Unię i jej państwa członkowskie jest istotny, ponieważ określa podmioty uczestniczące w procesie ratyfikacji, a tym samym które mają realny wpływ na zakres temporalny tymczasowego stosowania CETA, która często posługuje się pojęciem „zakres kompetencji UE". Dokonując podziału kompetencji zewnętrznych, Rzecznik Generalny porównywała stopień obecności regulacji unijnych w danych aspektach. O wadze tego pojęcia świadczy m.in. oświadczenie Rady Unii Europejskiej, potwierdzające, że „tymczasowemu stosowaniu podlegać będą jedynie kwestie wchodzące w zakres kompetencji UE"[32]. Stanowisko to jest zbieżne z opinią Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, wyrażoną w uchwale z 6 października 2016 r., stanowiącej, że „przedmiotem tymczasowego stosowania mogą być jedynie postanowienia umowy CETA dotyczące spraw leżących w zakresie kompetencji Unii Europej-

[32] Oświadczenie 15, Dz.Urz. UE L 2017, nr 11.

skiej"[33]. Sama umowa CETA zakłada całkowite stosowanie swoich postanowień, a ewentualne wyłączenia są wyjątkiem od tej zasady. Co za tym idzie, od rozpoczęcia tymczasowego stosowania CETA nastąpi zniesienie 97,7% taryf celnych po stronie Unii Europejskiej oraz 98,2% taryf celnych po stronie Kanady, z których 92% zniesionych będzie od razu, a pozostałe po 3, 5 czy 7 latach. Terminy te również zaczynają biec z dniem rozpoczęcia tymczasowego stosowania CETA. Co więcej, równocześnie zwiększeniu ulegną ograniczenia ilościowe w imporcie kanadyjskiego mięsa do UE oraz sera do Kanady, a ponad 140 europejskich produktów regionalnych zacznie podlegać ochronie w Kanadzie (w tym feta czy „czeskie piwo"[34]). Tymczasowo obowiązywać będą też postanowienia dotyczące wzajemnego uznawania dyplomów i uprawnień zawodowych, a trzykrotnemu zwiększeniu z obecnych 10% ulegnie dopuszczalny udział zamówień publicznych dostępnych dla podmiotów pochodzących z Unii. Wzmocniona zostanie także ochrona praw własności intelektualnej europejskich produktów farmaceutycznych w Kanadzie oraz uruchomiony zostanie wzajemny dialog w celu ujednolicenia standardów i regulacji[35].

4. Wyłączenia

Analizując zapisy CETA, możemy dokonać podziału wyłączeń od tymczasowego stosowania na pierwotne, zdefiniowane w samej umowie oraz następcze. Wyłączenia pierwotne, często zbieżne są z orzecznictwem TSE, obejmują rozdział trzynasty umowy CETA (*Usługi finansowe*), którego postanowień nie stosuje się tymczasowo w zakresie, w jakim dotyczą: inwestycji portfelowych, ochrony inwestycji lub rozstrzygania sporów inwestycyjnych między inwestorami a państwami. Tym samym w trakcie tymczasowego stosowania CETA nie zostanie utworzony trybunał do rozwiązywania sporów inwestor – państwo. Ponadto nie stosuje się tymczasowo postanowień odnoszących się do nagrywania treści cyfrową kamerą wideo (art. 20.12 CETA), postanowień w zakresie przejrzystości postępowania administracyj-

[33] Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, M.P. 2016, poz. 985.

[34] Por. Załącznik 20-A do umowy CETA.

[35] Zob. M. Vaudano, *CETA: ces mesures qui vont s'appliquer après le feu vert du Parlement européen*, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/02/15/le-parlement-europeen-dernier-obstacle-ou-presque-a-l-entree-en-vigueur-du-ceta_5079809_4355770.html#1uVu8yVaHEiWpvOO.99 [Dostęp: 3 maja 2017 r.].

nego i kontroli na poziomie państwa członkowskiego (art. 27.3 i art. 27.4 CETA) oraz obowiązku konsultacji z inwestorem w zakresie prawa podatkowego (art. 28.7 ust. 7 CETA). Z kolei postanowienia rozdziału 22 (*Handel i zrównoważony rozwój*), rozdziału 23 (*Handel i praca*) i rozdziału 24 (*Handel i środowisko*) umowy CETA nie mogą naruszać podziału kompetencji między Unią a państwami członkowskimi, o którym wcześniej była mowa.

Strony CETA przewidziały możliwość wprowadzenia wyłączenia następczych od tymczasowego stosowania jej postanowień. Na mocy art 30.7 3 lit. b CETA jeżeli strona zamierza nie stosować tymczasowo niektórych postanowień CETA, powiadamia najpierw drugą stronę o postanowieniach, których nie będzie stosować tymczasowo, i proponuje bezzwłoczne rozpoczęcie konsultacji. W terminie 30 dni od powiadomienia druga strona może wnieść sprzeciw – w tym przypadku umowa nie będzie dalej stosowana tymczasowo – albo sama powiadomić o równoważnych postanowieniach CETA, jeżeli takie istnieją, których nie zamierza stosować tymczasowo. Jeżeli w kolejnym terminie 30 dni od drugiego powiadomienia wniesiony zostanie następny sprzeciw, CETA również przestaje być stosowana tymczasowo. Jednak w przypadku osiągnięcia porozumienia co do postanowień, które objęte będą włączeniami następczymi, są stosowane przez tę stronę tymczasowo od pierwszego dnia miesiąca następującego po późniejszym powiadomieniu lub w innym terminie uzgodnionym przez strony. Wydaje się, że zaprezentowany mechanizm może być uruchomiony zarówno na mocy stanowiska Unii Europejskiej, jak i zmiany interpretacyjnej katalogów kompetencji i kompetencji zewnętrznych Unii.

5. Podsumowanie

Reasumując, tymczasowe obowiązywanie umowy CETA jest faktem. Jednak zakres tego obowiązywania z jednej strony ograniczony jest wynegocjowanym tekstem, a z drugiej – kompetencjami zewnętrznymi Unii Europejskiej, których zakres jest dynamiczny, gdyż podlega wykładni traktatowej. Co więcej, treść CETA przewiduje, że przestaje być ona tymczasowo stosowana w dwóch przypadkach. Mianowicie, gdy którakolwiek ze stron postanowi zakończyć tymczasowe stosowanie w drodze pisemnego powiadomienia lub w sytuacji braku porozumienia co do zmian zakresu wyłączeń pierwotnych (na skutek zmian interpretacyjnych) lub następczych. Oczekiwane stanowisko TSUE o zgodności CETA w świetle art. 272 TFUE nie wpłynie na zakres tymczasowego stosowania, gdyż postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów inwestycyjnych przewidziane w tej umowie

znajdą zastosowanie dopiero po zakończeniu procesu ratyfikacyjnego CETA przez państwa członkowskie UE.

Bibliografia

Publikacje

Frąckowiak-Adamska A., *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych państw członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2005, nr 3.

Jeżewski M., *Artykuł 207*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 2: *(art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczerska, A. Wróbel, Warszawa 2012.

Niedźwiedź M., *Artykuł 216*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 2: *(art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczerska, A. Wróbel, Warszawa 2012.

Niedźwiedź M., *Artykuł 218*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 2: *(art. 90–222)*, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczerska, A. Wróbel, Warszawa 2012.

Niedźwiedź M., *Umowy międzynarodowe mieszane w świetle prawa Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2004.

Saganek P., *Artykuł 4*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, T. 1: *(art. 1–89)*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012.

Saganek P., *Nowe reguły dotyczące podziału kompetencji między UE a państwa członkowskie w świetle Traktatu z Lizbony*, „Przegląd Sejmowy" 2010, nr 4 (99).

Sozański J., *Wspólnotowe a powszechne prawo traktatów – wzajemne relacje a jedność czy odrębność unormowań i systemów*, Toruń 2004.

Vaudano M., *CETA: ces mesures qui vont s'appliquer après le feu vert du Parlement européen*, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/02/15/le-parlement-europeen-dernier-obstacle-ou-presque-a-l-entree-en-vigueur-du-ceta_5079809_4355770.html#1uVu8yVaHEiWpvOO.99 [Dostęp: 3 maja 2017 r.].

Zachariasiewicz M., *Artykuł 272*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Komentarz*, T. 3: *(art. 223–358)*, red. D. Kornobis-Romanowska, A. Wróbel, Warszawa 2012.

Akty prawne

Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017, s. 23–1079.

Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016, s. 47.

Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 202, 7 czerwca 2016, s. 13.

Umowa o partnerstwie strategicznym między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Kanadą, z drugiej strony, Dz.Urz. UE L 329, 3 grudnia 2016, s. 45 i n.

Inne

Konwencja wiedeńska o prawie traktatów między państwami a organizacjami międzynarodowymi lub pomiędzy organizacjami międzynarodowymi z dnia 21 marca 1986 r., A/CONF.129/15.

Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston przedstawiona 21 grudnia 2016 r., postępowanie w sprawie wydania opinii 2/15 wszczęte na wniosek Komisji Europejskiej, ECLI:EU:C:2016:992.

Opinia Trybunału (wielka izba) 1/13 z dnia 14 października 2014 r., EU:C:2014:2303.

Opinia Trybunału (w pełnym składzie) z dnia 16 maja 2017 r., ECLI:EU:C:2017:376.

Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, M.P. 2016, poz. 985.

Wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1971 r., Komisja przeciw Rada AETR, 22/70, Rec., EU:C:1971:32.

Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 4 września 2014 r., Komisja przeciw Rada, C-114/12, EU:C:2014:2151.

Wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 26 listopada 2014 r., Green Network SpA przeciw Autorita per l'energia elettrica e il gas, C-66/13, EU:C:2014:2399.

Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 6 marca 2018 r., *Republika Słowacji przeciwko Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

Magdalena Sobas*

CETA w Europie jak NAFTA w Meksyku – szansa czy zagrożenie dla Polski

CETA in Europe like NAFTA in Mexico – oportunity or threat for Poland

Streszczenie: Niniejszy test podejmuje tematykę porównawczą umowy CETA, zawartej pomiędzy Unią Europejską a Kanadą, i umowy NAFTA, zawartej pomiędzy Stanami Zjednoczonymi, Kanadą i Meksykiem. Omówiona została historia i przyczyny powstania obu wymienionych umów, a następnie zaakcentowano możliwe zagrożenia, jakie wiązały się z porozumieniami, a także ewentualne możliwe korzyści.

Słowa kluczowe: CETA, NAFTA, korzyści, zagrożenia, historia powstania, rolnictwo, wolny handel

Abstract: Following article describes comparison between CETA signed by European Union-Canada and NAFTA signed by USA and Mexico. Article discussed the history and the cause of the two mentioned agreements. Next part is about possible threats and opportunities related with both agreements.

Key words: CETA, NAFTA, opportunity, threats, history of uprisings, agriculture, free trade

1. Wstęp

W ostatnim czasie w Polsce duże emocje zarówno polityczne, jak i społeczne wywołał koniec prac, których celem było stworzenie, a następnie przyjęcie Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej, znanej pod nazwą CETA. To umowa, której stroną są państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz Kanada, a celem jest stworzenie strefy wolnego handlu pomiędzy państwami-stronami. CETA nie jest jednak pierwszą w historii tego typu umową, podobne roz-

* Mgr, doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

wiązania bowiem zawierał Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu – NAFTA. Wielokrotnie w publikacjach dotyczących CETA pojawiał się argument przemawiający za możliwością wystąpienia podobnych skutków obowiązywania Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej do tych, które były konsekwencją stosowania NAFTA w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie i Meksyku. Z tego względu niniejszy tekst podejmuje próbę wskazania najważniejszych podobieństw, szans i zagrożeń wynikających z CETA w związku z doświadczeniami NAFTA, nie jest jednak możliwe szczegółowe omówienie każdego problemu, dlatego też niektóre zostały jedynie zasygnalizowane.

2. Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa – CETA

Znana pod nazwą CETA Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) to umowa dotycząca wolnego handlu zawarta pomiędzy Unią Europejską a Kanadą. Umowa ta wraz z TTIP, czyli Transatlantyckim Partnerstwem w dziedzinie Handlu i Inwestycji (*Transatlantic Trade and Investment Partneship*), pertraktowanym od 2013 r. pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską, którego zadaniem ma być utworzenie strefy wolnego handlu pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską, ma z kolei powołać do życia transatlantycką strefę wolnego handlu.

2.1. Historia i przyczyny powstania CETA

Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa – CETA określana jest mianem unijnej umowy o wolnym handlu na miarę XXI w. Jest to umowa bilateralna, której głównym zadaniem jest wyeliminowanie około 98% taryf celnych w stosunkach handlowych pomiędzy Europą a Kanadą.

Stosunki gospodarcze pomiędzy Europą a Kanadą mają niezwykle długą i bogatą historię, jednakże na gruncie prawa sięgają 1959 r., w którym pomiędzy rządem Kanady a Europejską Wspólnotą Energii Atomowej (Euratom) doszło do zawarcia porozumień w odniesieniu do zachowania pokojowej współpracy i wykorzystania energii atomowej, która to współpraca przetrwała do czasów obecnych[1]. Z kolei w 1979 r. doszło do zawarcia

[1] A Joint Study by the European Commision and the Government of Canada, Assesing of coats and benefits of a closer EU-Canada economic partnership, s. 1, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf [Dostęp: 24 marca 2017 r.].

umowy ramowej dotyczącej współpracy handlowej i gospodarczej (Umowa o partnerstwie strategicznym UE – Kanada, *Strategic Partnership Agreement* – SPA), której celem było stworzenie bazy dla wielu sektorów kooperacji w relacjach pomiędzy Unią Europejską a Kanadą[2]. Ponadto porozumienie to zakładało zainicjowanie nie tylko swego rodzaju dialogu pomiędzy jego stronami, lecz również powołanie do życia Wspólnego Komitetu Współpracy (JCC), którego coroczne spotkania mają za zadanie promowanie i dokonywanie przeglądu przewidywanych działań w zakresie współpracy handlowej i gospodarczej[3]. Umowa ramowa z 1976 r. zapoczątkowała szereg kolejnych porozumień o charakterze szczegółowym ukierunkowanych na konkretne działania sektorowe, jak np.: Porozumienie w sprawie nauki i technologii z 1996 r., Porozumienie w sprawie współpracy celnej z 1998 r. czy też Porozumienie w sprawie współpracy w zakresie konkurencji z 1999 r.[4] Ponadto, w związku z koniecznością uregulowania kwestii dotyczących różnego rodzaju problemów pojawiających się na gruncie wymiany handlowej, zawarto również wiele umów bilateralnych[5].

CETA jest najobszerniejszym i najszerszym zakresowo dwustronnym powiązaniem Kanady od czasów NAFTY podpisanej w 1992 r., która to umowa bilateralna doszła do skutku w związku z podjętymi przez Unię Europejską i Kanadę badaniami nad oceną kosztów i korzyści związanych z bliższym partnerstwem pomiędzy tymi podmiotami[6]. Umowa ta była poddawana negocjacjom od 2009 r., w którym na szczycie Unii Europejskiej i Kanady w Pradze ogłoszono rozpoczęcie prac związanych z określeniem treści jej postanowień oraz pertraktacji pomiędzy jej stronami[7]. Z kolei po szczycie, który miał miejsce w Ottawie, 18 marca 2004 r., przywódcy Kanady i Unii Europejskiej podjęli decyzję o stworzeniu struktury ramowej porozumienia dotyczącego handlu i zwiększenia inwestycji, zwanego w skrócie TIEA (*Trade and Investment Enhancement Agreement*). Porozumienie to miało obejmować kwestie związane z dostępnością do rynku gospodarczego, szeroko rozumianego handlu, wprowadzenie udogodnień dla dokonywania inwestycji, ułatwień w zakresie wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych, mających na celu uproszczenie wzajemnej wymiany handlowej

[2] Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP, Stosunki Kanada – UE, http://www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/inne_kontynenty/ameryka_polnocna/stosunki_dwustronne_ameryka_pln/stosunki_ue___kanada?printMode=true [Dostęp: 24 marca 2017 r.].

[3] A Joint Study…

[4] Ibidem, s. 1–2.

[5] Ibidem, s. 2.

[6] Ibidem.

[7] Delegation of the European Union, CETA, https://web.archive.org/web/20150505112357/http://eeas.europa.eu/delegations/canada/eu_canada/trade_relation/ceta/index_en.htm [Dostęp: 28 marca 2017 r.].

i inwestycji, usług finansowych, a w szczególności umożliwienia dostępu do rynku przez pośredników inwestycyjnych na giełdach zagranicznych, usprawnienia funkcjonowania małych i średnich przedsiębiorstw czy nawet materii dotyczących zrównoważonego rozwoju oraz wzajemnej komunikacji w zakresie nauki i najnowszych technologii[8]. Celem TIEA było również stworzenie ram prawnych wzajemnej współpracy pomiędzy Unią a Kanadą, ukierunkowanych na promowanie dwustronnej współpracy w zakresie zarządzania regulacyjnego, pogłębiania i propagowania dobrych praktyk regulacyjnych, a także obniżania barier w zakresie handlu i inwestycji, czego rezultatem miał być wzrost zainteresowania wzajemnymi rynkami zbytu[9]. Ostatecznie w 2006 r. podjęto decyzję o odejściu od postanowień TIEA na rzecz stworzenia aktu o bardziej kompleksowych regulacjach, który swym zakresem obejmowałby o wiele szerszą problematykę związaną z handlem międzynarodowym, co doprowadziło do rozpoczęcia negocjacji w sprawie umowy CETA. W dniu 26 września 2014 r. Komisja Europejska oficjalnie przekazała do publicznej wiadomości tekst umowy[10], z kolei 30 października 2016 r. CETA została podpisana.

2.2. Korzyści i zagrożenia stwarzane przez Kompleksową umowę gospodarczo-handlową – CETA

Obecnie handel towarami i usługami na linii Unia Europejska – Kanada generuje zyski w wysokości około 70 mld euro rocznie[11]. Kanada eksportuje do Unii przede wszystkim: chemikalia, sprzęt transportowy, metale, minerały, maszyny, wyroby papiernicze i artykuły spożywcze[12]. Z kolei głównym filarem eksportu europejskiego do Kanady są: maszyny i urządzenia, pojazdy mechaniczne i ich części, ropa naftowa, napoje i przetwory spożywcze[13]. Zadaniem CETA jest zapoczątkowanie nowego etapu w relacjach gospodarczych Unii i Kanady przez zintensyfikowanie transatlantyckiej wymiany handlowej,

[8] Global Affairs Canada, Canada-European Union Trade and Investment Enhancement Agreement, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/tiea.aspx?lang=en [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

[9] Ibidem.

[10] Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [Dostęp: 27 marca 2017 r.].

[11] Negotiations agreement between EU and Canada, https://web.archive.org/web/20160327214134/http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc_143427.pdf [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

[12] Joint Report on the EU-Canada Scoping Exercise March 5, 2009, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/march/tradoc_142470.pdf [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

[13] Ibidem.

a co za tym idzie aktywizację wzrostu gospodarczego oraz zatrudnienia zarówno w Kanadzie, jak i w Europie. Zgodnie z treścią umowy, jej strony mają możliwość zastosowania przepisów zarówno rangi ustawowej, jak i wykonawczych normujących działalność gospodarczą, które mając na uwadze interes publiczny, będą mogły realizować uzasadnione cele polityki publicznej[14]. Zadania te oscylują wokół: wspierania zdrowia publicznego, usług społecznych, edukacji publicznej, bezpieczeństwa, ochrony środowiska, moralności publicznej, ochrony społecznej i ochrony konsumentów, ochrony prywatności oraz danych, a także promowania i ochrony różnorodności kulturowej[15].

Jak wynika ze Wspólnego Instrumentu Interpretacyjnego dotyczącego Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA), wydanego przez Sekretariat Generalny Rady 27 października 2016 r.[16], jeżeli chodzi o usługi publiczne, umowa ta nie udaremnia rządom państw-stron możliwości wyznaczania oraz regulowania świadczenia usług w interesie publicznym, a co za tym idzie nie nakłada na strony obowiązku dokonania prywatyzacji usług w żadnym zakresie, w szczególności w odniesieniu do usług z dziedziny ochrony zdrowia[17]. Z kolei systemy zabezpieczenia, a także ubezpieczenia społecznego nie są objęte zakresem umowy[18].

CETA zawiera również szczegółowe regulacje dotyczące wprowadzenia standardów ochrony inwestycji, a co za tym idzie równego traktowania oraz wywłaszczenia, a także jednoznaczne wytyczne dla trybunałów, które orzekają w przedmiocie rozstrzygania sporów powstałych na tle owych standardów[19]. Należy podkreślić, że jednocześnie umowa ustanawia niezawisłe, bezstronne trybunały do spraw inwestycyjnych, które będą organami stałymi, opartymi na zasadach wynikających z organizacji wymiaru sprawiedliwości poszczególnych krajów wchodzących w skład Unii Europejskiej oraz Kanady, jak również sądownictwa międzynarodowego, ze wskazaniem na zasady, na których opiera się Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości czy Europejski Trybunał Praw Człowieka[20]. Ponadto CETA wprowadza nowatorskie rozwiązania w zakresie systemu odwoławczego prowadzącego do możliwości poprawy ewentualnych błędów i niespójności w zakresie orzecznictwa trybunału pierwszej instancji[21].

---

[14] Wspólny instrument interpretacyjny dotyczący Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, Sekretariat Generalny Rady, 13541/16 z dnia 27.10.2016 r., DGC 1.

[15] Ibidem.

[16] Ibidem, s. 3.

[17] Ibidem, s. 4.

[18] Ibidem.

[19] Ibidem.

[20] Ibidem.

[21] Ibidem, s. 6.

W umowie tej zawarto również całościowe i generalne rozwiązania, a także zobowiązania państw członkowskich do zagwarantowania ochrony praw pracowników oraz ochrony środowiska naturalnego[22].

W zakresie ochrony praw pracowników wskazuje się przede wszystkim na obowiązek stron w odniesieniu do polepszenia wewnętrznych regulacji ustawowych, aby zapewnić jak najwyższe standardy ochrony pracowniczej[23]. Zasada ta znajduje wyraz przede wszystkim w uniemożliwieniu liberalizacji wewnętrznego prawa pracy, co według założeń umowy wpłynie na zwiększenie rotacji w zakresie handlu oraz aktywizacji inwestycji[24]. CETA nie wpływa w żadnym aspekcie na możliwość prowadzenia negocjacji przez pracowników, zawierania czy też żądania realizacji układów zbiorowych[25]. Jednakże niezwykle istotnym założeniem jest zobowiązanie państw członkowskich Unii oraz Kanady do ratyfikacji, a co za tym idzie wdrożenia do wewnętrznych systemów prawnych Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) dotyczącej stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych z 1949 r.[26]

Pojawia się również wiele głosów wskazujących na wady uregulowań zawartych w CETA[27]. Zwraca się uwagę chociażby na fakt, że eksport produktów żywnościowych do Unii nie obniży cen, a wprost przeciwnie dojdzie do ich wzrostu[28]. Jako przyczynę podwyżki cen na rynku podaje się, że Kanada zobowiązana jest do dystrybucji do Unii produktów zgodnych z europejskimi wymogami i standardami dotyczącymi żywności, a zatem względem kanadyjskich produktów stosowane będą restrykcyjne przepisy techniczne i sanitarne[29]. Z kolei wielohektarowe kanadyjskie gospodarstwa rolne nastawione na niskobudżetową, masową produkcję, stosujące niejednokrotnie niedozwolone w Unii środki i metody produkcji, chcąc wejść na rynek europejski, będą zmuszone do podniesienia kosztów produkcji, co znajdzie bezpośrednie odzwierciedlenie we wzroście cen[30]. Jednocześnie podkreśla się, że polskie oczekiwania względem europejskich produktów, w szczególności polskich, są zbyt wygórowane, w związku z czym nie będzie na nie popytu na rynku kanadyjskim[31]. Pogląd ten uzasadniany jest

[22] Ibidem, s. 7.
[23] Ibidem.
[24] Ibidem.
[25] Ibidem.
[26] Ibidem.
[27] Z uwagi na ograniczenia objętościowe tekstu zagrożenia związane z wprowadzeniem CETA zostały tu jedynie zasygnalizowane.
[28] *CETA na talerzu*, Raport Pulsu Biznesu 2016, https://static.pb.pl/atta/3093-raport-ceta.pdf [Dostęp: 29 marca 2017 r.].
[29] Ibidem.
[30] Ibidem.
[31] Ibidem.

zbyt dużą konkurencyjnością produktów spożywczych w Kanadzie oraz umową handlową zawartą pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Kanadą[32].

W zakresie ewentualnych zagrożeń związanych z przyjęciem CETA wskazuje się także na możliwość niebezpieczeństwa redukcji miejsc pracy. Jak wynika z badań przeprowadzonych w 2016 r., istnieje duże prawdopodobieństwo, że w związku z wprowadzeniem CETA dojdzie do likwidacji nawet 200 tys. miejsc pracy w Unii Europejskiej, 30 tys. w Kanadzie i kolejnych 80 tys. w innych krajach powiązanych gospodarczo ze stronami umowy[33]. Przewiduje się również zmniejszenie płac w Unii Europejskiej[34]. Ponadto zwraca się też uwagę na kwestie związane z ochroną praw pracowników oraz brak regulacji w umowie instrumentów gwarantujących jakikolwiek sposób egzekwowania tych praw[35].

Kolejnym przewidywanym zagrożeniem związanym ze stosowaniem CETA jest obniżenie ceł w handlu międzynarodowym pomiędzy stronami umowy, co ze względu na spadek cen w skupach znajdzie przełożenie na europejskim rynku rolnym[36].

Kontrowersyjny na gruncie CETA, mogący niekorzystnie wpłynąć na poszczególne budżety krajowe, jest również zawarty w tej umowie mechanizm arbitrażowy, polegający na tym, że inwestor może wystąpić przeciwko państwu w przypadku powstania sporu na gruncie środków politycznych mogących wywierać niekorzystny wpływ na inwestycje (tzw. ISDS/ICS)[37]. Mechanizm ten przewidziany był również w NAFTA. Ponadto podkreśla się możliwość zagrożenia praw konsumenckich ze względu na prawdopodobne obniżenie norm bezpieczeństwa żywności[38].

---

[32] Ibidem.

[33] P. Koehler, S. Storm, *CETA Without Blinders: How Cutting 'Trade Costs and More' Will Cause Unemployment, Inequality and Welfare Losses*, „Global Development and Environment Institute Working Paper" 2016, no. 16–03, http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/16-03CETA.pdf [Dostęp: 29 marca 2017 r.], Eidem, *CETA Without Blinders: How Cutting 'Trade Costs and More' Will Cause Unemployment, Inequality and Welfare Losses*, 2016, http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/16-03CETA_ES.pdf [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

[34] P. Koehler, S. Storm, *CETA…*, 2016; Eidem, *CETA*...

[35] CETA. Labour standards not on the agenda, OGB – DGB, Berlin 2016, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/09/main_report_en_413.pdf [Dostęp: 28 marca 2017 r.].

[36] Instytut Globalnej Odpowiedzialności, *TTIP i CETA: zamach na zrównoważone rolnictwo. Jak umowy o wolnym handlu mogą wpłynąć na sytuację rolniczek i rolników oraz prawa konsumenckie?*, http://igo.org.pl/wp-content/uploads/2015/12/TTIP-i-CETA-Zamach_na_zrownowazone_rolnictwo-IGO.pdf [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

[37] Transnational Institute, Making sense of CETA (2nd Edition), An analysis of the final text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement, 2016, https://www.tni.org/en/publication/making-sense-of-ceta-2nd-edition [Dostęp: 5 marca 2017 r.].

[38] Zombie ISDS – rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die, Corporate Europe Observatory (CEO), Association Internationale de Techniciens, Experts et

3. Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu – NAFTA

W związku z zakończeniem prac legislacyjnych związanych z Kompleksową umową gospodarczo-handlową – CETA i opublikowaniem jej tekstu powstała możliwość porównania jej postanowień z postanowieniami i skutkami, jakie zrodził Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu (Północnoamerykańska Strefa Wolnego Handlu, *North American Free Trade Agreement*) – NAFTA. Umowa ta, po trwających kilka lat negocjacjach, została podpisana 17 grudnia 1992 r., a obowiązywała od 1994 r. Reguluje ona stosunki handlowe pomiędzy Stanami Zjednoczonymi, Kanadą i Meksykiem[39].

3.1. Historia powstania i cele NAFTA

Negocjacje dotyczące Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu rozpoczęto w Toronto w czerwcu 1992 r.[40] Podczas obrad debatowano nad strukturą umowy, jej ewentualnymi korzyściami i zagrożeniami. Ideę powstania NAFTA oparto na potędze ekonomicznej Stanów Zjednoczonych, ogromnych zasobach zarówno gospodarczych, jak i naturalnych Kanady oraz partycypacji Meksyku jako kraju rozwijającego się, aby umożliwić mu wzrost gospodarczy dzięki wymianie handlowej opartej na zasadach wzajemności[41].

Precedensowa umowa zakładająca współpracę pomiędzy rozwiniętą Północą Ameryki – Kanadą i Stanami Zjednoczonymi, a uboższym Południem – Meksykiem, prowadząca do sukcesu ekonomicznego miała być początkiem utworzenia jednej strefy ekonomicznej dla całego kontynentu północnoamerykańskiego[42].

Jako główną przyczynę powstania NAFTA wskazuje się chęć rządów państw-stron wyeliminowania barier istniejących w zakresie handlu i inwe-

Chercheurs (AITEC), Attac Austria, Campact, ClientEarth, Ecologistas en acción, Forum Umwelt & Entwicklung, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), PowerShift, Seattle to Brussels Network (S2B), Traidcraft, Transnational Institute (TNI), Umanotera, War on Want, Védegylet, Vrijschrift, 11.11.11., http://www.s2bnetwork.org/the-zombie-isds/ [Dostęp: 5 marca 2017 r.].

[39] Office of the United States Trade Representative, Free Trade Agreements, https://ustr.gov/issue-areas/industry-manufacturing/industrial-tariffs/free-trade-agreements [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

[40] A. Floudas, A. Demetrius, L. Fernando, *Some Thoughts on NAFTA and Trade Integration in the American Continent* 52 (2000) „International Problems" 2000, 52, s. 371, http://www.diplomacy.bg.ac.rs/mpro_sa00_4.htm [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

[41] Ibidem.

[42] Ibidem.

stycji pomiędzy tymi krajami. W 1995 r. doszło do wyeliminowania niektórych taryf w Kanadzie, Stanach Zjednoczonych i Meksyku, co zaowocowało obniżeniem kosztów importu produktów i usług[43]. Z kolei pierwsze dziesięć lat obowiązywania NAFTA sprawiło, że doszło do redukcji wszystkich wiążących Stany Zjednoczone i Meksyk taryf celnych, z wyjątkiem tych, które dotyczyły eksportu rolnego produktów amerykańskich do Meksyku, z założeniem jednak, że w ciągu piętnastu lat i one zostaną wyeliminowane[44]. Celem NAFTA było usunięcie barier w zakresie pozataryfowym w handlu, a także ochrona sprzedawanych produktów. Państwa-strony dążyły również do zapewnienia większego stopnia mobilności osób podróżujących po Ameryce Północnej w związku z wykonywaniem przez nie obowiązków służbowych. NAFTA przewidywała także procedurę międzynarodowego rozstrzygania sporów dotyczącą jej stosowania i interpretacji.

3.2. Korzyści i zagrożenia stworzone przez Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu – NAFTA

W związku z przyjęciem NAFTA jej strony – Stany Zjednoczone, Kanada i Meksyk – uzyskały umiarkowane korzyści ekonomiczne. Jednakże jednym z największych sukcesów ekonomicznych umowy było zwiększenie przepływu produktów rolnych pomiędzy tymi krajami[45]. W 2008 r. eksport kanadyjskich produktów do Stanów Zjednoczonych i Meksyku wzrósł do poziomu 381,3 mld dolarów amerykańskich (USD), z kolei import – do poziomu 245,1 mld USD[46]. Badania przeprowadzone w 2007 r. wykazały, że NAFTA nie miała większego wpływu na dobrobyt państw-stron[47]. Z kolei na podstawie kolejnych badań, przeprowadzonych w 2015 r., można wysnuć wniosek, że NAFTA spowodowała obniżenie dobrobytu Kanady o około 0,06%, z jednoczesnym wzrostem handlu wewnętrznego tego państwa o 11%[48].

---

[43] Ibidem.

[44] Ibidem.

[45] S. Mohammed Aly, *Nafta Economic Impact. Council on Foreign Relations think*, http://www.cfr.org/trade/naftas-economic-impact/p15790 [Dostęp: 30 marca 2017 r.].

[46] NAFTA – Fast Facts: North American Free Trade Agreement, NAFTANow.org., http://www.naftanow.org/facts/ [Dostęp: 25 marca 2017 r.].

[47] J. Romalis, *NAFTA's and CUSFTA's Impact on International Trade*, „Review of Economics and Statistics" 2007-07-12, 89 (3), s. 416–35. doi:10.1162/rest.89.3.416. ISSN 0034-6535, https://www.worldcat.org/title/review-of-economics-and-statistics/oclc/950513335 [Dostęp: 13 marca 2017 r.].

[48] L. Caliendo, P. Lorenzo, P. Fernando, *Estimates of the Trade and Welfare Effects of NAFTA*, „The Review of Economic Studies" 2015-01-0182 (1), s. 1–44, https://academic.

NAFTA wpłynęła również na podniesienie poziomu konkurencyjności produktów pochodzących ze Stanów Zjednoczonych w stosunku do produkcji chińskiej w efekcie obniżenia kosztów, przy jednoczesnych staraniach co do utrzymania standardu produktów[49]. W związku z tym wiele przedsiębiorstw Stanów Zjednoczonych, aby obniżyć koszty wyrobu, zdecydowało się na przeniesienie produkcji do innych krajów, niejednokrotnie do Meksyku, co skutkowało zintegrowaniem przemysłu wytwórczego na obszarze stron umowy[50].

Jednak jednym z bardziej problematycznych zagadnień związanych z wprowadzeniem NAFTA był jej wpływ na środowisko naturalne[51]. Stany Zjednoczone w związku z NAFTA doprowadziły do zawarcia Porozumienia o współpracy na rzecz środowiska (NAAEC), co z kolei przyczyniło się do powstania w 1994 r. Komisji Współpracy Środowiska (CEC), której nadano uprawnienia kontrolne w zakresie wpływu NAFTA na środowisko naturalne[52]. Umowa ta doprowadziła do pogorszenia stanu środowiska naturalnego ze względu na zwiększoną ilość zużywanych paliw kopalnych, pestycydów i GMO[53], a także stosowane w Meksyku destrukcyjne metody wydobywcze[54]. Największe zanieczyszczenia generowały: przemysł metali szlachetnych, meksykański przemysł naftowy oraz sektor transportowy Stanów Zjednoczonych i Meksyku[55].

Jeśli natomiast chodzi o rolnictwo, to była to kwestia najbardziej kontrowersyjna od chwili podjęcia negocjacji w sprawie NAFTA (ze względu na brak negocjacji trójstronnych). Ostatecznie podpisano trzy odrębne aneksy pomiędzy każdą ze stron. Postanowienia na linii Kanada – Stany Zjednoczone wprowadziły ograniczenia w zakresie taryf na produkty rolne, z kolei w relacji Meksyk – Stany Zjednoczone doszło do znacznej liberalizacji han-

oup.com/restud/article/82/1/1/1547758/Estimates-of-the-Trade-and-Welfare-Effects-of [Dostęp: 9 marca 2017 r.].

[49] S. Mohammed Aly, *Nafta*…

[50] Ibidem.

[51] R. Murray, NAFTA Mit, Mises Institute, https://mises.org/library/nafta-myth#.UppdJ83nE1A.reddit [Dostęp: 30 marca 2017 r.].

[52] Impact Assessment and Project Appraisal. 24, s. 259–272. December 1, 2006, http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765048 [Dostęp: 21 lutego 2017 r.].

[53] New Report Reveals Environmental Costs of North American Free Trade Agreement, http://content.sierraclub.org/press-releases/2014/03/new-report-reveals-environmental-costs-north-american-free-trade-agreement [Dostęp: 15 maja 2017 r.].

[54] J. Cherniwchan, *Trade Liberalization and the Environment: Evidence from NAFTA and U.S. Manufacturing*, „Journal of International Economics" s. 130–149. doi:10.1016/j.jinteco.2017.01.005, http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022199617300077 [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

[55] K.A. Reinert, D.W. Roland-Holst, *The Industrial Pollution Impacts of NAFTA: Some Preliminary Results*, http://www.cec.org/programs_projects/trade_environ_econ/pdfs/Reinert.pdf [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

dlu produktami rolnymi. Produkcja meksykańskiej kukurydzy w związku z wprowadzeniem NAFTA wzrosła, jednak z zachowaniem jednoczesnego popytu wewnętrznego import tego produktu okazał się konieczny[56]. Wskazuje się, że umowa doprowadziła do „eliminacji" drobnych meksykańskich rolników, których gospodarstwa nie miały szans w konkurencji z wielohektarowymi farmami, niejednokrotnie stosującymi chemiczne środki ochrony upraw[57]. Rolnicy, którzy tracili zatrudnienie, byli zmuszeni szukać nowej pracy w przygranicznej strefie przemysłowej, gdzie warunkiem zatrudnienia była zgoda na niskie zarobki i wielokrotnie gorsze warunki pracy[58]. Konsekwencją tego był też napływ do Stanów Zjednoczonych meksykańskich imigrantów, którzy zdecydowali się na ten krok w poszukiwaniu środków do życia[59].

Ponadto jeszcze w trakcie negocjacji nad NAFTA wskazywano, że skutkiem jej przyjęcia będzie możliwość stworzenia nowych miejsc pracy, co jednak nie znalazło odzwierciedlenia w rzeczywistości[60]. W związku z rozmieszczeniem nowych siedzib produkcji w Meksyku i Kanadzie około 850 tys. Amerykanów straciło pracę[61]. Byli to głównie pracownicy zakładów zajmujących się produkcją: pojazdów mechanicznych, tekstyliów[62], komputerów i urządzeń elektronicznych. Wprowadzone oszczędności przynosiły zysk głównie ogromnym korporacjom[63].

4. Podsumowanie

Jak wynika z przytoczonych rozważań, zarówno w przypadku Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej – CETA, jak i Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu – NAFTA głównym celem ich powstania było stworzenie strefy wolnego handlu, mającej za zadanie obniżenie kosztów produkcji towarów, importu oraz eksportu poszczególnych produktów. Unormowania CETA i NAFTA zawierają rozwiązania stwarzające szansę na poprawę gospodarek państw-stron, jednakże istnieje również ryzyko

[56] NAFTA, Corn, and Mexico's Agricultural Trade Liberalization, http://americas.irc-online.org/pdf/reports/0402nafta.pdf [Dostęp: 9 lutego 2017 r.].

[57] E. Glinka, *20 lat NAFTA – wielkie nadzieje, minimalne korzyści*, http://dziennikzwiazkowy.com/gospodarka/20-lat-nafta-%E2%88%92-wielkie-nadzieje-minimalne-korzysci/ [Dostęp: 30 marca 2017 r.].

[58] Ibidem.

[59] Ibidem.

[60] Ibidem.

[61] Ibidem.

[62] Ibidem.

[63] Ibidem.

związane z wprowadzeniem tychże umów, czego przykładem jest NAFTA. W przypadku Polski główną obawą płynącą z przyjęcia umowy są możliwe negatywne konsekwencje dla rynku pracy, w szczególności w odniesieniu do rynku rolnego i konsumentów. Należy również podkreślić, że w 2016 r. P. Koehler i S. Storm opublikowali badania, z których wynika, że w związku z podpisaniem CETA do 2023 r. w Unii Europejskiej dojdzie do redukcji 200 tys. miejsc pracy[64]. Jednocześnie przewidywany jest wzrost roli kapitału przy jednoczesnym zmniejszeniu wysokości płac[65]. Jak wynika z wymienionych badań, dojdzie również do wzrostu w zakresie relacji deficytu budżetowego i dochodu krajowego netto[66].

Obawę budzi również zezwolenie w 2015 r. w Kanadzie na sprzedaż jabłek modyfikowanych genetycznie, co może mieć wpływ na zyski polskich sadowników jako największych producentów jabłek w Europie. Z kolei obniżenie standardów produkcji jest przyczyną niepokoju o stan środowiska naturalnego.

W związku z CETA, podobnie jak w przypadku NAFTA, istnieje wiele obaw, w szczególności w zakresie wzrostu poziomu nierówności społecznej i ekonomicznej czy zysku kapitału korporacyjnego z jednoczesnym pokrzywdzeniem pracowników, które w odniesieniu do drugiej z wymienionych umów znalazły odzwierciedlenie w rzeczywistości. Jednocześnie Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa stwarza także wiele szans, które dobrze wykorzystane mogą przyczynić się do urzeczywistnienia realizacji jej założeń, przekładających się na życie poszczególnych ludzi.

Bibliografia

A Joint Study by the European Commision and the Government of Canada, Assesing of coats and benefits of a closer EU-Canada economic partnership, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf [Dostęp: 24 marca 2017 r.].

Caliendo L., Lorenzo P., Fernando P., *Estimates of the Trade and Welfare Effects of NAFTA*, „The Review of Economic Studies" 2015-01-01, 82 (1), s. 1–44, https://academic.oup.com/restud/article/82/1/1/1547758/Estimates-of-the-Trade-and-Welfare-Effects-of [Dostęp: 9 marca 2017 r.].

CETA. Labour standards not on the agenda, OGB – DGB, Berlin 2016, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/09/main_report_en_413.pdf [Dostęp: 28 marca 2017 r.].

CETA na talerzu, Raport Pulsu Biznesu 2016, https://static.pb.pl/atta/3093-raport-ceta.pdf [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

[64] P. Koehler, S. Storm, *CETA*…, 2016.

[65] P. Koehler, S. Storm, *CETA*...

[66] Ibidem.

Cherniwchan J., *Trade Liberalization and the Environment: Evidence from NAFTA and U.S. Manufacturing*, „Journal of International Economics" 2017, s. 130–149, doi:10.1016/j.jinteco.2017.01.005, http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022199617300077 [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [Dostęp: 27 marca 2017 r.].

Delegation of the European Union, CETA, https://web.archive.org/web/20150505112357/http://eeas.europa.eu/delegations/canada/eu_canada/trade_relation/ceta/index_en.htm [Dostęp: 28 marca 2017 r.].

Floudas A., Demetrius A., Fernando L., *Some Thoughts on NAFTA and Trade Integration in the American Continent*, „International Problems" 2000, 52, s. 371, http://www.diplomacy.bg.ac.rs/mpro_sa00_4.htm [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

Glinka E., *20 lat NAFTA – wielkie nadzieje, minimalne korzyści*, http://dziennikzwiazkowy.com/gospodarka/20-lat-nafta-%E2%88%92-wielkie-nadzieje-minimalne-korzysci/ [Dostęp: 30 marca 2017 r.].

Global Affairs Canada, Canada-European Union Trade and Investment Enhancement Agreement, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/tiea.aspx?lang=en [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

Impact Assessment and Project Appraisal. 24: 259–272. December 1, 2006, http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765048 [Dostęp: 21 lutego 2017 r.].

Instytut Globalnej Odpowiedzialności, *TTIP i CETA: zamach na zrównoważone rolnictwo. Jak umowy o wolnym handlu mogą wpłynąć na sytuację rolniczek i rolników oraz prawa konsumenckie?*, http://igo.org.pl/wp-content/uploads/2015/12/TTIP-i-CETA-Zamach_na_zrownowazone_rolnictwo-IGO.pdf [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

Joint Report on the EU-Canada Scoping Exercise March 5, 2009, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/march/tradoc_142470.pdf [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

Koehler P., Storm S., *CETA Without Blinders: How Cutting 'Trade Costs and More' Will Cause Unemployment, Inequality and Welfare Losses*, „Global Development and Environment Institute Working Paper" 2016, no. 16–03, http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/16-03CETA.pdf [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP, *Stosunki Kanada – UE*, http://www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/inne_kontynenty/ameryka_polnocna/stosunki_dwustronne_ameryka_pln/stosunki_ue___kanada?printMode=true [Dostęp: 24 marca 2017 r.].

Mohammed Aly S., *Nafta Economic Impact*. *Council on Foreign Relations think*, http://www.cfr.org/trade/naftas-economic-impact/p15790 [Dostęp: 30 marca 2017 r.].

Murray R., *NAFTA Mit*, Mises Institute, https://mises.org/library/nafta-myth#.UppdJ83nE1A.reddit [Dostęp: 30 marca 2017 r.].

NAFTA – Fast Facts: North American Free Trade Agreement, NAFTANow.org., http://www.naftanow.org/facts/ [Dostęp: 25 marca 2017 r.].

NAFTA, Corn, and Mexico's Agricultural Trade Liberalization, http://americas.irc-online.org/pdf/reports/0402nafta.pdf [Dostęp: 9 lutego 2017 r.].

Negotiations agreement between EU and Canada, https://web.archive.org/web/20160327214134/http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc_143427.pdf [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

New Report Reveals Environmental Costs of North American Free Trade Agreement, http://content.sierraclub.org/press-releases/2014/03/new-report-reveals-environmental costs-north-american-free-trade-agreement [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

Office of the United States Trade Representative, Free Trade Agreements, https://ustr.gov/issue-areas/industry-manufacturing/industrial-tariffs/free-trade-agreements [Dostęp: 29 marca 2017 r.].

Reinert K.A., Roland-Holst D.W., *The Industrial Pollution Impacts of NAFTA: Some Preliminary Results*, http://www.cec.org/programs_projects/trade_environ_econ/pdfs/Reinert.pdf [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

Romalis J., *NAFTA's and CUSFTA's Impact on International Trade*, „Review of Economics and Statistics" 2007-07-12, 89 (3), s. 416–435, doi:10.1162/rest.89.3.416. ISSN 0034-6535, https://www.worldcat.org/title/review-of-economics-and-statistics/oclc/950513335 [Dostęp: 13 marca 2017 r.].

Transnational Institute, Making sense of CETA (2nd Edition), An analysis of the final text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement, 2016, https://www.tni.org/en/publication/making-sense-of-ceta-2nd-edition [Dostęp: 5 marca 2017 r.].

Wspólny instrument interpretacyjny dotyczący kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, Sekretariat Generalny Rady, 13541/16 z dnia 27.10.2016 r., DGC 1.

Zombie ISDS – rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die, Corporate Europe Observatory (CEO), Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Austria, Campact, ClientEarth, Ecologistas en acción, Forum Umwelt & Entwicklung, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), PowerShift, Seattle to Brussels Network (S2B), Traidcraft, Transnational Institute (TNI), Umanotera, War on Want, Védegylet, Vrijschrift, 11.11.11., http://www.s2bnetwork.org/the-zombie-isds/ [Dostęp: 5 marca 2017 r.].

https://web.archive.org/web/20160327214134/http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc_143427.pdf [Dostęp: 26 marca 2017 r.].

Aleksandra Hajduk*

Pozycja polskiego wykonawcy na kanadyjskim rynku zamówień publicznych na podstawie regulacji umowy CETA

Polish contractor on the Canadian public procurement market in terms of Comprehensive Economic Trade Agreement

Streszczenie: Umowa CETA wprowadza zapisy regulujące współpracę między Unią Europejską a Kanadą. Jednym z elementów tego porozumienia jest udostępnienie kanadyjskiego rynku zamówień publicznych wykonawcom państw członkowskich Unii Europejskiej, w tym polskim wykonawcom. Celem opracowania jest dokonanie analizy i oceny możliwości uczestnictwa polskich wykonawców na kanadyjskim rynku zamówień publicznych, z uwzględnieniem możliwości regulacji zawartych w umowie CETA. W niniejszym artykule zostały przedstawione korzyści i możliwe zagrożenia związane z otwarciem kanadyjskiego rynku zamówień publicznych dla polskich wykonawców. Analizie zostały poddane regulacje zawarte w umowie CETA oraz akty prawne regulujące zasady przeprowadzania zamówień publicznych w Kanadzie. Tym samym możliwe stało się określenie najistotniejszych czynników mogących mieć wpływ na aktywność polskich wykonawców w Kanadzie.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, CETA, kanadyjski rynek zamówień publicznych

Abstract: The Comprehensive Economic Trade Agreement establishes regulations about cooperation between the European Union and Canada. One of the elements of this agreement is the availability of the Canadian public procurement market to EU contractors, including Polish. The aim of the essay is to analyze and evaluate the possibilities of participation of Polish contractors on the Canadian public procurement market, taking into account the possibility of regulation contained in the CETA Agreement. This article presents the benefits and possible risks associated with the opening of the Canadian public procurement market for Polish contractors. For this purpose, the provisions of the CETA Agreement and the regulations governing public procurement in Canada have been analyzed. In this way it was possible to identify the most important factors that could affect the activity of Polish contractors in Canada.

Key words: public procurement, CETA, Canadian public procurement market

* Mgr, doktorantka w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wstęp

Umowa CETA z dnia 30 października 2016 r. (Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017 r. [dalej: Umowa, Umowa CETA lub CETA]), czyli Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa pomiędzy Unią Europejską a Kanadą, została wynegocjowana w 2014 r., natomiast 15 lutego 2017 r. Parlament Europejski zagłosował za jej przyjęciem. Choć CETA budzi wiele kontrowersji wśród Europejczyków, może stanowić podstawę do pogłębienia współpracy gospodarczej między Unią Europejską a Kanadą. W tym celu strony Umowy zgodziły się m.in. na wzajemne udostępnienie swoich rynków zamówień publicznych. W 2016 r. w „Dzienniku Urzędowym UE" opublikowano ogółem 179 758 ogłoszeń o przetargach[1]. Wartość tego unijnego rynku w 2014 r. wynosiła 165,7 mld euro[2] i cały czas utrzymuje się na tym samym poziomie, natomiast roczna wartość rynku zamówień publicznych w Kanadzie w 2016 r. liczyła około 23 mld CAD[3]. Stwarza to ogromne pole do działania dla przedsiębiorców, stanowiąc możliwy do wykorzystania potencjał.

Niniejszy artykuł prezentuje tematykę zamówień publicznych w Kanadzie. Zostaną w nim przedstawione tamtejsze zasady przeprowadzania zamówień publicznych oraz zasady dostępu do zamówień publicznych dla stron Umowy, ze wskazaniem możliwych korzyści i zagrożeń związanych z aktywnością na tym rynku. Celem opracowania jest dokonanie analizy i oceny możliwości uczestnictwa polskich wykonawców w Kanadzie, z uwzględnieniem możliwości uzyskanych dzięki wejściu w życie Umowy CETA. Ponadto zostaną wskazane korzyści i zagrożenia wynikające z aktywności polskich wykonawców i dostawców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w Kanadzie.

---

[1] *Informacja o polskim i europejskim rynku zamówień publicznych w roku 2016 na podstawie ogłoszeń publikowanych w „Dzienniku Urzędowym UE" (stan na 31 grudnia 2016 r.)*, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0014/33422/TED20161231.pdf [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

[2] Commision staff working document Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0407&from=EN [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

[3] L. Prosper, *Governance of public procurement: Case of Canada*, http://ricg.org/download.php?len=en&id=532&nbre=INGP_Canada_Lorna_Prosper.pdf&ti=application/pdf&tc=Contenidos [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

2. Rynek zamówień publicznych w Kanadzie

2.1. Podstawa prawna

Rynek zamówień publicznych w Kanadzie w znacznym stopniu różni się od polskiego. Na ten stan wpływa wiele czynników, z których najistotniejszym jest obowiązywanie systemu *common law*. W Kanadzie nie ma jednej ogólnopaństwowej ustawy regulującej całość systemu zamówień publicznych. Aby poznać zasady udzielania zamówień, niezbędne jest zapoznanie się z szeregiem ustaw, tzn.: Ustawą o zarządzaniu finansowym (*Financial Administration Act*, R.S.O. 1990, c. F.12), Ustawą o ministerstwie robót publicznych i usług rządowych (*Department of Public Works and Government Services Act* S.C. 1996, c. 16), Ustawą o produkcji obronnej (*Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1), Ustawą o rachunkowości federalnej (*Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9). Ponadto pewne regulacje znajdują się również w rozporządzeniach dotyczących zawieranych kontraktów (*government contracts regulations*), w całościowych umowach dotyczących ziemi (*comprehensive land claims agreements*), polityce zawierania umów izby skarbowej (*Treasury Board contracting policy*) oraz krajowych i międzynarodowych umowach handlowych obowiązujących Kanadę[4].

2.2. Kontrakt A i B

Równie istotne jak wymienione regulacje jest orzecznictwo, które w pierwszej kolejności przyczyniło się do rozróżnienia tzw. Kontraktu A i Kontraktu B[5]. Zgodnie z orzeczeniem sądu z 1981 r. w sprawie The *Queen (Ontario) vs. Ron Engineering*, Kontrakt A zostaje zawarty automatycznie, z chwilą złożenia oferty przez wykonawcę (ang. *a call for tenders*). W związku z tym złożenie zaproszenia do składania ofert przez zamawiającego jest dla niego wiążące. Jeżeli wykonawca złoży ofertę spełniającą warunki określone przez zamawiającego, to dochodzi do zawarcia umowy. W tym przypadku zarówno podmiot publiczny, jak i oferent są związani złożoną ofertą. Przed wydaniem przedmiotowego orzeczenia powszechnie uważano, że zapytanie podmiotu publicznego jest jedynie zaproszeniem do negocjacji, a umowa zostaje zawarta dopiero w chwili wyboru oferty po przeprowadzonych negocjacjach[6].

[4] R. Pawlak, *CETA: Otwarcie kanadyjskiego rynku zamówień publicznych szansą dla polskich firm*, https://canada.trade.gov.pl/pl/zamowienia-publiczne/215181,zamowienia-publiczne-w-kanadzie.html [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

[5] Wyrok Supreme Court of Canada z dnia 27 stycznia 1981 r. R. (Ont.) v. Ron Engineering, [1981] 1 S.C.R. 111.

[6] R. Pawlak, *CETA: Otwarcie kanadyjskiego rynku zamówień*…

W orzeczeniu *M.J.B. Enterprises Ltd. vs. Defence Construction (1951) Ltd.* Sąd Najwyższy Kanady zwrócił uwagę, że organy publiczne mają prawo do rozważenia szczegółów złożonych ofert i nie są zasadniczo zobowiązane do przyjęcia wyłącznie najtańszej oferty, zgodnej z ogólnymi warunkami zamówienia[7]. Orzecznictwo od 1981 r. wytworzyło kolejne zasady dla omawianego Kontraktu A. Przede wszystkim ustawa nakłada obowiązki zarówno na zamawiających, jak i oferentów. Organy publiczne są zobowiązane do stosowania warunków określonych dla Kontraktu A i nie mogą przyjmować żadnych ofert niespełniających tych wymogów, niezależnie od tego, jak atrakcyjna jest złożona oferta.

Zamawiający muszą stosować zasadę równości wobec wszystkich uczestników postępowania, w szczególności podczas dokonywania oceny składanej przez każdego oferenta. Ponadto, organy zamawiające nie mogą podejmować ostatecznych decyzji o przyznaniu lub odrzuceniu oferty na podstawie kryteriów, które nie zostały zawarte w warunkach zamówienia. Jednocześnie oferenci są związani ofertą i nie mogą cofnąć lub uzupełnić swojej oferty, chyba że zezwalają na to ogólne warunki zamówienia. Należy również wskazać, że zamawiający jest uprawniony do kształtowania dokumentacji przetargowej w taki sposób, by uwzględniała pozacenowe kryteria oceny oferty. Może też określić kryteria w stosunku do oferenta, jak m.in. posiadanie doświadczenia w realizowaniu danego zamówienia czy brak sporu w realizacji zamówień publicznych. Trzecia zasada ogranicza uprawnienia zamawiającego w dowolnym kształtowaniu zasad uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie Kontraktu A[8]. W Kanadzie sądy są uprawnione do weryfikowania na wniosek dokumentacji zamówieniowej pod względem zbytniego ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu. Orzecznictwo wskazuje, że dodatkowe kryteria nie mogą doprowadzić do uprzywilejowania jednego podmiotu, a postępowanie o zamówienie publiczne powinno dalej pozostawać postępowaniem konkurencyjnym[9]. Omówione zasady obowiązujące dla Kontraktu A są analogiczne do zasad określonych dla przebiegu postępowań w Polsce.

W odróżnieniu od Kontraktu A, Kontrakt B powstaje z chwilą wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty ze wszystkich złożonych w postępowaniu[10]. Zamawiający ze zwycięzcą tworzą umowę na podstawie

[7] Wyrok Federal Court of Appeal Canada z dnia 17 lutego 2000 r. Martel Building Ltd. v. Canada, [2000] 2 S.C.R. 860, http://blakesfiles.com/Bulletins/legal_updates/procurement/sep_2011/Martel.pdf [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

[8] C. McCrudden, *Using public procurement to achieve social outcomes*, „Natural Resources Forum" 2004, 28, s. 257–267.

[9] J. Wilson, J. Richler, *Bulletin*, http://www.blakes.com/English/Resources/Bulletins/Pages/Details.aspx?BulletinID=1385 [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

[10] D. Piasta, *Zamówienia publiczne w Kanadzie*, http://www.bzg.pl/node/1174 [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

warunków określonych w postępowaniu. W ten sam sposób dochodzi do zawarcia umowy w polskim postępowaniu. Samo złożenie oferty przez wykonawcę nie powoduje zawarcia umowy, a jedynie zobowiązuje wykonawcę, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, do zawarcia umowy w określonym terminie. Analizując materiały dotyczące Kontraktu A i B, należy stwierdzić, że w Kanadzie powszechniejsze jest korzystanie z Kontraktu A.

2.3. Postępowanie o udzielenie zamówienia – podstawowe informacje

Organem odpowiedzialnym za regulowanie rynku zamówień publicznych w Kanadzie jest Ministerstwo Robót Publicznych i Usług Rządowych (*Public Works and Government Services Canada* [dalej: Ministerstwo]), które wraz z innymi resortami rządowymi ma uprawnienie do udzielania zamówień publicznych z ramienia rządu federalnego. Inne podmioty publiczne mogą zostać uprawnione na podstawie delegacji Ministerstwa do dokonywania zamówień o wartości niższej niż 25 tys. dolarów kanadyjskich (CAD) lub w szczególnie uzasadnionych przypadkach do przeprowadzania zamówień na kwotę wyższą.

W pierwszym etapie postępowania zamawiający jest zobowiązany określić tryb postępowania – konkurencyjny, niekonkurencyjny, oraz postępowanie w przypadku zapotrzebowania na „dostawy lub usługi powszechne".

Postępowanie konkurencyjne jest najpowszechniejszym trybem przeprowadzania zamówień o wartości większej niż 25 tys. CAD dla dostaw towarów i 100 tys. CAD dla robót budowlanych, choć próg ten należy weryfikować, prowincje bowiem mogą określać niższe progi. Natomiast postępowanie niekonkurencyjne, podobnie jak w prawie polskim, stosowane jest wyłącznie w przypadku szczególnych okoliczności, jak kataklizm, lub gdy wartość zamówienia nie przekracza kwot progowych, zamówienie dotyczy bezpieczeństwa narodowego, a istota zamówienia wskazuje, że zbieranie ofert nie leży w interesie publicznym lub obiektywnie istnieje tylko jeden podmiot zdolny do wykonania przedmiotu umowy[11].

W przypadku dostaw i usług powszechnych możemy wyróżnić dwa tryby postępowania – *Standing Offer* oraz *Supply Agreement* (tzw. SOSA). Pierwszy z nich służy do uzyskania dostaw lub usług, których ilości nie można przewidzieć na etapie ogłoszenia przetargu. Obejmuje on m.in.: artykuły biurowe, żywność czy paliwo. Zamawiający, publikując ogłoszenie, składa zapytanie do potencjalnych wykonawców o ofertę. W tym trybie mamy do czynienia z adhezyjnym przystąpieniem do umowy. W drugim

[11] R. Pawlak, *CETA: Otwarcie kanadyjskiego rynku zamówień…*

przypadku zamawiający wstępnie dokonuje selekcji potencjalnych dostawców lub usługodawców, od których chciałby uzyskać ofertę, a następnie wybrany wykonawca zawiera z zamawiającym standardową umowę, której treść można znaleźć na stronie rządowej Kanady[12]. Wyszukiwarka zamówień przeprowadzanych w ramach SOSA dostępna jest na stronie rządowej www.buyandsell.gc.ca, w zakładce *For businesses*.

2.4. Elektroniczny dostęp do zamówień

Udział podmiotu prywatnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest uwarunkowany rejestracją w bazie potencjalnych dostawców w tzw. *Supplier Registration Information* (SRI) oraz posiadaniem podatkowego numeru identyfikacyjnego *Business Number* (BN). Rejestracji można dokonać za pośrednictwem rządowej strony internetowej. Te dwa rejestry umożliwiają dalszą rejestrację w innych, wyspecjalizowanych bazach dostawców. W tym zakresie procedura została w pełni zelektronizowana, co znacznie ułatwia uczestnictwo podmiotom zagranicznym. Od 1 czerwca 2013 r. portal Buyandsell.gc.ca stał się platformą regulującą i publikującą większość zamówień publicznych rynku kanadyjskiego na szczeblu federalnym. Każda prowincja i terytorium Kanady posiadają wewnętrzne przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Zamówienia na tym szczeblu są zazwyczaj regulowane przez prawo określone w statusach.

2.5. Środki odwoławcze

Instytucjonalna ochrona wykonawcy niezadowolonego z działania zamawiającego opiera się na możliwości wniesienia odwołania do kanadyjskiego Międzynarodowego Trybunału Handlowego (*Canadian International Trade Tribunal* – CITT), którego uprawnienia są znacznie szersze niż w przypadku polskiej Krajowej Izby Odwoławczej. CITT jest organem, który może rozstrzygać o każdej czynności zamawiającego podejmowanej na różnych etapach postępowania o zamówienie publiczne, włącznie z oceną ofert i decyzją o udzieleniu zamówienia oraz w trakcie realizacji zamówienia, co daje o wiele większy zakres uprawnień w porównaniu z uprawnieniami Krajowej Izby Odwoławczej. Zasady wnoszenia odwołania zostały opisane w przewodniku wydanym przez CITT. W przypadku zamówień wartości

[12] Oficjalna strona zamówień publicznych w Kanadzie, https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/standing-offers-and-supply-arrangements/get-started-with-sosa [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

niższej niż wskazane progi odwołanie można wnieść do rzecznika zamówień publicznych (*Office of the Procurement Ombudsman* – OPO). W przypadku zamówień na poziomie prowincji i terytoriów wykonawcy nie przysługują żadne środki odwoławcze.

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że system zamówień publicznych w Kanadzie znacznie różni się od rozwiązań europejskich. Rozpoczynając działalność gospodarczą w tym kraju, w szczególności należy pamiętać o tym, że prawo obowiązujące będzie zależało nie tylko od terytorium (prowincji), na którym udzielane będzie zamówienie publiczne, ale również od podmiotu, który udziela zamówienia – od tego może zależeć zastosowanie regulacji obowiązujących na szczeblu centralnym. Ponadto, rozpoczynając działalność w Kanadzie, należy mieć na uwadze obowiązujący w niej precedensowy system prawa *common law*[13].

3. Wpływ CETA na dostępność rynku zamówień publicznych

3.1. Zakres obowiązywania Umowy

Umowa CETA określa zasady współpracy pomiędzy Kanadą a Unią Europejską w zakresie obszarów, w których ich przedsiębiorstwa mogą wzajemnie dostarczać towary i usługi w ramach przetargów publicznych obu stron ogłaszanych na każdym szczeblu – rządowym i samorządowym, a także krajowym, regionalnym, prowincjonalnym i lokalnym. Jest to pierwsza umowa podpisana przez Kanadę dająca podmiotom zagranicznym możliwość ubiegania się o zamówienie na tak szeroką skalę.

3.2. Zasady dostępu do zamówień

Umowa CETA określa podstawowe zasady wzajemnego traktowania przedsiębiorców. W pierwszej kolejności zwraca uwagę na zakaz dyskryminacji uczestników postępowania, wskazując, że każda strona Umowy jest zobowiązana traktować dostawców drugiej strony nie mniej korzystnie niż lokalne podmioty[14]. Ustalając warunki uczestnictwa, podmiot zamawiający nie może narzucić warunku, zgodnie z którym dostawca, aby mógł uczestniczyć w przetargu, musiał otrzymać w przeszłości jedno lub więcej zamó-

[13] S. Arrowsmith, J. Linarelli, D. Wallace, *Regulation Public Procurement – National and International Perspectives*, Kluwer Law International 2000, s. 222–225.

[14] Artykuł 19.4 Umowy CETA z dnia 30 października 2016 r.

wień od podmiotu zamawiającego jednej ze stron. Nie może też wymagać wcześniejszego doświadczenia wykonawcy uzyskanego na terytorium konkretnego państwa[15]. Nieliczne wyjątki od tej zasady zostały enumeratywnie wymienione w CETA.

Zgodnie z Umową, postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być przeprowadzone w sposób przejrzysty i bezstronny. W konsekwencji strony zapewniły dostęp do informacji o aktach prawnych i innych regulacjach kształtujących system zamówień publicznych w danym państwie na każdym poziomie (zarówno rządowym, jak i lokalnym)[16]. Spis stron internetowych zawierających obowiązujące w danym kraju akty prawne oraz publikowane orzeczenia (szczególnie ważne w systemie *common law*) stanowi część załącznika nr 19-8 do Umowy CETA. To obszerna baza wiedzy dla każdego podmiotu, chcącego uczestniczyć w obcym dla niego rynku zamówień publicznych.

W celu realizacji zasady niedyskryminacji szczególną uwagę poświęcono dostępności do informacji o zamówieniach publicznych podmiotów zagranicznych. Strony zobowiązały się do zamieszczania wszystkich informacji o aktualnych przetargach publicznych na stronach internetowych. Ponadto, w celu zapewnienia równego dostępu do uczestnictwa w zamówieniach, strony Umowy CETA zobowiązały się do publikacji wszystkich objętych omawianą umową zamówień w pojedynczym punkcie dostępu bezpośrednio dostępnym drogą elektroniczną. Wykonawca nie będzie już musiał przeszukiwać różnych stron w celu uzyskania potrzebnych informacji. Każde państwo-strona jest zobowiązane, w terminie do 5 lat od dnia wejścia w życie Umowy, do stworzenia takiej jednolitej bazy zamówień.

Umowa CETA tworzy prymat przetargów nieograniczonych. W art. 19.8 określono zasady wyboru dostawców, natomiast stosowanie innych trybów jest dozwolone w konkretnych, wskazanych Umową przypadkach i nie może mieć na celu ograniczenia konkurencji (w szczególności ograniczenia możliwości uczestniczenia podmiotom zagranicznym).

3.3. Zakres przedmiotowy zamówień

Zakres przedmiotowy zamówień objętych Umową CETA został ograniczony. Państwa nie pozwoliły na całkowite otwarcie swoich rynków. Rozporządzenie enumeratywnie wymienia, które z ogłaszanych przetargów zostały otwarte dla podmiotów państw-stron. Lista towarów, usług oraz usług

[15] Artykuł 19.7. Umowy CETA z dnia 30 października 2016 r., Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017.

[16] Artykuł 19.5. Umowy CETA z dnia 30 października 2016 r., Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017.

budowlanych objętych Umową CETA została przedstawiona w rozdziałach 19-4, 19-5 oraz 19-6. Ponadto wprowadzono kryteria progowe, wskazując, że omawianą Umową objęte są jedynie zamówienia o wartości przekraczającej kwoty wskazane w załącznikach od 19-1 do 19-3, uzależniające wysokość tych progów od przedmiotu zamówienia oraz udzielającego go podmiotu. Kwoty zostały przedstawione w jednostce SDR (umowna międzynarodowa jednostka monetarna, mająca charakter pieniądza bezgotówkowego). Na szczeblu centralnym próg na towary i usługi wynosi 130 tys. SDR, a na roboty budowlane 5 mln SDR[17]. Zasady obliczania wartości zamówień w przypadku zamówień powtarzających się są określone w art. 19.2. Należy wskazać, że zamawiający, podobnie jak w prawie polskim, nie mogą dzielić zamówień w celu zmniejszenia ich wartości, czego rezultatem będzie brak obowiązku stosowania postanowień Umowy CETA. Lista towarów i usług objętych Umową może być w każdym czasie zmieniona przez strony z zachowaniem ekwiwalentności praw.

Widać więc, że Umowa określa jedynie ramowe zasady podjęcia współpracy jej stron. Nie ingeruje ona w wewnętrzne systemy zamówień publicznych, a jedynie daje wytyczne gwarantujące równy dostęp wszystkim uprawnionym podmiotom. Istotny nacisk kieruje na zapewnienie dostępu do informacji o aktualnie udzielanych zamówieniach, obowiązujących aktach prawnych i procedurach. Ponadto zapewnia zachowanie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych, niezależnie od pochodzenia potencjalnego wykonawcy lub dostawcy. Dla polskich przedsiębiorców takie rozwiązanie nie powinno być nowe. Unia Europejska korzysta z podobnego systemu – każde państwo członkowskie posiada wewnętrzne przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych, a ponadnarodowe regulacje ograniczają się do określenia ogólnych zasad dopuszczania podmiotów zagranicznych do udziału w nich.

3.4. Komitet ds. Zamówień Publicznych

Zgodnie z art. 26.2. e, strony Umowy zobowiązały się do utworzenia specjalnego Komitetu ds. Zamówień Publicznych, składającego się z przedstawicieli każdej ze stron, którego posiedzenia mają odbywać się w celu zapewnienia stronom Umowy możliwości konsultacji w każdej kwestii związanej ze stosowaniem regulacji Umowy dotyczących zamówień publicznych lub z realizacją celów w nich zawartych. Ponadto będzie on miał za zadanie ułatwić przekaz informacji o funkcjonowaniu przetargów, problemach

[17] Kurs SDR na dzień 25.03.2017 r. wynosił 5,3876, http://www.money.pl/pieniadze/kurs/xdr,861.html.

i statystykach. Komitet będzie mógł wspierać promowanie działań w celu ułatwienia dostawcom dostępu do oferowanych zamówień. To, jaka będzie jego faktyczna rola i znaczenie w rozwiązywaniu problemów wynikających ze stosowania Umowy, zostanie zweryfikowane w praktyce i będzie zależało od tego, w jakim stopniu państwa-strony Umowy w rzeczywistości będą chciały pogłębić współpracę.

4. Korzyści i zagrożenia wynikające z CETA dla polskich wykonawców

O tym, w jaki sposób przedsiębiorcy wykorzystają możliwości wynikające z zawarcia Umowy, przekonamy się dopiero po kilku latach od jej wejścia w życie. Jednak już dzisiaj analiza opisanych regulacji nasuwa wiele istotnych spostrzeżeń. I tak korzyści wynikające z zawarcia umowy CETA dla polskich przedsiębiorców są następujące:

– Przede wszystkim Umowa daje polskim wykonawcom dostęp do kanadyjskiego rynku zamówień publicznych na zasadach analogicznych do tych, które obowiązują przedsiębiorców kanadyjskich. Pierwszy raz w historii Kanada udostępniła swój rynek zamówień publicznych na szczeblu prowincjonalnym. Pozwala to również uczestniczyć w przetargach o mniejszej wartości i znaczeniu, by tym samym nabrać doświadczenia w poruszaniu się w obcym systemie prawnym, co długofalowo pozwoli na realizację projektów o wiele większym zasięgu.
– Dostęp do zamówień publicznych „niższego szczebla" pozwala uczestniczyć w nim także małym i średnim przedsiębiorstwom.
– Udział w zamówieniach publicznych na rynku kanadyjskim może stanowić również podstawę zawarcia lub pogłębienia współpracy z kanadyjskimi przedsiębiorcami. Polskie przedsiębiorstwa uzyskały już doświadczenie w ubieganiu się o zamówienia w państwach Unii Europejskiej (m.in. w zakresie produkcji pojazdów transportu publicznego). Wiedzą zatem, jak postępować w innych reżimach prawnych. Możliwe więc, że skorzystają także z propozycji działania na rynku kanadyjskim.
– Dużą korzyścią dla polskich wykonawców jest dostępność informacji o rynku kanadyjskim. Dotąd „poruszanie się" w prawie kanadyjskim wymagało pomocy prawnej. Umowa CETA udostępnia adresy baz internetowych zawierających nie tylko listę ogłoszonych przetargów, lecz również opis procedur obowiązujących, przepisy prawa powszechnie obowiązującego (zarówno na szczeblu centralnym, jak i w prowincjach), a nawet bazę orzeczeń. Biorąc pod uwagę, że językami urzędowymi Ka-

nady są język angielski i francuski, większość przedsiębiorców nie będzie miała problemu z zapoznaniem się z wymienionymi bazami informacji (natomiast kanadyjscy przedsiębiorcy w kontaktach z przedsiębiorcami z państw UE mogą mieć z tym problem).

Jeśli natomiast chodzi o zagrożenia, jakie niesie z sobą CETA dla polskich wykonawców, to:

– Istotnym zagrożeniem dla polskiego przedsiębiorcy w związku z jego uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Kanadzie są bez wątpienia znaczne różnice w obowiązujących regulacjach prawnych. Kanada należy do państw, w których funkcjonuje system *common law*, w dużej mierze oparty na precedensach tworzonych przez sądy. Poruszanie się w tym systemie to nie tylko zapoznanie się z kilkoma aktami prawnymi, lecz konieczność zmiany postrzegania i analizowania prawa. W przypadku wielu przedsiębiorców może to zatem stanowić problem skutecznie zniechęcający do podejmowania prób wejścia na rynek kanadyjski.
– Odległość, jaka dzieli terytoria stron Umowy CETA, także może mieć wpływ na aktywność przedsiębiorców na rynkach zagranicznych. W obecnych czasach podróżowanie nie stanowi dużego problemu, natomiast może w sposób znaczący wpłynąć na cenę oferowanych usług, co w konsekwencji może mieć istotne przełożenie na konkurencyjność.

Dzisiaj trudno stwierdzić, w jaki sposób Umowa wpłynie na udział polskich wykonawców w kanadyjskich postępowaniach przetargowych i czy korzyści wynikające z CETA przekonają przedsiębiorców do aktywności za oceanem.

5. Zakończenie

Umowa CETA w rozdziale dziewiętnastym zapewnia przedsiębiorcom stron prawo do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dostęp ten został oparty na zasadzie wzajemności regulacji z zachowaniem: konkurencyjności, jawności, przejrzystości, dostępności postępowania i równości podmiotów w nim uczestniczących. Dzięki takim rozwiązaniom z chwilą wejścia w życie Umowy polscy przedsiębiorcy uzyskali dostęp do nowego rynku. W jaki sposób wykorzystają tę możliwość? Istnieje wiele korzyści regulacji uzyskanych dzięki Umowie CETA, możliwości aktywnego uczestnictwa na rynku dotychczas niedostępnym dla żadnych innych podmiotów zagranicznych. Jednak zagrożenie, jakie wynika z nieznajomości prawa i odległości, może skutecznie zniechęcić polskich przed-

siębiorców do dokonania ekspansji na rynek kanadyjski. Obecnie, zgodnie z danymi statystycznymi publikowanymi przez GUS, eksport do Ameryki Północnej stanowi 2,8% całego polskiego eksportu[18]. Polscy przedsiębiorcy wybierają aktywność przede wszystkim na rynku państw europejskich, dalej zaś – azjatyckich. Wydaje się zatem, że odległość ma istotne znaczenie dla rozwoju współpracy. Z tego też względu można mieć obawy, że mimo dobrych rozwiązań i gwarancji zawartych w Umowie CETA, aktywność polskich wykonawców na kanadyjskim rynku zamówień publicznych będzie znikoma.

Bibliografia

Arrowsmith S., Linarelli J., Wallace D., *Regulation Public Procurement – National and International Perspectives*, Kluwer Law International 2000.

Commision staff working document Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016SC0407&from=EN [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

McCrudden C., *Using public procurement to achieve social outcomes*, „Natural Resources Forum" 2004, 28, s. 257–267.

Oficjalna strona zamówień publicznych w Kanadzie, https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/standing-offers-and-supply-arrangements/get-started-with-sosa [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

Pawlak R., *CETA: Otwarcie kanadyjskiego rynku zamówień publicznych szansą dla polskich firm*, https://canada.trade.gov.pl/pl/zamowienia-publiczne/215181,zamowienia-publiczne-w-kanadzie.html [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

Piasta D., *Zamówienia publiczne w Kanadzie*, http://www.bzg.pl/node/1174 [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

Prosper L., *Governance of public procurement: Case of Canada*, http://ricg.org/download.php?len=en&id=532&nbre=INGP_Canada_Lorna_Prosper.pdf&ti=application/pdf&tc=Contenidos [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

Raport o stanie handlu zagranicznego opublikowany przez Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2015.

Umowa CETA z dnia 30 października 2016 r., Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017.

Wilson J., Richler J., *Bulletin*, http://www.blakes.com/English/Resources/Bulletins/Pages/Details.aspx?BulletinID=1385 [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

Wyrok Federal Court of Appeal Canada z dnia 17 lutego 2000 r. Martel Building Ltd. v. Canada, [2000] 2 S.C.R. 860, http://blakesfiles.com/Bulletins/legal_updates/procurement/sep_2011/Martel.pdf [Dostęp: 26 lutego 2017 r.].

Wyrok Supreme Court of Canada z dnia 27 stycznia 1981 r. R. (Ont.) v. Ron Engineering [1981] 1 S.C.R. 111.

[18] Według danych na 2015 r. *Polska 2015. Raport o stanie handlu zagranicznego opublikowany przez Ministerstwo Gospodarki*, Warszawa 2015.

Paweł Jędrysiak*

Porównawcza analiza środków egzekwowania praw własności intelektualnej w Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej (CETA) i umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi (ACTA)

Comparative analysis of the enforcement of intellectual property rights in the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)

Streszczenie: W artykule dokonano analizy porównawczej przepisów znajdujących się w odrzuconej umowie ACTA i przepisów, które zostały umieszczone w opublikowanym w 2012 r. fragmencie umowy CETA, zawierającym rozdział o ochronie własności intelektualnej, a także podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu się one pokrywają. Następnie przedstawiono i omówiono finalną wersję regulacji zawartych w CETA po naniesieniu wszystkich zmian spowodowanych koniecznością wykreślenia kontrowersyjnych przepisów.

Słowa kluczowe: kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa, CETA, ACTA, własność intelektualna

Abstract: A comparative analysis of the provisions contained in both the ACTA rejected agreement and the provisions contained in the CETA section published in 2012, covering the protection of intellectual property, and the answer to the question as to how they overlap are discussed. The final version of the CETA regulations was then presented and discussed after all the changes were made due to the need to remove controversial provisions.

Key words: Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA, ACTA, intellectual property rights

* Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wstęp

We wrześniu 2014 r. Unia Europejska i Kanada ogłosiły zakończenie rozmów nad Kompleksowym porozumieniem gospodarczo-handlowym (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* – CETA)[1]. Nowa umowa jest kolejnym dwustronnym porozumieniem o wolnym handlu wynegocjowanym przez Unię Europejską, w tym pierwszym z krajem należącym do grupy siedmiu najbardziej wpływowych państw świata. Wśród najważniejszych kwestii podlegających negocjacjom znalazły się m.in. metody egzekwowania prawa własności intelektualnej.

W związku z burzliwym dyskursem na temat kształtu planowanych kierunków zmian w prawie własności intelektualnej pojawia się pytanie, w jakim stopniu forma globalnych regulacji została już przesądzona. Wiele osób śledzących proces kształtowania się CETA oraz proponowane przez nią zmiany poczytuje tę umowę za próbę wprowadzenia niektórych rozwiązań znanych z odrzuconej przez Parlament Europejski ACTA – umowy handlowej dotyczącej zwalczania handlu towarami podrobionymi[2].

ACTA to umowa między Australią, Kanadą, Japonią, Koreą Południową, Meksykiem, Maroko, Nową Zelandią, Singapurem, Szwajcarią i USA, do której miała dołączyć UE. Podobnie jak w przypadku tej umowy, CETA w założeniu ma ustanowić szereg regulacji prawnych o międzynarodowym zasięgu.

2. Rys historyczny

2.1. Geneza ACTA

Tematyka umowy ACTA swojego czasu wywoływała ogromne kontrowersje na arenie międzynarodowej. Spowodowane one były w równej mierze zarówno niejawną formą negocjacji prowadzonych w sprawie porozumienia ACTA, jak i elementami jego treści, które wzbudzały liczne głosy sprzeciwu. Wszelkie wnioski o odtajnienie treści umowy były konsekwentnie odrzucane przez organy rządowe państw zaangażowanych w rozmowy.

[1] The Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of the one part and The European Union and its Member States, of the other part, T.j. Dz.Urz. UE L 11, 14. stycznia 2017.

[2] Umowa z dnia 16 listopada 2011 r. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Brussels 2011 (RM-111-218-11).

Postulowane poprawki opierano w znacznej mierze na wiedzy uzyskanej z nieoficjalnych informacji, które z opóźnieniem ujawniano w Internecie[3].

Problem handlu towarami podrabianymi, który w dużej mierze został uregulowany w ACTA, był już wcześniej przedmiotem zainteresowania doktryny zarówno prawa międzynarodowego publicznego, jak i prawa własności intelektualnej. Wskazać można, że temat ten był poruszany w latach siedemdziesiątych XX w. podczas Rundy Tokijskiej rokowań Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu[4]. Wtedy jednakże głównym problemem były przedsiębiorstwa azjatyckie, które na masową skalę produkowały podróbki produktów zachodnich[5]. Zainicjowane przez Stany Zjednoczone Ameryki prace nad porozumieniem (kodeksem), które zawierałoby podstawowe przepisy przeciwdziałające takim praktykom, niestety zakończyły się fiaskiem z powodu braku konsensusu między wszystkimi uczestnikami negocjacji.

Jednakże początków porozumienia ACTA należy doszukiwać się dopiero w latach dziewięćdziesiątych minionego wieku, kiedy to powstawała Światowa Organizacja Handlu (WTO). Do umów o powstaniu WTO dołączono porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej[6], które wprowadza minimalne standardy ochrony własności intelektualnej oraz przewiduje stosowanie zasady równego traktowania podmiotów wszystkich krajów członkowskich *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPS w zakresie ochrony własności intelektualnej (podmioty innych krajów członkowskich mają być traktowane nie mniej korzystnie niż własne podmioty)[7]. Przykładem takich minimalnych standardów jest art. 13 ust. 5 TRIPS, stanowiący, że „okres ochrony przysługujący na podstawie niniejszego porozumienia wykonawcom i producentom fonogramów będzie trwać co najmniej do końca okresu 50 lat, liczonego od końca roku kalendarzowego, w którym dokonano nagrania lub miało miejsce wykonanie"[8]. Pakiet tego typu przepisów miał zapewnić

[3] J. Love, *Who are the cleared advisors that have access to secret ACTA documents?*, https://keionline.org/blogs/2009/03/13/who-are-cleared-advisors [Dostęp: 21 stycznia 2012 r.].

[4] General Agreement on Tariffs and Trade, porozumienie zawarte 31 października 1947 r. w Genewie.

[5] M. Barczewski, S. Sykuna, *Geneza i podstawowe problemy ACTA*, „Państwo i Prawo" 2012, z. 4, s. 22.

[6] Załącznik nr 1 do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Dz.U. 1996, nr 32, poz. 143.

[7] Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Dz.U. 19 marca 1996 r.

[8] Artykuł 14 pkt 5 załącznika nr 1 do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Dz.U. 1996, nr 32, poz. 143.

prawidłowe funkcjonowanie handlu na arenie międzynarodowej, przy jednoczesnym respektowaniu praw własności intelektualnej.

Oprócz harmonizacji ustawodawstwa różnych krajów z zakresu ochrony praw własności intelektualnej, TRIPS miało o wiele szersze zastosowanie, gdyż wprowadzało mechanizmy egzekwowania prawa, których brakowało w wielu traktatach administracyjnych wydawanych przez agendę ONZ – *World Intellectual Property Organization* (WIPO). Włączenie prac nad TRIPS do serii negocjacji handlowych odbywających się w ramach układu ogólnego w sprawie taryf celnych i handlu (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), które dały początek Światowej Organizacji Handlu (WTO), umożliwiło stosowanie sankcji handlowych wobec krajów niechroniących własności intelektualnej[9]. Przyjęto zatem, że warunkiem przystąpienia i uczestnictwa w WTO jest respektowanie postanowień porozumienia TRIPS.

Szybki rozwój technologii, a zwłaszcza techniki cyfrowej, połączony z wszechobecną komputeryzacją sprawił, że postanowienia zawarte w porozumieniu TRIPS stały się niewystarczające. Naprzeciw nowym wymaganiom miała wyjść właśnie ACTA. Przez specjalistów z dziedziny prawa międzynarodowego traktowana była jako uzupełnienie uregulowań zawartych w TRIPS.

Negocjacje nad nowym traktatem rozpoczęto w 2007 r., a zakończono pod koniec 2010 r. Wzięli w nich udział przedstawiciele USA, Japonii, 27 krajów Unii Europejskiej, Kanady, Szwajcarii, Australii, Meksyku, Korei Południowej, Maroka i Singapuru. Podpisanie umowy w przypadku części państw (m.in. Kanady, USA i Japonii) nastąpiło 1 października 2011 r., natomiast Unia Europejska wraz 22 państwami członkowskimi[10] (w tym Polską) podpisały umowę 26 stycznia 2012 r. W wyniku fali protestów społecznych umowa ta jednak nie weszła w życie. Ostatecznie 4 lipca 2012 r. Parlament Europejski odrzucił ACTA.

Kontrowersje związane ze wspomnianą umową nawarstwiały się już od początku procesu jej tworzenia. Przez ponad dwa lata trwały tajne negocjacje, bez konsultacji czy ujawniania dokumentów. Tylko dzięki nieoficjalnym źródłom informacji i pobocznym informatorom opinia publiczna wiedziała o kształcie procesu negocjacyjnego nad ACTA. Po oficjalnym ujawnieniu porozumienia rozpoczęto starania o jak najszybsze podpisanie ACTA, przy możliwie małej liczbie konsultacji. Taki tryb pracy nad ACTA został skrytykowany przez Europejskiego Inspektora Ochrony Danych (EDPS). Jednakże nie tylko proces negocjacji wzbudził w opinii publicznej skrajne emocje. Główny problem stanowiły niejasne i często trudne do zaakcepto-

[9] P. Gałuszka, *Analiza wybranych zapisów umowy ACTA z perspektywy ekonomicznej analizy prawa*, „Media – Kultura – Komunikacja Społeczna" 2015, 11/2, s. 59–71.

[10] Niemcy, Estonia, Cypr, Słowacja i Holandia nie podpisały umowy.

wania, zwłaszcza przez specjalistów, znajdujące się w niej uregulowania, które mogły stanowić podstawę ograniczenia wolności słowa w państwach będących jej sygnatariuszami.

2.2. Geneza CETA

Formalne ogłoszenie negocjacji pomiędzy Unią Europejską a Kanadą w sprawie zawarcia Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* – CETA) nastąpiło już w maju 2009 r., a trwały one aż do 2014 r. Umowa ta traktuje o wolnym handlu i ochronie inwestycji tzw. nowej generacji[11]. CETA jest umową o wiele bardziej rozwiniętą niż ACTA. Oprócz kwestii poświęconych prawom własności intelektualnej, które biorąc pod uwagę objętość umowy (około 1600 stron) nie stanowią jej głównego przedmiotu, można w niej znaleźć zagadnienia dotyczące handlu, obrotu żywnością itp., co oznacza bardzo szeroki zakres przedmiotowy regulacji.

Wraz z Umową o transatlantyckim partnerstwie w dziedzinie handlu i inwestycji (tj. *Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP) między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi ACTA i CETA miały stworzyć transatlantycką strefę wolnego handlu, czyli przyłączyć Unię do istniejącej od 25 lat Północnoatlantyckiej Strefy Wolnego Handlu, która obejmuje Kanadę, Stany Zjednoczone i Meksyk (umowa NAFTA)[12]. Strefy wolnego handlu są zatem konstrukcjami polityczno-prawnymi, których głównym zadaniem ma być zniesienie barier w handlu, wynikających z tego, że w poszczególnych państwach obowiązują różne przepisy[13].

Negocjacje umowy CETA zakończyły się 1 sierpnia 2014 r., jednakże cały ich przebieg objęty był klauzulą tajności. Prowadzenie prac nad ustaleniem treści tej umowy równocześnie z pracami nad ACTA, śladowy przepływ informacji oraz brak dialogu z opinią publiczną były głównymi przyczynami, dla których CETA szybko została okrzyknięta „Nową ACTA". W 2012 r. do Internetu przedostał się niepublikowany wcześniej przez żadną ze stron umowy rozdział CETA poświęcony ochronie i egzekwowaniu praw własności intelektualnych. Jako że ujawnienie tego tekstu miało miejsce w niedługim czasie po zakończeniu fali protestów społecznych, a opubli-

[11] M. Jóźwiak, *CETA i TEFTA a prawo monopoli intelektualnych*, http://prawokultury.pl/newsy/ceta-i-tafta-prawa-monopoli-intelektualnych [Dostęp: 2 kwietnia 2017 r.].

[12] M. Świetlik, *CETA – diabelski pakt*, https://nowyobywatel.pl/2016/11/22/ceta-diabelski-pakt/ [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

[13] W styczniu 2017 r. prezydent USA Donald Trump podpisał dekret formalnie rozpoczynający proces wycofywania się Stanów Zjednoczonych z TPP, co skutkuje również zawieszeniem negocjacji w sprawie podpisania umowy TIPP.

kowany rozdział zawierał większość kontrowersyjnych postanowień, które znajdowały się w ACTA, rozgorzał dyskurs na temat tego, czy CETA nie jest próbą wprowadzenia ACTA „tylnymi drzwiami". W obliczu takiej sytuacji Komisja Europejska wydała oświadczenie, w którym poinformowała, że ACTA nie stała się częścią zbioru przepisów Unii Europejskiej i fakt ten zostanie uwzględniony w negocjacjach z Kanadą. Postanowienia powielające rozwiązania przyjęte w ACTA miały zatem zostać skreślone lub poddane weryfikacji.

Biorąc pod uwagę obszerność CETA oraz szeroki zakres jej regulacji, trudno stawiać jakiekolwiek tezy dotyczące harmonizacji przepisów tej umowy z prawem krajowym. Umowy tego typu zakładają bowiem tzw. współpracę regulacyjną, co oznacza, że dopiero po dłuższym czasie będzie można bezpośrednio zaobserwować zmiany związane z jej wejściem w życie i wpływem na ustawodawstwo innych krajów. Dzisiejsze analizy prognozujące skutki tej umowy operują na wielu możliwych scenariuszach, zarówno najbardziej optymistycznych, jak i pesymistycznych.

Dnia 13 sierpnia 2014 r. tekst umowy, liczący ponad 1 600 stron, upubliczniła niemiecka telewizja, natomiast oficjalnie został on opublikowany przez Komisję Europejską dopiero 26 września 2014 r.[14]

Dnia 30 października 2016 r. umowę oficjalnie podpisali przedstawiciele UE – przewodniczący Komisji Europejskiej Jean-Claud Juncker, przewodniczący Rady Europejskiej Donald Tusk oraz premier Kanady Justina Trudeau.

Problematyczną kwestią jest również wejście w życie CETA. Aby bowiem umowa tego typu zaczęła w pełni obowiązywać, potrzebna jest decyzja Rady Unii Europejskiej, aprobata Parlamentu Europejskiego, podpisanie umowy przez UE i Kanadę, a w końcu jej ratyfikacja przez parlamenty poszczególnych państw członkowskich Unii. Mimo to część postanowień umowy CETA zaczęła już obowiązywać w związku z jej art. 30.7, który stanowi o tymczasowym stosowaniu tego dokumentu. Chodzi o części umowy dotyczące relacji handlowych. Do czasu zatwierdzenia przez wszystkie kraje członkowskie zawieszona jest inwestycyjna część porozumienia CETA[15]. To, w jaki sposób poszczególne państwa akceptują bądź odrzucają umowę, zależy od wewnętrznych regulacji państw-członków UE. Umowa musi być jeszcze ratyfikowana przez parlamenty krajów członkowskich. Ten proces może potrwać nawet 5 lat. W Polsce Sejm zdecydował, że do ratyfi-

[14] N.N. Admin, *CETA-leak now online!! EU Investment Policy: Looking behind closed doors, eu-secretdeals.info* [Dostęp: 9 kwietnia 2017 r.].

[15] J. Kaczmarczyk, *CETA na papierze a CETA w praktyce. Droga umowy do wejścia w życie, Interia prześwietla CETA*, http://fakty.interia.pl/raporty/raport-ceta/tylko-w-interii/news-ceta-na-papierze-a-ceta-w-praktyce-droga-umowy-do-wejscia-w-,nId,2289911 [Dostęp: 10 marca 2017 r.].

kacji umowy handlowej między UE a Kanadą potrzeba będzie 2/3 głosów posłów oraz 2/3 głosów senatorów. W sejmowym głosowaniu odrzucono pomysł Ruchu Kukiz'15, który zakładał, że to obywatele w bezpośrednim głosowaniu podejmą ostateczną decyzję o ratyfikacji CETA.

3. Analiza porównawcza

3.1. Sposoby egzekwowania praw własności intelektualnych w ACTA

ACTA, czyli *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (umowa handlowa dotycząca zwalczania obrotu towarami podrabianymi) – porozumienie najbardziej rozwiniętych gospodarek globu, ze Stanami Zjednoczonymi i UE na czele, jest umową, która z założenia miała ujednolicić zasady dotyczące ochrony praw autorskich, jednocześnie wyznaczając podstawowe standardy związane z dochodzeniem odszkodowań oraz uregulowaniem kwestii dotyczących odpowiedzialności karnych. Przeciwnicy aktu zarzucali, że jest on prostym środkiem do wprowadzenia wzmożonej inwigilacji w Internecie, która mogłaby prowadzić do znacznego ograniczenia wolności słowa w przestrzeni wirtualnej.

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych przepisów ACTA był jej art. 12, który odnosił się do zastosowania środków tymczasowych wobec stron umowy, a nawet, w przypadkach prawem przewidzianych, w stosunku do strony trzeciej, jeżeli odnośny organ sądowy sprawowałby nad nią jurysdykcję. Wspomniane środki tymczasowe mogłyby być stosowane zarówno w celu uniemożliwienia naruszenia jakiegokolwiek prawa własności intelektualnej oraz w szczególności w celu uniemożliwienia wprowadzenia do obrotu handlowego towarów, których dotyczy naruszenie prawa własności intelektualnej, jak i dla zabezpieczenia odpowiednich dowodów w związku z podejrzeniem naruszenia[16]. Ponadto umowa ta upoważniała strony do przyznania swoim organom sądowym prawa do zastosowania środków tymczasowych bez konieczności wcześniejszego wysłuchania drugiej strony. Prawo takie zostałoby stronom nadane głównie wtedy, gdy jakakolwiek zwłoka mogłaby spowodować dla posiadacza praw szkodę nie do naprawienia, lub gdy istniałoby możliwe

[16] Artykuł 12.1 umowy z dnia 16 listopada 2011 r. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Brussels 2011 (RM-111-218-11).

do wykazania niebezpieczeństwo, że dowody zostaną zniszczone[17]. Nie jest to jednak jedyny przypadek, w którym umowa przewiduje możliwość zastosowania środków tymczasowych bez wysłuchania drugiej strony, ponieważ strony mogą skorzystać z tego przywileju za każdym razem, gdy zajdą bliżej niezdefiniowane w ACTA „stosowne przypadki". Ten niedookreślony termin pozostawiałby bardzo duże pole do interpretacji i nadużyć ze strony sygnatariuszy, co było głównym powodem obawy osób protestujących przeciw ACTA. Kontrowersyjne było również kolejne postanowienie, wskazujące na to, że w przypadku postępowania prowadzonego bez wysłuchania drugiej strony sygnatariusz umowy przyznawałby swoim organom sądowym prawo do podejmowania natychmiastowego działania w odpowiedzi na wniosek o zastosowanie środków tymczasowych i do podejmowania decyzji bez zbędnej zwłoki. Główni krytycy ACTA twierdzą, że tego typu postanowienia umożliwią blokowanie legalnych treści w Internecie oraz całkowite odcinanie podmiotów od stron internetowych jedynie na podstawie podejrzenia o popełnienie przestępstwa[18].

Innego rodzaju wątpliwość budził także niedostateczny sposób zdefiniowania pojęcia osoby trzeciej, której dookreślenie nie pojawia się w całym tekście umowy, mimo wielokrotnego użycia tego słowa. Jak wynika z art. 8.1, osoba taka mogłaby zostać wezwana do zaprzestania naruszeń, co stwarza możliwość sprzecznych interpretacji na tle dyrektywy 2004/28/WE o egzekwowaniu własności intelektualnej[19].

Postanowienie zawarte w art. 12.3, które wskazuje na możliwość nakazania konfiskaty lub innego rodzaju przejęcia kontroli nad podejrzanymi towarami oraz nad materiałami i narzędziami związanymi z naruszeniem praw autorskich, praw pokrewnych lub podrabianiem znaków towarowych przez organy sądowe, również zostało bardzo skrytykowane przez opinię publiczną, głównie z obawy przed możliwością pozbawiania osób podejrzanych o przestępstwa dotyczące własności intelektualnej ich sprzętu mobilnego.

Głównym zarzutem przewijającym się w publikacjach na temat ACTA względem wymienionych postanowień tej umowy był fakt, że mogły one prowadzić do blokowania lub monitorowania mediów społecznościowych, jak również komunikacji i przepływu informacji w cyberprzestrzeni. Był to czynnik, który w znaczący sposób mógł prowadzić do ograniczenia wol-

[17] Artykuł 12.2 umowy z dnia 16 listopada 2011 r. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Brussels 2011 (RM-111-218-11).

[18] R. Cieniek, P. Gruszka, *Kontrowersje wokół ACTA*, http://wiadomosci.onet.pl/kontrowersje-wokol-acta-onet-wyjasnia-czego-boja-sie-internauci/174b6 [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

[19] *Memorandum Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT] w sprawie stanowiska Polski wobec ACTA*, http://www.piit.org.pl [Dostęp: 13 marca 2017 r.].

ności słowa. Z art. 12 umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi często zestawia się art. 8.1 tej samej umowy, który niejako dopełnia wcześniej wskazany artykuł. Przewiduje on w toku cywilnych postępowań sądowych dotyczących dochodzenia i egzekwowania praw własności intelektualnej możliwość wydania przez organy sądowe nakazu zaprzestania przez stronę działań stanowiących naruszenie oraz m.in. wydania tej stronie lub w stosownych przypadkach stronie trzeciej, nad którą odnośny organ sądowy sprawuje jurysdykcję, nakazu mającego na celu uniemożliwienie wprowadzenia do obrotu handlowego towarów, które naruszają prawa własności intelektualnej.

Poważne wątpliwości budzą także postanowienia dotyczące dochodzenia i egzekwowania praw własności intelektualnej w postępowaniu karnym. Jednym z podstawowych zapisów jest wprowadzenie urzędowego ścigania przestępstw związanych z naruszeniem praw autorskich. Do tej pory postępowanie karne było wszczynane na wniosek strony pokrzywdzonej. Gdyby implementacja postanowień umowy się powiodła, takie postępowanie miałoby być wszczynane z urzędu. Taka zmiana znacznie ułatwiłaby dochodzenie swoich praw wielkim podmiotom zarabiającym na prawach autorskich (jak wytwórnie muzyczne), jednak mogłaby też doprowadzić do paraliżu organów ścigania, które zostałyby zalane falą takich spraw wszczynanych z urzędu[20].

Strony umowy ponadto zobowiązały się w niej do zapewnienia odpowiedniej ochrony prawnej oraz odpowiednich środków zaradczych przeciwko obchodzeniu skutecznych środków technicznych stosowanych przez autorów, wykonawców lub producentów fonogramów w związku z korzystaniem z ich praw, które to środki ograniczają podejmowanie wobec ich utworów, wykonań i fonogramów działań, na które ci autorzy, wykonawcy lub producenci fonogramów nie udzielili zezwolenia, lub które nie są prawnie dozwolone[21]. Przepis ten mógłby spowodować uchwalenie prawa, które w sposób prewencyjny mogłoby stanowić o masowym usuwaniu plików z serwerów. To zaś mogłoby doprowadzić do naruszenia wolności przestrzeni internetowej oraz do permanentnego łamania zasady uczciwego procesu. Otwierałoby bowiem drogę do niszczenia danych bez wyroku sądowego, jeśli te mogłyby zagrażać interesom twórcy.

W art. 23.1 ACTA zobowiązuje strony do ustanowienia przepisów dotyczących postępowań karnych i sankcji, które są stosowane przynajmniej w przypadkach umyślnego podrabiania znaków towarowych lub piractwa

[20] R. Pieńkowski, *Redakcja Infor, ACTA – wolność słowa vs. prawa twórców*, http://www.infor.pl/prawo/prawa-konsumenta/konsument-w-sieci/299865,2,ACTA-wolnosc-slowa-vs-prawa-tworcow.html [Dostęp: 13 marca 2017 r.].

[21] Artykuł 27.5 umowy z dnia 16 listopada 2011 r. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Brussels 2011 (RM-111-218-11).

praw autorskich, lub praw pokrewnych na skalę handlową. Umowa wprowadza również wymóg odpowiedniego usankcjonowania innych niż dokonanie form zjawiskowych przestępstwa, takich jak pomocnictwo czy podżeganie. Należy zaznaczyć, że niesłuszne było oburzenie opinii społecznej, które wskazywało, że przepisy sekcji czwartej rozdziału drugiego ACTA, regulujące prawa w postępowaniu karnym, mogą prowadzić do powstania zbyt restrykcyjnego prawa, które będzie umożliwiało pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osób, które dopuściły się niewielkiego naruszenia praw autorskich w sieci. Należy pamiętać, że także w obecnym prawie każde rozpowszechnianie bez pozwolenia czy też licencji nawet najmniejszego utworu jest przestępstwem i podlega ściganiu oraz karaniu. Również pomocnictwo i podżeganie do popełnienia tych przestępstw jest karalne.

Należy jednak zwrócić uwagę na zawarte w art. 23.1 wyrażenie „skala handlowa", które nie jest zdefiniowane w żadnym akcie Unii Europejskiej dotyczącym ochrony prawa własności intelektualnej. W dalszej części art. 23.1 możemy przeczytać, że działania na skalę handlową obejmują działania prowadzone jako działalność handlową w celu osiągnięcia bezpośredniej lub pośredniej korzyści ekonomicznej lub handlowej. Próba takiego doprecyzowania tego pojęcia uważana jest jednak za niewystarczającą i w dalszym ciągu niejasną, co z perspektywy tego, że artykuł ten dotyczy prawa represyjnego jest w szczególności naganne.

3.2. Sposoby egzekwowania praw własności intelektualnych w rozdziale dwunastym CETA z 2012 r.

ACTA po odrzuceniu przez Parlament Europejski przestała być obiektem zainteresowań opinii publicznej. Tymczasem niedługo po zakończeniu fali protestów związanych z tym dokumentem do sieci trafiły materiały dotyczące przygotowania porozumienia CETA, które w najważniejszych punktach brzmiały bardzo podobnie bądź tak samo[22].

Według ujawnionych w 2012 r. dokumentów, zarówno Unia Europejska, jak i Kanada zdecydowały o włączeniu przepisów zawartych w ACTA do rozdziału poświęconego ochronie i egzekwowaniu praw własności intelektualnej CETA, w tym głównie przepisów dotyczących ogólnych zobowiązań poświęconych tym prawom. Trudno doszukiwać się jakichkolwiek różnic między postanowieniami zawartymi w obu tych umowach, gdyż ogromna ich większość stanowi kalkę.

Zobowiązania, które w ACTA zawarte były w art. 2, zostały zaimplementowane w sposób identyczny do CETA. Skoro już sam wstęp umowy

[22] K. Hildebrand, *Jeszcze raz to samo. Poznajcie CETA – następcę ACTA*, http://polygamia.pl [Dostęp: 27 marca 2017 r.].

CETA został skopiowany z odrzuconej wcześniej umowy ACTA, nie może dziwić fakt, że w niedługim czasie umowa między UE a Kanadą została okrzyknięta „bliźniaczą siostrą ACTA". Niemniej jednak na tym podobieństwa między wymienionymi umowami się nie kończyły.

Artykuł 27.5 ACTA, stanowiący filar dochodzenia i egzekwowania praw własności intelektualnych w środowisku cyfrowym, wbrew wyraźnym protestom, również został umieszczony w nowej umowie. Mimo fali krytyki ze strony opinii społecznej, która ochoczo sygnalizowała związane z tym postanowieniem ograniczenia w sferze przestrzeni internetowej oraz pogwałcenia zasady prawidłowego procesu, jego forma pozostała niezmienna.

Rozwiązania, które zostały przyjęte w ACTA w sprawie stosowania przez strony środków tymczasowych, także znalazły się w CETA, wzbogacone o zapisy, które stanowiły, że w przypadku domniemanego naruszenia prawa własności intelektualnej popełnionego na skalę handlową organy krajowe mogą, zgodnie z prawem krajowym, wydać nakaz zajęcia mienia domniemanego sprawcy oraz zablokować jego rachunki bankowe i inne aktywa. Można zatem zauważyć, że oprócz kopiowania rozwiązań przyjętych w ACTA, CETA w miejscach, w których wprowadza swoje postanowienia, jest jeszcze bardziej restrykcyjna niż jej poprzedniczka.

Jednak kwestią, która wywoływała największe oburzenie, było przepisanie w CETA krytykowanych przez Parlament Europejski przepisów karnych, zapewniających egzekwowanie praw w postępowaniu sądowym. Szczególne podobieństwo występowało w przypadku rozdziału dotyczącego właśnie tych przepisów, mimo że na etapie negocjacji ACTA był to wątek budzący największe kontrowersje. Powtórzyły się też zarzuty dotyczące nieprzejrzystego i niedemokratycznego sposobu wprowadzania przepisów karnych w umowie handlowej.

Utrzymał się także zapis wskazujący na to, że w sprawach naruszeń wybranych praw własności intelektualnej postępowanie powinno się toczyć nie jak dotąd na wniosek pokrzywdzonego, lecz *ex officio*. W dalszym ciągu nie zostało wytłumaczone pojęcie „skala handlowa", którego nieprecyzyjność skomentowała Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji, występujące także w rozdziale CETA z 2012 r.

Organizacje pozarządowe z całego świata zajmujące się monitorowaniem działalności organów nadzorujących podniosły głos sprzeciwu, alarmując, że przepisy represyjne dotyczące tak ważnej kwestii, jak ochrona dóbr intelektualnych, nie powinny znajdować się w umowach handlowych, zwłaszcza jeśli negocjacje prowadzone są w trybie niejawnym, z pominięciem demokratycznej debaty[23].

[23] Na przykład Fundacja Panoptykon.

Taki stan rzeczy opinia publiczna odebrała jako próbę wprowadzenia postanowień ACTA „tylnymi drzwiami”[24]. Podnoszono zarzuty, że podpisanie CETA ma stanowić zamach na demokrację i próbę przemycenia niekorzystnych postanowień, które zostałyby zatajone wśród pozostałych przepisów tej umowy. W obliczu takiego stanu rzeczy kwestia odrzucenia postanowień ACTA nie stanowiłaby żadnego problemu, w całości bowiem zostałyby one przyjęte w umowie CETA.

3.3. Sposoby egzekwowania praw własności intelektualnych w aktualnej wersji CETA

W odpowiedzi na tego typu oskarżenia Komisja Europejska zaświadczyła, że w związku z odrzuceniem ACTA przez Parlament Europejski wszelkie budzące wątpliwości postanowienia tej umowy, które zostały umieszczone w CETA, zostaną z niej wykreślone lub zmienione. Podobieństwo między rozdziałami dotyczącymi ochrony własności intelektualnej w CETA i ACTA wytłumaczono faktem, że proces negocjacyjny obu tych umów przebiegał równocześnie, zatem przy założeniu, że obie zostaną podpisane. W tym ujęciu CETA nie miała stanowić próby wprowadzenia przepisów ACTA bez konsultacji z opinią publiczną, lecz jedynie powielić jej już wcześniej przyjęte, zgodnie z założeniami, postanowienia.

Z aktualnej wersji CETA zostały usunięte wszystkie zapisy dotyczące przepisów prawa karnego i prawa karnego procesowego. Ich rygorystyczny charakter został wyjątkowo potępiony zarówno przez Parlament Europejski, specjalistów uniwersyteckich, jak i opinię społeczną.

Zmianie uległy też postanowienia dotyczące zobowiązań ogólnych, co jednak należy uznać raczej za „zabieg estetyczny”, pozwalający uniknąć niepożądanych powiązań z ACTA, mimo bowiem innego ujęcia, treść prezentowanych przepisów pozostała niezmieniona.

Zachowano jednak postanowienia wprowadzające możliwość zastosowania przez strony natychmiastowych i skutecznych środków tymczasowych i zabezpieczających, w tym wydanie tymczasowego nakazu bądź zakazu wobec strony lub – w stosownych przypadkach – osoby trzeciej podlegającej jurysdykcji właściwego organu sądowego, w celu uniemożliwienia naruszenia prawa własności intelektualnej oraz w szczególności uniemożliwienia wprowadzenia do obrotu handlowego towarów naruszających pra-

[24] M. Geist, *ACTA Lives: How the EU & Canada Are Using CETA as Backdoor Mechanism To Revive ACTA*, http://www.michaelgeist.ca/2012/07/ceta-acta-column/ [Dostęp: 12 lipca 2012 r.].

wa własności intelektualnej[25]. Nie uległy również zmianie przepisy zezwalające organom sądowym na nakazanie zajęcia towarów, w odniesieniu do których istnieje podejrzenie naruszenia prawa własności intelektualnej, oraz te, które w przypadku domniemania naruszenia prawa własności intelektualnej popełnionego na skalę handlową upoważniały organy sądowe do zajęcia mienia domniemywanego sprawcy naruszenia, w tym do zajęcia jego rachunku bankowego lub innych aktywów[26]. Pozostawienie tych regulacji w podobnej formie jak w ACTA nie powinno jednak budzić szczególnych kontrowersji. Parlament Europejski, który w sposób bardzo szczegółowy oceniał regulacje zawarte w ACTA, nie miał co do niech żadnych zastrzeżeń. Natomiast przedstawiciele doktryny wskazują, że środki tymczasowe w prawie cywilnym (art. 12 ACTA) mają być szybkie i skuteczne. Ograniczeniem jest stosowanie ich jedynie przez sąd i tylko na uzasadniony wniosek poszkodowanego. Sąd ma obowiązek badania zasadności wniosku poszkodowanego i dopiero wtedy może wydać odpowiednie decyzje. Można zatem dywagować o różnych możliwościach wydania decyzji przez sąd, jednak niemal pewne jest, że nie będą one naruszać prawa stron[27].

Podobnie jest również w przypadku art. 20.39 CETA, który zobowiązuje strony do zapewnienia swoim organom sądowym w cywilnych postępowaniach sądowych dotyczących egzekwowania praw własności intelektualnej prawa do wydania nakazu zaniechania naruszenia przez stronę oraz m.in. do wydania wobec tej strony lub – w stosownych przypadkach – osoby trzeciej podlegającej jurysdykcji właściwego organu sądowego nakazu lub zakazu w celu uniemożliwienia wprowadzenia do obrotu handlowego towarów naruszających prawa własności intelektualnej. Podnoszone na tle tego przepisu głosy sprzeciwu związane są głównie ze zbyt ogólnym jego brzmieniem. Należy jednak pamiętać, że przepisy zawarte w umowach typu CETA co do zasady formułowane są ogólnie, gdyż właśnie tego wymaga technika konstruowania umów między państwami, które mają różne zasady prawne.

Sekcja CETA poświęcona egzekwowaniu praw własności intelektualnej, mimo że uboższa o przepisy prawa karnego, została uzupełniona w stosunku do ACTA o inne postanowienia. Doświadczenia związane z dużym sprzeciwem wiązanym z wcześniejszą wersją umowy, która nawiązywała

[25] Artykuł 20.37 ust. 1 umowy The Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of the one part and The European Union and its Member States, of the other part, T.j. Dz.Urz. UE L 11, 14 styczeń 2017.

[26] Artykuł 23.37 ust. 2 i art. 23.37 ust. 3 umowy The Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of the one part and The European Union and its Member States, of the other part, T.j. Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017.

[27] M. Gawroński, *Wyjaśnienie eksperta*, http://wiadomosci.onet.pl/kontrowersje-wokol-acta-onet-wyjasnia-czego-boja-sie-internauci/174b6 [Dostęp: 21 marca 2017 r.].

do przepisów zawartych w umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi, sprawiły, że ówczesna forma CETA zawiera w głównej mierze przepisy niegenerujące kontrowersji.

Aktualna CETA wprowadza zamknięty katalog podmiotów uprawnionych do występowania o zastosowanie odpowiednich wskazanych w niej środków oraz procedur. Ponadto reguluje kwestię dowodów, a w szczególności środków zabezpieczenia dowodów, wprowadzając możliwość stosowania przez organy sądowe, na wniosek określonego podmiotu, środków tymczasowych, zapewniających zachowanie określonych dowodów dotyczących zarzucanego naruszenia.

W końcowych artykułach sekcji poświęconej egzekwowaniu prawa własności intelektualnej[28] zostają uregulowane kwestie odszkodowań oraz kosztów sądowych.

4. Podsumowanie

Postanowienia umowy CETA w sferze prawa własności intelektualnej w zależności od etapu negocjacyjnego wzbudzały mniej lub bardziej uzasadnione kontrowersje.

W pierwszym etapie negocjacyjnym, czyli w okresie do 2012 r., w CETA można było znaleźć regulacje, które w pełni pokrywały się z postanowieniami bardzo kontrowersyjnej ACTA. Fala protestów, która przetoczyła się przez Europę w związku z ACTA, oraz prawidłowa kontrola Parlamentu Europejskiego doprowadziły do odrzucenia tej umowy. Fakt, że przepisy te nie zostały wprowadzone spowodował konieczność rewizji regulacji dotyczących prawa własności intelektualnej zawartych w CETA. Podobieństwa między tymi umowami, zwłaszcza w kwestiach wywołujących największe oburzenie, zostały poddane gruntownym zmianom. Przepisy, które zostały przeniesione z ACTA do CETA, zostały usunięte.

Aktualne regulacje dotyczące sfery egzekwowania prawa własności intelektualnej zawarte w CETA zostały pozbawione części dotyczącej przepisów karnych i kwestii poświęconych procesowi karnemu. Tym samym całość regulacji tej umowy poświęconych prawu własności intelektualnej stanowi zwarty ciąg przepisów, które nie wzbudzają szczególnych zastrzeżeń ani opinii publicznej, ani specjalistów.

[28] Artykuły 20.40 i 20.41 projektu umowy The Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of the one part and The European Union and its Member States, of the other part, obecnie t.j. Dz.Urz. UE L 11, 14 styczeń 2017.

Bibliografia

Admin N.N., *CETA-leak now online!! EU Investment Policy: Looking behind closed doors*, eu-secretdeals.info [Dostęp: 9 kwietnia 2017 r.].

Barczewski M., Sykuna S., *Geneza i podstawowe problemy ACTA*, „Państwo i Prawo" 2012, z. 4.

Cieniek R., Gruszka P., *Kontrowersje wokół ACTA*, http://wiadomosci.onet.pl/kontrowersje-wokol-acta-onet-wyjasnia-czego-boja-sie-internauci/174b6 [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Gałuszka P., *Analiza wybranych zapisów umowy ACTA z perspektywy ekonomicznej analizy prawa*, „Media – Kultura – Komunikacja Społeczna" 2015, 11/2.

Gawroński M., *Wyjaśnienie eksperta*, http://wiadomosci.onet.pl/kontrowersje-wokol-acta-onet-wyjasnia-czego-boja-sie-internauci/174b6 [Dostęp: 21 marca 2017 r.].

Geist M., *ACTA Lives: How the EU & Canada Are Using CETA as Backdoor Mechanism To Revive ACTA*, http://www.michaelgeist.ca/2012/07/ceta-acta-column/ [Dostęp: 12 lipca 2012 r.].

General Agreement on Tariffs and Trade, porozumienie zawarte 31 października 1947 r. w Genewie.

Hildebrand K., *Jeszcze raz to samo. Poznajcie CETA – następcę ACTA*, http://polygamia.pl [Dostęp: 27 marca 2017 r.].

Jóźwiak M., *CETA i TEFTA a prawo monopoli intelektualnych*, http://prawokultury.pl/newsy/ceta-i-tafta-prawa-monopoli-intelektualnych [Dostęp: 2 kwietnia 2017 r.].

Kaczmarczyk J., *CETA na papierze a CETA w praktyce. Droga umowy do wejścia w życie, Interia prześwietla CETA*, http://fakty.interia.pl/raporty/raport-ceta/tylko-w-interii/news-ceta-na-papierze-a-ceta-w-praktyce-droga-umowy-do-wejscia-w-,nId,2289911 [Dostęp: 10 marca 2017 r.].

Love J., *Who are the cleared advisors that have access to secret ACTA documents?*, https://keionline.org/blogs/2009/03/13/who-are-cleared-advisors [Dostęp: 21 stycznia 2012 r.].

Memorandum Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT] w sprawie stanowiska Polski wobec ACTA, http://www.piit.org.pl [Dostęp: 13 marca 2017 r.].

Pieńkowski R., *Redakcja Infor, ACTA – wolność słowa vs. prawa twórców*, http://www.infor.pl/prawo/prawa-konsumenta/konsument-w-sieci/299865,2,ACTA-wolnosc-slowa-vs-prawa-tworcow.html [Dostęp: 13 marca 2017 r.].

Świetlik M., *CETA – diabelski pakt*, https://nowyobywatel.pl/2016/11/22/ceta-diabelski-pakt/ [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

The Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of the one part and The European Union and its Member States, of the other part, T.j. Dz.Urz. UE L 11, 14 styczeń 2017.

Umowa z dnia 16 listopada 2011 r. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Brussels 2011 (RM-111-218-11).

Załącznik nr 1 do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Dz.U. 1996, nr 32, poz. 143.

Karolina Rybak*

Wpływ porozumienia CETA na sytuację prawną producentów fonogramów

Impact of CETA Agreement on legal status of producers of the phonograms

Streszczenie: Celem artykułu jest analiza dotychczas obowiązujących w Unii Europejskiej regulacji dotyczących sytuacji prawnej producentów fonogramów oraz zestawienie jej z postanowieniami zawartymi w porozumieniu CETA. Z uwagi na stosunkowo szeroki zakres regulacji umowy CETA odnoszący się do prawa własności intelektualnej za słuszne uznano zawężenie zakresu opracowania jedynie do sytuacji prawnej producentów fonogramów, do czego dodatkową zachętę stanowiło entuzjastyczne powitanie przyjęcia porozumienia CETA przez Międzynarodową Federację Przemysłu Fonograficznego. Autorka omawia postanowienia odnoszące się do sytuacji prawnej producentów fonogramów zawarte w CETA, a następnie zestawia je z obowiązującymi już aktami prawnymi, w szczególności z dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady.

Słowa kluczowe: porozumienie CETA, porozumienie ACTA, producenci fonogramów, dyrektywy

Abstract: The main aim of this article is to analyze currently binding European Union's law related to legal status of producers of the phonograms and then to compare it to the statutory provisions contained in CETA Agreement. According to a wide range of CETA Agreement regulation which refers to intellectual property law, it seems justified to narrow extent of this article down only to the legal status of producers of the phonograms. Furthermore, an additional incentive for writing this article was quite an enthusiastic welcome of CETA Agreement made by International Federation of the Phonographic Industry. The author discusses statutory provisions included in CETA Agreement and then compares them with the statutes, especially directives of European Parliament and Council, which are in force.

Key words: CETA Agreement, ACTA Agreement, producers of the phonogram, directives

* Mgr, doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wstęp

Gdy 4 lipca 2012 r. Parlament Europejski nie wyraził zgody na podpisanie przez Unię Europejską umowy w sprawie zwalczania obrotu towarami podrabianymi[1], pojawiła się nadzieja, że prawodawca unijny nie podejmie już próby przeforsowania regulacji prawnej odnoszącej się do ochrony własności intelektualnej budzącej tak wielki sprzeciw społeczny. Próba wprowadzenia porozumienia ACTA doprowadziła do fali protestów obywateli Unii, wywołując konsternację po stronie prawodawcy unijnego, do tej pory bowiem żadna kwestia prawnoautorska nie spotkała się z tak żywym zainteresowaniem obywateli unijnych.

Tymczasem jeszcze w lipcu 2012 r. pojawił się projekt umowy handlowej między Kanadą a Unią Europejską[2]. Skalę podobieństwa między porozumieniami ACTA i CETA ukazał wówczas M. Geist[3], uznając CETA za próbę wprowadzenia „tylnymi drzwiami" odrzuconych pierwotnie rozwiązań porozumienia ACTA. Miesiąc później stanowisko to spotkało się z odzewem ze strony Unii Europejskiej. Stanowczo zaprzeczono jakoby porozumienie CETA miało stanowić próbę wdrożenia postanowień zawartych w porozumieniu ACTA[4].

2. Zapewnienia Komisji Europejskiej

Do stanowiska Unii Europejskiej załączono ulotkę informacyjną zatytułowaną *Umowa o wolnym handlu z Kanadą i jej postanowienia dotyczące praw*

[1] Decyzja Rady z dnia 24 czerwca 2011 r. w sprawie zawarcia umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi między Unią Europejską i jej Państwami Członkowskimi, Australią, Kanadą, Japonią, Republiką Korei, Meksykańskimi Stanami Zjednoczonymi, Królestwem Marokańskim, Nową Zelandią, Republiką Singapuru, Konfederacją Szwajcarską i Stanami Zjednoczonymi Ameryki, KOM (2011) 380, wersja ostateczna, 2011/0167 (NLE), [dalej: porozumienie ACTA].

[2] Decyzja Rady z dnia 5 lipca 2016 r. w sprawie podpisania w imieniu Unii Europejskiej Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, COM (2016) 444 final, 2016/0206(NLE), [dalej: porozumienie CETA].

[3] M. Geist, *ACTA Lives: How the EU & Canada Are Using CETA as Backdoor Mechanism To Revive ACTA*, http://www.michaelgeist.ca/2012/07/ceta-acta-column/ [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

[4] *CETA is not ACTA*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=826 [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

własności intelektualnej[5]. Z ulotki tej wynika, że wprowadzenie porozumienia CETA ma na celu podniesienie poziomu ochrony praw własności intelektualnej w Kanadzie, dzięki takiemu dostosowaniu kanadyjskiego prawa, aby odpowiadało poziomowi ochrony gwarantowanemu przez Unię Europejską. Komisja Europejska zastrzegła, że działania Unii Europejskiej mają na celu jedynie podniesienie poziomu ochrony i egzekwowania praw własności intelektualnej produktów unijnych w Kanadzie do poziomu porównywalnego z istniejącym w Unii. Zatem nie zamierzano ingerować w już stosowane w Unii Europejskiej i w państwach członkowskich przepisy. Ponadto, żaden element umowy o wolnym handlu między UE a Kanadą nie miał być sprzeczny z przepisami dotyczącymi własności intelektualnej stosowanymi w UE i jej państwach członkowskich ani też nie miał tych przepisów uzupełniać.

W sposób szczególny należy jednak podkreślić fragment ulotki, zgodnie z którym: „Tekst będący przedmiotem negocjacji uwzględnia fakt, że Umowa handlowa dotycząca zwalczania obrotu towarami podrobionymi (ACTA) została odrzucona przez Parlament Europejski. Ponieważ zarówno UE, jak i Kanada prowadziły negocjacje w sprawie ACTA, wcześniejsze projekty rozdziału dotyczącego własności intelektualnej Umowy między UE a Kanadą nosiły znamiona podobieństwa do ACTA w sekcji dotyczącej egzekwowania praw własności intelektualnej. Ponieważ jednak ACTA nie stała się częścią zbioru przepisów UE, fakt ten jest uwzględniany w bieżących negocjacjach z Kanadą”[6].

Zdaniem Komisji Europejskiej, w związku z odrzuceniem treści porozumienia ACTA powstała konieczność odmiennego uregulowania kwestii prawnoautorskich w umowie CETA, czego konsekwencją jest znaczna różnica w treści obu porozumień oraz usunięcie z projektu CETA sekcji wzbudzającej największy sprzeciw, tzn. postanowień dotyczących odpowiedzialności dostawców usług internetowych oraz egzekwowania praw własności intelektualnej w drodze postępowania karnego[7].

Kierując się jedynie stanowiskiem wyrażonym przez Komisję Europejską, należałoby uznać, że CETA w żaden sposób nie powinna wpłynąć na prawo własności intelektualnej obowiązujące w Unii Europejskiej i poszczególnych państwach członkowskich. Porozumienie CETA powinno realnie oddziaływać jedynie na prawodawstwo kanadyjskie, wymuszając przeprowadzenie reformy skutkującej upodobnieniem poziomu ochrony prawnoautorskiej w Kanadzie do poziomu unijnej ochrony prawnoautorskiej.

[5] Komisja Europejska, *Umowa o wolnym handlu z Kanadą i jej postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152835.pdf [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

[6] Ibidem, s. 2.

[7] Ibidem, s. 3.

3. *Status quo* porozumienia CETA?

Dnia 15 lutego 2017 r. Parlament Europejski poparł porozumienie CETA[8], pozostawiając państwom członkowskim Unii Europejskiej ratyfikację umowy. Jeszcze tego samego dnia Międzynarodowa Federacja Przemysłu Fonograficznego (IFPI)[9], przytaczając słowa dyrektor generalnej Frances Moore, na swojej stronie internetowej wyraziła zadowolenie z powodu przyjęcia przez Parlament Europejski porozumienia CETA[10].

IFPI „powitało" porozumienie CETA słowami: „Przyjęcie CETA przez Parlament Europejski jest dobrą wiadomością dla przemysłu muzycznego. Kanada i UE razem stanowią 35% globalnego przemysłu muzycznego. W związku z tym standardy ochrony prawnoautorskiej dla muzyki na tych dwóch terytoriach są ekstremalnie znaczące dla naszego globalnego przemysłu. CETA zawiera zobowiązania dla UE i Kanady do zastosowania Traktatów Internetowych WIPO oraz udzielenia wszechstronnej ochrony nagrywanej muzyce, która jest używana w publicznych przekazach i występach. Te prawa są istotne dla dobrobytu sektora muzycznego na obydwu rynkach i z niecierpliwością oczekujemy prac z właściwymi rządami w celu zapewnienia, że te standardy ochrony zostaną wdrożone w najlepszy możliwy sposób"[11].

Przejawianie tak dużego entuzjazmu w sytuacji, gdy CETA ma oddziaływać jedynie na prawodawstwo kanadyjskie, wydaje się nieco przesadzone. Zagadnienie prawa własności intelektualnej w procesie poprzedzającym wyrażenie przez Parlament Europejski zgody na związanie się porozumieniem CETA było przedstawiane jako trzeciorzędne. Niezbędna jest zatem analiza, jakie uprawnienia producentom fonogramów przyznaje porozumienie CETA.

---

[8] *Porządek obrad Parlamentu Europejskiego na dzień 15 lutego 2017 r.*, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bAGENDA%2b20170215%2bSIT%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fPL&language=PL [Dostęp: 30 lipca 2017 r.]; European Parliament, Legislative Observatory, *2016/0205(NLE) - 15/02/2017 Text adopted by Parliament, 1st reading/single reading*, www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1476916&t=e&l=en [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

[9] Międzynarodowa Federacja Przemysłu Fonograficznego jest organizacją *non profit* reprezentującą interesy przemysłu muzycznego całego świata, zrzeszającą ponad 1 300 wytwórni pochodzących z 60 krajów, w tym znaczące i samodzielne wytwórnie muzyczne [dalej: IFPI].

[10] *Global recording industry welcomes EU-Canada trade agreement*, http://ifpi.org/news/Global-recording-industry-welcomes-EU-Canada-trade-agreement [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

[11] Ibidem.

Należy podkreślić, że przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza jedynie takich postanowień porozumienia CETA, które mają potencjalny wpływ na uprawnienia producentów fonogramów, w szczególności zaś przyznają im legitymację do wystąpienia z wnioskiem do odpowiedniego organu sądowego o nakazanie stronie przeciwnej dokonania określonych w CETA czynności.

4. Przepisy wpływające na sytuację prawną producentów fonogramów zawarte w CETA

Przepisy wpływające na sytuację prawną producentów fonogramów zawarte w porozumieniu CETA można skatalogować jako dotyczące: (1) nadawania i odtwarzania publicznego, (2) ochrony środków technicznych, (3) ochrony informacji o zarządzaniu prawami oraz (4) egzekwowania praw własności intelektualnej.

W zakresie odnoszącym się do nadawania i odtwarzania publicznego każda ze stron porozumienia CETA została zobowiązana do zapewnienia wypłaty na rzecz właściwych wykonawców i producentów fonogramów jednorazowego wynagrodzenia, płatnego przez użytkownika fonogramu w sytuacji, gdy fonogram opublikowany został w celach handlowych, lub gdy zwielokrotnienia takiego fonogramu zostaną użyte do nadania przez środki bezprzewodowe, lub w jakikolwiek sposób odtworzone publicznie [dalej: prawo do jednorazowego wynagrodzenia][12].

Odnosząc się do ochrony środków technicznych, należy zauważyć, że w porozumieniu CETA znalazło się zobowiązanie Unii Europejskiej, państw członkowskich oraz Kanady do zapewnienia właściwej ochrony prawnej oraz skutecznych środków ochrony prawnej przed obchodzeniem skutecznych środków technicznych stosowanych m.in. przez producentów fonogramów w związku z wykonywaniem ich praw, które ograniczają podejmowanie wobec ich fonogramów działań, które nie zostały dopuszczone przez producentów tych fonogramów lub nie są dozwolone przez prawo[13].

Kolejnym postanowieniem odnoszącym się do sytuacji prawnej producentów fonogramów jest art. 20.10 ust. 2 porozumienia CETA, który stanowi, że w celu ochrony podanych w formie elektronicznej informacji o zarządzaniu prawami każda ze stron porozumienia CETA zapewnia odpowiednią ochronę prawną oraz skuteczne środki ochrony prawnej przed każdą osobą, która świadomie i bez zezwolenia dopuszcza się – wiedząc lub mając

[12] Artykuł 20.8 ust. 2 porozumienia CETA.
[13] Artykuł 20.9 ust. 2 porozumienia CETA.

uzasadnione podstawy, by wiedzieć, że określone działanie spowoduje, umożliwi, ułatwi lub ukryje naruszenie jakichkolwiek praw autorskich lub pokrewnych – jednej z następujących czynności: (1) usuwa lub zmienia jakiekolwiek podane w formie elektronicznej informacje o zarządzaniu prawami; lub (2) rozpowszechnia, przywozi w celu rozpowszechniania, nadaje, przekazuje lub publicznie udostępnia utwory, wykonania lub fonogramy ze świadomością, że podane w formie elektronicznej informacje o zarządzaniu prawami zostały usunięte lub zmienione bez zezwolenia[14].

5. Porozumienie CETA a egzekwowanie prawa do fonogramów

W celu omówienia uprawnień związanych z egzekwowaniem prawa do fonogramów należy na wstępie zwrócić uwagę na dwie kwestie. Przede wszystkim podstawę do zastosowania porozumienia CETA wobec praw do fonogramów stanowi art. 20.32 ust. 4, zgodnie z którym prawa własności intelektualnej oznaczają wszystkie kategorie własności intelektualnej objęte sekcjami 1–7 II części porozumienia TRIPS[15]. Sytuacji prawnej producentów fonogramów poświęcony został art. 14 ust. 2 TRIPS, na mocy którego przyznano im prawo do udzielania zgody lub zakazywania bezpośredniej, lub pośredniej reprodukcji ich fonogramów[16]. Natomiast uprawnienie do występowania o zastosowanie procedur i środków przewidzianych przez porozumienie CETA wynika z faktu posiadania praw własności intelektualnej, zgodnie z przepisami prawa strony porozumienia CETA[17].

---

[14] Artykuł 20.10 ust. 2 porozumienia CETA. Zgodnie z art. 20.10 ust. 1, pod pojęciem informacji o zarządzaniu prawami rozumieć należy następujące informacje, jeżeli którakolwiek z nich dołączona jest do egzemplarza utworu, wykonania lub fonogramu, lub występuje w związku z publicznym przekazem, lub udostępnianiem utworu, wykonania, lub fonogramu: (1) informacje, które identyfikują utwór, wykonanie lub fonogram; autora utworu, wykonawcę wykonania lub producenta fonogramu; lub właściciela jakichkolwiek praw do utworu, wykonania, lub fonogramu; (2) informacje o warunkach korzystania z utworu, wykonania lub fonogramu, lub (3) wszelkie numery, lub kody, za pomocą których wyrażane są informacje opisane powyżej.

[15] Porozumienie z dnia 22 grudnia 1994 r. w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Dz.Urz. UE L nr 336, s. 214 [dalej: porozumienie TRIPS].

[16] Artykuł 14 ust. 2 porozumienia TRIPS.

[17] Artykuł 20.33 pkt a porozumienia CETA. Na przykład wskazać można, że dla polskich producentów fonogramów podstawę występowania o zastosowanie procedur będzie stanowił art. 94 ust. 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. 2017, poz. 880.

Znaczna część postanowień CETA znajdująca zastosowanie do praw własności intelektualnej w sposób pośredni dotyczy sytuacji prawnej producentów fonogramów, jednakże w niniejszym artykule omówione zostaną jedynie takie uprawnienia, w których producentom fonogramów przyznano możliwość ingerencji w postępowanie toczące się przeciwko naruszającemu ich prawa do fonogramów.

Porozumienie CETA przewiduje obowiązek zapewnienia przez strony porozumienia możliwości złożenia w następujących sytuacjach wniosku do właściwych organów sądowych przez producentów fonogramów:

– w przypadku domniemanego naruszenia prawa własności intelektualnej popełnionego na skalę handlową możliwość złożenia do właściwego organu sądowego wniosku o nakazanie stronie przeciwnej przedłożenia odpowiednich informacji, w tym dokumentów bankowych, finansowych lub handlowych, z zastrzeżeniem wymogów dotyczących ochrony informacji poufnych [dalej: uprawnienie w zakresie dowodów][18];
– w przypadku dostarczenia przez producenta fonogramu racjonalnie możliwych do pozyskania dowodów na poparcie twierdzeń dotyczących naruszenia lub zagrożenia naruszenia w niedługim czasie jego prawa do fonogramu możliwość złożenia do właściwego organu sądowego wniosku o nakazanie wprowadzenia natychmiastowych i skutecznych środków w celu zabezpieczenia odpowiednich dowodów dotyczących domniemanego naruszenia, z zastrzeżeniem wymogów dotyczących ochrony informacji poufnych [dalej: uprawnienie w zakresie środków zabezpieczenia dowodów][19];
– wniosku do organu sądowego o zobowiązanie sprawcy naruszenia lub domniemanego sprawcy naruszenia do przedłożenia informacji będących w jego posiadaniu lub pod jego kontrolą, dotyczących dowolnej osoby zaangażowanej w jakikolwiek aspekt naruszenia lub domniemanego naruszenia oraz dotyczących środków produkcji lub kanałów dystrybucji towarów lub usług, w tym informacji umożliwiających identyfikację osób trzecich, co do których istnieje domniemanie, że są zaangażowane w produkcję i dystrybucję takich towarów lub usług, oraz identyfikację kanałów dystrybucji tych towarów lub usług [dalej: prawo do informacji][20];
– wniosku do organu sądowego o nakazanie innych środków naprawczych w postaci ostatecznego wycofania z obrotu lub zniszczenia towarów, co do których stwierdzono, że naruszają prawa własności intelektualnej [dalej: uprawnienie w zakresie innych środków naprawczych][21].

[18] Artykuł 20.34 porozumienia CETA.
[19] Artykuł 20.35 ust. 1 porozumienia CETA.
[20] Artykuł 20.36 porozumienia CETA.
[21] Artykuł 20.38 porozumienia CETA.

6. Wpływ na obecną sytuację prawną producentów fonogramów w Unii Europejskiej

Analiza uprawnień, które mają zapewnić strony porozumienia CETA, pozwala odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób zmieni się sytuacja prawna producentów fonogramów w Unii Europejskiej. W tym celu należy określić, czy rozwiązania o treści podobnej do tych, które zostały zawarte w CETA, nie zostały uprzednio wprowadzone do porządku prawnego Unii Europejskiej.

Na wstępie należy przypomnieć, że w zakresie prawa do jednorazowego wynagrodzenia obowiązek wypłaty tego typu wynagrodzenia został przewidziany w art. 8 ust. 2 dyrektywy 2006/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej[22].

Odnosząc się natomiast do skutecznych środków technicznych oraz ochrony informacji o zarządzaniu prawami, należy zwrócić uwagę na uchwaloną dnia 22 maja 2001 r. dyrektywę 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym[23].

Kwestia obchodzenia skutecznych środków technicznych została uregulowana w art. 6 dyrektywy 2001/29/WE. Porównując postanowienie zawarte w dyrektywie 2001/29/WE z postanowieniem porozumienia CETA, należy zwrócić uwagę na trzy aspekty. Po pierwsze, zarówno dyrektywa 2001/29/WE, jak i CETA przyjmują jednakową definicję pojęcia „środki techniczne"[24].

---

[22] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. nr 2006/115/WE w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej, Dz.Urz. UE L nr 376, s. 28.

[23] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. nr 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz.Urz. UE L nr 167, s. 10 [dalej: dyrektywa 2001/29/WE].

[24] Zgodnie z art. 20.9 ust. 1 porozumienia CETA, środki techniczne powinny być rozumiane jako wszelkiego rodzaju technologie, urządzenia lub części składowe, które w normalnym trybie funkcjonowania są przeznaczone do zapobiegania działaniom lub ograniczenia działań w odniesieniu do utworów, wykonań lub fonogramów, które nie zostały dopuszczone przez autora, wykonawcę lub producenta fonogramów, zgodnie z prawem strony. Bez uszczerbku dla zakresu praw autorskich lub praw pokrewnych zawartych w prawie krajowym strony środki techniczne uznaje się za skuteczne, jeżeli korzystanie z chronionego utworu, wykonania lub fonogramu jest kontrolowane przez autora, wykonawcę lub producenta fonogramów przez zastosowanie odpowiedniego kodu dostępu lub mechanizmu zabezpieczenia, takiego jak szyfrowanie lub zakłócanie, lub mechanizm kontroli kopiowania, które spełniają cel ochronny. Natomiast zgodnie

Po drugie, należy wskazać przyjęty minimalny zakres ochrony przyznawany w stosunku do środków technicznych. Obie omawiane regulacje przewidują obowiązek zapewnienia stosownej ochrony w odniesieniu do produkcji, przywozu lub rozpowszechniania[25] urządzeń, produktów lub świadczenia usług, które: (a) są zaprojektowane lub produkowane głównie w celu obchodzenia skutecznego środka technicznego, lub (b) posiadają tylko ograniczony, mający handlowe znaczenie cel inny niż obchodzenie skutecznego środka technicznego[26].

Ponadto, porozumienie CETA podkreśla konieczność zapewnienia ochrony w odniesieniu do: (1) nieupoważnionego obchodzenia skutecznego środka technicznego dokonanego świadomie lub z dużym prawdopodobieństwem świadomie[27], (2) oferowania do publicznej sprzedaży urządzenia lub produktu, w tym programów komputerowych, lub usługi jako metody obchodzenia skutecznego środka technicznego[28]. Natomiast w dyrektywie 2001/29/WE zakres ochrony jest szerszy, obejmuje bowiem ponadto ochronę przed produktami, częściami składowymi lub świadczeniem usług, stanowiącymi przedmiot promocji, reklamy lub sprzedaży w celu obejścia skutecznych środków technologicznych[29].

Po trzecie, zarówno CETA[30], jak i dyrektywa 2001/29/WE[31] przewidują możliwość wprowadzenia wyjątków lub ograniczeń środków wdrażają-

---

z art. 6 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE, pod pojęciem „środki technologiczne" rozumie się wszystkie technologie, urządzenia lub części składowe, które przy normalnym funkcjonowaniu są przeznaczone do powstrzymania lub ograniczenia czynności w odniesieniu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, które nie otrzymały zezwolenia od podmiotu prawa autorskiego lub prawa pokrewnego prawu autorskiemu przewidzianego przez prawo lub prawa *sui generis* przewidzianego w rozdziale III dyrektywy 96/9/WE. Środki technologiczne uważa się za „skuteczne", jeżeli korzystanie z chronionego utworu lub z innego przedmiotu objętego ochroną jest kontrolowane przez podmioty praw autorskich przez zastosowanie kodu dostępu lub mechanizmu zabezpieczenia, takiego jak szyfrowanie, zakłócanie, lub każdej innej transformacji utworu lub przedmiotu objętego ochroną, lub mechanizmu kontroli kopiowania, które spełniają cel ochronny.

[25] Artykuł 6 ust. 2 dyrektywy 2001/29/WE przewiduje dodatkowo ochronę przed: sprzedażą, najmem, reklamą lub posiadaniem w celach handlowych urządzeń, produktów lub części składowych oraz świadczeniem usług.

[26] Artykuł 20.9 ust. 3 pkt b porozumienia CETA oraz art. 6 ust. 2 pkt. b i c dyrektywy 2001/29/WE.

[27] Analogiczna regulacja znajduje się w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE, zgodnie z którym państwa członkowskie powinny przewidzieć stosowną ochronę prawną przed obchodzeniem skutecznych środków technologicznych przez daną osobę, której znane jest lub z zależności od okoliczności musi być znane to, że zmierza ona w tym celu.

[28] Artykuł 20.9 ust. 3 pkt a porozumienia CETA.

[29] Artykuł 6 ust. 2 pkt a dyrektywy 2001/29/WE.

[30] Artykuł 20.9 ust. 6 porozumienia CETA.

[31] Artykuł 6 ust. 4 dyrektywy 2001/29/WE.

cych postanowienia odnoszące się do ochrony środków technicznych. Celem wprowadzenia tego typu wyjątków lub ograniczeń jest zapewnienie możliwości skorzystania z fonogramu przez beneficjenta, podmiot, który w zakresie dozwolonego użytku prywatnego może dokonać jego zwielokrotnienia.

Również zważywszy na kwestię ochrony informacji o zarządzaniu prawami, należy zauważyć, że zarówno definicja pojęcia „informacja o zarządzaniu prawami", jak i zakres obowiązków nałożonych na państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz strony porozumienia CETA są tożsame[32].

Jeśli chodzi o uprawnienia dotyczące egzekwowania prawa do fonogramów, należy zaakcentować, że dnia 29 kwietnia 2004 r. Parlament Europejski i Rada uchwaliły dyrektywę 2004/48/WE w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej[33]. Motywem wprowadzenia niniejszej dyrektywy było zaobserwowanie znaczących rozbieżności w zakresie środków realizacji praw własności intelektualnej, mimo obowiązywania w państwach członkowskich porozumienia TRIPS[34].

Redakcja dyrektywy 2004/48/WE jest łudząco podobna do postanowień zawartych w porozumieniu CETA. Z kolei treść poszczególnych uprawnień została uregulowana analogicznie do uprawnień zawartych w CETA. I tak:

– art. 20.34 porozumienia CETA dotyczący uprawnienia w zakresie dowodów odpowiada art. 6 dyrektywy 2004/48/WE;
– art. 20.35 ust. 1 porozumienia CETA dotyczący uprawnienia w zakresie środków zabezpieczenia dowodów odpowiada art. 7 ust. 1 dyrektywy 2004/48/WE;
– art. 20.36 CETA dotyczący prawa do informacji niejako zawiera się w art. 8 dyrektywy 2004/48/WE;
– art. 20.38 porozumienia CETA dotyczący uprawnienia w zakresie innych środków naprawczych odpowiada art. 10 dyrektywy 2004/48/WE.

[32] Omówionemu uprzednio art. 20.10 porozumienia CETA odpowiada art. 7 dyrektywy 2001/29/WE.

[33] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. nr 2004/48/WE w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej, Dz.Urz. UE L nr 157, s. 45 [dalej: dyrektywa 2004/48/WE].

[34] Motyw 7. dyrektywy 2004/48/WE.

7. Podsumowanie

Analiza porozumienia CETA i zestawienie jego treści z dyrektywami nr 2001/29/WE, nr 2004/48/WE oraz nr 2006/115/WE prowadzą do wniosku, że wdrożenie postanowień CETA dotyczących uprawnień producentów fonogramów do prawodawstw poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej nie powinno wpłynąć na dotychczas obowiązujące w tym zakresie regulacje.

Można dokonać swoistej parafrazy stanowiska T. Targosza, A. Tischner i M. Wyrwińskiego, którzy oceniając zgodność prawa polskiego z porozumieniem ACTA, wysunęli tezę, że jakakolwiek debata nad racjonalnością środków w nim proponowanych była znacznie spóźniona, rozwiązania te bowiem funkcjonowały już wcześniej w prawie polskim w związku implementacją do krajowego porządku prawnego dyrektywy 2004/48/WE[35]. Podobne stwierdzenie można wysnuć w stosunku do porozumienia CETA, które w ścisły sposób opiera się na rozwiązaniach przyjętych uprzednio w prawie Unii Europejskiej.

O ile jednak porozumienie CETA w ramach prawodawstwa Unii Europejskiej zachowa *status quo* i nie wywoła konieczności zmian legislacyjnych w dotychczas obowiązujących regulacjach, o tyle w stosunku do prawodawstwa Kanady powstanie konieczność adaptacji norm krajowych w celu dostosowania poziomu ochrony prawnoautorskiej do standardów europejskich.

Entuzjazm okazywany przez przedstawicieli IFPI jest zatem częściowo uzasadniony. Z pewnością bowiem polepszona zostanie sytuacja prawna producentów fonogramów na terenie Kanady. Natomiast poziom ochrony przyznawanej wobec podmiotów uprawnionych do prawa do fonogramu obowiązujący w Unii Europejskiej, który już obecnie jest wysoki, pozostanie bez zmian i będzie służył jako wzór dla prawodawstwa Kanady.

[35] T. Targosz, A. Tischner, M. Wyrwiński, *Ocena zgodności prawa polskiego z Porozumieniem ACTA*, ZNUJ PPWI 2012, nr 3, s. 8.

Bibliografia

Publikacje

T. Targosz, A. Tischner, M. Wyrwiński, *Ocena zgodności prawa polskiego z Porozumieniem ACTA*, ZNUJ PPWI 2012, nr 3.

Akty normatywne

Decyzja Rady z dnia 24 czerwca 2011 r. w sprawie zawarcia umowy handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrobionymi między Unią Europejską i jej Państwami Członkowskimi, Australią, Kanadą, Japonią, Republiką Korei, Meksykańskimi Stanami Zjednoczonymi, Królestwem Marokańskim, Nową Zelandią, Republiką Singapuru, Konfederacją Szwajcarską i Stanami Zjednoczonymi Ameryki, KOM (2011) 380 wersja ostateczna, 2011/0167 (NLE).

Decyzja Rady z dnia 5 lipca 2016 r. w sprawie podpisania w imieniu Unii Europejskiej kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, COM (2016) 444 final, 2016/0206(NLE).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. nr 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz.Urz. UE L nr 167.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. nr 2004/48/WE w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej, Dz.Urz. UE L nr 157, s. 45.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. nr 2006/115/WE w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej, Dz.Urz. UE L nr 376, s. 28.

Porozumienie z dnia 22 grudnia 1994 r. w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Dz.Urz. UE L nr 336, s. 214.

Netografia

CETA is not ACTA, http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=826 [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

European Parliament, Legislative Observatory, *2016/0205(NLE) – 15/02/2017 Text adopted by Parliament, 1st reading/single reading*, www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1476916&t=e&l=en

Geist M., *ACTA Lives: How the EU & Canada Are Using CETA as Backdoor Mechanism To Revive ACTA*, http://www.michaelgeist.ca/2012/07/ceta-acta-column/

Global recording industry welcomes EU-Canada trade agreement, http://ifpi.org/news/Global-recording-industry-welcomes-EU-Canada-trade-agreement [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

Komisja Europejska, *Umowa o wolnym handlu z Kanadą i jej postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/october/tradoc_152835.pdf [Dostęp: 30 lipca 2017 r.].

Porządek obrad Parlamentu Europejskiego na dzień 15 lutego 2017 r., http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bAGENDA%2b20170215%2bSIT%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fPL&language=PL

Dawid Łańczak*

Transatlantyckie relacje dotyczące ochrony danych osobowych przed wejściem w życie Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej CETA

Transatlantic relations concerning the protection of personal data prior to implementation of CETA – the comprehensive economic and trade agreement

Streszczenie: Celem artykułu jest wprowadzenie do tematyki relacji transatlantyckich, biorąc pod uwagę ochronę danych osobowych. Przedstawione zostaną obowiązujące regulacje prawne dotyczące bezpiecznego przesyłu danych osobowych na osi Kanada – UE oraz USA – UE.

Przeanalizowane zostaną przykłady ukazujące niewywiązywanie się z ciążących na stronach obowiązków oraz próby udoskonalenia obowiązujących standardów ochrony bezpieczeństwa przesyłanych i przechowywanych danych osobowych.

Słowa kluczowe: ochrona, dane osobowe, relacje transatlantyckie, CETA, afera szpiegowska

Abstract: The purpose of the paper is to introduce the issue of relationships between Canada and the USA with the European Union, from the point of view of personal data protection. The background study for the paper includes the relations and agreements between the United States of America and the European Union. The analysis was conducted on the content of agreements, deals and treaties that regulate safe transfer of personal data. The examples cited in the paper show the failure to perform obligations resulting the agreements by one party.

Key words: protection, personal data, transatlantic relations, CETA, spy affair

* Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wstęp

We współczesnych nam czasach w zasadzie każdy może swobodnie korzystać z wielu zdobyczy rozwoju cywilizacji. Wystarczy wyjść na ulicę i rozejrzeć się dookoła. Ogromna większość ludzi nosi przy sobie jakieś urządzenie pozwalające na dostęp do globalnej sieci przesyłu niezliczonej liczby danych, w tym także prywatnych danych osobowych. Spora część użytkowników popularnych portali społecznościowych dzieli się ze światem informacjami na swój temat, nawet przez chwilę nie rozważając konsekwencji takiego działania. Ileż poufnych informacji przekazywanych jest podczas rozmowy telefonicznej, za pomocą wiadomości SMS, wiadomości e-mail, ale również w internetowych sposobach płatności bankowej czy chociażby podczas zwykłego zamawiania kolejnych zakupów. Nietrudno wyobrazić sobie, jak wielką wiedzę, a w konsekwencji władzę miałby ktoś, kto otrzymałby dostęp do tak nieprzebranej bazy informacji. Zdają sobie z tego sprawę organy na najwyższych międzynarodowych szczeblach, stanowiąc prawo chroniące udostępniane dane. Przykładem obrazującym to zjawisko jest proces kształtowania się transatlantyckich relacji dotyczących ochrony danych osobowych.

2. Początki uregulowań prawnych

Pierwotne próby uregulowania ochrony udostępniania danych osobowych na gruncie europejskim przybrały formę wytycznych Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD). Był to apel do państw, aby przemyślały sposób przekazywania danych osobowych, a dokładniej to, jak na inne państwa wpłyną stosowane przez nie działania w kontekście wewnętrznego przetwarzania i reeksportowania danych, oraz by unikały takich rozwiązań ochronnych, które tworzyłyby przeszkody dla przepływu informacji naruszającego wymagania owych rozwiązań. Wytyczne były wyraźnie nakierowanie na relacje pomiędzy państwami członkowskimi. Idea ta została wyraziście wskazana w Konwencji Rady Europy nr 108 z 1981 r.

Pierwsze znaczące standardy ochrony pojawiły się w ramach wytycznych ONZ z 1990 r. Stwierdzały one, że swobodny obieg informacji powinien być zapewniony w sytuacji zbliżonych standardów ochrony prywatności w dwóch państwach lub większej ich liczbie. W przypadku braku zbliżonych standardów państwa nie powinny tworzyć nadmiernych ograniczeń oraz wprowadzać je jedynie w zakresie, jakiego wymaga ochrona prywatności. Postanowienia te zostały doprecyzowane w regulacjach z 1991 r.,

mianowicie w protokole dodatkowym do Konwencji Rady Europy nr 108 i w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 95/46WE. W obu wymienionych aktach użyto sformułowania „odpowiedni"[1] w odniesieniu do stopnia ochrony w państwie trzecim, do którego przekazywane byłyby dane osobowe. Dyrektywa 95/46 ponadto wymieniła kryteria, za pomocą których należało określić ową odpowiedniość. Interpretując powyższą klauzulę, należało wskazać państwom rozstrzygającym o odpowiednim poziomie ochrony obowiązek uwzględniania zwłaszcza dwóch kryteriów – merytorycznej treści regulacji oraz środków przewidzianych do jej urzeczywistnienia. Dyrektywa 95/46 przewiduje również drugą możliwość, przeznaczoną do uznania stopnia ochrony danych osobowych w państwie trzecim za odpowiedni. Chodzi o procedurę uznaniową na poziomie ogólnounijnym, a za podmiot uprawniony do rozstrzygnięcia o powyższej odpowiedniości uznano Komisję Europejską. Ta procedura w praktyce uzyskała znacznie większe znaczenie. Komisja dokonała rozstrzygnięć o odpowiedniości m.in. względem Szwajcarii (2000 r.) i Argentyny (2003 r.).

3. Pierwsze transatlantyckie umowy i porozumienia

Ważnym momentem w budowaniu relacji transatlantyckich w zakresie ochrony danych osobowych było wynegocjowanie i ostatecznie zaakceptowanie tzw. *Safe Harbour* – porozumienia, które umożliwiło pewnym podmiotom, głównie z branży handlowej USA, skorzystanie z przywilejów wynikających z uznania odpowiedniości stopnia ochrony danych osobowych[2]. *Safe Harbour* udostępniło więc organizacjom amerykańskim możliwość otrzymywania danych o charakterze osobowym z Unii Europejskiej. Porozumienie nie zastąpiło przepisów krajowych, przyjętych w celu wykonania dyrektywy 95/46 i stosowanych w związku z przetwarzaniem danych

[1] Artykuł 2 ust. 1 protokołu dodatkowego do Konwencji Rady Europy nr 108 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych dotyczący organów nadzoru i transgranicznych przepływów danych, sporządzony w Strasburgu dnia 8 listopada 2001 r., Dz.U. 2006, nr 3, poz. 15; art. 25 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.Urz. L 281, 23 listopada 1995, s. 31–50.

[2] Decyzja Komisji 2000/520 z dnia 26 lipca 2000 r. przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach bezpiecznej przystani oraz odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania wydane przez Departament Handlu USA, Dz.Urz. UE L 215, 2000, s. 7–47.

w państwach członkowskich Unii Europejskiej. *Safe Harbour* nie miało także charakteru wiążącego dla Stanów Zjednoczonych Ameryki w zakresie generalnym, ponieważ wiązało indywidualnie tylko te przedsiębiorstwa, które formalnie przyłączyły się do niego. Przedsiębiorstwo takie zostawało wtedy upoważnione do obrotu danymi, jednak zgodnie z ustalonymi warunkami oraz pod groźbą sankcji w razie ich nieprzestrzegania. Przedsiębiorstwa zobowiązywały się do uwzględnienia siedmiu zasad ochrony życia prywatnego Europejczyków, których dane były przekazywane. Zasady te powinny być stosowane zgodnie z aneksem do porozumienia, sformułowanym jako piętnaście najczęściej zadawanych pytań (*Frequently Asked Questions* – FAQ). Wspomniane zasady dotyczyły:

1. Notyfikacji, a więc poinformowania osób o powodach zbierania oraz używania ich danych osobowych, możliwościach porozumiewania się w razie pytań czy też skarg, a także osobach trzecich, które uzyskają dostęp do wspomnianych informacji.
2. Możliwości wyboru przez zainteresowane podmioty, czy ich dane zostaną udostępnione osobom trzecim, lub czy będą wykorzystane do celów innych niż wskazane podczas ich uzyskiwania.
3. Późniejszego przekazu – tylko po zastosowaniu pkt. 1 i 2; możliwość taka istniała tylko wtedy, gdy organizacja otrzymała informację, że osoba trzecia, której dane osobowe podmiotu zostaną udostępnione, także należy do porozumienia *Safe Harbour*.
4. Bezpieczeństwa – wszelkie możliwe środki wykorzystywane, by dane nie zostały utracone, użyte w sposób niewłaściwy, nielegalnie poznane, rozprowadzone, zmienione czy rozpoznane.
5. Integralności danych – zbierane informacje musiały odpowiadać celom, do których były niezbędne. Dodatkowo ustanowiono ważny obowiązek zapewnienia rzetelności informacji.
6. Dostępu – jeżeli organizacja miałaby przechowywać dane osoby, to powinna mieć do nich dostęp. Od zasady tej określono jednak wyjątek w sytuacji, gdy istnieje znaczna dysproporcja między kosztami dostępu do informacji a ryzykiem, jakie powstaje dla życia prywatnego osoby.
7. Wykonania – chodziło o wprowadzenie mechanizmów zapewniających respektowanie powyższych zasad, możliwość odwołania osobom, których prawa zostały naruszone, oraz wprowadzenie sankcji za takie działanie. Jako wyjątki wymieniono tylko nieliczne sytuacje – bezpieczeństwo narodowe, interes publiczny, przestrzeganie praw Stanów Zjednoczonych. Możliwość odwołania przybrała postać dwuinstancyjności. W pierwszej kolejności zalecano odwoływać się bezpośrednio do organizacji działającej niezgodnie z zasadami, a dopiero w wypadku braku skuteczności takiego działania wskazywano na możliwość odwołania do Federalnej Komisji Handlu bądź do Ministerstwa Transportu.

Z porozumienia skorzystać mogły tylko przedsiębiorstwa podlegające Federalnej Komisji Handlu (*Federal Trade Commission* – FTC) oraz Ministerstwu Transportu, ponieważ zarówno Komisja, jak i Ministerstwo mogły nadzorować dostosowanie się do wymaganych zasad oraz sankcjonować działania z nimi niezgodne. FTC podlegały tylko przedsiębiorstwa zajmujące się handlem, a więc z możliwości skorzystania z treści porozumienia wyłączono banki, przedsiębiorstwa finansowe, przedsiębiorstwa telekomunikacyjne, trudniące się ubezpieczeniami oraz przedsiębiorstwa publiczne zajmujące się transportem wewnątrzpaństwowym. Od momentu przystąpienia podmiotu uważano, że spełnia on normy ochrony danych. Decyzję o przystąpieniu ogłaszano publicznie, przy czym na *Safe Harbour* przedsiębiorstwo mogło się powoływać z chwilą powiadomienia FTC o takim przystąpieniu. Informację wyrażającą chęć dalszego uczestniczenia w porozumieniu przedsiębiorstwo zobligowane było dostarczać każdego roku, w przeciwnym razie jego udział uznawano za zakończony.

Podobnie wyglądało rozstrzygnięcie odnoszące się do Kanady z 2001 r., które dotyczyło jedynie podmiotów podlegających regulacji kanadyjskiej *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*. Tę samą procedurę zastosowano do porozumień dotyczących danych pasażerów linii lotniczych ze Stanami Zjednoczonymi (z 2004 r.[3]) i Kanadą (z 2005 r.[4]). Chodzi tu o dwa rodzaje danych pasażerów: tzw. API (*Advance Passenger Information* – zaawansowane informacje o pasażerach) oraz PNR (*Passenger Name Record* – zapis danych dotyczących nazwiska pasażera). Dzięki tym porozumieniom odpowiednie władze Stanów Zjednoczonych oraz Kanady uzyskały możliwość żądania od przewoźników przekazywania takich informacji. Warto nieco bliższej przyjrzeć się początkom kreowania porozumienia oraz kolejnym etapom negocjacji między Wspólnotą Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki.

Nie zaskakuje fakt, że ataki terrorystyczne przeprowadzone na USA 11 września 2001 r. wyznaczyły nową cezurę czasową dla prawa regulującego dane osobowe. Przyjęto ustawę *Aviation and Transportation Security Act* (19 października 2001 r.), która nakładała na wszystkich przewoźników lotniczych realizujących przeloty do lub ze Stanów Zjednoczonych obowiązek udostępniania odpowiednim organom danych osobowych zarówno pa-

[3] Decyzja Komisji 2004/535 z dnia 14 maja 2004 r. w sprawie odpowiedniej ochrony danych osobowych zawartych w Passenger Name Record (PNR) pasażerów linii lotniczych przekazywanych do Biura Celnego i Ochrony Granic Stanów Zjednoczonych (K(2004) 1914), Dz.Urz. UE L 235, 6 lipca 2004, s. 11–22.

[4] Decyzja Komisji 2006/253 z dnia 6 września 2005 r. w sprawie odpowiedniej ochrony danych osobowych zawartych w Imiennym Rejestrze Pasażerów linii lotniczych przekazanym do Agencji Służb Granicznych Kanady (C(2005) 3248), Dz.Urz. UE L 91, 29 marca 2006, s. 49–60.

sażerów, jak i załogi, które zawarte zostały w automatycznych systemach rezerwacji i kontroli wylotów (tzw. *Passenger Manifest Information*). W razie braku współpracy ze strony linii lotniczych ustawa przewidywała m.in. wysokie kary pieniężne czy też utratę prawa do lądowania na lotniskach amerykańskich. Przewoźnicy lotniczy stanęli więc przed dylematem, do którego prawa się zastosować (przypomnijmy, że prawo wspólnotowe odmiennie regulowało kwestie dotyczące udostępniania danych osobowych państwom trzecim).

Pierwsza opinia powstała 24 października 2002 r.[5] Swoje stanowisko przedstawiła w niej Grupa Robocza Art. 29 (niezależny podmiot o charakterze doradczym, powołany na mocy art. 29 dyrektywy 95/46, zrzeszający przedstawicieli organów nadzorujących ochronę danych osobowych w poszczególnych państwach Unii Europejskiej). Uznano, że sposób przetwarzania danych przewidziany w powyższej ustawie jest niezgodny z zasadą ograniczenia gromadzenia danych dla określonego celu, którym w tym przypadku jest zrealizowanie umowy zawartej pomiędzy pasażerem a przewoźnikiem. Co więcej, katalog udostępnianych danych mógł doprowadzić do poznania zbyt wielu informacji na temat określonej osoby. Konieczna byłaby także zgoda pasażera na zrealizowanie usługi, a w przypadku jej braku pozostawałaby jedynie podróż statkiem przez Ocean Atlantycki. Grupa Robocza Art. 29 stwierdziła, że zawarcie porozumienia możliwe byłoby jedynie z zastrzeżeniem zobowiązania się Stanów Zjednoczonych do zapewnienia odpowiedniego stopnia ochrony danych.

W wyniku tych zastrzeżeń władze amerykańskie przesunęły termin wejścia w życie omawianych przepisów, a następnie Departament Bezpieczeństwa Wewnętrznego Stanów Zjednoczonych Ameryki, Biuro Ceł i Ochrony Granic, wydał dokument zawierający zobowiązanie do zapewnienia odpowiedniego stopnia ochrony danych. Grupa Robocza Art. 29 sporządziła jednak opinię, w której ponownie stwierdziła, że poziom ochrony nie spełnia odpowiednich wymogów. Głównym zarzutem była nieproporcjonalność liczby udostępnianych danych w stosunku do określonego celu. To zmusiło Komisję Europejską do dalszych negocjacji z rządem Stanów Zjednoczonych. Ich efektem była zmodyfikowana wersja zobowiązań, również skrytykowana przez Grupę Roboczą Art. 29. Zauważono jednak pewne postępy, jak np. zawężony i bardziej precyzyjny opis celów, w jakich miałyby być zbierane, oraz skrócenie terminów przechowywania danych. W tym samym czasie Komisja wydała komunikat, w którym zasugerowała decyzję o odpowiedniej ochronie (na podstawie art. 26 ust. 6 dyrektywy)

[5] Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 6/2002 on Transmission of Passenger Manifest Information and Other Data From Airlines to the United States, WP 66, Doc. 11647/02/EN.

jako podstawę prawną umożliwienia transferu danych dotyczących przelotu pasażera. Dodatkową podstawą miała być umowa międzynarodowa między Wspólnotą Europejską a Stanami Zjednoczonymi.

W trakcie trwania negocjacji Parlament Europejski rozpoczął prace nad rezolucją, która akcentowała konieczność zapewnienia, że zawarta umowa nie będzie źródłem dyskryminacji pasażerów z państw należących do UE, przesyłanie danych możliwe będzie dopiero po wyrażeniu zgody poinformowanej osoby oraz jej dane nie będą przechowywane dłużej niż przez czas pobytu zainteresowanego na terytorium USA[6].

Dnia 23 lutego 2004 r., mimo negatywnego stanowiska zarówno Grupy Roboczej Art. 29, jak i Parlamentu Europejskiego, Rada Unii Europejskiej upoważniła Komisję do zawarcia ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki Porozumienia dotyczącego przekazywania i przetwarzania danych dotyczących przelotu pasażera przez przewoźników lotniczych do Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego Stanów Zjednoczonych Ameryki, Biura Ceł i Ochrony Granic.

Gotowy projekt Komisja przedstawiła Radzie 17 marca 2004 r. Kilka dni później, 25 marca, Rada zwróciła się do Parlamentu, aby ten wydał opinię na temat projektu. Procedurze nadano tryb przyśpieszony, a Parlament miał określić swoje stanowisko do 22 kwietnia. Parlament w równie szybkim tempie, bo już 31 marca, przyjął rezolucję, w której zawarł wiele prawnych zastrzeżeń odnośnie do projektu decyzji Komisji o odpowiedniej ochronie oraz projektu decyzji Rady. Stany Zjednoczone chciały wynegocjować porozumienie jeszcze przed rozszerzeniem Unii, dlatego też władze amerykańskie intensywnie namawiały Komisję, by zignorowała obiekcje Parlamentu i wydała decyzję.

Rada wystosowała do Parlamentu jeszcze jeden wniosek wzywający do wydania opinii o projekcie (w trybie pilnym), zastrzegając termin do 5 maja 2004 r. Parlament odrzucił jednak to pismo. W związku z tym 14 maja 2004 r. Komisja wydała decyzję o odpowiedniej ochronie, a trzy dni później Rada zawarła porozumienie między Wspólnotą Europejską a Stanami Zjednoczonymi.

W tej sytuacji swoje zdanie wyraziła Grupa Robocza Art. 29, która określiła pewne zastrzeżenia odnośnie do decyzji Komisji o odpowiedniej ochronie. Po raz kolejny podkreślono potrzebę udostępniania jedynie tych danych, które są zainteresowanemu niezbędne. Także Parlament nie pozostał bierny, mianowicie 27 lipca 2004 r. wniósł do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości skargi o stwierdzenie nieważności obu decyzji.

[6] Parlament Europejski, Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Draft Motion for a Resolution on Transfer of Personal Data by Airlines in the Case of translantic Flights: State of Negotiations With the USA, 24.12.2003, Doc. RE/507602EN.doc.

Na podstawie zarzutów Parlamentu 30 maja 2006 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł m.in. o braku odpowiednich podstaw do wydania decyzji przez Komisję i Radę, co było równoznaczne z ich nieważnością. W konsekwencji wynegocjowano nowe porozumienia, które przybrały formę prawną umowy między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o przetwarzaniu i przekazywaniu przez przewoźników lotniczych danych dotyczących przelotu pasażera do Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego Stanów Zjednoczonych, zawartej w 2007 r.

4. Inne sposoby na uznanie odpowiedniej ochrony danych osobowych

W ramach procedury uznawania odpowiedniości stopnia ochrony danych osobowych zarówno państwom członkowskim, jak i Komisji Europejskiej przysługuje także instrument oddziaływania na państwa trzecie, którym udostępniane miałyby być powyższe dane, a mianowicie uznanie, że oceniane państwo nie spełnia wymogów odpowiedniej ochrony. Takie rozstrzygnięcie skutkuje zakazem przekazywania państwu trzeciemu jakichkolwiek danych, których dotyczyła ocena Komisji. W konsekwencji takiego procesu powstaje grupa państw, które nie spełniają wymaganego stopnia ochrony, co nierozerwalnie wiązałoby się z komplikacjami w stosunkach międzynarodowych. Mimo wad tych rozwiązań, powinno się je ocenić pozytywnie, gdyż niewątpliwie wpłynęły na poprawę ochrony danych osobowych przekazywanych innym państwom[7].

Oprócz mechanizmu ochrony danych osobowych, polegającego na wymuszeniu dostosowania stopnia ochrony danych osobowych w danym państwie przez wprowadzenie odpowiednich rozwiązań ochronnych, istnieją także inne możliwości. Przykładem może tu być metoda polegająca na zapewnieniu odpowiedniej ochrony nie za pomocą państwa trzeciego, lecz samego administratora danych. W takim przypadku możliwe jest udostępnianie danych osobowych dzięki zobligowaniu się administratora danych do zapewnienia przez niego odpowiednich zabezpieczeń. Metoda ta także została uwzględniona zarówno w Konwencji Rady Europy nr 108 (jako protokół dodatkowy[8]),

[7] Por. M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Warszawa 2010, s. 197.

[8] Artykuł 2 ust. 2 lit. b protokołu dodatkowego do Konwencji Rady Europy nr 108 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych dotyczący organów nadzoru i transgranicznych przepływów danych, sporządzony w Strasburgu dnia 8 listopada 2001 r., Dz.U. 2006, nr 3, poz. 15.

jak i dyrektywie 95/46[9]. Mimo pewnych różnic konstrukcyjnych wspomnianych rozwiązań w obu tych aktach, ich treść pozostaje tożsama – żaden z nich nie przesądza sposobu dokonania zabezpieczenia, jednak sugerują, że mogłoby ono wynikać z klauzul umownych oraz zastrzegają, by państwo, które ma udostępnić dane osobowe, mogło w jakikolwiek sposób przedstawić w tej sprawie swoje stanowisko[10]. Analizując wymienione postanowienia, można wyróżnić dwa mechanizmy stosowania odpowiednich zabezpieczeń przez administratora danych: zastosowanie odpowiednich klauzul kontraktowych oraz wykorzystanie Kodeksu dobrych praktyk.

Odpowiednie klauzule kontraktowe mają zastosowanie w umowach pomiędzy eksporterem a importerem danych osobowych. W umowach tych obowiązkiem eksportera jest wprowadzenie odpowiednich klauzul zabezpieczających. Nie wchodząc w szczegóły, należy jedynie wspomnieć o konieczności odnoszenia się powyższych umów do „ochrony prywatności oraz podstawowych praw i wolności osoby oraz […] do wykonywania odpowiednich praw"[11]. Jak w przypadku określania odpowiedniości stopnia ochrony danych w państwie trzecim, rozstrzyganie o odpowiedniości zabezpieczeń kontraktowych może pochodzić od organów Unii Europejskiej. Można tu wskazać kilka rozstrzygnięć wydanych przez Komisję Europejską, a mianowicie z dnia: 15 czerwca 2001 r.[12], 27 grudnia 2001 r.[13], 27 grudnia 2004 r.[14] oraz 5 lutego 2010 r.[15]

---

[9] Artykuł 25 ust. 2 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.Urz. L 281, 23 listopada 1995, s. 31—50.

[10] Wyraźnie wskazuje na to protokół dodatkowy do Konwencji Rady Europy nr 108 w swoim literalnym brzmieniu. Z treści dyrektywy 95/46 wynika to pośrednio.

[11] Artykuł 25 ust. 2 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.Urz. UE L 281, 23 listopada 1995, s. 31—50.

[12] Decyzja Komisji 2001/497 z dnia 15 czerwca 2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich na mocy dyrektywy 95/46 (C(2001), Dz. Urz. UE WE L 181, 4 lipca 2001, s. 19–31.

[13] Decyzja Komisji 2001/16 z dnia 27 grudnia 2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych przetwarzającym dane, mającym siedzibę w państwach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46 (C(2001) 4540), Dz.Urz. UE WE L 6, 10 stycznia 2002, s. 52–62.

[14] Decyzja Komisji 2004/915 z dnia 27 grudnia 2004 r. zmieniająca decyzję 2001/497/WE ((2004) 5271), Dz. Urz. UE L 385, 29 grudnia 2004, s. 74–84.

[15] Decyzja Komisji 2010/87 z dnia 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane, mającym siedzibę w krajach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (C(2010) 593), Dz.Urz. UE L 39, 12 lutego 2010, s. 5–18.

Jeżeli chodzi o drugą z możliwości zapewniania adekwatnych zabezpieczeń przez administratorów danych, to w tym celu zastosowanie znalazły kodeksy dobrych praktyk. Metoda ta używana jest w szerszym zakresie w innych dziedzinach działalności, które także zawierają w swym przedmiocie przetwarzanie danych osobowych. W tym przypadku podstawę w zakresie ochrony danych osobowych stanowi art. 27 dyrektywy 95/46. Przepis ten nakazuje zarówno Komisji, jak i państwom członkowskim zachęcać organizacje grupujące poszczególne typy administratorów do opracowywania lub modyfikowania już istniejących kodeksów, tak by ułatwiały one wdrażanie nowych rozwiązań dotyczących ochrony danych osobowych[16]. W przeciwieństwie do innych instrumentów dostępnych administratorowi, ten stosowany jest abstrakcyjnie, a więc nie ma charakteru jednostkowego. Wynika z faktu, że uznanie Kodeksu dobrych praktyk przez właściwy organ oznacza równocześnie stwierdzenie zgodności z prawem całej praktyki dokonywania transferów danych przez konkretny podmiot. Upodabnia tym samym powyższy mechanizm do uznania odpowiedniości stopnia ochrony danych w państwie trzecim przez Komisję lub państwo członkowskie. Taka sytuacja stwarza jednak prawne wątpliwości[17].

5. Wyjątki od zasady

W pewnych wyjątkowych sytuacjach protokół dodatkowy do Konwencji Rady Europy nr 108[18] oraz dyrektywa 95/46[19] przewidują możliwość przekazania danych osobowych zainteresowanemu państwu, nawet jeżeli to państwo bądź administrator nie mogą zapewnić odpowiedniego stopnia ochrony danych osobowych. Omawiane odstępstwa nie mogą jednak naruszać „praw podstawowych" podmiotu danych. Postuluje się zatem

[16] Artykuł 27 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.Urz. UE L 281, 23 listopada 1995, s. 31–50.

[17] Zob. szerzej M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych...*, s. 202 i n.

[18] Artykuł 2 ust. 2 lit. a protokołu dodatkowego do Konwencji Rady Europy nr 108 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych dotyczący organów nadzoru i transgranicznych przepływów danych, sporządzony w Strasburgu dnia 8 listopada 2001 r., Dz.U. 2006, nr 3, poz. 15.

[19] Artykuł 26 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.Urz. UE L 281, 23 listopada 1995, s. 31–50.

uwzględnianie ich jedynie w dziedzinach, w których ryzyko naruszenia wszelkich interesów jednostki jest względnie niewielkie, lub w sytuacji, gdy konfrontowane są z sobą wartość prawa jednostki do ochrony prywatności z inną wartością, obiektywnie ważniejszą (np. interesem publicznym). Ze szczegółowego katalogu możliwych odstępstw, który zawiera art. 26 ust. 1 dyrektywy 95/46, można wyodrębnić pięć najważniejszych przesłanek: zgodę osoby, której dane mają zostać udostępnione, wymóg zawarcia umowy z osobą, której dane dotyczą, lub na jej rzecz, niezbędność ważnych względów publicznych, niezbędność dla ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą (zagrożenie musi być realne, nie wystarczy tylko potencjalne lub jego brak z możliwością zaistnienia w przyszłości), oraz udostępnienie danych z publicznego rejestru.

Wymienione wyjątkowe sytuacje udostępnienia informacji tłumaczy się wymogami rozwoju międzynarodowego handlu, który w pewnych przypadkach wymaga elastyczności przepływu danych[20].

W dobie rozwoju technologicznego coraz popularniejsze staje się udostępnianie przez użytkowników danych osobowych na serwerach *online*. Powstaje zatem pytanie, czy działanie takie mieści się w zakresie określenia „przekazywanie", jeżeli każdy inny użytkownik serwera z dowolnego miejsca na kuli ziemskiej ma dostęp do takich danych? Na ten temat w 2003 r. wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który w orzeczeniu *Bodil Lindqvist*[21] stwierdził, że tak nie jest. Wskazał jednocześnie na cztery najważniejsze kwestie: po pierwsze, w takim przypadku przekazanie informacji innemu użytkownikowi nie zachodzi automatycznie (a więc transfer do państw trzecich jest tylko potencjalny), po drugie, transfer ten nie jest bezpośredni pomiędzy podmiotami, po trzecie, uregulowania zawarte w dyrektywie 95/46 nie mają na celu ochrony danych osobowych w Internecie – inny jest więc cel obostrzeń, oraz po czwarte, uznanie takiego działania za przekazanie danych do państwa trzeciego wiązałoby się z koniecznością zastosowania dyrektywy do całego Internetu. Ze względu na szczególne okoliczności orzeczenie w sprawie *Bodil Lindqvist* nie powinno być jednak adekwatnie stosowane przez podmioty komercyjne. Istotne jest także wskazanie, że orzeczenie nie wpisało się w linię interpretacyjną niektórych krajowych organów ochrony danych osobowych. Z tego też względu rozstrzygnięcie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nie może być traktowane jako kierunek interpretacyjny na przyszłość.

[20] Dokument roboczy w sprawie wspólnej wykładni art. 26 ust. 1 dyrektywy 95/46 z 24 października 1995 r., WP 114, 25 listopada 2005, s. 7.

[21] Wyrok Europejskiego Trybunału Stanu z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-101/01 Bodil Lindqvist.

6. Największa szpiegowska afera

Z postępującą technologią nierozerwalnie związane jest rozszerzające się spektrum możliwości uzyskiwania informacji na temat osób prywatnych, które korzystając z dobrodziejstw tejże technologii udostępniają (świadomie bądź nie), a raczej umożliwiają dostęp do nich różnym organizacjom wywiadowczym. Jeżeli ktoś miał co do wymienionego procesu wątpliwości, to rozwiała je najgłośniejsza afera dotycząca nielegalnego zbierania prywatnych danych. Pod koniec maja 2013 r. Edward Snowden, były pracownik CIA[22] oraz NSA[23], udostępnił światu za pomocą brytyjskiego dziennika „The Guardian" szokujące informacje. Jako pierwsza światło dzienne ujrzała sprawa *Verizon*, czyli najważniejszej amerykańskiej firmy telekomunikacyjnej. Materiały Snowdena dostarczały dowodów, że 25 kwietnia 2013 r. sąd FISC[24] wydał dokument, który zmuszał jednego z największych amerykańskich dostawców usług komunikacyjnych do stałego przekazywania NSA zapisów rozmów telefonicznych swoich klientów, zarówno wewnątrzkrajowych, jak i zagranicznych. Odpowiednie organy miały przez okres 90 dni nieograniczone prawo do korzystania z danych gromadzonych przez *Verizon*.

Był to dopiero wierzchołek góry lodowej, jaką stanowiły dokumenty przechwycone przez Snowdena z baz danych NSA. Jako drugi materiał „The Guardian" opublikował program PRISM, który pozwala na masową skalę podsłuchiwać rozmowy Amerykanów i obywateli innych państw prowadzone przez telefon VoIP i Internet. Zgodnie z informacjami przekazanymi prasie, do programu przystąpiło wielu potentatów internetowych (m.in.: *Google*, *YouTube*, *Yahoo!*, *Skype*, *Facebook*, *Apple Inc*.). Udostępnione materiały wskazały więc na niewiarygodną skalę szpiegowania obywateli całego świata, niezależnie od tego, czy mieli jakikolwiek związek z działalnością terrorystyczną.

Następne publikacje również nie stawiały amerykańskiego rządu w pozytywnym świetle. Wiele dokumentów wskazywało, że w proceder ten

[22] *Central Intelligence Agency* (Centralna Agencja Wywiadowcza) – amerykańska agencja rządowa zajmująca się pozyskiwaniem i analizą informacji o zagranicznych rządach, korporacjach i osobach indywidualnych oraz opracowywaniem na ich podstawie raportów dla instytucji rządowych Stanów Zjednoczonych, pl.wikipedia.org/wiki/Centralna_Agencja_Wywiadowcza.

[23] *National Security Agency* (Agencja Bezpieczeństwa Krajowego) – amerykańska wewnętrzna agencja wywiadowcza, koordynująca m.in. zadania wywiadu elektronicznego, pl.wikipedia.org/wiki/National_Security_Agency.

[24] *Foreign Intelligence Surveillance Court* – organ sądowniczy powołany do życia wraz z ustawą FISA, mający za zadanie rozpatrywanie wniosków o prowadzenie inwigilacji na terenie USA osób podejrzanych o aktywność agenturalną, en.wikipedia.org/wiki/United_States_Foreign_Intelligence_Surveillance_Court.

wplątane zostały nie tylko służby Stanów Zjednoczonych. Bardzo aktywnym partnerem NSA okazała się bowiem Kanada. Z pomocą CSEC[25], na prośbę amerykańskiej agencji, miała ona zakładać szpiegowskie placówki, a także inwigilować partnerów handlowych, którymi NSA była zainteresowana. Ujawnione informacje mówiły także o współpracy w prowadzeniu działań na terenie dwudziestu państw oznaczonych wysokim priorytetem. Amerykańska agencja miała również dzielić się z CSEC nowymi technologiami związanymi z gromadzeniem, przetwarzaniem i przechowywaniem danych, Kanadyjczycy zaś na prośbę NSA mieli przede wszystkim otwierać tajne placówki oraz umożliwiać korzystanie z terenów niedostępnych dla USA[26]. W 2010 r. w Toronto odbyły się szczyty G8 i G20, podczas których Agencja Bezpieczeństwa Narodowego prowadziła, za zgodą Kanady, trwające blisko tydzień operacje szpiegowskie, mające na celu wsparcie USA podczas burzliwych rozmów.

Kanada nie była jedynym krajem, który chętnie współpracował z NSA. Powołując się na informacje przekazane przez Snowdena, „The Guardian" podał, że zarówno amerykańskie, jak i brytyjskie służby specjalne prowadziły podsłuch przywódców państw podczas szczytu G20 w Londynie w 2009 r. Agencja zorganizowała fałszywe kawiarenki, w których w trakcie logowania wykradane było hasło i wszelkie dane potrzebne do infiltracji. Ofiarą takich działań padł m.in. turecki minister finansów oraz członkowie jego delegacji.

Kolejnymi szokującymi informacjami w kwestii współpracy różnych wywiadów były dane dotyczące programu TEMPORA, które wskazywały na ścisłą współpracę (pod pozorem wspólnej inicjatywy badawczej) z NSA brytyjskiej służby specjalnej GCHQ (*Government Communications Headquarters*[27]), w ramach której GCHQ mogła odtwarzać przesłane informacje dotyczące obserwowanych obiektów. Treść ujawnionych danych pozwala prześledzić kształtowanie relacji pomiędzy NSA a GCHQ. Brytyjska służba specjalna stale rozwijała swoje możliwości odnośnie do ilości przetwarzanych danych, amerykańska agencja wywiadowcza zaś miała ją wspierać finansowo. Ze sprawozdania GCHQ za lata 2010–2011 wynika, że zdolność „przerobowa"

[25] *Communications Security Establishment Canada* (Służba Bezpieczeństwa Łączności) – kanadyjska wewnętrzna agencja wywiadowcza, odpowiedzialna głównie za przechwytywanie i analizę informacji z podsłuchu elektronicznego, pl.wikipedia.org/wiki/Communications_Security_Establishment.

[26] Zob. szerzej G. Greenwald, *Snowden, nigdzie się nie ukryjesz*, Warszawa 2014, s. 153.

[27] *Government Communications Headquarters* (Centrala Łączności Rządowej) – brytyjska służba centralna zajmująca się zbieraniem i oceną informacji pochodzących z rozpoznania promieniowania elektromagnetycznego wykorzystywanego w telekomunikacji, pl.wikipedia.org/wiki/Government_Communications_Headquarters.

służby w ciągu jednego dnia wynosiła ponad trzydzieści dziewięć miliardów zdarzeń. Tak ogromne liczby mogą wprawić w osłupienie, zwłaszcza że możliwości coraz obszerniejszego gromadzenia danych stale wzrastały. Dzięki współpracy z przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi, które są właścicielami podmorskich przewodów światłowodowych, a w trakcie współpracy występowały pod pseudonimami (ich ujawnienie bowiem mogłoby wywołać niechęć ogromnej liczby klientów), GCHQ dziennie mogła zapisywać „zdarzenia telefoniczne" liczone w setkach milionów.

Po publikacji tajnych dokumentów redakcję gazety mieszczącą się w Wielkiej Brytanii rząd zmusił do zniszczenia sprzętu elektronicznego, na którym dziennikarze przygotowywali materiały.

Dane ujawnione przez Snowdena wywołały społeczne oburzenie w wielu państwach, także w Niemczech. Mimo prób bagatelizowania czy chociażby zachowawczego, stonowanego stanowiska na temat tej sprawy kanclerz Angeli Merkel, niemieckie media nie przebierały w środkach, opisując poczynania NSA. Niektóre przyrównywały proces szpiegowania obywateli do działań *Gestapo*. Po pewnym czasie społeczne niezadowolenie zaczęło jednak słabnąć. Było to na rękę kanclerz Merkel, gdyż zbliżały się kolejne wybory i lepiej było prowadzić kampanię wyborczą w oderwaniu od tak niewygodnych kwestii. Strategia odniosła sukces i Angela Merkel ponownie objęła zajmowane dotąd stanowisko. Spokój nie trwał jednak długo, w październiku 2013 r. bowiem niemiecka gazeta „Der Spiegel" poinformowała, że w dokumentach dostarczonych przez Snowdena znajduje się numer telefonu Merkel, a to oznacza, że amerykańskie służby podsłuchiwały jej rozmowy. Kanclerz Niemiec była wyraźnie rozgoryczona podanymi informacjami, żądała wyjaśnień od Białego Domu.

Wkrótce potem wyszło na jaw podsłuchiwanie instytucji Unii Europejskiej, prezydenta Francji (co nie spotkało się z tak ostrą reakcją, jak w przypadku Niemiec, gdyż Francuzom bardziej zależało na zachowaniu korzystnych relacji handlowych z USA), wysoko postawionych osób z Włoch, Norwegii, a także innych państw świata. Można było więc wysnuć wnioski, że szpiegowana jest nie tylko prywatna korespondencja społeczności międzynarodowej, ale także najważniejszych osób w zaskakująco dużej liczbie państw.

Powstało zatem pytanie, jak zareagować na ujawnienie tylu szokujących danych. W Parlamencie Europejskim skrytykowano program PRISM oraz działania dotyczące szpiegowania przez Stany Zjednoczone obywateli Unii. Głosowano także za obostrzeniem zasad ochrony danych osobowych, które miały przeciwstawić się zbieraniu przez NSA danych mieszkańców Europy za pomocą PRISM. USA zaprotestowały, gdyż wcześniejsze zasady były znacznie bardziej liberalne, zatem nowe postanowienia utrudniłyby handel i rozwijanie stosunków gospodarczych. Wpłynęło to także na płynność negocjacji związanych z chęcią zawarcia pomiędzy Stanami Zjednoczonymi

a Unią Europejską umowy handlowej TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*). Niemieccy politycy proponowali zawieszenie umów handlowych ze Stanami Zjednoczonymi, dopóki Biały Dom odpowiednio nie zareaguje na powstałą sytuację. Podjęto także działania techniczne, mające na celu maksymalne ograniczenie przepływu danych z wykorzystaniem amerykańskich serwerów. Ciekawym zjawiskiem był również powrót niektórych państw do sporządzania ważnych dokumentów za pomocą maszyn do pisania oraz przechowywania ich wyłącznie w formie papierowej.

7. Konsekwencje w stosunkach transatlantyckich

W 2013 r. Komisja Europejska, w związku z ujawnieniem przez Edwarda Snowdena niepokojących działań amerykańskich agencji, dokonała analizy systemu ochrony danych, który miał być zagwarantowany głównie przez porozumienie *Safe Harbour*. W rezultacie Komisja wydała dwa komunikaty[28], w których zawarła wiele wątpliwości dotyczących efektywności porozumienia, wskazując konieczność dostosowania postanowień *Safe Harbour* do zmieniającej się rzeczywistości. Wyraziła swoje zaniepokojenie możliwością uzyskania dostępu przez organy USA do danych osobowych przekazywanych z państw członkowskich i ich przetwarzaniem w sposób niezgodny z celami gromadzenia tego rodzaju danych. Ponadto Komisja stwierdziła, że osoby, na temat których zbierane są informacje, nie mają realnych narzędzi administracyjnych i prawnych, które umożliwiłyby im dostęp do dotyczących ich danych oraz pozwoliły na ich ewentualną zmianę lub usunięcie.

Kwestią czasu było zaskarżenie sposobu funkcjonowania witryn społecznościowych. W 2015 r. Maximillian Schrems, obywatel Austrii, wniósł w swoim kraju skargę do organu nadzorczego, stwierdzając, że w kontekście informacji upublicznionych przez Snowdena dane, które udostępnia na portalu społecznościowym *Facebook*, a które wysyłane są z irlandzkiego oddziału portalu i przetwarzane na terytorium Stanów Zjednoczonych, nie są faktycznie chronione przed kontrolowaniem ich przez organy publiczne. Organ irlandzki oddalił skargę, powołując się m.in. na decyzję Komisji z dnia 26 lipca 2000 r., dotyczącą odpowiedniości ochrony zapewnionej

[28] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady zatytułowany *Odbudowa zaufania do przepływów danych między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi* (COM (2013) 846 final, 27 listopada 2013 r.) i komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie funkcjonowania zasad bezpiecznego transferu danych osobowych z punktu widzenia obywateli UE i przedsiębiorstw z siedzibą w UE (COM (2013) 847 final, 27 listopada 2013 r).

przez *Safe Harbour*. Spór dotarł aż do Wysokiego Trybunału Sądownictwa Irlandzkiego, który skierował pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości, uznając, że Schrems podważa w istocie zgodność z prawem systemu *Safe Harbour* oraz chcąc się dowiedzieć, czy zaistniałe w międzyczasie okoliczności (sprawa Snowdena) wpływają w jakikolwiek sposób na całościowy ogląd sprawy i jak w tej sytuacji traktować decyzję z 26 lipca. Trybunał Sprawiedliwości orzekł o nieważności decyzji Komisji[29], wskutek czego działający od 2000 r. *Safe Harbour* przestał obowiązywać. Grupa Robocza Art. 29 dała przedsiębiorcom udostępniającym dane osobowe trzy miesiące okresu przejściowego na dostosowanie się do nowej sytuacji, np. wykorzystując standardowe klauzule umowne zatwierdzone przez Komisję Europejską oraz wiążące reguły korporacyjne. Okres ten zakończył się 31 stycznia 2016 r. Dnia 2 lutego 2016 r. Komisja Europejska i rząd Stanów Zjednoczonych osiągnęły porozumienie w sprawie nowego uregulowania kwestii ochrony przesyłu i przetwarzania danych osobowych obywateli UE. Nowe porozumienie nazwano *EU-U.S. Privacy Shield* (Tarcza Prywatności UE – USA). Komisja przedstawiła treść decyzji pod koniec lutego. Opierając się na pozytywnej opinii Grupy Roboczej Art. 29 oraz Rezolucji Parlamentu Europejskiego, procedura przyjęcia Tarczy Prywatności UE – USA została sfinalizowana 12 lipca 2016 r.[30] Nowe porozumienie nałożyło na przedsiębiorstwa przetwarzające dane Europejczyków bardziej rygorystyczne obowiązki (obwarowane konsekwentnym egzekwowaniem przepisów), zbliżone do obowiązujących w *Safe Harbour*. Głównymi filarami Tarczy Prywatności UE – USA stały się:

1. Przestrzeganie zasad – organy amerykańskie zostały zobligowane do regularnego monitorowania przedsiębiorstw, które uczestniczą w porozumieniu. W przypadku nierespektowania jego zasad grozi im odebranie członkostwa.
2. Zapewnienie Unii Europejskiej o niedopuszczalności masowej inwigilacji jej obywateli. Dostęp organów publicznych Stanów Zjednoczonych do udostępnianych danych poddano zabezpieczeniom oraz stworzono odpowiednie mechanizmy nadzoru. Europejczykom stworzono także możliwość skorzystania ze środków odwoławczych za pośrednictwem urzędu rzecznika w Departamencie Stanu.

[29] Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (wielka izba) z dnia 6 października 2015 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court – Irlandia) – Maximillian Schrems / Data Protection Commissioner (Sprawa C-362/14), Dz.Urz. UE C 398, 30 listopada 2015, s. 5–6.

[30] Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1250 z dnia 12 lipca 2016 r., przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez Tarczę Prywatności UE – USA (notyfikowana jako dokument nr C(2016) 4176).

3. Ochrona praw osób fizycznych – poprzednie uprawnienia osób fizycznych rozszerzono o alternatywne metody rozwiązywania sporów. Uwzględniono także możliwość skorzystania ze środków odwoławczych w obszarze bezpieczeństwa narodowego. Ich rozpatrywaniem będzie się zajmować niezależny od służb wywiadowczych Stanów Zjednoczonych rzecznik.
4. Wspólny mechanizm corocznego przeglądu – chodzi o monitorowanie funkcjonowania zasad bezpiecznego transferu danych. Przegląd przeprowadza Komisja Europejska i Departament Handlu USA, a następnie Komisja wydaje sprawozdanie dla Parlamentu Europejskiego i Rady.

Unia Europejska nie poprzestała jednak na tym. Widząc stale zwiększający się dynamizm rozwoju nowoczesnych technologii, nierozerwalnie związany z przesyłaniem ogromnych ilości danych osobowych, podjęto decyzję o konieczności uaktualnienia obowiązującego prawa w kwestii ochrony danych. Dnia 27 kwietnia 2016 r. Parlament Europejski i Rada UE wydały rozporządzenie dotyczące ochrony danych osobowych osób fizycznych oraz uchylające dyrektywę 95/46[31], które weszło w życie 25 maja 2018 r. Zgodnie z jego treścią, zwiększony został rygoryzm oceny, czy dane państwo zapewnia odpowiedni stopień ochrony danych osobowych. Przy podejmowaniu przez Komisję Europejską takiej decyzji bada się wiele kwestii, m.in. czy w państwie trzecim istnieje przynajmniej jeden niezależny organ nadzorczy, którego obowiązkiem jest zapewnienie i egzekwowanie przestrzegania przepisów o ochronie danych. Zadaniem Komisji jest także badanie, przynajmniej raz na cztery lata, jak zmiany w zainteresowanym państwie mogły wpłynąć na wspomniany wyżej poziom ochrony[32]. Nowe przepisy wymuszają na organizacjach uwzględnianie skutków przetwarzania przez nie danych już w momencie projektowania usług. Dają także osobom fizycznym nowe możliwości, np. „prawo do bycia zapomnianym"[33], oraz czynią bardziej realnymi te, które

[31] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119, 4 maja 2016, s. 1–88.

[32] Artykuł 45 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119, 4 maja 2016, s. 1–88.

[33] Artykuł 17 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119, 4 maja 2016, s. 1—88.

były już przewidziane w dyrektywie 95/46. Kompetencje i zadania Grupy Roboczej Art. 29 przejął organ Unii pod nazwą Europejska Rada Ochrony Danych[34], składający się z przewodniczących organów nadzorczych państw członkowskich oraz Europejskiego Inspektora Ochrony Danych.

Wielu przedsiębiorców krytycznie oceniło zapowiadane zmiany, powołując się na brak uwzględniania potrzeb biznesowych, jednak wydarzenia z ostatnich kilku lat wskazały na potrzebę poważniejszego traktowania kwestii ochrony danych osobowych.

8. Podsumowanie

Analizując proces kształtowania się transatlantyckich relacji dotyczących ochrony danych osobowych, nietrudno zauważyć jego złożoność. Niewątpliwym utrudnieniem okazuje się odmienne podejście do relacji prywatność – bezpieczeństwo na gruncie europejskim i amerykańskim. W kwestii porozumień ze Stanami Zjednoczonymi istnieją już pewne doświadczenia, niestety nie można tego powiedzieć na temat relacji z Kanadą. Być może umowa gospodarczo-handlowa CETA będzie punktem zwrotnym, który albo wskaże luki prawne i konieczność precyzyjniejszego uregulowania prawnego ochrony przepływu danych osobowych, albo dowiedzie, że obecne uregulowania są wystarczające i obywatele europejscy nie będą musieli obawiać się niewystarczającej ochrony. Sprawa Snowdena ukazała światu, że konieczność właściwych regulacji, obwarowanych odpowiednio wysokimi sankcjami, jest teraz potrzebna bardziej niż kiedykolwiek. Stale rozwijający się postęp cywilizacyjny, przenoszenie coraz większej części naszego życia prywatnego do Internetu niosą z sobą coraz to nowe zagrożenia, na które prawodawca musi odpowiednio reagować. Prawo nie może zostawać w tyle, powinno służyć rozwiązywaniu problemów, a nie stanowić ich przyczynę. Planowane przez Unię Europejską zmiany prawne dają nadzieję na to, że legislator europejski jest tego świadom i wprowadzi takie przepisy prawne, które pozwolą na utrzymanie równowagi między światowym bezpieczeństwem a prywatnością każdego obywatela.

[34] Artykuł 68 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119, 4 maja 2016, s. 1–88.

Bibliografia

Publikacje

Greenwald G., *Snowden, nigdzie się nie ukryjesz*, Warszawa 2014.
Jagielski M., *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Warszawa 2010.

Akty międzynarodowe

Protokół dodatkowy do Konwencji Rady Europy nr 108 o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych dotyczący organów nadzoru i transgranicznych przepływów danych, sporządzony w Strasburgu dnia 8 listopada 2001 r., Dz.U. 2006, nr 3, poz. 15.

Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.Urz. UE L 281, 23 listopada 1995.

Decyzja Komisji 2000/520 z dnia 26 lipca 2000 r., przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach bezpiecznej przystani oraz odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA, Dz.Urz. UE L 215, 2000.

Decyzja Komisji 2004/535 z dnia 14 maja 2004 r. w sprawie odpowiedniej ochrony danych osobowych zawartych w Passenger Name Record (PNR) pasażerów linii lotniczych przekazywanych do Biura Celnego i Ochrony Granic Stanów Zjednoczonych (K(2004) 1914), Dz.Urz. UE L 235, 6 lipca 2004.

Decyzja Komisji 2006/253 z dnia 6 września 2005 r. w sprawie odpowiedniej ochrony danych osobowych zawartych w Imiennym Rejestrze Pasażerów linii lotniczych, przekazanym do Agencji Służb Granicznych Kanady (C(2005) 3248), Dz.Urz. UE L 91, 29 marca 2006.

Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 6/2002 on Transmission of Passenger Manifest Information and Other Data From Airlines to the United States, WP 66, Doc. 11647/02/EN.

Parlament Europejski, Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Draft Motion for a Resolution on Transfer of Personal Data by Airlines in the Case of translantic Flights: State of Negotiations With the USA, 24.12.2003, Doc. RE/507602EN.doc.

Decyzja Komisji 2001/497 z dnia 15 czerwca 2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych do państw trzecich na mocy dyrektywy 95/46 (C(2001), Dz.Urz. UE WE L 181, 4 lipca 2001.

Decyzja Komisji 2001/16 z dnia 27 grudnia 2001 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych przetwarzającym dane, mającym siedzibę w państwach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46 (C(2001) 4540), Dz.Urz. UE WE L 6, 10 stycznia 2002.

Decyzja Komisji 2004/915 z dnia 27 grudnia 2004 r. zmieniająca decyzję 2001/497/WE ((2004) 5271), Dz.Urz. UE L 385, 29 grudnia 2004.

Decyzja Komisji 2010/87 z dnia 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane, mającym siedzibę w krajach trzecich, na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (C(2010) 593), Dz.Urz. UE L 39, 12 lutego 2010.

Dokument roboczy w sprawie wspólnej wykładni art. 26 ust. 1 dyrektywy 95/46 z 24 października 1995 r., WP 114, 25 listopada 2005.

Wyrok Europejskiego Trybunału Stanu z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-101/01 Bodil Lindqvist.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady zatytułowany *Odbudowa zaufania do przepływów danych między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi* (COM (2013) 846 final, 27 listopada 2013 r.) i komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie funkcjonowania zasad bezpiecznego transferu danych osobowych z punktu widzenia obywateli UE i przedsiębiorstw z siedzibą w UE (COM (2013) 847 final, 27 listopada 2013 r).

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE (wielka izba) z dnia 6 października 2015 r. (wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez High Court – Irlandia) – Maximillian Schrems / Data Protection Commissioner (Sprawa C-362/14), Dz.Urz. UE C 398, 30 listopada 2015.

Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1250 z dnia 12 lipca 2016 r., przyjęta na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony zapewnianej przez Tarczę Prywatności UE – USA (notyfikowana jako dokument nr C(2016) 4176).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119, 4 maja 2016.

Netografia

pl.wikipedia.org/wiki/Centralna_Agencja_Wywiadowcza, 11.02.2017 r.

pl.wikipedia.org/wiki/National_Security_Agency, 11.02.2017 r.

en.wikipedia.org/wiki/United_States_Foreign_Intelligence_Surveillance_Court, 11.02.2017 r.

pl.wikipedia.org/wiki/Communications_Security_Establishment, 12.02.2017 r.

pl.wikipedia.org/wiki/Centralna_Agencja_Wywiadowcza, 12.02.2017 r.

Aneta Kotyja*

Zasada ostrożności w prawie żywnościowym w świetle ekwiwalentności w umowie CETA

The precautionary principle in food law in the light of the CETA's principle of equivalency

Streszczenie: Jednym z podstawowych założeń umowy CETA, służących usprawnieniu obrotu handlowego stron, jest zasada ekwiwalentności (*principle of equivalency*). Z uwagi jednak na swoją specyfikę produkty żywnościowe wymagają w tym zakresie szczególnej ochrony, ze względu na możliwość wycofania z obrotu produktów, co do których bezpieczeństwa brak jest pewności naukowej (zasada ostrożności). Wobec faktu, że zasada ta nie obowiązuje na gruncie prawa kanadyjskiego zasadne wydaje się zbadanie różnic występujących pomiędzy poszczególnymi regulacjami, a tym samym granicy między bezpieczeństwem żywności i swobodą handlu.

Słowa kluczowe: CETA, zasada ostrożności, zasada ekwiwalentności, bezpieczeństwo żywnościowe, żywność, rolnictwo, konsument, prawo, jakość żywności

Abstract: The principle of equivalency is one of the fundamental assumptions of the CETA agreement, facilitating trade considering differences between agreement parties. However, due to their specificity, food products require special protection in this respect, through the possibility of withdrawing from the market products whose safety is lacking scientific certainty (precautionary principle). In view of the fact that this principle does not apply under Canadian law, it seems reasonable to examine the differences between individual regulations, and thus also the border between food safety and the freedom of trade.

Key words: CETA Agreement, precautionary principle, principle of equivalency, food safety, food, agriculture, consumer, law, food quality

* Mgr, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wprowadzenie

Żywność odgrywa podstawową rolę w życiu każdego człowieka. Oprócz zaspokajania podstawowych potrzeb fizjologicznych, odpowiedni poziom aprowizacji zwiększa poczucie wygody i wysokiego standardu życia każdego z nas. Szacuje się, że ponad 60% produktów będących w obrocie to produkty żywnościowe, z czego coraz większą część stanowi tzw. żywność funkcjonalna. Ze względu na tę istotną rolę, a także nieustanną ewolucję systemu żywnościowego niezbędne wydaje się stałe monitorowanie procesu wprowadzania żywności do obrotu oraz możliwość wczesnego reagowania. Zagwarantowana w art. 7 ogólnego prawa żywnościowego [dalej: OPŻ][1] wzmocniona ochrona bezpieczeństwa żywnościowego w Unii Europejskiej przejawia się w dopuszczalności podejmowania przez państwa członkowskie tymczasowych środków zaradczych, w tym wycofania produktu z obrotu, także w sytuacji, gdy brak jest, mimo dokonanej analizy, naukowych dowodów na bezpieczeństwo zdrowotne danego produktu (*precautionary principle*). Ze względu jednak na stopniową globalizację handlu, stanowiącą warunek *sine qua non* współczesnej gospodarki, zasada ostrożności nierzadko zostaje skonfrontowana z systemami prawnymi państw, w których nie jest ona uznawana, a w efekcie również z ekonomicznymi interesami producentów. Ratyfikowana przez Parlament Europejski 15 lutego 2017 r. umowa CETA[2], w celu ułatwienia rozwoju strefy wolnego handlu, postuluje ekwiwalentność produktów wytworzonych przez strony, nawet jeśli różnią się one co do właściwości (*principle of equivalence*).

Mając na względzie europejskie doświadczenia związane z kryzysem sanitarnym z początku lat dziewięćdziesiątych minionego wieku[3], spowodowanym nadwyżkami żywnościowymi, a wynikającym ze *stricte* ekonomicznej polityki w zakresie produkcji i handlu rolno-spożywczego, należy zastanowić się nad konsekwencjami, jakie w sferze alimentacji może pociągnąć za sobą zestawienie zasady ostrożności z zasadą ekwiwalentności. Równoważny charakter chronionych przez nie interesów, odpowiednio konsumenta i producenta, a także odniesienie umowy CETA do rozbieżnych systemów prawnych ograniczają możliwość ich równoczesnej realizacji. W tej sytuacji,

[1] Artykuł 7 ust. 1 rozporządzenia PE i Rady nr 178/2002 z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, Dz.Urz. UE L 31, 2002.

[2] Comprehensive Economic and Trade Agreement COM/2016/0444 final – 2016/0206 (NLE).

[3] A. Szajkowska, *Zasada ostrożności w prawie żywnościowym Unii Europejskiej*, [w]: *Studia z prawa żywnościowego*, red. M. Korzycka-Iwanow, Warszawa 2006, s. 67–68.

w związku z niezwykle precyzyjnym wskazaniem w porozumieniu zakresu ochrony interesu gospodarczego w CETA, niezbędne wydaje się również pytanie o bezpieczeństwo żywności pod jej rządami.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba charakterystyki zasady ostrożności w prawie Unii Europejskiej oraz jej znaczenia w kontekście porozumienia CETA, zawartego między UE a Kanadą. Biorąc pod uwagę genezę tej zasady, a także doświadczenie sektora rolno-spożywczego związane z jej stosowaniem, zaprezentowane zostaną praktyczne aspekty regulacji prawnych wyrażających tę zasadę. Celem artykułu jest wykazanie, że CETA może mieć negatywny wpływ na bezpieczeństwo żywności w Unii Europejskiej, a także próba wskazania potencjalnych środków mogących go ograniczać.

2. Źródła zasady ostrożności w prawie Unii Europejskiej

2.1. Źródła wewnątrzwspólnotowe

Zasada ostrożności pierwotnie stanowiła przedmiot zainteresowania prawa ochrony środowiska i jako taka została ujęta w art. 174 ust. 2 traktatu rzymskiego ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą[4], zgodnie z którym „środki harmonizujące odpowiadające wymogom w dziedzinie ochrony środowiska obejmują, w odpowiednich przypadkach, klauzulę zabezpieczającą, która pozwala Państwom Członkowskim na podejmowanie, z pozagospodarczych względów związanych ze środowiskiem, środków tymczasowych podlegających unijnej procedurze kontrolnej”[5]. Co prawda traktat w przytoczonym przepisie nie definiuje zasady wprost, jednakże jego wykładnia celowościowa, a także praktyka stosowania przepisów prawa ochrony środowiska w tym zakresie jednoznacznie wskazują na przyjęcie podejścia ostrożnościowego[6]. Pozostawiając poza zakresem niniejszego opracowania szczegółową analizę zasady ostrożności (przezorności) w prawie ochrony środowiska, należy wskazać, że mimo recypowania tej zasady do

[4] Europejska Wspólnota Gospodarcza (*ang. European Economic Community*) – międzynarodowa organizacja gospodarcza powstała na Starym Kontynencie po drugiej wojnie światowej, jeden z filarów Unii Europejskiej, prowadzący politykę w zakresie utworzenia wspólnego rynku, unii walutowej i poprawy jakości życia na kontynencie (art. 2 TEWG).

[5] Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z dnia 25 marca 1957 r., EURLEX: 11957E/TXT.

[6] A. Szajkowska, *Zasada*…, s. 59–61.

Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[7] w kształcie niezmienionym, jej zakres przedmiotowy ulegał stopniowemu poszerzaniu i obejmował, choć początkowo nieformalnie, również inne dziedziny prawa, takie jak prawo medyczne czy właśnie prawo żywnościowe.

W literaturze przedmiotu jednoznacznie wskazuje się, że na pojawienie się zasady przezorności w sektorze żywnościowym główny wpływ miała epidemia choroby szalonych krów, która pojawiła się na początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia (tzw. kryzys BSE)[8]. Początkowo bierne i zdominowane przez interesy producentów rolnych organy państwowe i wspólnotowe w 1996 r., w wyniku nacisków ze strony konsumentów, podjęły decyzję o całkowitym wstrzymaniu importu mięsa, które chociażby potencjalnie mogło być zarażone BSE. Ograniczenie to, zaskarżone przez Wielką Brytanię przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości, doprowadziło do wydania 12 lipca 1996 r. precedensowego orzeczenia, w którym stwierdzono, że „gdy istnieje niepewność co do istnienia lub rozmiarów ryzyka dla zdrowia ludzkiego, instytucje mogą przedsięwziąć środki zapobiegawcze, nie czekając aż prawdopodobieństwo wystąpienia lub rozmiary ryzyka będą w pełni znane"[9]. Była to pierwsza sytuacja od rozpoczęcia działań w ramach Wspólnej Polityki Rolnej, w której zdrowie publiczne przedłożono ponad ekonomiczne interesy producentów. Niezwykle szybko cytowany wyrok znalazł swoje odzwierciedlenie w regulacjach normatywnych, najpierw w *Białej księdze w sprawie bezpieczeństwa żywności*[10], a następnie w cytowanym wcześniej rozporządzeniu PE i Rady nr 178/2002 ustanawiającym ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego. Jednocześnie, jeszcze przed zakończeniem prac legislacyjnych, 20 lutego 2000 r. Komisja Europejska wystosowała komunikat z wytycznymi do prawidłowego zastosowania zasady ostrożności, tzn. w sposób jej nienadużywający, na podstawie międzynarodowych standardów i wytycznych Światowej Organizacji Handlu (WTO)[11]. Aktualnie,

[7] Artykuł 191 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 326, 2012.

[8] BSE (ang. *Bovine Spongiform Encephalopathy* – gąbczasta encefalopatia bydła) – choroba zakaźna układu nerwowego bydła, prowadząca do zaniku neuronów. Kryzys BSE zob. przyp. 3.

[9] Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 1996 r. w sprawie C-180/96 Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej vs. Komisja Europejska, por. także: wyrok ETS z dnia 5 maja 1998 r. w sprawie C-157/96 The Queen ca Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise i in.; wyrok ETS z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie T-199/96 Bergaderm SA i Jean-Jaques Goupil vs. Komisja Europejska; wyrok ETS z dnia 11 września 2002 r. w sprawie T-70/99 Alpharma Inc vs. Komisja Europejska.

[10] White Paper on Food Safety, COM (1999) 719 final.

[11] Communication from the Commision on the precautionary principle, COM (2000) 1 final.

w związku z silnym powiązaniem sektora spożywczego z prawem konsumenckim i widocznym wzmocnieniem pozycji konsumenta na rynku, zasada rozciągana jest również na ochronę jego interesów[12].

Podstawowym założeniem europejskiego systemu bezpieczeństwa żywnościowego jest ciążący na producencie produktów rolno-spożywczych obowiązek wykazania, że wytworzony przez niego produkt jest bezpieczny, a więc nie jest szkodliwy dla zdrowia i nadaje się do spożycia przez ludzi[13] (*primary legal responsibility*). To w gestii producenta leży ocena zagrożenia, podjęcie odpowiednich środków ochronnych oraz poinformowanie opinii publicznej o ewentualnych skutkach ubocznych związanych z jego produktem (*risk analysis*). Co do zasady, proces ten winien odbywać się zgodnie z uniwersalnymi danymi empirycznymi, ze względu na swój naukowy charakter cechującymi się znaczącą pewnością. Spełnienie wymogów prawa żywnościowego nie zawsze oznacza jednak, że dany produkt jest bezpieczny. Wynika to zarówno z nieuniknionych błędów legislacyjnych, jak również z rozbieżności w podejściu do faktów naukowych czy ze specyfiki produktów żywnościowych, których skutki uboczne spożycia mogą ujawniać się nawet po wielu latach. Gdy brak jest naukowej pewności (oryg. *sufficent certainty*), pomimo właściwej oceny w tym zakresie, dopuszczalne jest podjęcie tymczasowych środków służących zabezpieczeniu zdrowia i życia ludzi (art. 7 OPŻ). Pozwala to na złagodzenie ryzyka wystąpienia negatywnych konsekwencji w tak wrażliwej sferze, jaką jest zdrowie ludzkie, nie zwalniając jednak producenta z podjęcia działań zmierzających do uzyskania naukowej pewności.

2.2. Porozumienie SPS w ramach regulacji Światowej Organizacji Handlu

Ze względu na członkostwo Unii Europejskiej w Światowej Organizacji Handlu źródeł zasady ostrożności należy poszukiwać również w dorobku tej ostatniej. Dlatego też na szczególną uwagę zasługuje porozumienie z dnia 22 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania środków sanitarnych i fitosanitarnych [dalej: porozumienie SPS][14]. Zapewnia ono sygnatariuszom swobodę kształtowania własnego systemu ochrony zdrowia publicznego, w tym również zgodnie z zasadą ostrożności, pod tym jednak warunkiem, że ustanowione regulacje prawne nie będą prowadziły do nieuzasadnionych ograniczeń handlowych (art. 2 porozumienia SPS). Obawy dotyczące

[12] Por. d. art. 153 TWE w brzmieniu przed traktatem amsterdamskim i po nim.

[13] Artykuł 14 rozporządzenia 178/2002.

[14] Porozumienie WTO z dnia 22 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania środków sanitarnych i fitosanitarnych, Dz.Urz. UE L 336, 1994.

nadużywania zasady ostrożności wydawały się wówczas uzasadnione, ze względu na planowane w ramach rundy urugwajskiej WTO[15] obniżenie ceł na produkty rolno-spożywcze[16]. Zgodnie z wytycznymi porozumienia SPS, środek sanitarny lub fitosanitarny rozumiany jako jakikolwiek środek podejmowany w celu ochrony życia lub zdrowia ludzi, zwierząt lub roślin jest odpowiedni i niedyskryminujący, jeżeli jest uzasadniony istniejącymi danymi naukowymi, a także jest konieczny w danej sytuacji (art. 3.3).

W kwestii oceny ryzyka porozumienie SPS wskazuje również na szereg działań o charakterze praktycznym, takich jak odpowiednie metody inspekcji czy częstotliwość występowania określonych chorób, których wyliczenie zakończone określeniem „i inne działania" wskazuje na otwarty charakter katalogu. Oparcie analizy ryzyka na owych „innych", niesprecyzowanych wymogach stanowi furtkę umożliwiającą stosowanie kryteriów mogących ujawnić się w zindywidualizowanych przypadkach. Stąd już niedaleka droga do ujęcia ostrożnościowego, które choć niewypowiedziane wprost, ma swoje podstawy w porozumieniu SPS (por. art. 5.7).

3. Unijna zasada przezorności w ramach wytycznych Światowej Organizacji Handlu (WTO)

Głównym zadaniem Światowej Organizacji Handlu jest przygotowanie zaplecza prawnego w postaci wytycznych dla prawidłowego funkcjonowania światowego handlu. Ujęcie zasady ostrożności w ramy porozumienia SPS pozwalałoby więc na przyjęcie założenia o jej międzynarodowym charakterze. Niejasność kryteriów stosowania tej zasady, takich jak kwestia niearbitralności, prowadzi jednak do powstania wielu problemów natury praktycznej. Zasada ostrożności wielokrotnie stanowiła przedmiot rozstrzygnięć Organu Odwoławczego WTO (*Apellate Body*). Pomimo ich niewiążącego charakteru, niewątpliwie wyznaczają one ramy interpretacyjne międzynarodowych standardów, a także właściwe w ramach WTO kierunki zastosowania zasady.

Brak pewności naukowej stanowi główną przesłankę zastosowania podejścia ostrożnościowego. Na tej podstawie Wspólnota Europejska w 1988 r., powołując się na niepisaną wówczas zasadę przezorności, wprowadziła za-

[15] WTO (ang. *World Trade Organization* – Światowa Organizacja Handlu) – międzynarodowa organizacja powstała 1 stycznia 1995 r. jako agenda ONZ, mająca na celu liberalizację światowego handlu.

[16] A. Szajkowska, *Zasada*…, s. 62.

kaz importu mięsa wołowego zza Atlantyku, do produkcji którego używano hormonów wzrostu (tzw. sprawa hormonów)[17]. Decyzja ta wskutek odwołania się Stanów Zjednoczonych została zakwestionowana przez WTO. Organ Odwoławczy po raz kolejny podkreślił bowiem wyłączną rolę dowodu naukowego w stosowaniu ograniczeń handlu, wskazując, że samoistnej przesłanki dla aktywności państwa członkowskiego w tym zakresie nie mogą stanowić tylko i wyłącznie obawy konsumentów. Co ważne, Organ Odwoławczy WTO dokonał takiej konkluzji, mimo że zarówno z preambuły porozumienia SPS, jak i z jego części normatywnej wynika podejście ostrożnościowe[18]. Ostatecznie sprawa zakończyła się nałożeniem na Unię Europejską niemal 130 mln USD sankcji rocznie oraz kontyngentów na mięso wołowe. Warto nadmienić, że kontyngenty te zostały zwiększone w umowie CETA z korzyścią dla strony kanadyjskiej[19].

Zdaniem Organu Odwoławczego WTO, również ograniczenie przez Komisję Europejską obrotu produktami genetycznie zmodyfikowanymi w połowie 1998 r. (oryg. produktów biotechnologicznych) wprowadzone zostało z naruszeniem art. 5.1 oraz art. 5.2 porozumienia SPS (analiza ryzyka)[20]. Dodatkowo Organ Odwoławczy zarzucił Unii Europejskiej bezczynność w zakresie weryfikacji zastosowanych środków na podstawie nowych danych empirycznych i opóźnienia procesu homologacji produktów posiadających naukowe zatwierdzenie. Europejsko-amerykański spór zamknięty „kompromisem" i założeniem dialogu w przedmiocie obrotu produktami GMO w praktyce wymógł na Unii Europejskiej dostosowanie się do standardów naukowych[21].

Reasumując, można stwierdzić, że choć zasada ostrożności znajduje swoje odbicie w regulacjach o charakterze międzynarodowym, jej stosowanie napotyka na znaczne trudności. Wynikają one ze stanowiska WTO, która w ramach sporów dotyczących tej zasady zmierza do uzyskania pełniejszej wiedzy naukowej i na tej podstawie weryfikacji powziętych środków, co jednak zważywszy na specyfikę materii nie zawsze jest możliwe. W świetle

[17] M. Korzycka-Iwanow, *Prawo żywnościowe. Zarys prawa polskiego i wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 133–134.

[18] Raport Apellate Body WTO, ws. Hormones z dn. 16 lutego 1998 r. (WT/DS26/AB/R WT/DS48/AB/R).

[19] Food Safety, Agriculture and Regulatory Cooperation in the canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), s. 11, https://canadians.org/sites/default/files/publications/report-ceta-food-safety-english.pdf [Dostęp: 10 kwietnia 2017 r.].

[20] Raport Apellate Body WTO on Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291/R).

[21] Porozumienie z dnia 19 lipca 2009 r. pomiędzy Unią Europejską i Kanadą w sprawie środków dotyczących zatwierdzania i wprowadzania do obrotu produktów biotechnologicznych.

przytoczonych rozważań przydatna wydaje się analiza postanowień umowy CETA odnoszących się do regulacji prawa żywnościowego w aspekcie poszanowania zasady ostrożności.

4. Zasada ostrożności w umowie CETA

Umowa CETA stanowi jedno z ponad 150 porozumień składających się na Światową Strefę Wolnego Handlu (*Free Trade Agreement*)[22], będąc jednocześnie, ze względu na zasięg terytorialny obowiązywania, jednym z największych porozumień tego rodzaju. Należy rozważyć, w jaki sposób umowa ta realizuje potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa żywności, zważywszy, że jej zasadniczym celem jest zapewnienie umawiającym się stronom możliwie szerokiej swobody handlowej. Wprawdzie w rozdziale piątym CETA jako jeden z głównych celów wskazana zostaje ochrona życia lub zdrowia ludzi, zwierząt i roślin, jednak została ona obwarowana zastrzeżeniem, że środki sanitarne nie będą stanowiły nieuzasadnionych barier w handlu (art. 5.2 lit. a i b). W tym celu umowa ta zakłada ekwiwalentność produktów wprowadzanych do obrotu (art. 5.6), która wymusza konieczność uznawania środków rolno-spożywczych za równoważne i ich narodowe traktowanie, a więc nie mniej korzystne niż produktów własnych nawet wtedy, gdy znacząco różnią się one od siebie. Obowiązek uznania przez państwo przywozu „zakładów zajmujących się wywozem" drugiej strony (art. 5.7 ust. 4) nie pozwoli tym pierwszym na jakąkolwiek kontrolę eksportowanego towaru. Umowa CETA pozostawia bowiem państwom przywozu jedynie „możliwość zażądania" od strony wywozu „obiektywnych dowodów" na bezpieczeństwo artykułu, co pozbawia ową możliwość jakiegokolwiek znaczenia praktycznego. Przedstawienie dowodów na zgodność danego produktu z prawem państwa importującego wyłącza weryfikację tego stanu pod rządami drugiego systemu prawnego. Co istotne, jak się wydaje, również i w tym przypadku dziać się tak będzie z niekorzyścią dla państw członkowskich Unii Europejskiej. Przystosowanie się państwa przywozu do warunków państwa wywozu jest zbyt daleko idące i pozwala podać w wątpliwość rolę regulacji unijnych w praktyce porozumienia.

Zatem niezbędne wydaje się wskazanie szeregu rozbieżności występujących na gruncie prawa kanadyjskiego w odniesieniu do żywności, z zasadą naukowej analizy ryzyka na czele. W tej materii kanadyjska ustawa

[22] K. Marciniuk, *Problematyka rolna w świetle nowej umowy handlowej UE – USA (Transatlantic Trade & Investment Agreement)*, „Studia Iuridica Agraria" [Poznań] 2013, T. 11, s. 228.

Food and Drugs Act[23] nie przewiduje szczególnych wymogów dopuszczenia produktu do obrotu, ten zaś pozostaje bezpieczny tak długo, jak długo nie pojawią się naukowe dowody na wystąpienie zagrożenia. Stanowi to regułę odwrotną do standardu obowiązującego w Unii Europejskiej (*wait and see approach*)[24]. Zasadniczo więc do obrotu zostaje dopuszczony każdy produkt dozwolony przez *Health Canada*[25]. Zezwolenie na obrót następuje w drodze udzielenia zainteresowanemu podmiotowi *Marketing Authorization Act*, wskazującego na dopuszczalny poziom pozostałości określonych substancji w danym produkcie (*maximum residue limits* – MRL). Dopuszczenie to czyni się na podstawie danych mających czysto naukowy charakter. Istotne jest, że w przeciwieństwie do Ogólnego Prawa Żywnościowego, zakładającego podejmowanie działań na każdym etapie produkcji i dystrybucji (tzw. podejście „od pola do stołu"), koncepcja kanadyjska odnosi się wyłącznie do produktu finalnego, co uniemożliwia monitorowanie jego historii (*traceability*). Regulacje te stosujemy odpowiednio również w stosunku do środków ochrony roślin. Brak jednak wystarczających środków ostrożnościowych prowadzi w Kanadzie do sytuacji, w których pestycyd jest zatwierdzany i warunkowo dopuszczany do obrotu, mimo że nie zakończyła się procedura oceny ryzyka, pozwalająca uznawać go za bezpieczny[26].

Na potrzeby niniejszego opracowania celowe jest także wskazanie prób inkorporowania zasady ostrożności do kanadyjskiego systemu prawnego. W 2015 r. stan Ontario podjął starania, mające na celu wyeliminowanie z obrotu produktów zawierających neonikotynoidy[27]. Działania te miały powstrzymać związaną ze stosowaniem tego środka epidemię masowego wymierania pszczół w latach 2012–2013. Zostały one jednak zanegowane przez Kanadyjską Agencję Regulacyjną ds. Ochrony Przed Szkodnikami (PMRA), która stwierdziła, że w przypadku zastosowania odpowiednich środków zaradczych „ryzyko jest akceptowalne"[28].

Podsumowując, niewątpliwie systemy prawa żywnościowego stron umowy różnią się od siebie. Unijna zasada ostrożności i spoczywający na producencie unijnym obowiązek udowodnienia, że dany produkt jest

[23] R.S.C., 1985, c. F-27.

[24] M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 77.

[25] Kanadyjski departament rządowy, odpowiedzialny za zapewnienie wysokiego poziomu zdrowia publicznego w kraju.

[26] Food Safety…, s. 10, przyp. 25 – w cytowanym tam dokumencie czytamy, że 8 z 9 warunkowo zarejestrowanych produktów na okres więcej niż 10 lat stanowiły środki z grupy neonikotynoidów, Agencja zaś ani razu nie skorzystała ze swojego uprawnienia odmowy rejestracji warunkowej, mimo że wnioskodawca nie spełniał przypisanych wymogów.

[27] Będące pochodnymi nikotyny owadobójcze związki chemiczne.

[28] Food Safety…, s. 11.

bezpieczny stoją w opozycji do stanu prawnego obowiązującego w Kanadzie, gdzie podstawę stanowi zasada dowodu naukowego, a udowodnienia wymaga niebezpieczeństwo produktu. Te istotne, z punktu widzenia bezpieczeństwa żywnościowego, różnice wymagają dogłębnej analizy i harmonizacji norm. Umowa CETA zakłada współpracę regulacyjną (*regulatory cooperation*)[29], jednakże dotychczasowe doświadczenia wskazują, że owa współpraca może okazać się bardzo spóźniona. Zachodzi bowiem obawa, że ze względu na brak stosownego zaplecza prawnego konieczne będzie podejmowanie decyzji regulacyjnych *ad hoc*, co narazi je na wpływ określonych środowisk (tu: producentów), osłabiając tym samym ich niezależność.

Oparcie umowy CETA na zasadzie ekwiwalentności norm dotyczących tych samych zagadnień, przy jednoczesnym dopuszczeniu odstępstw od tej zasady z przyczyn wiążących się z odmiennymi wartościami (art. 21.5), odbywać się może tylko i wyłącznie z korzyścią dla strony kanadyjskiej. Europejska koncepcja rolnictwa, w przeciwieństwie do kanadyjskiej, ma charakter systemowy[30]. Istotne na Starym Kontynencie aspekty środowiskowe czy kulturowe za oceanem nie są uznawane. Uzasadnione wydaje się więc postawienie tezy, że odstąpienie od reguły równoważności przez stronę europejską, przez powołanie się na wartości nieuwzględniane w Kanadzie, może być odebrane przed drugą stronę umowy CETA jako arbitralne ograniczenie swobody handlu. Tezę tę potwierdzają doświadczenia umowy NAFTA[31], gdzie w procesie harmonizacji ze względu na silne działania lobbystyczne „równanie do bardziej restrykcyjnego standardu zwyczajnie nie następuje"[32]. W praktyce więc każde zachowanie noszące znamiona ostrożności może zostać odebrane przez drugą stronę, w tym przypadku – kanadyjską, jako działania o charakterze dyskryminacyjnym.

Problematyczne z punktu widzenia umowy CETA wydają się przesłanki stosowania zasady ostrożności w praktyce. O ile kryterium proporcjonalności wydaje się łatwe do zidentyfikowania, podejmowane działania bowiem nie muszą wiązać się z całkowitym wycofaniem produktu z obrotu i polegać mogą chociażby tylko na dodatkowym obowiązku informacyjnym, o tyle dekodowanie tak nieostrych pojęć, jak: niedyskryminacja, obiektywność czy opłacalność, może nastręczać trudności.

W komunikacie w sprawie stosowania zasady ostrożności Komisja Europejska wskazała, że przez dyskryminację i spójność podejmowanych działań należy rozumieć przypadki, w których zasadniczo porównywalne

[29] Comprehensive…, Rozdział dwudziesty pierwszy.

[30] K. Marciniuk, *Problematyka*…, s. 232.

[31] *North American Free Trade Agreement* – Północnoamerykański Układ o Wolnym Handlu z 17 grudnia 1992 r.

[32] Food Safety…, s. 8.

sytuacje należy traktować podobnie, a różniące się – inaczej. W praktyce jednak dokonanie takich działań na ogromną skalę może okazać się niewykonalne[33]. Zważywszy, że sektor spożywczy jest niezwykle dynamiczny, analiza ryzyka odnosi się nie tylko do produktów nowych, ale również występujących już w obrocie. Raz dokonana ocena bezpieczeństwa danego produktu nie gwarantuje, że pozostanie on takim na zawsze i może zostać pozbawiony jakiejkolwiek kontroli. Innym czynnikiem wpływającym na podejmowanie działań prewencyjnych pod rządami umowy CETA jest ekonomiczna „analiza zysków i strat" określonego działania bądź jego braku, której negatywny bilans może doprowadzić do tego, że działania prewencyjne z ekonomicznego punktu widzenia mogą okazać się nieopłacalne.

Niezmiernie ważne jest wskazanie, że wymienione czynniki odnoszą się nie tylko do środków podejmowanych w ramach działań ostrożnościowych, lecz również tych, których zastosowanie zostało poparte danymi o charakterze empirycznym. Skoro zaś nawet środki oparte na danych naukowych, stanowiące podstawę analizy ryzyka w umowie CETA, mogą zostać uznane za dyskryminujące, to wnioskując *a maiori ad minus*, w praktyce może spowodować to całkowitą niemożność podjęcia działań nieznajdujących poparcia w badaniach empirycznych.

Jedną z najistotniejszych kwestii niosących z sobą największe obawy w świetle umowy CETA pozostaje problematyka żywności modyfikowanej genetycznie. Niezwykle restrykcyjnie traktowane w Unii Europejskiej produkty GMO w Kanadzie uznawane są za równoważne odpowiednikom wyprodukowanym metodą tradycyjną (*substantial equivalence*). Kanadyjscy producenci nie są zobowiązani do zamieszczania na etykietach informacji o tym, że dany środek zawiera lub został wyprodukowany jako GMO, informacja taka bowiem, zdaniem kanadyjskiego prawodawcy, może wprowadzać konsumenta w błąd co do właściwości produktu[34]. Również sama procedura wprowadzania do obrotu produktów GMO nie cechuje się szczególną restrykcyjnością – co prawda producent jest zobowiązany do przedłożenia *Health Canada* szczegółowych informacji na temat toksykologicznych, chemicznych czy alergicznych właściwości produktu oraz potencjalnych niezamierzonych skutków jego dystrybucji, jednakże ich weryfikacja, a następnie zatwierdzenie następuje już na podstawie kryteriów czysto naukowych (*science data*)[35].

[33] Communication…, s. 14.

[34] K. Marciniuk, *Problematyka*…, s. 235.

[35] Law Library of Congress, *Restrictions on Genetically Modified Organisms: Canada*, last modified 6 September 2015, https://www.loc.gov/law/help/restrictions-on-gmos/canada.php [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Tymczasem unijna dyrektywa w sprawie zamierzonego uwalniania do środowiska organizmów zmodyfikowanych genetycznie[36] wprost zezwala na stosowanie zasady przezorności w celu uniknięcia niekorzystnego wpływu na zdrowie ludzkie i środowisko sanitarne (art. 4 ust. 1). Jednocześnie w prawie Unii Europejskiej przewidziano szczególną procedurę zatwierdzania żywności GMO, odbywającą się na szczeblu wspólnotowym. Produkt na wniosek producenta zostaje dopuszczony na maksymalny okres dziesięciu lat, który obejmuje szczegółową charakterystykę produktu, jego wyniki badań oraz przeprowadzoną analizę ryzyka, a także trzymiesięczne, obowiązkowe konsultacje społeczne[37]. Ponadto, w odróżnieniu od Kanady, żywność, której próg tolerancji GMO przekracza 0,9%, wymaga właściwego oznakowania na etykiecie, ze wskazaniem właściwości odróżniających dany produkt od tradycyjnego, umożliwiając konsumentowi swobodę wyboru.

W umowie CETA pojęcie organizmów genetycznie modyfikowanych pojawia się zaledwie dwa razy, tj. w art. 25.2 odnoszącym się do współpracy i wymiany informacji w zakresie produktów biotechnologicznych (*bilateral dialogue and cooperation*). Za podstawę dialogu porozumienie SPS przyjmuje zawarte 19 lipca 2009 r. pomiędzy Unią Europejską i Kanadą porozumienie w sprawie środków dotyczących zatwierdzania i wprowadzania do obrotu produktów biotechnologicznych. Ekwiwalentność produktów GMO i tradycyjnych, a co za tym idzie również dotyczących ich regulacji prawnych, w sposób oczywisty wymusza oparcie współpracy stron w tym zakresie na kryteriach słabszych niż pożądane przez Unię Europejską, z racji prezentowanego przez nią podejścia do produktów GMO.

Istotne wątpliwości co do wpływu umowy CETA na sektor rolno-spożywczy pojawiają się również w świetle obowiązującego za oceanem od 1992 r. porozumienia o wolnym handlu NAFTA. Umowa ta, zakładająca podobnie jak CETA całkowitą liberalizację handlu w stosunkach za Atlantykiem, przy jednoczesnym wzroście gospodarczym, zwiększeniu konkurencyjności rolnictwa i jakości produktów, w rzeczywistości przyniosła skutki zgoła odmienne. Koncentracja produkcji rolno-spożywczej w ramach wielkich korporacji i holdingów, ukierunkowanych na minimalizację kosztów produkcji, doprowadziła do znaczącego obniżenia jakości żywności wprowadzanej do obrotu[38]. Monopol na stosowanie i patentowanie środków chemicznej ochrony roślin sprawił, że w istocie to właśnie producenci

[36] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/18/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zamierzonego uwalniania do środowiska organizmów zmodyfikowanych genetycznie i uchylająca dyrektywę Rady 90/220/EWG, Dz.Urz. UE L 106, 2001.

[37] Rozporządzenie (WE) nr 1829/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 września 2003 r. w sprawie genetycznie zmodyfikowanej żywności i paszy, Dz.Urz. UE L 268, 2003.

[38] Food Safety…, s. 6–8.

pestycydów mają najsilniejszą pozycję w sektorze rolno-spożywczym, dzięki czemu mogą swobodnie narzucać swoją wolę[39]. Zbagatelizowanie tych doświadczeń przez autorów umowy CETA może doprowadzić do takich samych skutków również w rolnictwie i sektorze spożywczym w Unii Europejskiej.

5. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że CETA stanowi istotny element współczesnej gospodarki. Z jednej strony gwarantuje otwarcie rynku zbytu dla producentów, z drugiej zaś zapewnia szeroki wybór konsumentom, przyczyniając się do zwiększenia wygody i poczucia wysokiego standardu życia. Skupienie uwagi na aspektach czysto ekonomicznych, ukierunkowanych na zapewnienie konkurencyjnej ceny i zysku producenta, mimowolnie wpływa jednak na osłabienie roli czynników odpowiedzialnych za jakość i bezpieczeństwo produktu. Sytuacja taka wymaga więc odpowiedniego zaplecza prawnego, chroniącego w sposób jak najbardziej równoważny interesy producenta i konsumenta. Wydaje się jednak, że CETA gwarancji takich nie zawiera. Brak uprzedniej praktyki w zakresie harmonizacji i ekwiwalentność produktów o diametralnie różniących się właściwościach oraz praktyczne wyłączenie możliwości kontroli produktu przez państwo przywozu jednoznacznie wskazują na priorytet interesu gospodarczego. W tym stanie rzeczy również zasada ostrożności pozostaje w umowie CETA założeniem czysto teoretycznym. Podejmowanie działań wykraczających poza zakres zagrożenia udowodnionego naukowo, w przypadku niekorzystnej dla producentów analizy ekonomicznej zastosowanego środka, każdorazowo może zostać odebrane jako przejaw arbitralności i dyskryminacji. Wskazują na to zarówno wnikliwa analiza treści porozumienia, jak i doświadczenia Światowej Strefy Wolnego Handlu w stosowaniu porozumień takich, jak CETA. W świetle poczynionych w ostatnim czasie kroków Europejskiej Agencji ds. Chemikaliów, zdaniem autorki, wątpliwe pozostają zapewnienia co do utrzymania wysokiego standardu bezpieczeństwa żywności w Europie. Zgodnie z treścią komunikatu prasowego ECHA z 15 marca 2017 r., glifosat, podobnie jak w Kanadzie, został wyłączony z kategorii środków rakotwórczych[40], co stanowi zaprzeczenie stanowiska Światowej Organizacji Handlu. Zbliżanie ustawodawstwa europejskiego do standardów kanadyjskich bezsprzecznie

[39] Ibidem.

[40] ECHA/PR/17/06, https://echa.europa.eu/pl/-/glyphosate-not-classified-as-a-carcinogen-by-echa [Dostęp: 4 kwietnia 2017 r.].

będzie prowadzić do znaczącego obniżenia poziomu ochrony na Starym Kontynencie. Jak przedstawiono w niniejszym opracowaniu, biorąc pod uwagę doświadczenia umowy NAFTA, harmonizacja, będąca pod silnym wpływem działań o charakterze lobbystycznym, zawsze prowadzi do równania do niższego standardu[41]. Wpływ na to mają także historyczne uwarunkowania rolnictwa kanadyjskiego, które ujęte jako kategoria czysto ekonomiczna, mimowolnie odsunie na drugi plan pozahandlowe kryteria oceny produktów, takie jak bezpieczeństwo żywności.

Pozbawienie strony przywozu faktycznych możliwości kontroli eksportowanych towarów może sprawić, że producenci posiadający realną swobodę do kwalifikowania własnych wyrobów będą działać w sposób subiektywny i odpowiadający własnym interesom, co sprawi, że strona przywożąca towar zostanie pozbawiona możliwości podjęcia jakichkolwiek działań ochronnych. Dokonując analizy charakteru współpracy, jaką podejmują strony, nie wydaje się możliwe wskazanie środków, które mogłyby doprowadzić do rozwiązania zaprezentowanego wcześniej problemu. Podejmowanie działań unifikacyjnych *ad hoc*, wobec braku precyzyjnych kryteriów współpracy stron, a także ograniczenie umowy CETA wyłącznie do ochrony interesu ekonomicznego ogranicza uczciwy kompromis i prowadzi do narzucania własnej woli przez stronę silniejszą.

Dotychczasowe tendencje międzynarodowe, w tym wnioski płynące z umowy NAFTA, jasno wskazują, że mimo solennych zapewnień co do zachowania odpowiedniego poziomu ochrony zdrowia i życia, zasada ostrożności w umowie CETA pozostaje jedynie teoretycznym założeniem, stawiając pod znakiem zapytania cały system bezpieczeństwa żywnościowego w Europie.

Bibliografia

Publikacje

Badulescu D., Baylis K., *Pesticide Regulation Under NAFTA. Harmonization in process?*, CATPRN Commissioned Papers CP 2006-6, s. 16, http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/24163/1/cp060006.pdf [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Korzycka M., Wojciechowski P., *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017.

Korzycka-Iwanow M., *Prawo żywnościowe. Zarys prawa polskiego i wspólnotowego*, Warszawa 2007.

[41] D. Badulescu, K. Baylis, *Pesticide Regulation Under NAFTA. Harmonization in process?*, CATPRN Commissioned Papers CP 2006-6, s. 16, http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/24163/1/cp060006.pdf [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Marciniuk K., *Problematyka rolna w świetle nowej umowy handlowej UE – USA (Transatlantic Trade & Investment Agreement)*, „Studia Iuridica Agraria" [Poznań] 2013, T. 11, s. 227–241.

Szajkowska A., *Zasada ostrożności w prawie żywnościowym Unii Europejskiej*, [w]: *Studia z prawa żywnościowego*, red. M. Korzycka-Iwanow, Warszawa 2006.

Akty międzynarodowe

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 326, 2012.

ECHA/PR/17/06, https://echa.europa.eu/pl/-/glyphosate-not-classified-as-a-carcinogen-by-echa [Dostęp: 4 kwietnia 2017 r.].

Food Safety, Agriculture and Regulatory Cooperation in the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), s. 11, https://canadians.org/sites/default/files/publications/report-ceta-food-safety-english.pdf [Dostęp: 10 kwietnia 2017 r.].

Law Library of Congress, *Restrictions on Genetically Modified Organisms: Canada*, last modified 6 September 2015, https://www.loc.gov/law/help/restrictions-on-gmos/canada.php [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Comprehensive Economic and Trade Agreement COM/2016/0444 final – 2016/0206 (NLE).

Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z dnia 25 marca 1957 r., EUR-LEX: 11957E/TXT.

Food and Drugs Act, R.S.C. 1985, c. F-27.

Porozumienie WTO z dnia 22 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania środków sanitarnych i fitosanitarnych. Dz.Urz. UE L 336, 1994.

Raport Apellate Body WTO, ws. Hormones z dnia 16 lutego 1998 r. (WT/DS26/AB/R WT/DS48/AB/R).

White Paper on Food Safety, COM (1999) 719 final.

Communication from the Commision on the precautionary principle. Com(2000) 1 final.

Rozporządzenie PE i Rady nr 178/2002 z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, Dz.Urz. UE L 31, 2002.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/18/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zamierzonego uwalniania do środowiska organizmów zmodyfikowanych genetycznie i uchylająca dyrektywę Rady 90/220/EWG, Dz.Urz. UE L 106, 2001.

Rozporządzenie (WE) nr 1829/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 września 2003 r. w sprawie genetycznie zmodyfikowanej żywności i paszy, Dz.Urz. UE L 268, 2003.

Raport Apellate Body WTO on Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291/R).

Porozumienie z dnia 19 lipca 2009 r. pomiędzy Unią Europejską i Kanadą w sprawie środków dotyczących zatwierdzania i wprowadzania do obrotu produktów biotechnologicznych.

North American Free Trade Agreement – Północnoamerykański Układ o Wolnym Handlu z 17 grudnia 1992 r.

Paweł Jasiński*

Postanowienia o charakterze TRIPS-plus dotyczące sektora farmaceutycznego w umowie CETA i ich skutki dla rynku farmaceutycznego

TRIPS-plus provisions related to pharmaceutical sector in CETA agreement and their effects on the pharmaceutical market

Streszczenie: Celem artykułu jest przedstawienie postanowień o charakterze TRIPS-plus dotyczących rynku farmaceutycznego w umowie CETA pomiędzy Kanadą a Unią Europejską oraz zaprezentowanie wpływu tych postanowień na rynek farmaceutyczny. Umowa CETA jest przykładem tzw. *free trade agreement* – porozumień o wolnym handlu, które zawierają postanowienia wprowadzające wyższe standardy ochrony praw własności intelektualnej niż te przewidziane w porozumieniu TRIPS. Scharakteryzowane zostały także postanowienia TRIPS-plus dla rynku farmaceutycznego, typowe dla umów o wolnym handlu. Następnie omówione zostały kolejne postanowienia umowy CETA dotyczące wprowadzenia ochrony *sui generis* produktów leczniczych, wyłączności danych oraz mechanizmu powiązań patentowych. Wreszcie, zobrazowane zostały możliwe skutki dla sektora farmaceutycznego.

Słowa kluczowe: CETA, rynek farmaceutyczny, prawo patentowe, TRIPS, TRIPS-plus, FTA

Abstract: The aim of the article is to present TRIPS-plus provisions related to the pharmaceutical market in the CETA Agreement between Canada and the European Union and to show the impact of the provisions on the pharmaceutical market. CETA agreement is the example of free trade agreements, which contain the provisions implementing higher standards of intellectual property law protection than those provided in TRIPS agreement. There are TRIPS-plus provisions for the pharmaceutical market presented in the paper, their legal construction and justification discussed. After that, subsequent provisions of CETA agreement implementing *sui generis* protection for pharmaceuticals, data exclusivity, and patent linkage are discussed. Finally, there are possible effects on the pharmaceutical sector resulting presented.

Key words: CETA, pharmaceutical market, patent law, TRIPS, TRIPS-plus, FTA

* Mgr, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wprowadzenie

Problem zrównoważonej ochrony patentowej produktów farmaceutycznych nie jest zjawiskiem nowym, debata na ten temat trwa już bardzo długo[1]. Ważeniu podlegają najczęściej sprzeczne z sobą interesy różnych grup podmiotów – producentów leków oryginalnych, producentów leków generycznych, rządów państw oraz konsumentów[2]. W interesie wytwórców leków oryginalnych leży maksymalnie długi okres przyznanej ochrony patentowej, która gwarantuje wyłączność w korzystaniu ze swojego wynalazku, z kolei producenci leków generycznych dążą do zmniejszenia zarówno zakresu, jak i czasu ochrony patentowej przyznanej lekom[3]. Należy również zaznaczyć, że pierwsze stanowisko jest podzielane przez rządy państw wysoko rozwiniętych, chcących zwiększyć rozwój innowacji w dziedzinie medycyny, a tym samym podnieść poziom jakości opieki medycznej, natomiast za drugim ze wspomnianych stanowisk opowiadają się kraje najmniej rozwinięte i rozwijające się, których społeczeństwa cierpią z powodu niedoboru lekarstw[4]. Sprzeczne stanowiska wynikają z tego, że zakres przyznanej produktom farmaceutycznym ochrony jest związany z monopolem na tych dobrach, tak istotnych z punktu widzenia społeczeństwa[5]. Obecnie istniejące systemy prawa patentowego stanowią próbę kompromisu pomiędzy tymi skrajnymi podejściami[6], są jednak efektem długoletnich eksperymentów państw[7]. Do czasu utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) i wejścia w życie porozumienia TRIPS wiele państw nie obejmowało ochroną patentową produktów farmaceutycznych. Co ciekawe, wiele z nich zaliczano wtedy do państw zindustrializowanych[8].

To właśnie wejście w życie porozumienia TRIPS diametralnie zmieniło sytuację produktów leczniczych i ich zdolności patentowej, ponieważ nałożyło na państwa – członków WTO obowiązek objęcia ochroną patentową

---

[1] M.K. El-Said, *TRIPS-plus, public health and performance-based rewards schemes options and supplements for policy formation in developing and least developed countries*, „American University International Law Review" 2016, no. 31 (3), s. 374.

[2] Ż. Pacud, *Ochrona patentowa produktów leczniczych*, Warszawa 2013, s. 17.

[3] Ibidem.

[4] Ibidem.

[5] Ż. Pacud, *Ochrona patentowa zastosowań medycznych*, [w:] *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, T. 4, red. M. Kępiński, Warszawa 2013, s. 1.

[6] Ż. Pacud, *Ochrona patentowa produktów*…, s. 17–18.

[7] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 374.

[8] M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej w Światowej Organizacji Handlu a dostęp do produktów leczniczych*, Warszawa 2013, s. 14; M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 374–375.

produktów leczniczych[9]. Artykuł 27 ust. 1 porozumienia stanowi, że ochroną patentową będą objęte wszystkie wynalazki, ze wszystkich dziedzin techniki, jeżeli tylko spełniają przesłankę nowości, posiadają poziom wynalazczy i znajdują przemysłowe zastosowanie[10]. Porozumienie TRIPS czyni także niemożliwym dyskryminowanie jakiejkolwiek kategorii wynalazków w zakresie obejmowania ich ochroną patentową[11]. Z powodu występowania nierówności wśród państw WTO obawiano się, że wejście w życie porozumienia TRIPS i obowiązkowe objęcie leków reżimem patentowym poskutkują ograniczeniem dostępności farmaceutyków, w szczególności w państwach najuboższych[12]. Jednocześnie uważano, że porozumienie TRIPS i wprowadzenie minimalnych standardów ochrony własności intelektualnej niejako powstrzyma „apetyt" państw rozwiniętych na wzmacnianie tychże standardów. Okazało się jednak, że porozumienie jest tylko pierwszym etapem na tej drodze[13].

Z czasem kraje rozwinięte przy wsparciu dużych koncernów farmaceutycznych zaczęły wprowadzać wyższe standardy ochrony własności intelektualnej do swoich strategii dotyczących wolnego handlu[14]. Następnie zaś zawierając umowy o wolnym handlu (ang. *free trade angreements* – FTAs), wymuszały na słabszych państwach podwyższenie ich standardów[15]. Postanowienia tych umów, które zwiększają regulację w stosunku do minimum ustanowionego w TRIPS lub eliminują swobody przez nie pozostawione, zaczęto nazywać porozumieniami TRIPS-plus[16]. Umowy te, nazywane umowami handlowymi „nowej generacji"[17], stają się źródłem skomplikowanych regulacji, które coraz głębiej ingerują w prawo krajowe, co więcej ich zakres staje się coraz większy, ponieważ do „zagadnień handlowych" zostają włączone kolejne dziedziny. Przykładami tego rodzaju umów są m.in. negocjowane obecnie Transatlantyckie Partnerstwo w dziedzinie Handlu i In-

[9] M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej*…, s. 13; M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 377.

[10] Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej stanowiące załącznik 1c do Konwencji o ustanowieniu Światowej Organizacji Handlu, Dz.U. 1996, nr 32, poz. 143; Ż. Pacud, *Ochrona patentowa zastosowań*…, s. 1–2.

[11] Ż. Pacud, *Ochrona patentowa zastosowań*…, s. 2.

[12] M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej*…, s. 13–14.

[13] B. Mercurio, *TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, [in:] *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, eds. L. Bartels, F. Ortino, Oxford 2006, s. 215.

[14] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 377.

[15] Ibidem.

[16] S.K. Sell, *TRIPS-Plus Free Trade Agreements and Access to Medicines*, „Liverpool Law Review" 2007, no. 28 (1), s. 41–42.

[17] H. Jarman, M. Koivusalo, *Trade and health in the European Union*, [in:] *Research Handbook on EU Health Law and Policy*, eds. T.K. Hervey, C.A. Young, L.E. Biship, Cheltenham/Northhampton 2017, s. 437.

westycji (TTIP) czy Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) pomiędzy Unią Europejską a Kanadą[18].

Celem niniejszego artykułu jest analiza postanowień europejsko-kanadyjskiej Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej[19] w zakresie jej postanowień dotyczących patentów na produkty lecznicze oraz próba wskazania ich skutków dla rynku farmaceutycznego.

2. Kontekst regulacji praw własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym w umowie CETA

Wspólna praca nad kształtem umowy CETA rozpoczęła się w czerwcu 2009 r., kiedy to podczas konferencji w Montrealu oficjalnie otwarto negocjacje pomiędzy UE a Kanadą[20]. Negocjacje zostały zamknięte w 2014 r., a autentyczny tekst umowy został poddany przeglądowi prawnemu, który zakończył się w lutym 2016 r.[21] Umowa została podpisana przez strony 30 października 2016 r., nie oznaczało to jednak jej natychmiastowego wejścia w życie, ponieważ na związanie się umową musiał jeszcze wyrazić zgodę Parlament Europejski[22]. Głosowanie z wynikiem pozytywnym odbyło się 15 lutego 2017 r., jednakże z powodu „mieszanego" charakteru umowy musi być ona ratyfikowana we wszystkich państwach członkowskich UE[23].

Ogólnym celem CETA jest zwiększenie zakresu obustronnego handlu oraz przepływu inwestycji pomiędzy UE a Kanadą[24]. Zgodnie ze stanowiskiem UE, jej kraje członkowskie mają zyskać z uwagi na zwiększenie szans biznesowych oraz zapewnienie firmom z obszaru UE lepszego traktowania przez Kanadę, co ma doprowadzić do zrównania przedsiębiorców unijnych

[18] Ibidem.

[19] Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa pomiędzy Unią Europejską a Kanadą, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_pl.htm [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[20] Komisja Europejska, *EU and Canada start negotiations for economic and trade agreement*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc_143427.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[21] Komisja Europejska, *CETA – Summary of the final negotiating results*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/april/tradoc_143054.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[22] D. Webb, *CETA: the EU-Canada free trade agreement*, „House of Commons Library Briefing Paper" 2017, no. 7492, s. 3.

[23] *CETA: MEPs back EU-Canada trade agreement*, http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[24] Komisja Europejska, *CETA*…

z przedsiębiorcami z Kanady[25]. Dzięki otwarciu rynków CETA ma także zapewnić wzrost gospodarczy, zwiększyć liczbę miejsc pracy oraz utrzymać niskie poziomy cen, jednocześnie zachowując wysoki standard jakości towarów[26]. Jeżeli chodzi o korzyści po stronie kanadyjskiej, to wymienia się ułatwienie eksportu na rynki UE oraz zniesienie barier i ceł[27].

Wśród wielu celów umowy znajdują się także zmiany regulacji dotyczące własności intelektualnej. Ponieważ UE zależy na tym, aby lepiej chronić swoje produkty na rynku kanadyjskim, wynegocjowała ona z Kanadą szereg zmian w tej dziedzinie[28]. Jako że kanadyjskie prawo patentowe dotyczące produktów farmaceutycznych pozostawało w tyle w stosunku do pozostałych krajów rozwiniętych, powodowało to negatywne skutki dla przedsiębiorstw farmaceutycznych z obszaru UE działających w Kanadzie[29]. Strony postawiły sobie także za zadanie wyrównanie warunków konkurencji dla UE i Kanady w dziedzinie produkcji leków generycznych[30]. Polepszeniu miała więc ulec ogólna ochrona patentowa farmaceutyków wytwarzanych w UE[31].

Unia Europejska była zawsze bardzo aktywna, jeśli chodzi o ochronę i jej rozszerzanie odnośnie do praw własności intelektualnej poza swoimi granicami[32]. Aktywność ta nie ograniczała się jedynie do udziału w organizacjach międzynarodowych, takich jak: WTO, Światowa Organizacja Własności Intelektualnej (WIPO), Światowa Organizacja Celna (WCO) czy Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD). Podczas negocjacji jakiejkolwiek umowy handlowej Unia zawsze starała się zawrzeć w niej rozdział poświęcony własności intelektualnej[33]. Co ciekawe, Komisja Europejska w 2004 r. opracowała długoterminową strategię na rzecz przestrzegania praw własności intelektualnej w krajach spoza UE[34]. We wspomnianej

[25] Komisja Europejska, *What will the EU gain from CETA?*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154331.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[26] Ibidem.

[27] *CETA: A progressive trade agreement for a strong middle class*, http://www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/ceta-aecg/index.aspx?lang=eng [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[28] Komisja Europejska, *The EU's free trade agreement with Canada and its intellectual property rights provisions*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/august/tradoc_149866.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[29] Ibidem.

[30] Ibidem.

[31] Komisja Europejska, *What will…*

[32] O. Vrins, M. Schneider, *Cross-border enforcement of intellectual property: The European Union*, [in:] *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, ed. P. Torremans, Cheltenham/Northampton 2014, s. 240.

[33] Ibidem.

[34] Komisja Europejska, *Strategy for the enforcement of intellectual property rights in Third Countries*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122636.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

strategii krajom spoza UE zostały nadane priorytety w zależności od wyników badań na temat stopnia przestrzegania praw własności intelektualnej w tychże krajach. Lista ta została zaktualizowana w 2014 r., wtedy też znalazła się na niej Kanada z przydzielonym jej najniższym priorytetem[35]. Zatem Kanada pojawiła się na liście w roku, w którym zakończone zostały negocjacje dotyczące umowy CETA.

W kontekście negocjacji umowy CETA, w związku z wyżej wspomnianą działalnością UE, jest ona coraz szerzej krytykowana, jakoby narzucała niezrównoważone dla swoich partnerów handlowych postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej[36]. Wiele postanowień CETA przyrównano do odpowiadających im postanowień niesławnej umowy ACTA, czemu zaprzeczyła Komisja Europejska, wydając powoływane już wcześniej oświadczenie dotyczące regulacji praw własności intelektualnej w CETA[37].

W Kanadzie, w toku negocjacji CETA, w styczniu 2011 r. opublikowany został raport Kanadyjskiej Rady Własności Intelektualnej (CIPC) działającej przy Kanadyjskiej Izbie Handlowej, który dotyczył kwestii wzmocnienia regulacji patentów na produkty lecznicze[38]. CIPC w swoim raporcie stwierdziła, że kanadyjskie prawo własności intelektualnej „zostaje w tyle" w stosunku do międzynarodowych konkurentów, a zwiększenie zakresu ochrony patentowej jest niezbędne do promocji innowacyjności oraz zwiększenia zatrudnienia. Ponadto Rada skrytykowała rząd Kanady, że nie wprowadził dotychczas wyższych standardów ochrony własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym, jednocześnie wskazując szereg konkretnych rozwiązań, które miałyby tę sytuację poprawić. Jak się później okazało, postanowienia CETA w dziedzinie farmaceutyków są odzwierciedleniem wspomnianych sugestii CIPC. Po publikacji raportu w literaturze kanadyjskiej pojawiły się głosy krytykujące go jako powierzchowną próbę polepszenia sytuacji koncernów farmaceutycznych bez solidnych podstaw merytorycznych[39]. Sam raport oraz jego krytyka zostaną przywołane podczas analizy poszczególnych rozwiązań przewidzianych w umowie.

---

[35] O. Vrins, M. Schneider, *Strategy…*, s. 240.

[36] Ibidem, s. 248–249.

[37] Komisja Europejska, *The EU's free…*

[38] Canadian Intellectual Property Council, *Innovation for a Better Tomorrow: Closing Canada's Intellectual Property Gap in the Pharmaceutical Sector*, Ottawa 2011, http://www.chamber.ca/download.aspx?t=0&pid=01c1b24c-9bae-e211-8bd8-000c291b8abf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[39] Zob. E.M. Iacobucci, *Canadian intellectual property law and pharmaceuticals: Is there a need for change?*, „The Canadian Business Law Journal" 2011, no. 52 (1).

3. Porozumienia TRIPS-plus w umowach o wolnym handlu

Jak już wspomniano we Wprowadzeniu do niniejszego artykułu, minimalne standardy ochrony własności intelektualnej wprowadzone przez porozumienie TRIPS stanowiły jedynie początek dłuższego procesu rozszerzania zakresu tej ochrony. Kraje i organizacje ponadnarodowe, jak USA i UE, dosyć agresywnie podwyższają standardy ochrony wynikające z porozumienia TRIPS w negocjowanych przez siebie umowach o wolnym handlu[40]. Uwidacznia się swego rodzaju tendencja do tego, że kraje wysoko rozwinięte, które traktują TRIPS jedynie jako minimum, w FTAs narzucają krajom mniej rozwiniętym i rozwijającym się wyższe standardy aniżeli TRIPS, podczas gdy kraje te traktują porozumienie jako maksimum możliwej do przyznania ochrony[41].

Ci, którzy opowiadają się za takimi umowami, doszukują się podstaw w samym porozumieniu – pierwszą podstawą ma być sama preambuła porozumienia, w której wyrażona została potrzeba promowania skutecznej i wystarczającej ochrony praw własności intelektualnej[42]. Z kolei za podstawę normatywną przyjmuje się zdanie drugie art. 1 ust. 1 porozumienia TRIPS, zgodnie z którym członkowie WTO mogą wprowadzić w swoim prawie wewnętrznym szerszą ochronę niż przewidziana w porozumieniu, pod warunkiem, że nie będzie ona naruszała postanowień porozumienia[43]. Należy zauważyć, że przyjęcie bardziej rygorystycznych standardów ochrony jest dobrowolne, członkowie WTO nie są zatem zobowiązani do ich przyjęcia[44]. Jednakże w przypadku przyjęcia w drodze umowy bilateralnej lub multilateralnej bardziej zaostrzonych regulacji znajdą one odniesienie do wszystkich członków WTO, z tego względu, że państwo, które decyduje się na wprowadzenie takich postanowień, zobowiązane jest je stosować nie tylko do państw-stron umowy dwustronnej lub wielostronnej, ale musi je stosować także wobec innych państw będących członkami WTO[45]. Ma to związek z klauzulą największego uprzywilejowania, która została zamieszczona w art. 4 porozumienia TRIPS[46]. Jest to dość istotna konsekwencja wejścia w porozumienie o wolnym handlu, jako że przez powiązanie wspomnianą klauzulą korzyści, przywileje i udogodnienia muszą być niezwłocznie przyznane podmiotom pochodzącym z pozostałych państw uczestni-

[40] S.K. Sell, *TRIPS-plus*…, s. 57–59.
[41] Ibidem.
[42] M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej*…, s. 165.
[43] Ibidem; zob. art. 1 ust. 1 porozumienia TRIPS.
[44] M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej*…, s. 166.
[45] Ibidem, s. 167.
[46] Ibidem; zob. art. 4 porozumienia TRIPS.

czących w WTO. Wymienione poglądy na temat podstaw normatywnych porozumień TRIPS-plus nie są niezgodne z TRIPS, pod warunkiem, że wykorzystują zakresy swobody pozostawione przez porozumienie i zawierają wyraźne odwołanie do deklaracji z Ad-Dauhy[47] w sprawie porozumienia TRIPS i zdrowia publicznego[48].

W literaturze można znaleźć wiele wyliczeń dotyczących typowych regulacji wykraczających poza standardy TRIPS w dziedzinie produktów farmaceutycznych. Najczęściej autorzy wymieniają m.in.: postanowienia dotyczące wydłużenia minimalnego okresu ochrony patentowej o okres, który potrzebny jest na uzyskanie zezwolenia na wprowadzenie do obrotu (*patent term restoration*), rozszerzanie okresu wyłączności danych, co uniemożliwia wykorzystanie przez producentów leków generycznych wyników badań odnoszących się do leku oryginalnego (*data exclusivity*), oraz uniemożliwienie wydania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu leku, który mógłby naruszać prawa patentowe, niezależnie od tego, czy są udzielone w sposób ważny, czy też nie (*patent linkage*)[49]. Trzy wymienione rodzaje postanowień zostały włączone do umowy CETA oraz implementowane do kanadyjskiego prawa patentowego[50]. Warto zaznaczyć, że w opublikowanym raporcie CIPC z 2011 r. sugerowano te trzy rozwiązania, a więc: przedłużenie minimalnego okresu ochrony patentowej, zablokowanie już istniejącego w prawie kanadyjskim okresu wyłączności danych oraz prawo do sprzeciwu w procedurze wydawania pozwolenia na wprowadzenie do obrotu, która działa w systemie *patent linkage*[51].

Jeżeli chodzi o wydłużenie ochrony patentowej na produkty lecznicze, to uzasadnieniem wprowadzenia takiego rozwiązania jest przeciwdziałanie tzw. zjawisku erozji prawa patentowego[52]. Ustanowione minimum 20 lat okresu ochronnego w porozumieniu TRIPS w przypadku leków okazuje

---

[47] Deklaracja dauhańska w sprawie porozumienia TRIPS i zdrowia publicznego z dnia 14 listopada 2001 r.

[48] O. Vrins, M. Schneider, *Strategy…*, s. 249.

[49] M. Barczewski, *Prawa własności intelektualnej…*, s. 168–169; B. Mercurio, *TRIPS-plus…*, s. 224–234; S.K. Sell, *TRIPS-plus…*, s. 59. W niniejszym opracowaniu pominięte zostały te rodzaje postanowień, które nie zostały ostatecznie włączone do umowy CETA. Spośród innych postanowień autorzy wymieniają m.in.: zakaz równoległego importu, zmniejszenie zakresu przyznawania licencji przymusowych czy nawet rozszerzanie zakresu przedmiotowego ochrony patentowej, zob. powołana literatura.

[50] Zob. *An Act to implement the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union and its Member States and to provide for certain other measures*, tzw. Bill C-30, http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-30/royal-assent [Dostęp: 6 lipca 2018 r.].

[51] Canadian Intellectual Property Council, *Innovation…*

[52] P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2014, s. 206.

się okresem zbyt krótkim ze względu na to, że opatentowany już produkt leczniczy musi przejść jeszcze procedurę otrzymania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu, co z reguły zajmuje kilka lat, powodując szkody po stronie producenta[53]. Wprowadzenie takiej przedłużonej ochrony ma zrekompensować skrócony efektywny termin ekonomicznego wykorzystania patentu[54]. Należy jednak wziąć pod uwagę, że w przypadku przyznania takiego okresu kompensacyjnego wydłuża się monopol uprawnionego z tytułu przedłużenia ochrony patentowej, co równocześnie uderza w producentów leków generycznych, jako że opóźnia możliwość wprowadzenia na rynek ich produktu, tym samym powodując utrzymanie wysokiego poziomu cen leków oryginalnych[55]. Dotychczas wiele ustawodawstw w żaden sposób nie gwarantowało przedłużenia okresu wyłączności z tytułu patentu. Wśród nich była również Kanada[56]. Praktyka ta jednak coraz częściej pojawia się w toku negocjacji umów o wolnym handlu, które zawierają porozumienia o charakterze TRIPS-plus[57].

Wyłączność danych jest drugim kontrowersyjnym zagadnieniem dotyczącym praw własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym, które mimo że zazwyczaj jest regulowane w prawie farmaceutycznym, ma ścisły związek z prawem patentowym[58]. Wyłączność danych polega na zakazie używania przez krajowe organy regulacji leków wyników badań klinicznych złożonych przez producenta leku oryginalnego w procesie uzyskiwania dopuszczenia leku do obrotu[59]. Co więcej, zakaz dotyczy także producentów leków generycznych, którzy w momencie starania się o uzyskanie pozwolenia na wprowadzenie swojego produktu do obrotu przez okres wyłączności danych nie mogą wykorzystać wyników badań leku oryginalnego, co powoduje konieczność powtórzenia kosztownych i długich badań klinicznych[60]. To zaś z kolei opóźnia moment wprowadzenia na rynek leku generycznego[61]. Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiego rodzaju postano-

[53] K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, *Przedmiotowe granice ochrony przyznanej dodatkowym świadectwem ochronnym (SPC)*, [w:] *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, T. 4, red. M. Kępiński…, s. 37–38; A. Nowicka, *Dodatkowe prawo ochronne*, „Studia Prawa Prywatnego" 2009, nr 3, s. 73–75.

[54] Ibidem.

[55] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 414-415; S.K. Sell, *TRIPS-plus*…, s. 64; B. Mercurio, *TRIPS-plus*…, s. 230.

[56] K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski, *Przedmiotowe*…, s. 39.

[57] B. Mercurio, *TRIPS-plus*…, s. 230.

[58] Ż. Pacud, *Ochrona patentowa zastosowań*…, s. 30. W niektórych opracowaniach zagranicznych z tego zakresu pojawiają się głosy, że wyłączność danych stanowi nowe, niezależne prawo własności intelektualnej, zob. S.K. Sell, *TRIPS-plus*…, s. 60.

[59] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 411–412.

[60] S.K. Sell, *TRIPS-plus*…, s. 60.

[61] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 412.

wień, w szczególności z tego względu, że proces powtarzania badań klinicznych w przypadku leku będącego odpowiednikiem produktu już zbadanego wydaje się co najmniej nieetyczny[62]. Podkreślenia wymaga fakt, że porozumienie TRIPS nie nakłada na członków WTO wyraźnego obowiązku udzielenia pierwszemu aplikującemu o zezwolenie na wprowadzenie do obrotu okresu wyłączności danych. W art. 39 ust. 3 porozumienia znajduje się jedynie potrzeba ochrony nieujawnionych danych przed nieuczciwym wykorzystaniem o charakterze komercyjnym oraz przed jej ujawnieniem, pod warunkiem, że pozyskanie tych informacji wymagało znacznych nakładów, oraz że dotyczą nowej substancji chemicznej[63].

W umowach o wolnym handlu często pojawiają się także postanowienia dotyczące mechanizmu powiązań patentowych, które polegają na uzależnieniu wydania pozwolenia na wprowadzenie produktu leczniczego do obrotu od istniejącego patentu na inny, już zarejestrowany produkt leczniczy[64]. System powiązań patentowych uniemożliwia wydanie organom regulującym obrót produktami leczniczymi wydanie pozwolenia na wprowadzenie do obrotu, jeżeli produkt mógłby naruszać czyjeś prawo z patentu, co zaprzecza tradycyjnej sytuacji, w przypadku której wydanie pozwolenia nie ma nic wspólnego z patentem[65]. Uderza to w producentów leków generycznych z tego względu, że jeżeli lek oryginalny jest wciąż chroniony patentem, krajowy organ regulacyjny nie może wydać zezwolenia na wprowadzenie generyku do obrotu bez uprzedniego uzyskania zgody podmiotu uprawnionego z patentu[66]. Niezależnie od tego, czy patent jest ważny, czy też nie, wciąż blokuje on wydanie zezwolenia producentom leków generycznych[67]. Porozumienie TRIPS nie odnosi się wyraźnie do praw producentów leków generycznych do wykorzystania opatentowanego leku przed wygaśnięciem patentu na potrzeby uzyskania zezwolenia na wprowadzenie swojego produktu do obrotu[68]. W art. 30 porozumienia zawarte są jedynie ograniczenia prawa z patentu na rzecz badań czy chociażby praw używacza uprzedniego, które mogą wprowadzić państwa-strony porozumienia[69]. To postanowienie było szeroko wykorzystywane dla uzasadnienia wniosków producentów leków generycznych o wydanie zezwolenia na obrót lekiem bez zgody i przed wygaśnięciem patentu[70].

---

[62] B. Mercurio, *TRIPS-plus*…, s. 227.
[63] Ibidem, s. 226. Zob. art. 39 ust. 3 porozumienia TRIPS.
[64] B. Mercurio, *TRIPS-plus*…, s. 224–225.
[65] Ibidem.
[66] Ibidem.
[67] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, 410; S.K. Sell, *TRIPS-plus*…, s. 62.
[68] B. Mercurio, *TRIPS-plus*…, s. 225.
[69] Ibidem; zob. art. 30 porozumienia TRIPS.
[70] B. Mercurio, *TRIPS-plus*…, s. 225.

Widać więc wyraźnie, że postanowienia o charakterze TRIPS-plus, zwłaszcza te wyżej opisane, negatywnie kształtują sytuację producentów leków generycznych, a tym samym wpływają na dostęp do leków konsumentów. Uwidacznia się także fakt faworyzowania pozycji producentów leków oryginalnych, co na podstawie wspomnianych postanowień pozwala im wydłużyć okres monopolu i zwiększyć swoją dominację na rynku[71]. Porozumienia TRIPS-plus wykorzystują pozostawioną swobodę regulacyjną i „otwarte furtki" dla krajowej regulacji, osłabiając je lub zmniejszając ich zakres, co skutkuje bardziej restrykcyjnymi standardami ochrony praw własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym, działając w interesie przemysłu farmaceutycznego, jednocześnie powodując zaniedbanie potrzeb zdrowia publicznego i pacjentów[72].

4. Postanowienia TRIPS-plus w umowie CETA i ich skutki dla rynku farmaceutycznego

Zgodnie z podsumowaniem negocjacji dotyczących postanowień umowy, w CETA znalazły się zapisy dotyczące przedłużenia okresu ochrony patentowej w postaci ochrony *sui generis*, zablokowania okresu wyłączności danych, który istniał już w prawie kanadyjskim, oraz udzielenia uprawnionym z patentu prawa sprzeciwu w postępowaniu o wydanie zezwolenia na wprowadzenie leku do obrotu na terytorium Kanady[73]. W dokumencie podsumowującym negocjacje można też przeczytać, że Kanada zobowiązała się zbliżyć swoje prawa własności intelektualnej do standardów europejskich. Należy podkreślić, że ze względu na „wyrównywanie poziomu" ochrony własności intelektualnej Kanady i UE CETA wpływa jedynie na prawo kanadyjskie[74].

4.1. Ochrona *sui generis*

Pierwszym istotnym postanowieniem rozszerzającym standardy ochrony patentowej produktów farmaceutycznych są regulacje ochrony *sui generis*

[71] M.K. El-Said, *TRIPS-plus*…, s. 409.

[72] Ibidem, s. 409–410.

[73] Komisja Europejska, *CETA*…

[74] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA and pharmaceuticals: impact of the trade agreement between Europe and Canada on the cost of prescription drugs*, „Globalization and Health" 2014, no. 1, s. 1.

produktów leczniczych zawartych w art. 20.27 umowy CETA[75]. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w tym artykule, ochrona *sui generis* zostaje udzielona przez strony na produkt (w rozumieniu substancji aktywnej lub jej mieszaniny produktu farmaceutycznego) chroniony ważnym patentem podstawowym (który to patent może chronić produkt, sposób jego otrzymywania lub jego zastosowanie) na wniosek uprawnionego z patentu lub jego następcy prawnego. Warunkami takiej ochrony ma być: to, że na produkt zostało udzielone zezwolenie dopuszczające go do obrotu na rynku jednej ze stron umowy CETA, produkt nie był dotychczas objęty ochroną *sui generis*, a zezwolenie na dopuszczenie do obrotu było pierwszym zezwoleniem na danym rynku. Zgodnie z ust. 4, okres ochrony zaczyna się z upływem okresu ochrony patentowej. Okres ochrony *sui generis* oblicza się zgodnie z ust. 5 – powinien on być równy okresowi, który upłynął od daty zgłoszenia wniosku o patent podstawowy do wydania zezwolenia na dopuszczenie do obrotu obniżony o 5 lat. Na mocy ust. 6 strony mają swobodę ustalenia tego okresu od 2 lat do 5 lat[76], bez uszczerbku dla możliwych przedłużeń z uwagi na badania prowadzone w dziedzinie pediatrii. Swoboda stron w tym zakresie jest efektem kompromisu pomiędzy UE a Kanadą. Zgodnie z art. 115 ust. 3 kanadyjskiej ustawy C-30 wdrażającej postanowienia umowy CETA do prawa wewnętrznego, maksymalny okres ochrony *sui generis* wynosi 2 lata[77].

Uzasadnieniem dla wprowadzenia ochrony *sui generis* była potrzeba kompensacji strat i skrócony okres efektywnego rynkowego wykorzystywania patentu, który był spowodowany długim czasem dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu[78]. Do momentu podpisania umowy CETA Kanada była jedynym rozwiniętym państwem, które w swoim prawie nie posiadało tego typu ochrony[79]. Według badań przeprowadzonych przez międzynarodową firmę doradzającą producentom leków oryginalnych, w 2010 r. średni okres dopuszczenia leku do obrotu w Kanadzie wynosił 433 dni, natomiast

---

[75] Artykuł 20.27 Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej pomiędzy UE a Kanadą.

[76] W UE ochrona *sui generis* jest urzeczywistniona w dodatkowym prawie ochronnym. Jego okres wynosi maksymalnie 5 lat. Obecnie podstawą prawną dodatkowego prawa ochronnego jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009.

[77] Bill C-30, http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-30/royal-assent [Dostęp: 19 lipca 2017 r.]. Według tej ustawy, ochrona *sui generis* przyjmie postać udzielania wnioskodawcom uprawnionym z patentu *certificate of supplementary protection* świadectwa dodatkowej ochrony, co jest rozwiązaniem praktycznie identycznym z unijnym dodatkowym świadectwem ochronnym.

[78] B. Sibbald, *Brand-name drug costs expected to rise under CETA*, „Canadian Medical Association Journal" 2017, no. 189 (2), s. 84–85.

[79] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA*…, s. 2–3.

w UE okres ten liczył 281 dni, z różnicą 152 dni na rzecz UE[80]. Jednak wyniki tych badań poddane zostały krytyce, z której wynikało, że po skorygowaniu danych różnica w okresie dopuszczenia leków do obrotu wyniosła jedynie 10 dni na rzecz UE[81].

Konsekwencją wprowadzenia przedłużonego okresu ochrony patentowej jest fakt, że o 2 lata opóźnione zostanie wejście na rynek leków generycznych[82]. Co więcej, wskazuje się, że ze względu na wydłużony okres ochrony produkty lecznicze, które zostaną dopuszczone do obrotu po implementowaniu postanowień umowy CETA, będą droższe o 6,2% w okresie 7–8 lat, gdy patenty na te leki wygasną[83].

4.2. Wyłączność danych

W art. 20.29 umowy CETA znajduje się uregulowanie dotyczące wyłączności danych. W ust. 1 wspomnianego artykułu uregulowano samą instytucję wyłączności danych potrzebnych do uzyskania zezwolenia na wprowadzenie leku do obrotu, podkreślając, że jeżeli wytworzenie takich danych wiąże się ze znacznym wysiłkiem, strony zobowiązują się do ochrony tych informacji, z wyjątkiem sytuacji, gdy ich ujawnienie jest niezbędne do ochrony ogółu społeczeństwa, chyba że podjęto działania zapobiegające nieuczciwemu komercyjnemu wykorzystaniu tych informacji[84]. W ust. 2 strony postanowiły, że żaden podmiot, chyba że otrzymał zgodę podmiotu składającego informacje niejawne, nie może się na nie powoływać w procedurze uzyskania zezwolenia przez okres nie krótszy niż lat 6 od wydania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu podmiotowi, który informacje wytworzył. Co więcej, żadna ze stron nie może wydać podmiotowi, który powołuje się na już złożone informacje, pozwolenia przez okres 8 lat. Występują tutaj dwa okresy czasowe, np. producent leku generycznego nie może powoływać się na wyniki badań klinicznych leku oryginalnego, tzw. referencyjnego, w procedurze uzyskania zezwolenia dla leku generycznego przez okres 6 lat od wydania pozwolenia na wprowadzenie leku referencyjnego (okres wyłączności danych). Przez okres 8 lat od dnia wydania zezwolenia dla leku referencyjnego organ regulacyjny nie może wydać ze-

[80] P.E. Kierans, K. Wall, J. Daley, *CETA trade negotiations 2011 – drug market exclusivity in the EU and Canada*, http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1b4dc513-fb8c-4085-bf9d-a8ddcf3374fb [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

[81] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA*…, s. 3.

[82] B. Sibbald, *Brand-name*…, s. 84.

[83] Ibidem.

[84] Artykuł 20.29 Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej pomiędzy UE a Kanadą.

zwolenia producentowi leku generycznego (dodatkowe 2 lata tzw. okresu wyłączności rynkowej).

W 2006 r. Kanada wydłużyła istniejącą już w swoim prawie wyłączność danych do lat 8, z dodatkowym okresem 6 miesięcy dla leków pediatrycznych[85]. Umowa CETA nie wydłuża tego okresu, jednak z uwagi na zawarte w niej zobowiązanie gwarancji okresu ochronnego przez lat 8 Kanada niejako „zamroziła" okres ochrony w swoim prawie, uniemożliwiając dokonywanie w tej materii przyszłych zmian prawnych[86]. Co istotne, w przypadku zagadnienia wyłączności danych nie ma mowy o istniejącym na dany lek patencie. Oznacza to, że niezależnie od istniejącej ochrony patentowej wyłączność danych *de facto* uniemożliwia producentom leków generycznych wprowadzenie swoich produktów na rynek[87]. We wspomnianym już raporcie CIPC podnoszono, że okres wyłączności w Kanadzie nie jest konkurencyjny z unijnym, ponieważ UE gwarantuje 10 lat wyłączności danych[88]. Z raportu przygotowanego przez IFPMA wynika, że okres 8 lat jest jednym z najdłuższych na świecie[89].

4.3. Mechanizm powiązań patentowych

Postanowienie dotyczące mechanizmu powiązań patentowych dotyczących produktów farmaceutycznych znalazło się w art. 20.28 CETA[90]. Treść tego artykułu wydaje się zupełnie prosta – jeżeli strona w procedurze wydawania zezwolenia na dopuszczenie leku do obrotu opiera się na mechanizmie powiązań patentowych, to zapewni, aby wszyscy uczestnicy mieli równe i skuteczne prawa dochodzenia swoich roszczeń. Zarówno z punktu widzenia UE, jak i Kanady kluczowe znaczenie ma pierwsze słowo tego artykułu. Opieranie się na mechanizmie powiązań patentowych nie jest tutaj obowiązkiem, jeżeli jednak taki mechanizm występuje, strona musi zapewnić wszystkim uczestnikom postępowania równe prawa. W przypadku Ka-

[85] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA*…, s. 3.

[86] Ibidem.

[87] E.M. Iacobucci, *Canadian*…, s. 27.

[88] Ibidem. Podstawą prawną okresu wyłączności danych jest unijna dyrektywa 2001/83/WE. W Polsce postaniowienia te zostały transponowane do ustawy – Prawo farmaceutyczne z 2001 r.

[89] International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations, *Data Exclusivity: Encouraging Development of New Medicines*, Geneva 2011, https://www.ifpma.org/wp-content/uploads/2016/01/IFPMA_2011_Data_Exclusivity__En_Web.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.]. Średni okres wyłączności wynosi 5 lat, 8 lat przyjęła także Japonia. Dłuższy okres wyłączności przyjęły UE i Stany Zjednoczone na biologiczne produkty lecznicze.

[90] Artykuł 20.28 Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej.

nady oznacza to tyle, że w toku wydawania zezwolenia dla leku generycznego musi wyposażyć producenta leku referencyjnego w prawo sprzeciwu w procedurze. Jest to skutkiem tego, że w regulacjach unijnych system *patent linkage* nie występuje[91], natomiast w prawie kanadyjskim tak[92].

Zapewnienie równych praw dochodzenia roszczeń w przypadku Kanady dotyczy przyznania producentowi leku oryginalnego prawa sprzeciwu[93]. Kanadyjski system powiązań patentowych wprowadzony w 1993 r. wymaga od producenta leku generycznego udowodnienia, że patent na lek oryginalny wygasł[94]. W rezultacie, składając wniosek o wydanie zezwolenia na dopuszczenie generyku do obrotu, jego producent musi także poinformować producenta leku oryginalnego, natomiast jeżeli ten zgłosi swój sprzeciw do sądu, sąd zakaże organowi regulacyjnemu wydanie zezwolenia na okres 24 miesięcy[95]. Wstrzymanie zezwolenia wygasa: z upływem okresu, na jaki zostało ono wydane, wraz z wygaśnięciem patentu lub rozpoznaniem sprawy w sądzie, w zależności od tego, co nastąpi pierwsze[96]. Jeżeli producent generyku wygra w sądzie, producent leku oryginalnego uprawniony z patentu nie ma możliwości zaskarżenia orzeczenia, może jedynie wystąpić z osobnym powództwem o naruszenie praw z patentu[97]. Wraz z implementacją postanowień art. 20.28 CETA producent leku oryginalnego zyska prawo zaskarżenia orzeczenia sądu w procedurze wydawania zezwolenia. Rząd Kanady zapewnił producentów leków generycznych, że ma to zapobiec podwójnemu procedowaniu nad konkretnym przypadkiem[98]. Podkreśla się jednak, że ta regulacja może opóźnić wejście leku generycznego na rynek o 6–18 miesięcy[99]. Za wprowadzeniem zmian w tej dziedzinie w swoim raporcie opowiadało się także CIPC, jednakże pogląd ten spotkał się z krytyką[100].

---

[91] Komisja Europejska, *Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report Fact Sheet „Regulatory Framework"*, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/4_Regulator_framework.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.]. W UE uniemożliwiono korzystanie z mechanizmu powiązań patentowych na mocy rozporządzenia (EC) nr 726/2004 oraz dyrektywy (EC) nr 2001/83.

[92] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA*…, s. 4.

[93] B. Sibbald, *Brand-name*…

[94] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA*…, s. 3–4.

[95] Ibidem.

[96] Ibidem.

[97] Ibidem; B. Sibbald, *Brand-name*…

[98] Ibidem.

[99] Ibidem.

[100] E.M. Iacobucci, *Canadian*…, s. 19–27.

4.4. Możliwe skutki całościowe

W momencie powstawania niniejszego opracowania trudno w sposób szczegółowy wymienić skutki wprowadzenia wszystkich zmian wynikających z umowy CETA w prawach własności intelektualnej w Kanadzie, jednakże w 2011 r. przeprowadzono symulację skutków wynikających z postanowień CETA, które były wtedy znane, a zostały wprowadzone w 2010 r.[101] Zgodnie z tą symulacją, wejście na rynek leków generycznych byłoby opóźnione średnio o 3,46 lat[102]. Model, jakim posłużono się w tym badaniu, zakładał 5 lat dodatkowego okresu ochronnego, 8 lat okresu wyłączności danych i prawo sprzeciwu w systemie *patent linkage*[103]. Symulacja została następnie „zaktualizowana" o skrócony okres dodatkowej ochrony do 2 lat[104], co zmieniło wyniki badania – jeżeli wyłącznością danych zostałyby objęte jedynie leki innowacyjne, średni okres wyłączności rynkowej leków opatentowanych wyniósłby 0,98 roku, a ich roczny koszt wzrósłby o 795 mld USD[105]. Gdyby założyć wariant, w którym wyłącznością danych są objęte także leki nieinnowacyjne, opóźnienie wejścia leków generycznych wyniosłoby 2,03 lat, natomiast koszt leków chronionych patentem wzrósłby o 1 645 mln USD[106].

5. Wnioski

Jak wynika z przytoczonych rozważań, zawarte w umowie CETA postanowienia dotyczące praw własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym są typowymi postanowieniami rozszerzającymi minimalne standardy ochrony wynikające z porozumienia TRIPS. W wyniku zawarcia wspomnianej umowy znacznemu zaostrzeniu ulegną przepisy prawa patentowego dotyczącego leków. Zwiększanie ochrony praw własności przemysłowej prowadzi do monopolizacji i ograniczenia konkurencji. O ile uzasadnione wydaje się wynagradzanie wynalazców, udzielając im praw wyłącznych, o tyle zaostrzanie tej wyłączności, a tym samym monopolizacja i ograni-

[101] P. Grootendorst, A. Hollis, *The Canada-European Union Comprehensive Economic & Trade Agreement: an economic impact assesment of proposed pharmaceutical intellectual property provisions*, „Journal of Generic Medicines" 2011, no. 8, s. 81–103.

[102] Ibidem.

[103] Ibidem.

[104] J. Lexchin, M.A. Gagnon, *CETA*…, s. 4.

[105] Ibidem.

[106] Ibidem.

czanie konkurencji w sektorze farmaceutycznym wydają się posunięciem niejasnym, o negatywnych skutkach dla społeczeństwa, zwłaszcza w postaci zmniejszonego dostępu do produktów leczniczych oraz ich wysokich cen.

Analizując postanowienia o charakterze TRIPS-plus oraz np. postanowienia umowy CETA, wydaje się, że leżą one w interesie silnych producentów leków oryginalnych, którym zależy na osiągnięciu jak największych zysków oraz wzmocnieniu swojej pozycji rynkowej w stosunku do producentów leków generycznych, niestety kosztem konsumentów. Badania i symulacje przeprowadzone w Kanadzie w toku negocjacji umowy CETA wyraźnie wskazały, że wprowadzenie w życie jej postanowień spowoduje opóźnienie wejścia na rynek leków generycznych oraz zwiększy ogólny koszt leków chronionych patentami. Wydaje się to charakterystyczne dla krajów wysoko rozwiniętych, które wprowadzają silniejszą ochronę patentową leków, starając się także wywrzeć naciski na swoich partnerów handlowych w procesie negocjacji umów o wolnym handlu. W przypadku umowy CETA ostateczne skutki dla tamtejszego rynku farmaceutycznego będzie można poznać dopiero za kilka lat, jednakże prognozuje się, że wprowadzenie ochrony *sui generis*, zamrożenie ochrony wyłączności danych oraz zagwarantowanie prawa do sprzeciwu w mechanizmie powiązań patentowych może przynieść korzyści jedynie producentom leków oryginalnych.

Bibliografia

Publikacje

Barczewski M., *Prawa własności intelektualnej w Światowej Organizacji Handlu a dostęp do produktów leczniczych*, Warszawa 2013.

El-Said M.K., *TRIPS-plus, public health and performance-based rewards schemes options and supplements for policy formation in developing and least developed countries*, „American University International Law Review" 2016, no. 31 (3).

Grootendorst P., Hollis A., *The Canada-European Union Comprehensive Economic & Trade Agreement: an economic impact assessment of proposed pharmaceutical intellectual property provisions*, „Journal of Generic Medicines" 2011, no. 8 (2).

Iacobucci E.M., *Canadian intellectual property law and pharmaceuticals: Is there a need for change?*, „The Canadian Business Law Journal" 2011, no. 52 (1).

Jarman H., Koivusalo M., *Trade and health in the European Union*, [in:] *Research Handbook on EU Health Law and Policy*, eds. T.K. Hervey, C.A. Young, L.E. Biship, Cheltenham/Northhampton 2017.

Klafkowska-Waśniowska K., Sikorski R., *Przedmiotowe granice ochrony przyznanej dodatkowym świadectwem ochronnym (SPC)*, [w:] *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, T. 4, red. M. Kępiński, Warszawa 2013.

Kostański P., Żelechowski Ł., *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2014.
Lexchin J., Gagnon M.A., *CETA and pharmaceuticals: impart of the trade agreement between Europe and Canada on the cost of prescription drugs*, „Globalization and Health" 2014, no. 1.
Mercurio B., *TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, [in:] *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, eds. L. Bartels, F. Ortino, Oxford 2006.
Nowicka A., *Dodatkowe prawo ochronne*, „Studia Prawa Prywatnego" 2009, nr 3.
Pacud Ż., *Ochrona patentowa produktów leczniczych*, Warszawa 2013.
Pacud Ż., *Ochrona patentowa zastosowań medycznych*, [w:] *Rynek farmaceutyczny a prawo własności intelektualnej*, T. 4, red. M. Kępiński, Warszawa 2013.
Sell S.K., *TRIPS-Plus Free Trade Agreements and Access to Medicines*, „Liverpool Law Review" 2007, no. 28 (1).
Sibbald B., *Brand-name drug costs expected to rise under CETA*, „Canadian Medical Association Journal" 2017, no. 189 (2).
Vrins O., Schneider M., *Cross-border enforcement of intellectual property: The European Union*, [in:] *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, ed. P. Torremans, Cheltenham/Northampton 2014.

Netografia

Bill C-30, http://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-30/royal-assent [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
Canadian Intellectual Property Council, *Innovation for a Better Tomorrow: Closing Canada's Intellectual Property Gap in the Pharmaceutical Sector*, Ottawa 2011, http://www.chamber.ca/download.aspx?t=0&pid=01c1b24c-9bae-e211-8bd8-000c291b8abf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
CETA: MEPs back EU-Canada trade agreement, http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
Government of Canada, *CETA: A progressive trade agreement for a strong middle class*, http://www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/ceta-aecg/index.aspx?lang=eng [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations, *Data Exclusivity: Encouraging Development of New Medicines*, Geneva 2011, https://www.ifpma.org/wp-content/uploads/2016/01/IFPMA_2011_Data_Exclusivity__En_Web.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
Kierans P.E., Wall K., Daley J., *CETA trade negotiations 2011 – drug market exclusivity in the EU and Canada*, http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1b4dc513-fb8c-4085-bf9d-a8ddcf3374fb [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
Komisja Europejska, *CETA – Summary of the final negotiating results*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/april/tradoc_143054.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
Komisja Europejska, *EU and Canada start negotiations for economic and trade agreement*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/june/tradoc_143427.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].
Komisja Europejska, *Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report Fact Sheet „Regulatory Framework"*, http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/4_Regulator_framework.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

Komisja Europejska, *Strategy for the enforcement of intellectual property rights in Third Countries*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122636.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

Komisja Europejska, *The EU's free trade agreement with Canada and its intellectual property rights provisions*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/august/tradoc_149866.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

Komisja Europejska, *What will the EU gain from CETA?*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154331.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa pomiędzy Unią Europejską a Kanadą, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_pl.htm [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

Webb D., *CETA: the EU-Canada free trade agreement*, „House of Commons Library Briefing Paper" 2017, no. 7492, s. 3, http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7492/CBP-7492.pdf [Dostęp: 19 lipca 2017 r.].

Monika Kunicka*

Stosowanie zasady ostrożności na tle regulacji z zakresu prawa ochrony środowiska przewidzianych w Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej – CETA

Applying the precautionary principle in connection with the regulations of the environmental law envisaged in the Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA

Streszczenie: Przedmiot prezentowanego artykułu stanowią regulacje z zakresu prawa ochrony środowiska, których analiza oparta została zarówno na aspektach teoretycznych, jak i praktycznych, uwzględniających powstałe dotychczas na tym tle spory. Punktem centralnym pozostaje kwestia stosowania zasady ostrożności. Niniejsze opracowanie obejmuje w tym aspekcie porównanie obowiązujących obecnie regulacji w prawodawstwie Unii Europejskiej z regulacjami przewidzianymi w CETA.

Słowa kluczowe: CETA, zasada ostrożności, prawo ochrony środowiska

Abstract: The subject of the presented paper is the regulations of the scope of environmental protection law, the analysis of which was carried out both on the theoretical and practical aspects, taking into account the disputes. The focus of the work remains on the application of the precautionary principle. This study includes, in this respect, a comparison of the current legislation in the European Union legislation with the regulations provided for in CETA.

Key words: CETA, precautionary principle, environmental law

* Studentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

1. Wprowadzenie

Inspiracją do podjęcia tematu niniejszego artykułu stał się fakt, że tytułowa problematyka, mimo swej wagi w toczącej się dyskusji dotyczącej korzyści oraz zagrożeń, jakie niesie z sobą Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa[1], oraz dużego zainteresowania społecznego nie doczekała się jeszcze na gruncie rodzimego systemu prawnego opracowania. Głównym przedmiotem analizy niniejszego artykułu są regulacje z zakresu prawa ochrony środowiska. Punkt centralny stanowi zaś prawnoporównawcze opracowanie aktualnie obowiązującego w systemie europejskim mechanizmu stosowania zasady ostrożności i regulacji z nim związanych oraz rozwiązań legislacyjnych przewidzianych w CETA.

2. Zasada ostrożności i mechanizm jej stosowania

W świetle obowiązujących regulacji prawnych zasada ostrożności stanowi swego rodzaju zaporę bezpieczeństwa, umożliwiającą szybką reakcję w obliczu możliwego zagrożenia dla zdrowia ludzi, zwierząt lub rozwoju roślin. W sytuacji gdy na podstawie dostępnych danych naukowych nie można dokonać pełnej, realnej oceny konkretnego zagrożenia, zastosowanie analizowanej zasady pozwala zapobiec dystrybucji produktów bądź surowców, które potencjalnie mogą stwarzać zagrożenie w poszczególnych dziedzinach, w tym m.in. w zakresie środowiska naturalnego[2]. Zasadę ostrożności przywołujemy, gdy zjawisko, produkt lub działanie może stanowić potencjalne zagrożenie, zidentyfikowane w ramach naukowej i obiektywnej oceny, jeżeli ocena taka nie pozwala na określenie z wystarczającą pewnością tego zagrożenia, a co za tym idzie przywołanie tej zasady wpisuje się w ogólne ramy analizy zagrożeń, która poza oceną obejmuje także zarządzanie zagrożeniami i komunikację zagrożeń, a ściślej w ramy zarządzania zagrożeniami, które odnoszą się do etapu podejmowania decyzji. W procesie stosowania przedmiotowej zasady podejmowana jest także decyzja co do wyboru proporcjonalnego

[1] Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa pomiędzy UE a Kanadą (*Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA between Canada, of the one part, and the European Union*), podpisana 30 października 2016 r., T.j. Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017.

[2] Komunikat Komisji Europejskiej dotyczący stosowania zasady ostrożności (KOM (2000) 1. wersja ostateczna z dnia 2 lutego 2000 r.), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=LEGISSUM:l32042 [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

do poziomu zagrożenia środka ostrożności, możliwe jest również przyjęcie kilku kategorii środków jednocześnie. Zainteresowanym stronom przysługuje uprawnienie do zapoznania się z ostatecznymi wynikami naukowej oceny zagrożeń oraz z możliwościami stosowania poszczególnych środków ostrożności. Należy podkreślić, że zasada ostrożności może być stosowana jedynie w uzasadnionych przypadkach, a co za tym idzie wyłącznie w sytuacjach realnej możliwości wystąpienia określonego zagrożenia na skutek importu pewnych dóbr, nie zaś w celu uzasadnienia arbitralnej decyzji o odmowie dystrybucji danej kategorii produktów[3].

Zastosowanie zasady ostrożności jest uzasadnione, jeżeli spełnione zostały trzy wstępne warunki:
– zidentyfikowano potencjalne negatywne skutki, jakie może wywołać dystrybucja określonych produktów,
– przeanalizowano dostępne dane naukowe, aby wskazać realną możliwość wystąpienia wymienionych negatywnych skutków w związku z dystrybucją określonych produktów,
– po przeprowadzeniu wskazanej wcześniej analizy nie ma jednoznacznej pewności naukowej w zakresie wywołania negatywnych skutków przez dystrybucję określonych produktów.

3. Regulacja zasady ostrożności w systemie prawnym Unii Europejskiej

W świetle doniosłej roli, jaką w procesie analizy zagrożeń odgrywa zasada ostrożności, warunkiem koniecznym zagwarantowania w obszarze negocjacji międzynarodowych odpowiedniego poziomu ochrony m.in. środowiska naturalnego stało się uregulowanie mechanizmu stosowania zasady ostrożności w sposób na tyle precyzyjny, by mógł on efektywnie funkcjonować na poziomie międzynarodowym.

W ślad za tym podstawę stosowania zasady ostrożności na arenie międzynarodowej stanowi obecnie art. 191 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej[4]:

[3] J. Szymanek, *Opinia na temat, czy podpisana 14 września 2015 r. w Rzymie deklaracja „Większa integracja europejska: droga naprzód" powinna zostać podpisana, odrzucona czy też należy dążyć do wprowadzenia do jej tekstu zmian*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu" 2016, R. 13, 2 (50), ISSN 2082-064X.

[4] Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. 2009, nr 203, poz. 1569.

„1. Polityka Unii w dziedzinie środowiska naturalnego przyczynia się do osiągnięcia następujących celów:
   – zachowania, ochrony i poprawy jakości środowiska;
   – ochrony zdrowia ludzkiego;
   – ostrożnego i racjonalnego wykorzystywania zasobów naturalnych;
   – promowania na płaszczyźnie międzynarodowej środków zmierzających do rozwiązywania regionalnych lub światowych problemów w dziedzinie środowiska, w szczególności zwalczania zmian klimatu.
2. Polityka Unii w dziedzinie środowiska stawia sobie za cel wysoki poziom ochrony, z uwzględnieniem różnorodności sytuacji w różnych regionach Unii. Opiera się na zasadzie ostrożności oraz na zasadach działania zapobiegawczego, naprawiania szkody w pierwszym rzędzie u źródła i na zasadzie zanieczyszczający płaci.
   W tym kontekście środki harmonizujące odpowiadające wymogom w dziedzinie ochrony środowiska obejmują, w odpowiednich przypadkach, klauzulę zabezpieczającą, która pozwala Państwom Członkowskim na podejmowanie, z pozagospodarczych względów związanych ze środowiskiem, środków tymczasowych, podlegających unijnej procedurze kontrolnej.
3. Przy opracowywaniu polityki w dziedzinie środowiska naturalnego Unia uwzględnia:
   – dostępne dane naukowo-techniczne;
   – warunki środowiska naturalnego w różnych regionach Unii;
   – potencjalne korzyści i koszty, które mogą wynikać z działania lub zaniechania działania;
   – gospodarczy i społeczny rozwój Unii jako całości i zrównoważony rozwój jej regionów.
4. W zakresie swoich odpowiednich kompetencji Wspólnota i Państwa Członkowskie współpracują z państwami trzecimi i właściwymi organizacjami międzynarodowymi.
   Warunki współpracy Unii mogą stanowić przedmiot umów między Unią i zainteresowanymi stronami trzecimi.
   Poprzedzający akapit nie narusza kompetencji Państw Członkowskich do negocjowania w organach międzynarodowych i zawierania umów międzynarodowych".

Rozwinięcie wskazanej w pkt. 2 art. 191 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zasady ostrożności stanowi komunikat Komisji z dnia 2 lutego 2000 r.[5], który określa wspólnotowe wytyczne dotyczące stosowania tejże zasady.

[5] Communication from the Commission on the precautionary principle (COM/2000/0001 final- 52000DC0001), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:52000DC0001 [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Praktyka międzynarodowa dowodzi, że w okresie obowiązywania wskazanych powyżej aktów uregulowany przez nie mechanizm stosowania zasady ostrożności działał z zadowalającą skutecznością.

4. Wspólnotowe wytyczne

Na podstawie wymienionych regulacji można wskazać trzy fundamentalne wytyczne, leżące u podstaw stosowania mechanizmu zasady ostrożności, stanowiące niejako uzupełnienie prezentowanych wcześniej warunków wstępnych:
– stosowanie zasady winno być poparte możliwie najpełniejszą oceną naukową;
– wyżej wymieniona ocena powinna możliwie precyzyjnie określać stopień niepewności naukowej co do wywołania przez dystrybucję określonych dóbr negatywnych skutków;
– podjęcie każdego działania winno znajdować uzasadnienie w bilansie zysków i strat, jakie pociąga za sobą określona akcja bądź też jej zaniechanie.

W procesie stosowania zasady ostrożności, poza przedstawionymi, zastosowanie znajdują także tzw. zasady ogólne:
– podejmowane środki ochrony muszą być proporcjonalne do docelowego poziomu ochrony generalnej;
– środków nie należy stosować w sposób dyskryminacyjny;
– stosowanie środków musi opierać się na zasadzie równości, a co za tym idzie muszą być one zgodne ze środkami przyjętymi w podobnych sytuacjach, opierającymi się na podobnym podejściu;
– potencjalne zalety i wady stosowania bądź zaniechania określonych środków muszą zostać poddane analizie;
– wobec upływu czasu i stałego postępu nauki wnioski płynące z wymienionej analizy winny być na bieżąco aktualizowane.

5. Ciężar dowodu

Ważka pozostaje kwestia rozkładu ciężaru dowodu przewidzianego w mechanizmie stosowania zasady ostrożności. Ciężar dowodu nie spoczywa bowiem na tym, kto twierdzi, lecz na stronie przeciwnej. Upraszczając,

to nie osoba powołująca się na negatywne skutki określonego produktu musi udowodnić jego szkodliwość, lecz producent, wytwórca bądź importer winien wykazać jego bezpieczeństwo. Na szczególną uwagę zasługuje rozwiązanie, na mocy którego na producenta, wytwórcę bądź importera jeszcze przed wprowadzeniem określonego produktu na rynek może zostać nałożony obowiązek wykazania braku zagrożenia związanego z oferowanym dobrem. Rozwiązanie to niewątpliwie uznać należy za prośrodowiskowe, stanowi ono swego rodzaju dodatkową barierę przed wprowadzaniem na rynek produktów, których stosowanie wiąże się z potencjalnym ryzykiem, a co za tym idzie jest dodatkowym buforem bezpieczeństwa przewidzianym przez prawo ochrony środowiska.

6. Rozporządzenie REACH

Znamienny przejaw powoływania zasady ostrożności w prawodawstwie Unii Europejskiej stanowią regulacje przewidziane w rozporządzeniu REACH – *Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals* (Rejestracja, ocena, udzielanie zezwoleń i stosowane ograniczenia w zakresie chemikaliów)[6]. Rozporządzenie REACH weszło w życie z dniem 1 czerwca 2007 r. i z założenia miało się przyczyniać do bardziej efektywnej ochrony środowiska i zdrowia człowieka przed zagrożeniami, jakie mogą stanowić substancje chemiczne, przy jednoczesnym zwiększeniu konkurencyjności unijnego sektora chemikaliów. Regulacje przewidziane przez REACH znajdują zastosowanie w procesie oceny większości substancji chemicznych – nie tylko tych stosowanych w procesach przemysłowych, ale również tych wykorzystywanych w życiu codziennym – środków czyszczących, farb, a także składników wyrobów, takich jak: odzież, meble i urządzenia elektryczne.

Konsekwencją oparcia rozporządzenia na mechanizmie stosowania zasady ostrożności jest także analogiczna regulacja w zakresie rozkładu ciężaru dowodu. Rozporządzenie stanowi wprost, że ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorstwach oferujących określone produkty. Zgodnie z kryteriami rozporządzenia REACH, przedsiębiorstwa muszą na bieżąco identyfikować

[6] Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE, Dz.Urz. L 396, 30 grudnia 2006.

i kontrolować ryzyko związane z poszczególnymi produkowanymi przez nie substancjami, które pretendują do wprowadzenia na rynek europejski. Producenci, wytwórcy oraz importerzy obowiązani są wykazać, że określona substancja może być bezpiecznie stosowana, a także poinformować użytkowników o możliwości stosowania poszczególnych środków bezpieczeństwa w celu zmniejszenia prawdopodobieństwa wystąpienia potencjalnych zagrożeń.

W przypadku niespełnienia przez daną substancję wymogów określonych w rozporządzeniu REACH przewiduje ono kilka możliwości ograniczenia stosowania danej substancji, m.in.: zastąpienie substancji mniej ryzykownym zamiennikiem, podjęcie decyzji o ograniczeniu stosowania określonej substancji, wprowadzenie obowiązku uzyskania zezwolenia na stosowanie danego produktu bądź też wydanie całkowitego zakazu stosowania określonej substancji[7].

7. Artykuł 24.8 CETA *Informacje naukowe i techniczne*

Mechanizm stosowania zasady ostrożności na grunt umowy CETA w założeniu transponować ma art. 24.8 zatytułowany *Informacje naukowe i techniczne*, który stanowi:

„1. Każda ze Stron, podczas opracowywania i wdrażania środków dotyczących ochrony środowiska, które mogą mieć wpływ na handel lub inwestycje między Stronami, bierze pod uwagę odpowiednie informacje naukowe i techniczne oraz powiązane normy międzynarodowe, wytyczne lub zalecenia.

2. Strony uznają, że w przypadku zagrożenia poważną lub nieodwracalną szkodą nie można powoływać się na brak całkowitej pewności naukowej jako na powód uzasadniający odroczenie wprowadzenia środków zapobiegających degradacji środowiska, które są racjonalne pod względem kosztów".

Szczegółowa analiza wskazanej regulacji prowadzi jednak do wniosku, że wprowadza ona mechanizm odwrotny do stosowanego dotychczas w Europie. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że art. 24.8 reguluje proces wdrażania i opracowywania środków ochrony środowiska, a nie importu potencjalnie niebezpiecznych produktów. Regulacja ta, podobnie jak zasada ostrożności, odnosi się do informacji naukowych i technicznych i porusza

[7] Komunikat Krajowego Centrum Informacji w Polsce: REACH, *Ograniczenia produkcji, wprowadzania do obrotu i stosowania niektórych niebezpiecznych substancji, mieszanin i wyrobów*, https://reach.gov.pl/reach/pl/ograniczenia/reach/ [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

problem „braku całkowitej pewności naukowej". Biorąc jednak powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że ów brak pewności naukowej jako jedna z przesłanek stosowania mechanizmu zasady ostrożności odnosi się do ryzyka, jakie może nieść z sobą import określonego dobra. Gdy informacje naukowe i techniczne nie dają nam całkowitej pewności co do zagrożenia dla środowiska, z jakim może się wiązać wprowadzenie określonego surowca, zasada ostrożności uniemożliwia jego import. Tymczasem art. 24.8 pozwala na natychmiastowe wprowadzenie środków ochrony środowiska w przypadku ryzyka zagrożenia poważną lub nieodwracalną szkodą, nawet w sytuacji, gdy informacje naukowe i techniczne nie dają całkowitej pewności co do jej wystąpienia.

Bez wątpienia celem wprowadzenia obydwu analizowanych regulacji jest ochrona środowiska naturalnego. Co więcej, można wskazać, że art. 24.8 Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej stanowi poszerzenie zakresu stosowania mechanizmu zasady ostrożności. Dzięki tej regulacji, w przypadku braku całkowitej pewności naukowej co do prawdopodobieństwa wystąpienia określonego zagrożenia dla środowiska naturalnego związanego nie tylko z importem określonych produktów, ale w jakikolwiek sposób powiązanego z handlem bądź inwestycjami pomiędzy stronami umowy, będzie można prewencyjnie zastosować odpowiednie środki ostrożności[8]. Jednakże wykładnia przytoczonej regulacji pozwala zauważyć, że przepis ten nie wprowadza obowiązku stosowania go w trakcie importu określonych dóbr, a co za tym idzie nie nakłada na importera obowiązku wykazania, że wprowadzenie danego produktu nie wiąże się z ryzykiem zagrożenia dla środowiska naturalnego, jak czyni to mechanizm zasady ostrożności. Ponadto nie bez znaczenia pozostaje także mało precyzyjne określenie „zagrożenie poważną bądź nieodwracalną szkodą", nie sposób bowiem jednoznacznie wykazać, czym miałaby się charakteryzować taka szkoda. Co więcej, godzi się zauważyć, że środki, o których stanowi art. 24.8 CETA, mają służyć zapobieganiu degradacji środowiska. Niejasny w tej kwestii pozostaje zatem stosunek pomiędzy zakresem pojęciowym wszelkich środków służących ochronie środowiska naturalnego a zakresem pojęciowym środków wyłącznie zapobiegających jego degradacji. W przeciwieństwie do zasady ostrożności, regulacja przewidziana w Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej wprowadza także cenzus finansowy, zgodnie z którym art. 24.8 CETA znajdzie zastosowanie wyłącznie do takich środków, których stosowanie jest racjonalne pod względem kosztów. Wobec tego oczywiste jest, że interpretacja i późniejsze stosowanie regulacji z zakresu art. 24.8 CETA nie

[8] Komunikat Europejskiego Portalu Integracji i Rozwoju, *Ochrona środowiska naturalnego*, http://europejskiportal.eu/ochrona-srodowiska-naturalnego [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

należą do zadań łatwych i nie stawiają jej w pozycji równoważnej z obowiązującą obecnie regulacją zasady ostrożności.

W świetle analizowanej problematyki niebagatelne znaczenie mają rozwiązania wprowadzone w tym zakresie przez prawodawstwo kanadyjskie. W praktyce stosowanie zasady ostrożności w Kanadzie ma miejsce w znacznie ograniczonym zakresie. Dowodem niestosowania przedmiotowej zasady jest m.in. przeprowadzona w 2015 r. przez Kontrolera Generalnego Kanady kontrola *Pest Management Regulatory Agency* (PMRA), która ujawniła, że w żadnym z pięciu skontrolowanych obszarów PMRA nie wypełnia swojego mandatu wynikającego z ustawy o produktach do dezynsekcji w zakresie ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i środowiska. PMRA wciąż wydaje „warunkowe" zaświadczenia o rejestracji, na mocy których przedsiębiorcy mogą wprowadzać produkty na rynek przed ukończeniem przez PMRA procedury oceny ryzyka[9].

8. Zasada ostrożności a mechanizm rozwiązywania sporów ICS

Wobec przedstawionych wcześniej rozbieżności z dużym prawdopodobieństwem przewidywać można, że wprowadzenie w życie regulacji przewidzianych w CETA w chwili obecnej stanie się zarzewiem konfliktów na skutek praktycznego stosowania równocześnie obowiązujących, a sprzecznych z sobą reżimów prawnych. W świetle przewidzianego w rozdziale 29 CETA mechanizmu rozwiązywania sporów ICS (*Investment Court System*) wydaje się, że optymalnym sposobem rozwiązania potencjalnego sporu, powstałego na gruncie rozbieżności pomiędzy przewidzianą w systemie Unii Europejskiej zasadą ostrożności a regulacjami obowiązującymi w Kanadzie i przewidzianymi w CETA, będzie jego rozstrzygnięcie przez przewidziany w art. 29.6 CETA trybunał arbitrażowy. Należy zauważyć, że pomimo nieco odmiennej regulacji zasad funkcjonowania tegoż trybunału od powszechnie we wcześniejszych umowach (m.in. NAFTA – *North American Free Trade Agreement*) przyjmowanego mechanizmu ISDS (*Investor State Dispute Settlement*), przepisy te nadal nie stanowią gwarancji uznawania przez inne

[9] Raport: The Council of Canadians, *Bezpieczeństwo żywności, rolnictwo i współpraca regulacyjna według Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Kanadą a UE (CETA)*, https://canadians.org/sites/default/files/publications/report-ceta-food-safety-polish.pdf [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

podmioty obowiązującej w Unii Europejskiej zasady ostrożności[10]. Znamiennym przykładem potwierdzającym prezentowaną tezę jest spór Wspólnoty Europejskiej o stosowanie hormonów (tzw. *EC – Hormones*)[11], który wyraźnie pokazuje trudności w przedmiocie gwarancji utrzymania zasady ostrożności w sporze pomiędzy inwestorem a państwem.

9. Ochrona zasady ostrożności a współpraca regulacyjna

Nie bez znaczenia dla rozważań nad możliwością ochrony obowiązującej obecnie w systemie europejskim zasady ostrożności jest przewidziany w ramach CETA system „współpracy regulacyjnej". Rozdział 21 CETA przewiduje bowiem powstanie Forum Współpracy Regulacyjnej, które analizować będzie aktualne i przewidywane inicjatywy regulacyjne. Uruchomi to proces, w którym urzędnicy rządowi będą informować się wzajemnie o zmianach regulacyjnych i konsultować się w tym zakresie. W rezultacie tego dialogu systemowego będą podejmowane wysiłki, aby ograniczyć możliwość równoczesnego obowiązywania sprzecznych z sobą regulacji i sprawić, by były one efektywne i jak najmniej rozbudowane. W dialogu tym będą mogli brać udział przedstawiciele branż i grup interesów po obu stronach Atlantyku.

Jednak analiza układu NAFTA po raz kolejny potwierdza, że mało prawdopodobne jest, by organizacje pozarządowe i społeczeństwo obywatelskie mogły być w ogóle zaangażowane w ten proces, a jeśli nawet, to zapewne nie na równych prawach z przedsiębiorcami. W tym zakresie uwagę należy skupić przede wszystkim na widocznych, fundamentalnych różnicach w priorytetach. Jak zasadnie twierdzi międzynarodowe stowarzyszenie *Association internationale de techniciens, experts et chercheurs*, „To, co przedsiębiorstwa i ich sprzymierzeńcy uważają za bariery w handlu, my uważamy za sanitarne, ekologiczne, przemysłowe i techniczne normy i regulacje określone dzięki naszej wspólnej woli"[12].

---

[10] K. Brudzińska, M. Rostowska, *Północnoamerykańskie układy o wolnym handlu: od NAFTA do TPP i TTIP*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych" 18 lutego 2014, nr 19 (1131), PISM.

[11] M. Grącik-Zajączkowski, *Spory handlowe Unii Europejskiej i USA w ramach WTO*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe" 2014, R. 11, nr 2.

[12] Raport: The Council of Canadians, *Bezpieczeństwo żywności, rolnictwo i współpraca regulacyjna według Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Kanadą a UE (CETA)*, https://canadians.org/sites/default/files/publications/report-ceta-food-safety-polish.pdf [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

Jedną z proponowanych form współpracy regulacyjnej przewidzianej w CETA jest Mechanizm Wzajemnego Uznawania, który reguluje sposób, w jaki produkty są wprowadzane na rynek UE bądź Kanady. W dwustronnym porozumieniu wzajemne uznawanie oznacza określenie, czy normy jednego państwa powinny być uznawane za równoważne z normami drugiego państwa. Słusznie wykazuje się w tej mierze obawę, że grupy interesu mogą wykorzystać przepis art. 21.4 CETA w celu lobbingu, by europejskie normy zostały zharmonizowane i zrównane z normami obowiązującymi na konkurencyjnych rynkach, aby zapewnić tzw. równe zasady gry, co może stanowić realne zagrożenie dla stosowania zasady ostrożności.

10. Podsumowanie

Analiza zagrożeń i szans, jakie niesie z sobą Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa CETA oraz ocena zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich skutków regulacji w niej zawartych pozwalają sformułować wnioski, że dysonans pomiędzy obecnie obowiązującymi w systemie europejskim mechanizmami a instytucjami uregulowanymi w CETA stwarza realne możliwości podważania przesłanek stosowania kluczowej w europejskim systemie prawa ochrony środowiska zasady ostrożności, a co za tym idzie – zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie zagrożenie dla środowiska naturalnego państw Europy.

Bibliografia

Publikacje

Brudzińska K., Rostowska M., *Północnoamerykańskie układy o wolnym handlu: od NAFTA do TPP i TTIP*. „Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych" 2014, 18 lutego, nr 19 (1131), PISM.

Grącik-Zajączkowski M., *Spory handlowe Unii Europejskiej i USA w ramach WTO*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe" 2014, R. 11, nr 2.

Szymanek J., *Opinia na temat, czy podpisana 14 września 2015 r. w Rzymie deklaracja „Większa integracja europejska: droga naprzód" powinna zostać podpisana, odrzucona czy też należy dążyć do wprowadzenia do jej tekstu zmian"*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu" 2016, R. 13, 2(50), ISSN 2082-064X.

Akty międzynarodowe

Communication from the Commission on the precautionary principle (COM/2000/0001 final- 52000DC0001), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:52000DC0001 [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Europejski Portal Integracji i Rozwoju: Komunikat, *Ochrona środowiska naturalnego*, http://europejskiportal.eu/ochrona-srodowiska-naturalnego [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa pomiędzy UE a Kanadą (*Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA between Canada, of the one part, and the European Union*), podpisana 30 października 2016 r. T.j. Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017.

Komunikat Komisji Europejskiej dotyczący stosowania zasady ostrożności (KOM (2000) 1. wersja ostateczna z dnia 2 lutego 2000 r.), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=LEGISSUM:l32042 [Dostęp: 1 kwietnia 2017 r.].

Krajowe Centrum Informacji w Polsce, Komunikat: REACH, *Ograniczenia produkcji, wprowadzania do obrotu i stosowania niektórych niebezpiecznych substancji, mieszanin i wyrobów*, https://reach.gov.pl/reach/pl/ograniczenia/reach/ [Dostęp: 15 marca 2017 r.].

Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniające dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE, Dz.Urz. UE L 396, 30 grudnia 2006.

The Council of Canadians – Raport, *Bezpieczeństwo żywności, rolnictwo i współpraca regulacyjna według Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Kanadą a UE (CETA)*, https://canadians.org/sites/default/files/publications/report-ceta-food-safety-polish.pdf [Dostęp: 2 marca 2017 r.].

Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. 2009, nr 203, poz. 1569.

Arkadiusz Nalepka*

CETA a uwarunkowania rynku pracy – zagrożenie czy szansa

CETA and labour market conditions – a threat or a Chance

Streszczenie: Na wstępie autor artykułu przedstawia postanowienia umowy CETA w przedmiocie ochrony pracy, by w dalszej kolejności skonfrontować je z obawami partnerów społecznych po obu stronach Atlantyku. Szczególną uwagę zwraca na mechanizm ochrony inwestycji w kontekście praw pracowniczych, wskazując na potencjalne korzyści i zagrożenia projektowanego stanu prawnego.

Słowa kluczowe: CETA, prawo pracy, rynek pracy, bezpośrednie inwestycje zagraniczne

Abstract: This article begins with description of CETA provisions in the matter of labour protection, to – subsequently – confront them with the concerns of the social partners from both sides of the Atlantic Ocean. The author mostly focuses on investment protection in context of protection of the employees' rights pointing out potential benefits and threats of the proposed legal status.

Key words: CETA, labour law, labour market, foreign direct investment

Chociaż umowa CETA w głównej mierze dotyczy sytuacji prawnej przedsiębiorców Unii Europejskiej oraz Kanady, odnosi się także do sfery pracowniczej. Naturalnie bowiem za kapitałem podąża praca.

Według danych przedstawionych przez Komisję Europejską, umowa CETA miała pobudzić rynek pracy, stwarzając nowe miejsca pracy, a zarazem ułatwić pracownikom dostęp do pracy po drugiej stronie Atlantyku[1]. Zatem dziwią stanowiska poselskie wyrażone w interpelacjach, że wpływ umowy CETA na sytuację rynku pracy będzie jedynie marginalny[2].

* Mgr, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

[1] Memorandum Komisji Europejskiej, *Zestawienie informacji*, Bruksela 2016, s. 1–3.

[2] Odpowiedź Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej na interpelację nr 6587, udzielona 20 października 2016 r.

1. Konwencja o prawach pracowniczych

Już w samej preambule umowy CETA oraz pierwszych przepisach dotyczących handlu i pracy znajdują się istotne postanowienia dotyczące poszanowania i egzekwowania odpowiednich przepisów z zakresu prawa pracy oraz ochrony środowiska. Preambuła nakłada na strony umowy jej realizację w sposób zgodny z egzekwowaniem odpowiednich przepisów prawa pracy i ochrony środowiska, jednocześnie przyczyniając się do wzrostu poziomu ochrony w obu tych sferach.

Wskazówki co do intencji stron Konwencji zawiera wspólny instrument interpretacyjny dotyczący Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi[3]. W punkcie ósmym dokument ten powtórnie zawiera zobowiązanie stron do poprawy przepisów ustawowych i polityk w celu zapewnienia odpowiedniego zabezpieczenia praw pracowniczych. Zakazano również ożywiania środowiska inwestycyjnego przez zliberalizowanie prawa pracy i osłabienie pozycji pracowników.

Jednakże dla omawianej tematyki najistotniejsze znaczenie ma rozdział dwudziesty trzeci – handel i praca. Artykuł pierwszy rzeczonego rozdziału wyraża uznanie dla wartości pracy i relacji handlu międzynarodowego do tworzenia pełnego i produktywnego zatrudnienia oraz dialogu społecznego, przy jednoczesnym zobowiązaniu do wsparcia tego dialogu.

Należy postawić pytanie, czy faktycznie CETA realizuje założone aksjomaty. W dotychczasowych publikacjach poświęconych zagadnieniu zmian rynku pracy wobec umowy CETA akcentuje się samą treść umowy, wskazuje na zobowiązania stron w zakresie poprawy sytuacji pracowniczej i podnoszenia standardów pracy[4], jednakże bez szerszego rozpoznania problemu na tle obaw i możliwych implikacji.

W art. 23.1 i 23.3 CETA wyrażone zostały zobowiązania do przestrzegania zarówno krajowych, jak i międzynarodowych norm prawa pracy, w szczególności w kontekście dziedzictwa Międzynarodowej Organizacji Pracy (zwłaszcza konwencji przyjętych na 86. i 97. sesji MOP, ze szczególnym uwzględnieniem programu godnej pracy), przede wszystkim w zakresie: bezpieczeństwa i higieny pracy, zniesienia pracy przymusowej czy też obowiązkowej, likwidacji pracy dzieci, minimalnych norm zatrudnienia oraz zniesienia dyskryminacji. Ponadto strony wzięły na siebie obowią-

[3] Dz.Urz. UE L 2017, nr 11, s. 3.

[4] L., *Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA*, University of Cambridge – Faculty of Law February 2017, s. 1–16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2912856 [Dostęp: 23 lutego 2017 r.].

zek dołożenia wszelkich starań w celu ratyfikacji kolejnych konwencji MOP[5].

Jednocześnie strony zobowiązały się do podnoszenia poziomu ochrony pracy i przepisów BHP (art. 23.2 oraz art. 23.3.3 CETA). W przedmiotowym rozdziale zostały także zamieszczone postanowienia zobowiązujące strony do wdrożenia systemu ochrony administracyjnej i sądowej oraz pogłębiania świadomości społecznej (art. 23.5 oraz art. 23.6). CETA „nie zapomina" również o krajowych porządkach prawa pracy, w art. 23.3.1 bowiem nakłada na strony obowiązek przestrzegania swoich wewnętrznych porządków omawianej gałęzi prawa.

Doniosłego znaczenia nabiera art. 23.4 CETA, zgodnie z którym „Strony uzgadniają, że niewłaściwe jest pobudzanie handlu lub inwestycji poprzez osłabianie lub obniżanie poziomów ochrony przewidzianych w ich przepisach i normach prawa pracy". Punkt ten niemal powtarza stanowisko wyrażone we wspólnym instrumencie interpretacyjnym[6]. Przytacza bowiem powtórnie myśl, że zgodnie z konwencją niedopuszczalne jest pobudzanie inwestycji przez zliberalizowanie prawa pracy, jak również zwolnienie z obowiązku stosowania norm prawa pracy czy chociażby oferowanie podobnej ulgi.

Istotne postanowienia zawiera również art. 7 rozdziału 23 umowy. Państwa zostały także zobowiązane do współpracy w zakresach wymiany informacji co do stosowanych przez nie najlepszych praktyk, udostępniania odpowiednich przepisów prawa, współpracy na forach międzynarodowych oraz promowania i stosowania zasad pracy.

Równocześnie, na mocy postanowień umowy CETA, mają zostać wyznaczone urzędy stanowiące punkty kontaktowe oraz wdrażające postanowienia umowy [dalej: punkty kontaktowe]. Organy te właściwe są również w sprawach konsultacji pomiędzy stronami umowy odnośnie do każdej

[5] Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, 2016, § 8 b), Annexed to EU Council Doc 13541/16, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf/ [Dostęp: 22 lutego 2017 r.].

Warto zwrócić uwagę, że Kanada nie ratyfikowała konwencji ratyfikowanych na 98. sesji MOP, dotyczącej stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych, jednakże, stosownie do pkt. 8 c) wspólnego instrumentu interpretacyjnego, poczyniła starania w sprawie jej ratyfikacji. Tym samym możliwe jest, że wszystkie podstawowe konwencje MOP będą – w pewnej perspektywie czasowej – obowiązywać we wszystkich państwach-stronach umowy.

[6] Na marginesie warto zauważyć, że w tekście konwencji nie znajduje się sankcja za naruszenie tego obowiązku. Sankcja taka wypływa natomiast ze wspólnego instrumentu interpretacyjnego. Według jego pkt. 8 a), w razie zliberalizowania prawa pracy rządy „mogą temu zaradzić niezależnie od tego, czy wpłynie to negatywnie na inwestycję lub oczekiwania inwestora co do zysku".

kwestii dotyczącej rozdziału dwudziestego trzeciego[7]. Widoczne jest dążenie stron do informowania siebie nawzajem o właściwych przepisach prawa pracy i polubowne rozwiązywanie wątpliwości interpretacyjnych w trybie przewidzianym umową CETA.

W kontekście praw pracowniczych warto zwrócić także uwagę na rozdział jedenasty umowy CETA, na mocy którego strony zobowiązują się do wzajemnego uznawania swoich kwalifikacji zawodowych.

Pierwsza lektura powołanych postanowień Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między UE a Kanadą utwierdza w przekonaniu, że jej cel na tle uwarunkowań rynku pracy zostanie osiągnięty. Przyjmuje się bowiem i oficjalnie ogłasza, że CETA ma dopomóc w stworzeniu nowych miejsc pracy, czemu ma służyć ułatwienie kontaktów handlowych, oraz umożliwi migrację pracowników – a przede wszystkim przedsiębiorców – z państw leżących po obu stronach Atlantyku[8].

2. Obawy partnerów społecznych

Warto jednak zwrócić uwagę na stanowisko znaczących partnerów w dialogu społecznym – zarówno ogólnoeuropejskich[9], jak i kanadyjskich związków zawodowych[10] reprezentujących zbiorowe prawa pracowników. Związki zawodowe wskazują na szereg problemów związanych z sytuacją prawną oraz faktyczną pracowników. Przede wszystkim dostrzegają, że CETA zachęca, a nie wymaga, by państwa przestrzegały konwencji MOP. Nie można więc mówić o pewności sytuacji socjalnej pracowników w razie sprzeczności którejkolwiek konwencji MOP z CETA, tym bardziej, że CETA nie zawiera postanowienia o prymacie lub niesprzeczności którejkolwiek konwencji MOP z jej postanowieniami[11].

---

[7] Następnym etapem rozstrzygania wątpliwości, jakie narosły wokół rozdziału 23. CETA, jest powołanie trzyosobowej komisji ekspertów, według art. 10 niniejszego rozdziału.

[8] Por. A. Giodesen Thystrup, G. Unuvar, *A Waiver for Europe? CETA's Trade Services and Investment protection Provisions and Their Legal-Political Implications on regulatory competence*, [in:] *International Economic Law: Contemporary Issues*, eds. G. Adinolfi, F. Baetens, J. Caiado, A. Lupone, A.G. Micara, Springer 2016, s. 43.

[9] Joint letter on CETA from European Trade Union Federations, Brussels, 22 grudnia 2016.

[10] Na przykład kanadyjski centralny związek zawodowy NUPGE, M. Peng, K. Meyer, *International Business*, Cengae Learning 2016, s. 538.

[11] Znanymi z art. 30 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r.

Umowa CETA nie podaje ponadto żadnego skutecznego mechanizmu egzekwowania praw pracowniczych, co podkreślają kanadyjskie związki zawodowe. Wcześniej wskazane procedury dotyczą kwestii zastosowania konwencji[12], mają charakter ogólny, raczej na poziomie wykładni przepisów i wzajemnego informowania[13], nie stanowią natomiast podstaw międzynarodowej współpracy w zakresie poprawy sytuacji pracowników i egzekwowania ich praw[14].

Wiele obaw budzi też ryzyko zjawiska znanego już w Unii Europejskiej, w szczególności w odniesieniu do pracowników delegowanych do innych krajów, tj. dumpingu socjalnego[15]. Podejście to definiowane jest zgodnie z zasadą: „gdy zagraniczny dostawca usług zapewnia mniej niż miejscowi przedsiębiorcy, gdyż ich warunki pracy są niższe"[16]. Kwestia ta nabiera doniosłego znaczenia w kanadyjsko-europejskich stosunkach pracowniczych, biorąc pod uwagę różnice występujące na rynkach pracy po obu stronach Adriatyku.

Spośród wszystkich krajów G7 Kanada odnotowała najbardziej znaczącą poprawę rynku pracy od 2006 r. Na drugim miejscu uplasowały się Niemcy, na czwartym Francja, a na ostatnim – Włochy[17]. Chociaż w Kanadzie nie ustala się centralnie płac minimalnych, w poszczególnych prowincjach są one do siebie zbliżone. Wahają się w granicach od 10,5 CAD do 13 CAD[18], w przeliczeniu od 1,811 2 CAD do 2,253 33 CAD miesięcznie[19]. Natomiast w Unii Europejskiej minimalne stawki pracownicze wynoszą od 235 euro do 2 tys. euro miesięcznie[20]. Stwarza to szerokie pole do nadużyć po obu

[12] Odmiennie M. Merkes, *Governance gospodarczy – studium prawnomiędzynarodowe*, Legalis 2016.

[13] Tożsamy wniosek wynika z pkt. 8 c) wspólnego instrumentu interpretacyjnego.

[14] Nie sądzę, aby był to zarzut w pełni zasadny. Kwestie jurysdykcji czy też ochrony socjalnej pracowników są bowiem ujęte w innych aktach prawnych.

[15] Por. European Parliament, *Directorate general for internal policies Policy department, economic and scientific policy Posting of workers directive, current situation and challenges*, Brussels 2016, s. 7.

[16] EU Commission, SWD 63 Final of 21 March 2012, Brussels, s. 21–22; D. Vaughan-Whitehead, *EU Enlargement versus social Europe? The uncertain future of the European Social Model*, Cheltenham 2003.

[17] Department of finance in Canada, Jobs report: the state of the Canadian labour market, 2014, s. 5.

[18] Por. dane Eurostat newrelease National minimum wages in the EU Monthly minimum wages below €500 in east and well above €1000 in northwest, 2017, s. 2, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7860532/3-10022017-AP-EN.pdf/b5027315-0570-45df-9eb6-0cfda2f13dbc/ [Dostęp: 22 lutego 2017 r.].

[19] Por. Government of Canada, Current And Forthcoming Minimum Hourly Wage Rates For Experienced Adult Workers in Canada, http://srv116.services.gc.ca/dimt-wid/sm-mw/rpt1.aspx/ [Dostęp: 22 lutego 2017 r.].

[20] Por. dane Eurostat newrelease…

stronach Adriatyku, m.in. wykorzystywania taniej siły roboczej oraz dyskryminacji płacowej.

Wewnątrz Unii Europejskiej istnieją mechanizmy zwalczania dyskryminacji pracowników z jakichkolwiek powodów[21], w tym także pracowników delegowanych[22], jednak mają one zastosowanie tylko między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, w naturalny sposób nie mogą więc regulować sytuacji prawnej transgranicznych stosunków pracy z państwami ościennymi. Jedyny relewantny w tym zakresie akt prawny, tj. dyrektywa Rady 91/533/WE z dnia 14 października 1991 r. w sprawie obowiązku pracodawcy dotyczącego informowania pracowników o warunkach stosowanych do umowy lub stosunku pracy[23], nakłada tylko obowiązki informacyjne czy też zaopatrzenia pracownika w określone dokumenty wyjazdowe[24], nie nakazuje natomiast stosowania określonych warunków *legis loci laboris*. W tym zakresie obawy związków zawodowych są jak najbardziej uzasadnione.

3. Arbitraż inwestycyjny a prawa pracownicze

Wszystkie przytoczone rozważania zostały oparte na przepisach *stricte* dotyczących zagadnień związanych z ochroną pracy. Nie można bowiem zapominać, że głównym celem Konwencji jest wzrost gospodarczy po obu stronach Adriatyku. Służą temu również postanowienia dotyczące inwestycji, zamieszczone w rozdziale ósmym umowy CETA.

Nierzadko inwestorzy powodują pobudzenie wzrostu gospodarczego, dostarczając nowych miejsc pracy. I tak w 1992 r. spółka akcyjna Daimler-Benz AG rozpoczęła swoją działalność w Południowej Karolinie w USA. Wybudowała tam fabrykę zatrudniającą ponad 2 tys. osób i przynoszącą ponad 66 mln USD rocznego zysku. Zarobki pracowników fabryki są o ponad 1/3 większe niż zarobki pozostałych zatrudnionych w Południowej Karolinie. Niemieckich pracowników fabryki reprezentuje silny związek za-

[21] Por. dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz.Urz. UE L 303, 2 grudnia 2000, s. 16.

[22] Por. dyrektywa 96/71/WE z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, Dz.Urz. UE L 018, 21 stycznia 1997, s. 1–6, art. 3.

[23] Dz.Urz. UE L 288, 18 października 1991, s. 32.

[24] Por. A.M. Świątkowski, *Prawo pracy Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, Legalis.

wodowy[25]. Przykład ten ilustruje, w jaki sposób można poprawić sytuację pracowniczą. Nie ulega wątpliwości, że zagraniczne firmy mogą poszukiwać tańszej siły roboczej po drugiej stronie oceanu. Doświadczenia i dane statystyczne w tej mierze dowodzą, że pracodawcy nie starają się obniżać standardów pracy[26].

Z kolei powołując się na przykład województwa łódzkiego[27], warto zauważyć, że w wyniku bezpośrednich inwestycji zagranicznych w dość znaczący sposób wzrosła w nim płaca minimalna. W latach 2000–2008 wynagrodzenie w przedsiębiorstwach powstałych w wyniku inwestycji (przeciętna płaca) wzrosło z około 2,4 tys. zł do 3,5 tys. zł, gdy tymczasem w tym samym przedziale czasowym ogólne średnie wynagrodzenie wynosiło od 1,8 tys. zł do 2,6 tys. zł. Jak z tego wynika, inwestycje zagraniczne mogą być znaczącym motorem rozwoju rynku pracy.

Wiele obaw wśród partnerów społecznych wzbudza specyficzny mechanizm rozwiązywania sporów na arenie międzynarodowej pomiędzy przedsiębiorcami a przyjmującymi ich państwami, tj. *host state*, a mianowicie mechanizm arbitrażu inwestycyjnego. Arbitraż inwestycyjny nie jest mechanizmem nowym, znany jest już bowiem z kilkudziesięciu innych umów o wspieraniu wzajemnych inwestycji (*Bilateral Investment Treaty*) zawartych pomiędzy państwami Unii Europejskiej a Kanadą.

Należy wyjaśnić, że arbitraż inwestycyjny jest metodą rozwiązywania sporów międzynarodowych, w których zagraniczny przedsiębiorca wytacza postępowanie względem przyjmującego go państwa przed każdorazowo sprecyzowanym trybunałem arbitrażowym.

W tym zakresie CETA nie wprowadza jakiegoś *novum* w rzeczywistość prawa międzynarodowego. Jak bowiem wskazuje Komisja Europejska, w samej Unii Europejskiej występuje około 190 wzajemnych umów inwestycyjnych, które stanowią podstawę około 16% wszystkich postępowań we współczesnym świecie[28].

Należy podkreślić, że umowy BIT (*Bilateral Investment Treaties*), czyli umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, niezbyt często ujmo-

[25] Trade union advisory commitee, Tuac Discusion paper, foreign direct investment and labour standards, §44–48, http://training.itcilo.it/actrav_cdrom1/english/global/standard/tuacfdi.htm#IV/ [Dostęp: 28 lutego 2017 r.].

[26] D.K. Brown, A.V. Deardorff, R.M. Stern, *Challenges to Globalization: Analyzing the Economics*, [in:] *Challenges to Globalization: Analyzing the Economics University of Chicago Press*, Chicago 2007, s. 321–322.

[27] Por. K. Madaj, *Oddziaływanie BIZ na rynek pracy na przykładzie województwa łódzkiego*, Łódź 2013, s. 346.

[28] Por. pkt 4.1 Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi, Dz.Urz. UE C, 8 października 2015.

wały kwestie ochrony pracy[29]. Wyjątek stanowią tu m.in. Kanada[30] i USA[31]. Kanadyjskie umowy BIT nierzadko zawierały postanowienia zobowiązujące strony konwencji do kooperacji w sprawach socjalnych. Jednakże, nawet bez takich postanowień, środowiska pracownicze oddziałują w naturalny sposób na procesy inwestycji transgranicznych.

We wcześniej obowiązujących między państwami europejskimi a Kanadą[32] umowach BIT stosowane pojęcia nie były rozumiane jednolicie. Wspomniane umowy międzynarodowe zawierały różne definicje nawet tak podstawowych pojęć, jak: inwestycja, inwestor, wywłaszczenie, a zapadłe na tle umowy spory poddawane były pod rozstrzygnięcie rozmaitych trybunałów arbitrażowych, stosownie do reguł postępowania obowiązujących w konkretnych trybunałach arbitrażowych lub zasad UNCITRAL albo konwencji ICSID.

Na gruncie wszystkich umów międzynarodowych o wspieraniu wzajemnych inwestycji zawartych między krajami Unii Europejskiej a Kanadą nie stworzono dotychczas w miarę jednolitego systemu. Nomenklatura CETA stanowi znaczący krok w tym kierunku, doprecyzowując i ujednolicając pojęcia. Można przypuszczać, że CETA zakończy pewien chaos pojęciowy w inwestycjach partnerów gospodarczych po obu stronach Atlantyku[33].

Przede wszystkim umowa ta wprowadza własny organ właściwy w zakresach sporów pomiędzy inwestorem a *host state*, składający się z 15 arbitrów – wybieranych po pięciu z Unii Europejskiej, Kanady i państw trzecich. Sprawę ze skargi inwestora przeciwko państwu rozpoznaje się w składach trzyosobowych[34]. W ten sposób CETA wyraźnie odcina się od postanowień

[29] Por. *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities, Working paper no 95*, International Labour Office Geneva 2016, s. 2.

[30] Por. BIT pomiędzy Kanadą a Kostaryką z 1999 r., tj. Agreement between the government of Canada and the government of the Republic of Costa Rica for promotion and protection of investments, 1998.

[31] Por. preambułę Treaty between the government of United States of America and the Government of Mozambique concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, with annex and protocol, 1999.

[32] Por.: Agreement between the government of Canada and the government of the republic of Hungary for the promotion and reciprocal protection of investments, 1991; Agreement between Canada and Czech Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2009; Agreement between government of Canada and the government of republic of Poland for the promotion and reciprocal protection of investments, 1990.

[33] Szerzej: M. Świątkowski, *CETA – rewolucja również w arbitrażu inwestycyjnym*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2017, nr 1, s. 11–16.

[34] Niemniej jednak możliwe jest powołanie składu konsolidacyjnego, rozpatrującego co najmniej dwa roszczenia wynikłe z tej samej podstawy prawnej lub faktycznej w związku z tymi samymi zdarzeniami. Odrębnym trybem jest rozpoznawanie sprawy przez jedynego arbitra z państwa trzeciego na wniosek zgłoszony przez stronę powodową.

konwencyjnych czy regulaminów stałych trybunałów arbitrażowych. Stanowi to niewątpliwie duży postęp i świadczy o autonomiczności samej umowy, co jednak nie jest największym *novum.*

Z badań przeprowadzonych przez autora niniejszego artykułu wynika, że CETA jest jedyną na świecie konwencją z zakresu arbitrażu inwestycyjnego, która ustanowiła dwuinstancyjne postępowanie arbitrażowe[35], mające zastosowanie w razie błędnej oceny prawa, mylnego rozpoznania okoliczności faktycznych czy też wystąpienia przesłanek z art. 52 ust. 1[36] umowy o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych pomiędzy państwami a obywatelami innych państw z 1966 r. Tego rodzaju instytucjonalizacja postępowania sprzyja na pewno przejrzystości rozstrzygnięć i daje stronom – z uwagi na zastosowanie mieszanych składów – możliwość odpowiedniej reprezentacji swoich interesów.

Nie można jednak zapominać, że wszczynanie transgranicznych postępowań pomiędzy państwami a inwestorami będzie również oddziaływać zarówno na sytuację pracowników, jak i na sytuację gospodarczą państw całego świata[37], chociaż trybunały arbitrażowe, rozpoznające sprawy ze skarg inwestorów na państwa przyjmujące, bardzo rzadko wypowiadały się na temat pracowników. Główną osią sporu są bowiem relacje między podmiotem publicznym a przedsiębiorcą zagranicznym.

Niemniej jednak także z udziałem Polski toczyły się sprawy z zakresu inwestycji zagranicznych, które w sposób istotny mogły wpłynąć na ogólną sytuację na rynku, w tym również na rynku pracy. Przykładem może być sprawa Eureko przeciwko Polsce[38], dotycząca prywatyzacji grupy PZU, w wyniku której niderlandzka spółka Eureko nabyła 20% udziałów PZU S.A. Mimo to polski rząd nadal starał się sprawować kontrolę nad całością PZU. Działania te zostały uznane za rodzaj wywłaszczenia, a dokładniej – „odarcia" inwestora z jego legitymowanych oczekiwań względem przyjmującego państwa.

Przytoczony przykład wskazuje, jak ważną instytucją są bezpośrednie inwestycje zagraniczne. Chociaż sprawa Eureko przeciwko Polsce nie miała znaczącego wpływu na rynek pracy, oddanie ogromnej części głównego przedsiębiorstwa ubezpieczeniowego Rzeczypospolitej obcemu kapitałowi mogłoby doprowadzić do rozmaitych perturbacji, zachwiania ekonomicznego *equilibrium*. Omawiane zjawisko może zatem przynieść sporo zagrożeń,

[35] S. Subedi, *International Investment law: Reconciling Policy and Law*, Oxford 2008, s. 205–208.

[36] W tym m.in.: korupcja, złe ukonstytuowanie, przekroczenie uprawnień.

[37] T. Chidede, *Legal Protection of Foreign Direct Investment. A Critical Assessment with focus on south Africa and Zimbabwe*, Anchor Academic Publishing 2016, s. 98.

[38] Trybunał *ad hoc*, Eureko BV przeciwko Polsce, wyrok częściowy z dnia 19 sierpnia 2005 r.

ale i wiele korzyści. Nie wiadomo też, czy obecny, ukształtowany przez CETA, arbitraż inwestycyjny stanowi dostateczną gwarancję należytego zabezpieczenia państwa przyjmującego – brak jest bowiem jakichkolwiek empirycznych danych w tym zakresie.

Sam arbitraż inwestycyjny, podobnie zresztą jak cała umowa CETA, może stanowić zarazem zagrożenie i szansę dla rynku pracy. Z jednej strony możliwe jest bowiem pobudzenie gospodarcze, pociągające wzrost płac, z drugiej strony zaś występuje ryzyko dumpingu socjalnego. Niewątpliwie jednak CETA będzie miała ogromny wpływ na rynek pracy, choć trudno jednoznacznie stwierdzić, czy będzie nań oddziaływać z korzyścią, czy też obawy partnerów społecznych okażą się uzasadnione.

Zakończenie

Podsumowując zaprezentowane rozważania, trzeba wskazać, że w umowie CETA potwierdzono zobowiązania stron wynikające z członkostwa w Międzynarodowej Organizacji Pracy czy krajowych porządków prawa pracy oraz przepisów BHP, w tym również w kontekście rozwoju środowiska pracy i tworzenia nowych miejsc pracy. I chociaż uregulowane w CETA zjawisko bezpośrednich inwestycji zagranicznych zazwyczaj przyczynia się do polepszenia sytuacji pracowniczej w związku z napływem obcego kapitału, z całą pewnością nie można uznać za bezzasadne obaw związków zawodowych po obu stronach Atlantyku przed dumpingiem socjalnym, z uwagi na liczne różnice występujące pomiędzy stronami umowy dotyczące podstawowych dla prawa pracy kwestii, w tym wynagrodzenia.

Bibliografia

Publikacje

Bartels L., *Human Rights, Labour Standards and Environmental Standards in CETA*, University of Cambridge – Faculty of Law February 2017.

Brown D.K., Deardorff A.V., Stern R.M., [in:] *Challenges to Globalization: Analyzing the Economics*, Chicago, University of Chicago Press 2007.

Chidede T., *Legal Protection of Foreign Direct Investment. A Critical Assessment with focus on south Africa and Zimbabwe*, Anchor Academic Publishing 2016.

Giodesen Thystrup A., Unuvar G., *A Waiver for Europe? CETA's Trade Services and Investment protection Provisions and Their Legal-Political Implications on regulatory competence*,

[in:] *International Economic Law: Contemporary Issues*, eds. G. Adinolfi, F. Baetens, J. Caiado, A. Lupone, A.G. Micara, Springer 2016.
Madaj K., *Oddziaływanie BIZ na rynek pracy na przykładzie województwa łódzkiego*, Łódź 2013.
Merkes M., *„Governance" gospodarczy – studium prawnomiędzynarodowe*, Legalis 2016.
Peng M., Meyer K., *International Business*, Cengae Learning 2016.
Subedi S., *International Investment law: Reconciling Policy and Law*, Oxford 2008.
Świątkowski A.M., *Prawo pracy Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, Legalis.
Świątkowski M., *CETA – rewolucja również w arbitrażu inwestycyjnym*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2017, nr 1.
Vaughan-Whitehead D., *EU Enlargement versus social Europe? The uncertain future of the European Social Model*, Cheltenham 2003.

Akty prawne i inne materiały

Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, Dz.Urz. UE L 018, 21 stycznia 1997, s. 1–6.
Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz.Urz. UE L 303, 2 grudnia 2000, s. 16.
Dyrektywa Rady 91/533/WE z dnia 14 października 1991 r. w sprawie obowiązku pracodawcy dotyczącego informowania pracowników o warunkach stosowanych do umowy lub stosunku pracy, Dz.Urz. UE L 288, 18 października 1991, s. 32.
Wspólny instrument interpretacyjny dotyczący kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej (CETA) między Kanadą a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, Dz.Urz. UE L 2017, nr 11, s. 3, cyt. również jako: Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, 27 October 2016, para 8(b), Annexed to EU Council Doc 13541/16.

Umowy BIT

Agreement between Canada and Czech Republic for the promotion and reciprocal protection of investments z 2009 r.
Agreement between government of Canada and the government of republic of Poland for the promotion and reciprocal protection of investments z 1990 r.
Agreement between the government of Canada and the government of the Republic of Costa Rica for promotion and protection of investments z 1998 r.
Agreement between the government of Canada and the government of the republic of Hungary for the promotion and reciprocal protection of investments z 1991 r.
Treaty between the government of United States of America and the Government of Mozambique concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, with annex and protocol z 1999 r.
Źródła od *a–e*, www.investmentpolicyhub.unctad.org/

Inne

Department of finance in Canada, Jobs report: the state of the Canadian labour market, 2014.

EU Commission: SWD 63 Final of 21 March 2012 Brussels.

European Parliament, Directorate general for internal policies Policy department, economic and scientific policy Posting of workers directive, current situation and challenges, Brussels 2016.

Eurostat newrelease National minimum wages in the EU Monthly minimum wages below €500 in east and well above €1000 in northwest, online 2017.

Government of Canada, Current And Forthcoming Minimum Hourly Wage Rates For Experienced Adult Workers in Canada.

Joint letter on CETA from European Trade Union Federations, 22 grudnia 2016 r.

Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities, Working paper no 95, International Labour Office Geneva 2016, s. 2.

Memorandum Komisji Europejskiej z dnia 5 lipca 2016 r. *Zestawienie informacji*, Bruksela 2016.

Odpowiedź Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 26 października 2010 r. na interpelację nr 6587.

Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi, Dz.Urz. UE C, 8 października 2015.

Trade union advisory commitee, Tuac Discusion paper, foreign direct investment and labour standards.

Orzeczenia

Trybunał *ad hoc*, Eureko BV przeciwko Polsce, wyrok częściowy z dnia 19 sierpnia 2005 r., https://www.italaw.com/cases/documents/413.

Nikodem Likus*

Struktura trybunałów arbitrażowych powołanych na mocy postanowień Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Unią Europejską i Kanadą (CETA) oraz status ich członków

The Structure of the Arbitration Tribunals established by the Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) and the status of its members

Streszczenie: Artykuł omawia podstawowe zasady, na których oparta będzie struktura trybunałów arbitrażowych powołanych przez przepisy Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej. Opisuje takie kwestie, jak: skład trybunałów, ich wewnętrzną organizację czy relacje zachodzące pomiędzy trybunałami a innymi instytucjami międzynarodowymi, których rolą jest rozstrzyganie sporów międzynarodowych (także z zakresu arbitrażu inwestycyjnego). Dodatkowo wiele uwagi poświęcono sytuacji członków trybunałów – ich wyborowi, kadencji, wymaganiom stawianym zarówno kandydatom, jak i osobom pełniącym urząd członka trybunału.

Słowa kluczowe: trybunały arbitrażowe, struktura trybunałów arbitrażowych, status członka trybunału, arbitraż inwestycyjny

Abstract: The article presents basic rules governing the structure of the futures Arbitration Tribunals established by the Comprehensive Economic and Trade Agreement. It describes the questions concerning the composition of this Tribunals, its internal organization and relations between them and other international institutions which are responsible for the settlement of international disputes (including the investment arbitration). In addition to that, the article focuses also on the situation of the Tribunals' members – their nomination, cadention and requirements faced by the candidates and people serving as the member of the Tribunal.

Key words: Arbitration Tribunals, the structure of the Arbitration Tribunals, the status of a Tribunal's member, investment arbitration

* Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

Negocjacje dotyczące Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Unią Europejską i Kanadą, popularnie zwanej umową CETA, budziły wiele kontrowersji. Jedną z głównych przyczyn protestów przeciwko jej zawarciu były mechanizmy arbitrażu inwestycyjnego, których unormowanie znalazło się w treści umowy. Zwracano uwagę, że oddanie niewielkiej grupie osób prawa do decydowania w tak delikatnej i jednocześnie bardzo istotnej sprawie, jak polityka wewnętrzna i prawodawstwo państw, które naruszyć mogą interesy potężnych korporacji i przedsiębiorców, jest absolutnie nie do przyjęcia. W odpowiedzi opinia publiczna otrzymała zapewnienie, że standardy, według których odbywać się będzie rozstrzyganie sporów inwestycyjnych powstałych w związku z umową, będą wyraźnie określone, a także wysokiej jakości.

System arbitrażu inwestycyjnego w Kompleksowej umowie kształtowany jest przez dwa organy – trybunały I i II instancji. Umowa CETA ustala wymagania dotyczące ich członków zarówno w zakresie merytorycznego przygotowania do pełnienia funkcji sędziowskiej w wydziale trybunału, jak i zasad postępowania etycznego oraz przejrzystości działania instytucji.

Artykuł przedstawia strukturę nowo powołanych organów i analizę statusu członków trybunałów głównie ze względu na stawiane wobec nich wymagania. Nawiązuje również do zasad przejrzystości prowadzonych postępowań, gdyż ich wpływ na niezawisłość arbitrów nie jest bez znaczenia.

Rozważania niemal całkowicie oparte są na treści odpowiednich przepisów umowy CETA, ponieważ obecnie literatura przedmiotu jest dość ograniczona. Chociaż porównywanie unijno-kanadyjskich trybunałów do innych instytucji tego typu nie jest bezpośrednim celem opracowania, czasami trudno uniknąć komparatystyki.

Zamierzeniem autora artykułu było umożliwienie osobom niezaznajomionym jeszcze z treścią kontrowersyjnej umowy poznania podstawowych zagadnień w zakresie rozstrzygania sporów inwestycyjnych, bez faworyzowania którejkolwiek ze stron debaty o słuszności regulacji. Aby ułatwić czytelnikowi zrozumienie szczegółowych norm, na wstępie omówione zostaną pojęcia z dziedziny arbitrażu międzynarodowego oraz międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego.

1. Pojęcie arbitrażu międzynarodowego i arbitrażu inwestycyjnego

Pojęcie arbitrażu międzynarodowego może być definiowane na wiele sposobów. Na potrzeby niniejszego artykułu posłużymy się definicją za-

wartą w akapicie pierwszym art. 37 Konwencji haskiej o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych z dnia 18 października 1907 r.[1] Przepis ten stanowi: „arbitraż międzynarodowy ma za zadanie załatwianie zatargów między Państwami przez sędziów przez nie wybranych i na zasadzie poszanowania prawa". Mamy tutaj do czynienia z definicją skupiającą się na funkcji arbitrażu, można jednak na jej podstawie wyróżnić kilka cech charakteryzujących tę konstrukcję prawa międzynarodowego. Tak oto za Konradem Janem Marciniakiem możemy wskazać, że[2]:

– arbitraż jest metodą pokojowego rozstrzygania sporów (co wynika z samego tytułu umowy, w której definicja ta została zawarta);
– instytucja ta ma zastosowanie do sporów pomiędzy państwami;
– rozstrzygnięć dokonują sędziowie pochodzący z wyboru państw pozostających w sporze;
– rozstrzygnięcia zapadają zgodnie z obowiązującym prawem.

Jednocześnie, jako swego rodzaju *signum temporis*, możemy zaobserwować rozwój arbitrażu w sporach między państwami oraz podmiotami prywatnymi. Jedną z dwóch form takiego arbitrażu jest – zyskujący na popularności – arbitraż inwestycyjny, oparty na traktatach o popieraniu i ochronie inwestycji (tzw. BITs – *Bilateral Investment Treaties*)[3].

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w Kompleksowej umowie gospodarczo-handlowej między Unią Europejską i Kanadą. Odpowiednie jej przepisy (w szczególności rozdziały ósmy i dwudziesty dziewiąty) stanowią bowiem o inwestycjach i ochronie inwestorów przed środkami wprowadzanymi przez państwo przyjmujące, które mogą negatywnie oddziaływać na sytuację tych pierwszych. Jak nietrudno się domyślić, pewne cechy arbitrażu inwestycyjnego odróżniać go będą od tradycyjnego arbitrażu międzynarodowego. Po pierwsze, chodzi tutaj o zakres podmiotowy, gdyż definicja zawarta w Konwencji haskiej z 1907 r. mówi o sporach wyłącznie pomiędzy państwami. Jak słusznie zauważa Ilias Bantekas[4], oddanie sporu pod arbitraż wymaga zgody stron, jednak w BIT-ach zgodę wyrażają jedynie państwa-strony umowy. Mimo że inwestor nie jest stroną takiej umowy, jednostronny akt państwa przejawiający się w klauzuli arbitrażowej tworzy skutek prawny na korzyść inwestora (który stanie się następnie stroną postępowania arbitrażowego). Po drugie, mamy do czynienia ze specyficznym zakresem przedmiotowym spraw rozstrzyganych drogą arbitrażu inwestycyjnego – dotyczą one działań państwa, które przecież uprawnione

[1] Dz.U. 1930, nr 9, poz. 64.

[2] K.J. Marciniak, *Arbitraż z perspektywy rozwoju historycznego prawa międzynarodowego*, [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014, s. 3.

[3] M. Jeżewski, *Natura współczesnego arbitrażu międzynarodowego*, [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik…, s. 42.

[4] I. Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge 2015, s. 303.

jest do stanowienia przepisów obowiązujących na jego terytorium, zgodnie z jedną z fundamentalnych zasad prawa międzynarodowego, mianowicie zasadą suwerenności państw. Głównie ta druga cecha jest przyczyną krytyki instytucji arbitrażu inwestycyjnego ze strony opinii publicznej, do czego przyjdzie jeszcze nawiązać w późniejszych rozważaniach.

2. Trybunały arbitrażowe w umowie CETA

W Kompleksowej umowie[5], w jej rozdziale ósmym (a konkretnie w art. 8.1), znajdują się definicje rozmaitych pojęć używanych w przepisach tego rozdziału. Wśród tych terminów pojawia się także pojęcie „trybunał", jednakże jego objaśnienie skonstruowane zostało w szczególny sposób, mianowicie doszło tutaj do odesłania do art. 8.27 („Trybunał oznacza trybunał ustanowiony na podstawie art. 8.27"), zatytułowanego *Skład trybunału*. Zgodnie z jego treścią, Komitet Wspólny CETA powołuje, po wejściu w życie umowy, piętnastu członków trybunału. Artykuł 8.28 ustanawia natomiast Trybunał Apelacyjny, którego celem będzie kontrola orzeczeń wydanych na podstawie sekcji F (*Rozstrzyganie sporów inwestycyjnych między inwestorami a państwami*).

2.1. Trybunał (I instancji)

Trybunał orzekający w I instancji [dalej: trybunał] będzie się składał z pięciu obywateli jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej (a co za tym idzie posiadających obywatelstwo Unii Europejskiej), pięciu obywateli Kanady oraz pięciu obywateli państw trzecich. Bardzo przejrzyście strukturę trybunału omawia August Reinisch[6]. Rola obywateli państw trzecich w procesie orzekania będzie miała szczególny charakter (na ten temat w dalszej części artykułu). Warto jednak zwrócić uwagę na zastrzeżenie, jakie pojawiło się w tekście umowy CETA (przyp. 11 zarówno w angielskiej, jak i polskiej wersji językowej). Stanowi ono bowiem, że „każda ze Stron

[5] Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa, Dz.Urz. UE L 11, 14 stycznia 2017, s. 23–1079, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A22017A0114%2801%29 [Dostęp: 30 czerwca 2018 r.].

[6] A. Reinisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? — The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, „Journal of International Economic Law" 2016, no. 19, s. 763–765.

może […] zaproponować powołanie maksymalnie pięciu członków Trybunału, którzy mogą mieć dowolną narodowość". Zatem członków trybunału wybranych spośród obywateli państw trzecich uznaje się „za obywateli Strony, która zaproponowała ich powołanie do celów niniejszego artykułu". Może to oznaczać, że w gronie członków trybunału nie znajdzie się np. ani jeden obywatel Kanady albo państwa członkowskiego Unii Europejskiej.

Kolejnym szczegółem godnym podkreślenia jest przepis ust. 3 art. 8.27 Kompleksowej umowy. Pozwala on Komitetowi Wspólnemu CETA na zmianę, tj. zwiększenie bądź też zmniejszenie liczby członków trybunału. Warunkiem dopuszczalności takiej modyfikacji jest wydłużenie (lub odpowiednio – skrócenie) listy członków trybunału o liczbę nazwisk będącą zawsze wielokrotnością liczby trzy. Dodatkowo konieczne jest dochowanie wymogów dotyczących obywatelstwa (proporcjonalnie: jeden obywatel kraju członkowskiego Unii Europejskiej – jeden obywatel Kanady – jeden obywatel państwa trzeciego), jednak z możliwością wskazania obywatela innego państwa.

Wielokrotność liczby trzy, o której była już wcześniej mowa, nie jest bez znaczenia, ponieważ trybunał – co do zasady – będzie rozpatrywał sprawy w wydziałach składających się z trzech członków trybunału. Rolę przewodniczącego wydziału powierzono członkowi trybunału będącemu obywatelem państwa trzeciego (w czym przejawia się szczególna rola pięciu członków trybunału, którzy nie posiadają obywatelstwa żadnego z państw-stron Kompleksowej umowy). Oprócz przewodniczącego, w skład wydziału wejdzie jeden obywatel państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz jeden członek trybunału z Kanady. Wyjątkowo strony pozostające w sporze mogą uzgodnić, że sprawa powinna być rozpatrywana przez jednego członka trybunału, który zostanie wybrany spośród obywateli państw trzecich w drodze losowania. Nie wchodząc w szczegóły, gdyż jest to raczej zagadnienie natury procesowej, a nie ustrojowej, należy wyjaśnić, że jednoosobowo mogą być rozpoznawane sprawy, w których skarżący jest małym lub średnim przedsiębiorstwem, lub jeżeli rekompensata bądź odszkodowanie wnioskowane w skardze są „stosunkowo niskie" (nie jest to jednak zamknięty katalog sytuacji, w których ograniczenie składu osobowego wydziału do jednego członka trybunału jest dopuszczalne, w treści stosownego przepisu bowiem użyto wyrażenia „w szczególności"). Wniosek o rozstrzygnięcie sporu przez jednego członka trybunału składa się przed ustanowieniem wydziału orzekającego. W identyczny sposób strukturę organizacyjną instytucji opisuje Nikos Lavranos[7].

[7] N. Lavranos, *How the European Commission and the EU Member States Are Reasserting Their Control over Their Investment Treaties and ISDS Rules*, [in:] *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, ed. A. Kulick, Cambridge 2017, s. 321.

Na czele trybunału stać będzie jego przewodniczący, wspierany przez wiceprzewodniczącego trybunału. Obaj są odpowiedzialni za kwestie organizacyjne. W przypadku gdy przewodniczący nie może sprawować swojej funkcji, zastępować go będzie wiceprzewodniczący. Ich wybór następuje w drodze losowania. Funkcję przewodniczącego lub wiceprzewodniczącego trybunału mogą pełnić wyłącznie członkowie trybunału będący obywatelami państw trzecich. Ich służba odbywać się będzie w systemie rotacyjnym, także ustalonym w wyniku losowania, które przeprowadzać będzie przewodniczący Komitetu Wspólnego CETA. Kadencja przewodniczącego oraz wiceprzewodniczącego trybunału trwać będzie dwa lata.

Działalność trybunału wymaga współpracy z innymi instytucjami, nie tylko unijnymi czy kanadyjskimi, lecz także funkcjonującymi w płaszczyźnie globalnej organami o międzynarodowym charakterze. I tak np. pełnienie funkcji sekretariatu trybunału powierzono (w art. 8.27 ust. 16 Kompleksowej umowy) sekretariatowi ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych). Siedziba ICSID mieści się w Waszyngtonie. Podstawą prawną jego działania jest Konwencja waszyngtońska o rozwiązywaniu sporów między inwestorami jednej umawiającej się strony a inną umawiającą się stroną[8], która przyjęta została 18 marca 1965 r. Obecnie stronami Konwencji jest ponad 150 państw, wśród których nie ma Polski. Centrum jest częścią Grupy Banku Światowego.

Interesujące rozważania na temat siedziby trybunałów powołanych na mocy postanowień umowy CETA przedstawia również (szczególnie w kontekście wyboru procedury) Joel Dahlquist Cullborg[9].

2.2. Trybunał Apelacyjny

Artykuł 8.28 Kompleksowej umowy przewiduje utworzenie Trybunału Apelacyjnego, którego zadaniem będzie kontrola orzeczeń wydanych na podstawie sekcji F rozdziału ósmego umowy CETA przez trybunał I instancji. Regulacja odnosząca się do ustroju i funkcjonowania Trybunału Apelacyjnego jest jednak o wiele bardziej ograniczona niż ma to miejsce w art. 8.27 (który ustala warunki działania trybunału I instancji).

Unormowanie struktury i procedury postępowania przed trybunałem II instancji pozostawiono w dużej mierze Komitetowi Wspólnemu CETA,

[8] Https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx [Dostęp: 30 czerwca 2018 r.].

[9] J. Dahlquist Cullborg, *Place of Arbitration in the Proposed „Investment Court" Scenario: An Overlooked Issue?*, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/23/joel-booked/ [Dostęp: 30 czerwca 2018 r.].

który dokona tego w formie decyzji po wejściu umowy w życie. Z ograniczonej treści art. 8.28 możemy się natomiast dowiedzieć, że konstrukcja Trybunału Apelacyjnego ma charakter analogiczny do struktury trybunału orzekającego w I instancji. Wydziały Trybunału Apelacyjnego również będą się składać z trzech członków wybieranych w drodze losowania. Znaczna część regulacji kwestii Trybunału Apelacyjnego w umowie CETA to przepisy proceduralne, zatem przytaczanie ich w niniejszym artykule nie jest uzasadnione.

3. Członkowie trybunałów arbitrażowych

3.1. Członek trybunału

Reguła, która jako slogan została już dawno rozpowszechniona, a której autorstwo przypisuje się René Davidowi[10], mianowicie: „Arbitraż jest wart tyle, co arbiter" (org. *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*), wiele mówi o oczekiwaniach potencjalnych stron postępowania arbitrażowego co do osoby rozstrzygającej ich spór. Przejawiają się one również w gwarancjach niezawisłości i przejrzystości postępowania przed trybunałami arbitrażowymi umowy CETA.

Oczekiwania te wyrażone zostały *expressis verbis* (choć dosyć ogólnikowo) w ust. 4 art. 8.27 Kompleksowej umowy. Przepis ten nakłada na członków trybunału obowiązek odpowiednich kwalifikacji („wymaganych [w ich] państwach do powołania na stanowisko sędziego"). Ewentualnie mogą to być prawnicy o „uznanej reputacji". Występuje również wymóg wykazywania się przez członków trybunału wiedzą fachową w zakresie prawa międzynarodowego publicznego. O wymaganiach tych pisze także wymieniony wcześniej A. Reinisch[11]. Co ciekawe, treść umowy CETA wymienia jeszcze jedną cechę, jaka powinna charakteryzować członków trybunału, ale przytacza ją w o wiele mniej kategoryczny sposób, jedynie bowiem „zaleca się, by członkowie trybunału posiadali wiedzę fachową, w szczególności z zakresu międzynarodowego prawa inwestycji, międzynarodowego prawa handlowego oraz rozstrzygania sporów związanych z międzynarodowymi umowami inwestycyjnymi lub handlowymi". Z czysto językowego względu wymóg ten nie ma więc charakteru obligatoryjnego, bez spełnienia którego dana osoba nie będzie mogła objąć stanowiska członka trybunału.

[10] T. Clay, *L'arbitre*, Paris 2001, s. 10–11.
[11] A. Reinisch, *Will…*, s. 764.

Odpowiedni przepis Kompleksowej umowy nakłada na członków trybunału obowiązek zapewnienia swojej dostępności i zdolności do pełnienia funkcji określonych w sekcji F rozdziału ósmego. Aby zapewnić dostępność członków trybunału, wypłaca się im miesięczne wynagrodzenie za gotowość do pełnienia służby. Komitet Wspólny CETA określa wysokość tego wynagrodzenia, które wypłacane będzie przez obie strony umowy CETA w częściach równych. Decyzją Komitetu Wspólnego może ono zostać przekształcone w wynagrodzenie stałe. W ten sam sposób mogą zostać określone stosowne zasady i warunki dotyczące wynagrodzenia członków trybunału.

Wymienione wyżej wymagania w równym stopniu odnoszą się także do członków Trybunału Apelacyjnego (art. 8.28 ust. 4 Kompleksowej umowy).

3.2. Kadencja i powoływanie członków trybunału

Standardowa kadencja członka trybunału (odnawialna jednokrotnie) trwać będzie pięć lat. Zdanie drugie ust. 5 art. 8.27 umowy CETA stwarza jednak od tej reguły wyjątek o specyficznym charakterze, na co zwraca również uwagę N. Lavranos[12]. Zgodnie z treścią wspomnianego przepisu, kadencje siedmiu spośród piętnastu osób powołanych niezwłocznie po wejściu w życie umowy CETA wydłużone będą do lat sześciu. O tym, którzy członkowie trybunału zostaną objęci zmianą, zadecyduje losowanie. Regulacja ta zostanie oczywiście zastosowana tylko jeden raz, w początkowym okresie obowiązywania Kompleksowej umowy.

Interesujące wydają się postanowienia umowy CETA odnoszące się do obsadzania wakatów, które z biegiem czasu mogą przecież pojawić się w składzie trybunału. Nie jest niczym wyjątkowym to, że „wakaty obsadza się w miarę ich powstawania". Uwagę przykuwa natomiast fakt, że osoba, która zostanie powołana w miejsce członka trybunału, którego kadencja (mimo powstania wakatu) nie dobiegła jeszcze końca, sprawować będzie swój urząd przez pozostały okres kadencji poprzednika. Jest to rozwiązanie nietypowe, gdyż zazwyczaj „następca" powoływany jest na „własną", „pełnowymiarową" kadencję. To, że jego poprzednik nie dokończył swojej kadencji, nie powinno zasadniczo wpływać na osobistą sytuację nowego członka trybunału, nie jest on bowiem tradycyjnym „zastępcą". Na przykład zgodnie z ustawą o Trybunale Konstytucyjnym z 1997 r.[13], sędzia wybrany w razie opróżnienia stanowiska przed upływem kadencji przez jednego z dotychczasowych sędziów TK wybierany był na dziewięcioletnią („pełną") kadencję. Podobnie – aby pozostać na gruncie prawa międzynarodowego – art. 44 *in fine* Konwencji haskiej z 1907 r., mówiący o obsadzeniu wakatu

[12] N. Lavranos, *How the European Commission…*, s. 321.

[13] Dz.U. 1997, nr 102, poz. 643.

w składzie Stałego Trybunału Arbitrażowego w Hadze, stanowi, że „w razie śmierci lub ustąpienia jednego z członków Sądu wybór jego następcy dokonany będzie w trybie przewidzianym dla jego nominacji na nowy okres sześcioletni".

Należy także dodać, że umowa CETA ustala regułę, zgodnie z którą członek trybunału, który w momencie upływu jego kadencji pełni służbę w wydziale trybunału, a więc zajmuje się konkretną sprawą zawisłą przed trybunałem, jest uprawniony do kontynuowania służby sędziowskiej w tym wydziale do czasu wydania ostatecznego orzeczenia. Można jedynie w ramach uzupełnienia (nie jest to bowiem przedmiotem niniejszego artykułu) dodać, że Regulamin arbitrażowy UNCITRAL (Komisji Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego), który będzie służył jako jeden ze wzorców prowadzenia postępowania arbitrażowego przez trybunał powołany na mocy Kompleksowej umowy, porządkuje sytuację wydziału w razie uszczuplenia jego składu w trakcie rozpoznawania konkretnej sprawy[14].

3.3. Kwestie etyki zawodowej i gwarancje niezawisłości członków trybunałów

Wcześniej była już mowa o krytyce instytucji arbitrażu inwestycyjnego ze strony opinii publicznej. Zwraca się uwagę na brak dostępu do prowadzonych postępowań, utajnianie orzeczeń arbitrażowych i brak pewności co do bezstronności osób rozstrzygających spór. Jest to o tyle istotne dla przeciętnego obywatela, że w razie zasądzenia na rzecz inwestora odszkodowania będzie ono wypłacone z budżetu państwa, czyli „z kieszeni podatnika". Krytyce poddawany jest również sam przedmiot sporu, tzn. działania niezależnego od podmiotów zewnętrznych państwa w sferze jego *imperium*.

Niniejszy artykuł poświęcony jest głównie strukturze trybunałów arbitrażowych i statusowi ich członków, dlatego też skupimy się na regulacjach dotyczących należytego zachowania się członków trybunałów.

O etyce traktuje art. 8.30 Kompleksowej umowy. Jego treść ma zastosowanie zarówno do członków trybunału I instancji, jak i Trybunału Apelacyjnego (zgodnie z art. 8.28 ust. 4 *in fine* umowy CETA). Do kwestii przejrzystości odnosi się natomiast art. 8.36 (jego treść omówiona zostanie w dalszej części niniejszego opracowania).

Kompleksowa umowa stanowczo wskazuje, że „członkowie trybunału są niezależni", oraz że brak jest ich powiązania z jakimkolwiek rządem.

[14] Artykuł 14 i art. 15 UNCITRAL Arbitration Rules, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html [Dostęp: 30 czerwca 2018 r.].

Aby usunąć ewentualne wątpliwości, w przyp. 12 zarówno w polskiej, jak i angielskiej wersji językowej umowy CETA doprecyzowano, że fakt pobierania wynagrodzenia przez członka trybunału, które wypłacane jest przez rząd, nie świadczy jeszcze o braku przymiotu niezależności takiej osoby. W dalszej części tego przepisu pojawia się zakaz przyjmowania przez członka trybunału instrukcji od organizacji albo rządu w kwestiach związanych z danym sporem. Członkom trybunału zabroniono uczestnictwa w rozstrzyganiu takich sporów, które mogłoby doprowadzić do wystąpienia pośredniego lub bezpośredniego konfliktu interesów. W tym zakresie zostali oni zobowiązani do kierowania się unormowaniami zawartymi w Wytycznych Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników, dotyczących konfliktu interesów w arbitrażu międzynarodowym (*Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*[15]).

Jak zauważają Alec Stone Sweet i Florian Grisel[16], od chwili powołania członka trybunału jest on zobligowany do wstrzymania się od działania w charakterze doradcy albo wyznaczonego przez stronę świadka lub eksperta w jakimkolwiek toczącym się sporze inwestycyjnym związanym z Kompleksową umową lub inną umową międzynarodową. Identyczny zakaz dotyczy sporu nowego, nieistniejącego w momencie powołania. Ci sami autorzy zwracają również uwagę na zastosowanie Wytycznych Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników.

Omawiając strukturę trybunału, wskazano już na udział innych organów i instytucji międzynarodowych w jego funkcjonowaniu. Kolejny przykład takiej „współpracy" odnajdujemy w regulacji mającej zapewnić niezależność członków trybunału. Strona sporu – gdy stwierdzi, że członek trybunału znalazł się w konflikcie interesów – uprawniona jest do wezwania prezesa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości do wydania decyzji w przedmiocie jej sprzeciwu wobec powołania takiego członka do wydziału orzekającego. Wymagane jest uzasadnienie przez stronę jej sprzeciwu. Pomijamy tu zagadnienia proceduralne.

Ponadto art. 8.44 ust. 2 umowy CETA przewiduje przyjęcie przez Komitet ds. Usług i Inwestycji Kodeksu postępowania członków trybunału, który mieć będzie zastosowanie w rozstrzyganiu sporów związanych z rozdziałem ósmym Kompleksowej umowy. Będzie on mógł zastąpić lub uzupełnić obowiązujące zasady. Zostaną w nim uregulowane następujące kwestie: obowiązki w zakresie ujawniania informacji, niezależność i bezstronność członków trybunału oraz poufność. Kodeks ten ma zostać przyjęty jak najszybciej, nie później niż dwa lata po pierwszym dniu tymczasowego stosowania lub

[15] Https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx [Dostęp: 30 czerwca 2018 r.].

[16] A. Stone Sweet, F. Grisel, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, New York 2017, s. 238 i n.

wejścia w życie umowy CETA. Dopuszczono również modyfikację przez Komitet ds. Usług i Inwestycji obowiązujących zasad dotyczących przejrzystości.

Przejrzystość postępowań w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym jest kwestią dość szeroko dyskutowaną[17], powtarzają się postulaty o podniesienie jej poziomu. Odpowiedzią mogą być Zasady przejrzystości[18] (*Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*) opracowane przez Komisję Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego. Artykuł 8.36 ust. 1 mowy CETA (*Przejrzystość postępowań*) przewiduje stosowanie tych Zasad w postępowaniach wynikających z Kompleksowej umowy, jednak z uwzględnieniem modyfikacji wprowadzonych treścią jej rozdziału ósmego.

Kluczowe wydaje się, przynajmniej z punktu widzenia opinii publicznej, postanowienie o jawności rozpraw odbywających się przed trybunałem (art. 8.36 ust. 5 zd. 1). W gestii trybunału pozostało poczynienie odpowiednich ustaleń logistycznych w tym zakresie, co ma nastąpić w porozumieniu ze stronami sporu. Oczywiście, ze względu na specyfikę postępowań w umowie CETA dopuszcza się rozpoznawanie na posiedzeniu niejawnym kwestii wymagających ochrony przewidzianej dla informacji poufnych lub chronionych. Ustęp 6 art. 8.36 precyzuje sytuację pozwanego, stanowiąc, że żadne z postanowień rozdziału ósmego nie wymaga od strony pozwanej niepodawania do publicznej wiadomości informacji, które ma ona obowiązek ujawnić na mocy obowiązujących ją przepisów. Stosując te przepisy, pozwany powinien zwracać szczególną uwagę na ochronę przed ujawnieniem informacji, które wskazano jako informacje poufne lub chronione. Na fakt zastosowania Zasad przejrzystości oraz wprowadzenie jawności rozpraw w celu zwiększenia przejrzystości całego systemu wskazuje także Jan Asmus Bischoff[19].

[17] Tak J. Crawford w przedmowie oraz autorzy we wstępie do: D. Euler, M. Gehring, M. Scherer, *Transparency in International Investment Arbitration*, Cambridge 2015.

[18] Http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html [Dostęp: 30 czerwca 2018 r.].

[19] J.A. Bischoff, *Initial Hiccups or More? Efforts of the EU to Find Its Future Role in International Investment Law*, [in:] *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, eds. J.E. Kalicki, A. Joubin-Bret, Leiden 2015, s. 557.

4. Podsumowanie

W pierwszej części artykułu zaprezentowana została definicja arbitrażu międzynarodowego, a także podstawowe cechy odróżniające arbitraż inwestycyjny od ogólnego arbitrażu międzynarodowego.

Umowa CETA konstytuuje dwa trybunały arbitrażowe wyspecjalizowane w rozstrzyganiu sporów z zakresu międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Nie jest to *novum* w skali światowej, podobne instytucje bowiem istnieją i funkcjonują od dawna, czego przykładem może być haski Stały Trybunał Arbitrażowy czy Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych. Ostatni z wymienionych podmiotów będzie miał nawet swój udział w działalności trybunału unijno-kanadyjskiego, zapewniając obsługę Sekretariatu. W ograniczonym zakresie współpraca taka dotyczyć będzie również prezesa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, któremu powierzono decydowanie o wyłączeniu członka trybunału od orzekania w konkretnej sprawie ze względu na konflikt interesów.

Członkowie trybunałów powoływani będą w równej liczbie z grona obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, Kanady oraz państw trzecich. Kompleksowa umowa ustala ogólne wymagania, które muszą spełniać kandydaci na członków trybunału. Po powołaniu członkowie trybunału zobowiązani są do właściwego zachowywania się, a obowiązek ten wzmocniony będzie przez specjalny kodeks etyczny. Ich dokładna liczba, tak jak i inne kwestie organizacyjne, mogą być zmieniane na mocy decyzji Komitetu Wspólnego CETA. W zakresie organizacji Trybunału Apelacyjnego wpływ Komitetu Wspólnego jest jeszcze większy – niemal w pełni unormuje on strukturę i funkcjonowanie trybunału II instancji.

Normy proceduralne mogą zostać przyjęte przez sam trybunał, przewidziano jednak korzystanie z już dostępnych rozwiązań przygotowanych przez właściwą komisję Narodów Zjednoczonych. Podobnie kształtuje się sytuacja odnośnie do przejrzystości postępowań, inny jest tylko organ uprawniony do modyfikowania zasad (Komitet ds. Usług i Inwestycji).

Rzeczywista ocena funkcjonowania trybunałów będzie możliwa dopiero wtedy, gdy rozpoczną one swą działalność. Jest to tym bardziej istotne, że wiele kwestii ma zostać doprecyzowanych w praktyce, m.in. w wyniku decyzji kompetentnych organów.

Bibliografia

Publikacje

Bantekas I., *An Introduction to International Arbitration*, Cambridge 2015.

Bischoff J.A., *Initial Hiccups or More? Efforts of the EU to Find Its Future Role in International Investment Law*, [in:] *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, eds. J.E. Kalicki, A. Joubin-Bret, Leiden 2015.

Clay T., *L'arbitre*, Paris 2001.

Euler D., Gehring M., Scherer M., *Transparency in International Investment Arbitration*, Cambridge 2015.

Jeżewski M., *Natura współczesnego arbitrażu międzynarodowego*, [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014.

Lavranos N., *How the European Commission and the EU Member States Are Reasserting Their Control over Their Investment Treaties and ISDS Rules*, [in:] *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, ed. A. Kulick, Cambridge 2017.

Marciniak K.J., *Arbitraż z perspektywy rozwoju historycznego prawa międzynarodowego*, [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014.

Reinisch A., *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, „Journal of International Economic Law" 2016, no. 19.

Stone Sweet A., Grisel F., *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, New York 2017.

Netografia

Dahlquist Cullborg J., *Place of Arbitration in the Proposed „Investment Court" Scenario: An Overlooked Issue?*, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/23/joel-booked/ [Dostęp: 1 października 2017 r.].

Piotr Boroń*

Review of Changes in the Matter of Reciprocal Protection of Investments between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland

Przegląd zmian w zakresie wzajemnej ochrony inwestycji między rządem Kanady i rządem Rzeczypospolitej Polskiej

Streszczenie: Artykuł przedstawia zmiany jakie nastąpią gdy Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (CETA) między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, zastąpi obowiązującą do tej pory Umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej i Rządem Kanady w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisaną w Warszawie w dniu 6 kwietnia 1990 r. Autor zaczyna od nakreślenia kontekstu regulacji: ukazania wzajemnych relacji ekonomicznych między Polską a Kanadą, krótkiego opisu prowadzonych negocjacji oraz przybliża pojęcie ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) i ICS (*Investment Court System*), wskazując zasadnicze różnice między nimi. Następnie autor przechodzi do zestawienia definicji zawartych w obu umowach, procedur rozwiązywania sporów wynikłych między stronami, konstrukcji arbitrażu inwestycyjnego i jego przejrzystości, odwołując się przy tym do Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL oraz do Konwencji Narodów Zjednoczonych dotyczącej przejrzystości w umownych postępowaniach arbitrażowych między inwestorem a państwem. Na końcu autor prezentuje najpoważniejsze zarzuty wobec umowy CETA stawiane przez opinię publiczną, wywiedzione ze Wspólnego instrumentu interpretacyjny CETA.

Słowa kluczowe: CETA, zmiany, Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa, ISDS, ICS, Regulamin arbitrażowy UNCITRAL, wspólny instrument interpretacyjny CETA, BIT, wzajemna ochrona inwestycji, Polska, Kanada, Unia Europejska, Wspólny Komitet CETA, arbitraż inwestycyjny, Trybunał, Trybunał Apelacyjny, zasady przejrzystości UNCITRAL

---

* Piotr Boroń is a fourth-year student at the Faculty of Law and Administration, University of Silesia in Katowice.

Abstract: The article shows selected changes that will occur after the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union (called the CETA) replaces the Bilateral Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (hereafter BIT). Author outlines the context of both regulations, showing mutual economic relations between Poland and Canada. He discusses briefly negotiations and introduces the concept of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Investment Court System (ICS). He points out the fundamental differences between them. Then the author summarizes regulation concerning: the scope of the definitions contained in the two agreements, disputes between the Contracting Parties, investment arbitration and its transparency pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules and to United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Finally, the author presents the most serious criticism against the CETA made by the public, derived from the Joint Interpretative Instrument on the CETA.

Keywords: Reciprocal Protection of Investments, CETA, ISDS, Investor-State Dispute Settlement, ICS, Investment Court System, the UNCITRAL Arbitration Rules, the Comprehensive Economic and Trade Agreement, BIT, Poland, Canada, Joint Interpretative Instrument on the CETA, CETA Joint Committee, Investment Arbitration, Appellate Tribunal, UNCITRAL Rules on Transparency

1. How does the background of changes look like?

1.1 Economic relations between Poland and Canada

Poland is the largest merchandise partner of Canada in Central and Eastern Europe.[1] The value of bilateral trade amounts to $2.2 billion in 2015. The most common trade items are connected with aerospace industry, agricultural production, and electrical machinery. Poland is an attractive investment destination for Canadian companies, their cumulative direct investment totaled $264 million in 2014 including such companies as Bombardier, Pratt & Whitney Canada, McCain, Apotex, Heli-One and CGI. It is worth pointing out that this investment trend works both ways.[2] In 2012 Polish copper giant KGHM, finalized the acquisition of Canadian mining company Quadra FNX, which constituted the biggest direct investment deal in the

[1] Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Poland, *Polish-Canadian economic relation*s, http://www.ottawa.msz.gov.pl/en/bilateral_cooperation/ottawa_ca_a_30/ottawa_ca_a_203/?printMode=true (accessed 17 October 2017).

[2] Government of Canada, *Canada-Poland Relations*, http://www.canadainternational.gc.ca/poland-pologne/bilateral_relations_bilaterales/canada-poland-pologne.aspx?lang=eng (accessed 17 October 2017).

history of modern Poland.[3] Even though the Canadian dominance in reciprocal investments is incontestable, thus, the legal norms that are shaping investors protection are the center of attention of the Polish government.

1.2 Brief schedule of the CETA negotiations

The EU negotiations concerning liberalization of trade with Canada were conducted in 2009. Except for the unsuccessful attempt at signing the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), it is the biggest project widening liberal market in the history of the European Union, concluded to the first time with the country that belongs to the G7 group. As a response for the strong public pressure in July 2016, the European Commission proposed that the deal should be signed as a "mixed agreement," which necessitated obligatory ratification by all national and regional parliaments.[4] The agreement came under widespread criticism. The Belgian regional parliament of Wallonia blocked the process of ratifying the CETA.[5] As a result the Joint Interpretative Instrument on the CETA was adopted in 2017. This document clarifies the most severely criticized regulation, including Chapter Eight thereof containing Investment Protection. The Comprehensive Economic and Trade Agreement will enter into force after its ratification by the parties in accordance with Art. 30.7, but only partially.[6] In the decision made on 5 October 2016,the Council of the European Union decided that the CETA shall be applied on a provisional basis. Only selected provisions of Chapter Eight, related to investments, shall be applied provisionally, particularly:[7] Articles 8.1 to 8.8, 8.13, 8.15 with the exception of para. 3, and 8.16. It means that all the regulations that are establishing the Tribunal and the Appellate Tribunal, included in section D and F of the CETA, are suspended.

[3] Government of Canada, *Largest Polish FDI in Canada finalised*, http://www.canadainternational.gc.ca/poland-pologne/highlights-faits/Quadra_KGHM.aspx?lang=eng (accessed 17 October 2017).

[4] The European Council, *EU-Canada trade agreement: Council adopts decision to sign CETA*, http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement (accessed 17 October 2017).

[5] J. Rankin, *Belgian politicians drop opposition to EU-Canada trade deal*, https://www.theguardian.com/world/2016/oct/27/belgium-reaches-deal-with-wallonia-over-eu-canada-trade-agreement (accessed 17 October 2017).

[6] Art. 30.7 of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada of the one part, and The European Union and its Member States, of the other part (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pp. 23–1079 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV) [hereinafter CETA].

[7] Art. 1 Council Decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the CETA (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pp. 1080–1081 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

1.3 Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Investment Court System (ICS)

Primarily ISDS system was conceived of as a legal tool that allows to resolve conflict between a country and foreign investor without involving the local justice system by using arbitration. First ISDS possibility appeared in bilateral trade agreement between Germany and Pakistan in 1959.[8] These days it was a way to encourage investors to allocate capital in developing countries where the rules of national law were unstable or not enforced by the state. Nothing else could ensure respect for prohibition of discrimination, illegal expropriation, unfair and unjust treatment etc. This idea became a popular, but not obligatory, content of many bilateral investment treaties (BIT) all around the world. ISDS proved to be faster and cheaper than proceedings taking place in common courts even in western countries, thus, over time, ISDS became a standard in the reciprocal investment relation used also by the biggest countries to attract foreign direct investments.[9] Conflicts are predominantly considered by triple tribunals which are established ad hoc, where two arbitrators are chosen by the parties, one by each of them, and the remaining one is chosen jointly. The rest of typical characteristics of ISDS shall align with the example of BIT signed 6 April 1990, that binds the Republic of Poland and Canada. From the very beginning ISDS has created controversy. It was considered as a way for western investors to abuse third-world countries in a neocolonialism manner. Particular regulation depends on intention of the parties that concluded a treaty, but in some cases ISDS procedures were in fact biased towards foreign investors in relation to all other actors in the national market.[10] Investment Court System (ICS) established in the CETA corresponds with ISDS as an alternative to national courts' way to assert the rights of the investor. The characteristic distinguishing this two concepts is permanence of the CETA Tribunal and the ability to appeal to a higher instance.[11]

---

[8] *The arbitration game*, "The Economist," http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration (accessed 17 October 2017).

[9] J. Menkes, *System Sądu Inwestycyjnego w kontekście polskiej debaty na temat Umowy handlowej między Unią Europejską i Kanadą (CETA) i Transatlantyckiego Partnerstwa w dziedzinie Handlu i Inwestycji (TTIP)*, https://ec.europa.eu/poland/news/170105_menkes_pl (accessed 17 October 2017).

[10] *Legal Statement on investment protection and investor-state dispute settlement mechanisms in TTIP and the CETA*, https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/28.10.16-Updated-Legal-Statement_EN.pdf (accessed 17 October 2017).

[11] CBA/ABC NATIONAL, *CETA's new dispute settlement court: Q&A with Greg Tereposky*, http://www.nationalmagazine.ca/Articles/March-2016-Web/CETA-s-new-dispute-settlement-court-Q-A-with-Greg.aspx (accessed 17 October 2017).

2. What are the differences?[12]

2.1 Comparison of definitions and scope

Definition of the investment is similar in both agreements. It is defined by BIT as any kind of asset "invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party,"[13] and in the CETA as "every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment" – this general definition is completed by a broad exemplification.[14] This extensive catalogue, more developed in the CETA, contains for example: 1) any movable and immovable property and any related property rights; 2) form of participation in a company; 3) claims; 4) any intellectual property rights and in general all the rights having financial value etc.; 6) bonds, debentures and other debt instruments of an enterprise, etc. Despite slight differences, the scope of the definition is the same, which causes the same scope of protection.

Also a definition of the "Investor" seems to have the same connotation. Investor is "any natural person possessing the citizenship of a Contracting Party in accordance with its laws" or "any corporation, partnership, trust, organization, association or enterprise incorporated or duly constituted in accordance with applicable laws of that Contracting Party." This similarities are natural due to the fact that the CETA was negotiated as alternative solution to the current ISDS system established by many bilateral agreements between the government of Canada and EU members. That induces an identical scope of regulation.

2.2 Comparison of the rules concerning disputes between the Contracting Parties

First significant difference between the BIT and the CETA is the matter of disputes between the Contracting Parties. Most of all, it should be mentioned that both agreements valorize settlement through diplomatic

[12] For the sake of clarity it is important to distinguish "the parties" understood as parties to the investment dispute, so Investor and State from "the Parties" understood as contracting States.

[13] Art. 2 of the Bilateral Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments dated 6 April 1990 (consolidated version Dz.U. 1991, poz. 114).

[14] Art. 8.1 CETA.

channels.[15] pursuant to the BIT regulation "If the dispute cannot be settled through diplomatic channels within six months, it shall, at the request of either Contracting Party, be submitted to an arbitral tribunal for decision."[16] This tribunal should be constituted ad hoc. Two members shall be appointed by each of the parties, these members shall then select a chairman of the arbitral tribunal, a national of a third State. The arbitral tribunal shall reach its decision by a majority of votes. This decision binds both Contracting Parties.

Pursuant to the CETA regulations, if an attempt of amicably resolving of the dispute fail, the dispute shall be settled by the arbitration panel composed of three arbitrators.[17] In the case that the Parties are unable to agree on the composition of the arbitration panel, the Chair of the CETA Joint Committee, or the Chair's delegate, draws by lot the arbitrators from the list established under Article 29.8. Pursuant to this article, the CETA Joint Committee shall establish a list of at least 15 arbitrators chosen on the basis of objectivity, reliability, and sound judgment. Two thirds of these individuals shall be indicated by each Party and the third one shall include individuals who are not nationals of any Party to act as chairpersons. All the arbitrators shall have specialized knowledge of international trade law and shall be independent, and shall not take any instructions from any organization or government and shall not be affiliated with the government of any of the Parties.

2.3 Comparison of the rules concerning investment arbitration

An essential change that is provided by the CETA is the establishment of Investment Court System ICS that will replace Investor-State Dispute Settlement ISDS after the CETA enters into force. The BIT does not contain specified norms of investment arbitration. The agreement refers to the United Nation Commission on International Trade Law Arbitration Rules.

[15] Art 11.1 of the Bilateral Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments dated 6 April 1990 (consolidated version Dz.U. 1991, poz. 114); chapter 29 section B of CETA.

[16] Art. 11.2 of the Bilateral Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (consolidated version Dz.U. 1991, poz. 114).

[17] Art. 29.7 para. 1 CETA.

2.4 The BIT regulation

Pursuant to UNCITRAL Arbitration Rules the number of arbitrators and in general appointment process depends on the intent of the parties and on agreement between them. Common intent of the parties in the matter of arbitrators is always privileged, but in order to avoid obstruction Art. 6 UNCITRAL Arbitration Rules provides an institution of designating and appointing authorities. Appointing authority is one or more institutions or persons who are a third party to the disputing parties and who are authorized to appoint the arbitrators. Pursuant to Art. 6 para. 7, "The appointing authority shall have regard to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties." But if all parties have not agreed on the choice of an appointing authority, any party may request the Secretary-General of the PCA to designate the appointing authority.[18] This rule allows to call the Secretary-General of the PCA a designating authority. Basically, if the parties have not agreed otherwise, Art. 9 UNCITRAL Arbitration Rules shall apply: "Each party shall appoint one arbitrator. The two arbitrators thus appointed shall choose the third arbitrator who will act as the presiding arbitrator of the arbitral tribunal." By analogy parties can appoint in consensus one or more arbitrators. If the party has not notified its arbitrator or parties have failed to appoint a sole arbitrator or the two arbitrators have not agreed on the choice of the presiding arbitrator, the appointing authority may, at the request of a party, appoint the lacking arbitrator.[19] To do so, the appointing authority will send to the parties an identical list containing at least three names. Each party will return the list to the appointing authority after having deleted names to which it objects and numbered the remaining names on the list in the order of its preference. The appointing authority will appoint an arbitrator in accordance with the order of preference indicated by the parties. Although "If for any reason the appointment cannot be made according to this procedure, the appointing authority may exercise its discretion in appointing the sole arbitrator."[20]

[18] Art. 6 para. 2 of the United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (consolidated version ONZ A/RES/31/98).

[19] Art. 7 and 8 of the United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules dated 15 December 1976 (consolidated version ONZ A/RES/31/98).

[20] Art. 8 para. 2(a)–(d) of the United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules dated 15 December 1976 (consolidated version ONZ A/RES/31/98).

2.5 The CETA regulation

For many actions including selection of arbitrators the most crucial institution is the CETA Joint Committee established under Art. 26.1. It comprises representatives of the European Union and representatives of Canada. The CETA Joint Committee shall be co-chaired by the Minister for International Trade of Canada and the Member of the European Commission responsible for Trade, or their respective designees. Pursuant to Art. 8.27, the CETA Joint Committee shall, upon the entry into force of this Agreement, appoint fifteen Members of the Tribunal. Five of the Members of the Tribunal shall be nationals of a Member State of the European Union, five shall be nationals of Canada and five shall be nationals of third countries. This general regulation leaves a lot of space for the CETA Joint Committee. Required qualifications of the arbitrators are specified in the para. 4, pursuant to which arbitrators shall possess "the qualifications required in their respective countries for appointment to judicial office, or be jurists of recognized competence [...]," which is still rather general criterion. The Members of the Tribunal will be appointed for a five-year term renewable once. This rule emerged from the idea of ICS which is a permanent arbitration body as opposed to appointed ad hoc ISDS arbitral tribunals. Basically, the tribunal hears cases in "divisions" consisting of three arbitrators. First arbitrator shall be a national of a Member State of the European Union, second a national of Canada, and the third one a national of a third country the Chairman. Procedures of composition of the divisions shall ensure randomness, unpredictability and gives equal opportunity to all Members of the Tribunal to serve. Although the disputing parties may agree that a case shall be heard by a sole arbitrator appointed at random from the third-country nationals especially when the claimant is a small or medium-sized enterprise or the compensation or damages claimed are relatively low.

The CETA also creates an Appellate Tribunal. Its final shape is not predetermined in the agreement and it will depend on the CETA Joint Committee, so indirectly on the intent of the Parties. Matters such as an administrative support, procedures, remuneration of the Members of the Appellate Tribunal and any other elements necessary for the effective functioning of the Appellate Tribunal will be regulated by the decision of the CETA Joint Committee. Analogous to the Tribunal, appeals shall be heard by the division consisted of three randomly appointed Members of the Appellate Tribunal. Membership requirements are the same as in the Tribunal.[21] Moreover, both the members of the Tribunal and the Members of the Appellate Tribunal shall be independent and shall not be affiliated with any government nor take

[21] Art. 8.27 CETA.

any instructions from any organization or government with regard to matters related to the dispute. They shall avoid all kinds of participation in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest.[22] An appeal may be granted in the case of reasons listed in the Art. 8.28 para. 2: errors in the application or interpretation of applicable law; manifest errors in the appreciation of the facts, including the appreciation of relevant domestic law and other reasons provided by the Art. 52(1) (a) through (e) of the ICSID such as: violation of rules referred to establishment of the Tribunal and procedure, abuse of powers or corruption.[23]

2.6 Comparison of the rules concerning transparency

Lack of Transparency is said to be one of the biggest problems of ISDS. UNCITRAL noticed and reacted to this issue by enacting the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration ("Rules on Transparency"). Pursuant to the rule *lex retro non agit*, this document shall be applied to a treaty providing for the protection of investments or investors concluded on or after 1 April 2014. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, application of these rules depends on agreement between the parties to the dispute or the Parties to the treaty.[24] Bilateral Investment Treaty between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland was enacted in 1990 and rules on the field of transparency are provided for by Art. 28 and Art. 34 UNCITRAL Arbitration Rules.

The rule of confidentiality in arbitration proceedings is commonly recognized and accepted although it is not directly expressed.[25] Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses. An award may be made public under the condition of the consent of all parties or when it is required by legal duty, or to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings.

In the matter of transparency the CETA refers to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration. However,

[22] Art. 8.30 para. 1 CETA.

[23] The International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention of the year 1966.

[24] Art. 1 para. 1 and 2 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration dated 1 April 2014 (consolidated version UN A/68/462) [hereinafter UNCITRAL Rules].

[25] P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL*, Warszawa 2011, pp. 381–391.

it is worth to notice that the scope of the CETA regulation is extended by specified rules provided for in Article 8.26. Pursuant to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration the arbitral tribunal in exercising discretion shall take into account the public interest in transparency in treaty-based investor-State arbitration and in the particular arbitral proceedings and the disputing parties interest in a fair and efficient resolution of their dispute.[26] From the beginning of the dispute information regarding the names of the disputing parties, the economic sector involved and the treaty under which the claim is being made shall be public.[27] It concerns also the most important documents such as the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, any written statements or written submissions provided by any disputing party; a table listing all exhibits, but not the exhibits themselves, and decisions and awards of the arbitral tribunal.[28] Transparency is provided also in the field of hearings. The presentation of evidence or oral arguments shall be public. The arbitral tribunal shall act to facilitate the public access to hearings to ensure the real possibility to exercise all rights emerged from transparency rules.[29] Exceptions to transparency may concern confidential or protected information. Confidential or protected information are defined and listed in Art. 7. The catalogue includes: confidential business information; information that is protected against being made available to the public under the treaty; information that is protected against being made available to the public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; and information the disclosure of which would impede law enforcement. Moreover, a piece of information shall be excluded from the principle of transparency if made available to the public, would jeopardize the integrity of the arbitration process.[30] The CETA in addition to these rules extends the list of documents that shall be made available to the public, and adds exhibits to this list.[31]

[26] Art. 1 para. 4 UNCITRAL Rules.
[27] Art. 2 UNCITRAL Rules.
[28] Art. 3 UNCITRAL Rules.
[29] Art. 6 UNCITRAL Rules
[30] Art. 7 para. 6 UNCITRAL Rules.
[31] Art. 8.38 para. 2 CETA.

3. What are the CETA effects?

The CETA is a unique agreement. It raises both hopes and controversy. Governments often emphasize that it points to, besides pure economic issues, strong ideological and political backgrounds and it cannot be considered in isolation from these reasons. It is said to be next step to tame an inevitable globalization, but also it raises many questions and fears. For these reasons the Council of the European Union by its decision of 28 October 2016 provides the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (the CETA). Only the listed provisions of Chapter Eight, concerning investment, shall be provisionally applied.[32] Before, on 27 April 2016, the Parliament of Wallonia[33] had adopted a resolution opposing the CETA. Belgium was unable to sign the treaty. The whole project fell into a stalemate. The Parties of the agreement tried to overcome the criticism by enacting on 14 January 2017 Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union and Its Member States, where the answer for the most crucial issues were included. It is worth to notice that the part concerning investment was most widely described, which shows how these rules are significant. Joint Interpretative Instrument ensures that the European Union and its Member States and Canada will therefore continue to have the ability to adopt and apply their own laws and regulations that regulate economic activity in the public interest, to achieve legitimate public policy objectives.[34] Especially the ability to improving their laws and policies with the goal of providing high levels of labour protection regardless of whether these improvements affect detrimentally an investment or investor's expectations of profit.[35] It is written that the CETA will not favour foreign investors more than domestic ones. It also clarifies that any investor's compensation will be based on an objective determination by the Tribunal and will not be greater than the loss suffered by the investor. It also shall prevent "shell" or "mail box" companies established in Canada or the European Union by investors

[32] According to Art. 1 para. 1(a) Council Decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016, "only the following provisions of Chapter Eight of the Agreement (Investment) shall be provisionally applied, and only in so far as foreign direct investment is concerned: Articles 8.1 to 8.8; Article 8.13; Article 8.15, with the exception of paragraph 3 thereof; and Article 8.16."

[33] Wallonia – one of the three self-governing regions of Belgium.

[34] Para. 2 of Joint Interpretative Instrument on the CETA (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pp. 3–8 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

[35] Para. 8 of Joint Interpretative Instrument on the CETA (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pp. 3–8 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

of other countries from bringing claims against Canada or the European Union and its Member States. To ensure that Tribunals will respect the intent of the Parties, Canada and the European Union and its Member States can use binding notes of interpretation to avoid and correct any misinterpretation of the CETA by Tribunals.[36]

Are these declared consequences certain? Nobody knows. The final shape of many rules will be established later by the CETA Joint Committee. Many other rules are new and their effects are unpredictable. Many fears and criticism emerged from this uncertainty, which is understandable.

[36] Para. 6 of Joint Interpretative Instrument on the CETA (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pP. 3–8 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

Bibliography

Books

P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL*, Warszawa 2011, pp. 381–391.

Legal acts

Council Decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (consolidated version OJ L 1, 14.1.2017, pp. 1080–1081 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

Regulamin z dnia 1 kwietnia 2014 r. UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (consolidated version UN A/68/462).

Regulamin z dnia 15 grudnia 1976 r. The United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (consolidated version UN A/RES/31/98).

Umowa z dnia 14 stycznia 2017 r. Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (the CETA) between Canada and the European Union and its Member States (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pp. 3–8 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

Umowa z dnia 14 stycznia 2017 r. The Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of the one part and The European Union and its Member States, of the other part (consolidated version OJ L 11, 14.1.2017, pp. 23–1079 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV)).

Umowa z dnia 6 kwietnia 1990 r. The Bilateral Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Poland for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (consolidated version Dz.U. 1991, poz. 114).

Internet sources

The arbitration game, "The Economist," http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration (accessed 17 October 2017).

CBA/ABC NATIONAL, *CETA's new dispute settlement court: Q&A with Greg Tereposky*, http://www.nationalmagazine.ca/Articles/March-2016-Web/CETA-s-new-dispute-settlement-court-Q-A-with-Greg.aspx (accessed 17 October 2017).

European Council, *EU-Canada trade agreement: Council adopts decision to sign CETA*, http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement/ (accessed 17 October 2017).

Government of Canada, *Canada-Poland Relations*, http://www.canadainternational.gc.ca/poland-pologne/bilateral_relations_bilaterales/canada-poland-pologne.aspx?lang=eng (accessed 17 October 2017).

Government of Canada, *Largest Polish FDI in Canada finalised*, http://www.canadainternational.gc.ca/poland-pologne/highlights-faits/Quadra_KGHM.aspx?lang=eng (accessed 17 October 2017).

J. Menkes, *System Sądu Inwestycyjnego w kontekście polskiej debaty na temat Umowy handlowej między Unią Europejską i Kanadą (CETA) i Transatlantyckiego Partnerstwa w dziedzinie Handlu i Inwestycji (TTIP)*, https://ec.europa.eu/poland/news/170105_menkes_pl (accessed 17 October 2017).

Jennifer Rankin, *Belgian politicians drop opposition to EU-Canada trade deal*, https://www.theguardian.com/world/2016/oct/27/belgium-reaches-deal-with-wallonia-over-eu-canada-trade-agreement (accessed 17 October 2017).

Legal Statement on investment protection and investor-state dispute settlement mechanisms in TTIP and the CETA, https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/28.10.16-Updated-Legal-Statement_EN.pdf (accessed 17 October 2017).

Ministerstwo Spraw Zagranicznych RP, *Polish-Canadian economic relation*s, http://www.ottawa.msz.gov.pl/en/bilateral_cooperation/ottawa_ca_a_30/ottawa_ca_a_203/?printMode=true (accessed 17 October 2017).

Redaktor tekstów w języku polskim: Barbara Todos-Burny
Redaktor tekstu w języku angielskim: Krystian Wojcieszuk
Projektant okładki: Magdalena Starzyk
Łamanie: Alicja Załęcka

Copyright © 2018 by
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
Wszelkie prawa zastrzeżone

Publikacja ukazuje się jedynie w wersji elektronicznej

ISSN 0208-6336
ISBN 978-83-226-3398-4

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice
www. wydawnictwo.us.edu.pl
e-mail: wydawus@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 14,25. Ark. wyd. 16,50.