

Warszawa, 2 listopada 2022 r.

**OD:**

**DO:**

**Jacek Sasin**

Wiceprezes Rady Ministrów, Minister Aktywów Państwowych

Ministerstwo Aktywów Państwowych, ul. Krucza 36/Wspólna 6, 00-522 Warszawa

**Do wiadomości:**

Karol Rabenda, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Aktywów Państwowych

Dominik Kaczmarek, dyrektor Departamentu Analiz i Sprawozdawczości w Ministerstwie Aktywów Państwowych

**Dotyczy:**

ustawy o zakupie preferencyjnym paliwa stałego przez gospodarstwa domowe (*wykaz prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów – UD455*)

Szanowny Panie Ministrze,

Spółka z siedzibą w Warszawie „Spółka”) zwraca się do Pana jako piastuna organu administracji rządowej odpowiedzialnego za przygotowanie projektu ustawy o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych (dalej: „**Ustawa o zakupie preferencyjnym**”) oraz projektu rozporządzenia do tej ustawy w sprawie wykazu podmiotów uprawnionych do prowadzenia sprzedaży gminom paliwa stałego (dalej: „**Rozporządzenie w sprawie wykazu podmiotów**”).

Spółka wnosi o dokonanie zmian w treści Rozporządzenia w sprawie wykazu podmiotów poprzez uzupełnienie listy podmiotów uprawnionych do prowadzenia sprzedaży gminom paliwa stałego o

jest polską spółką działającą w ramach międzynarodowej grupy kapitałowej , która jest obecna na europejskim rynku paliw stałych od ponad 30 lat. Spółka, dostrzegając problemy na rynku paliw i publicznie wyrażane zapatrywania o niezaspokojonym popycie na węgiel na rynku polskim, zakontraktowała i kupiła znaczne ilości węgla kamiennego pochodzącego z Australii. We wrześniu i październiku zaimportował łącznie 105 tysięcy ton węgla; dodatkowo w grudniu przyplynie do Polski 45 tysięcy ton węgla (w załączeniu dokumenty odprawy dwóch statków oraz certyfikaty ważenia i pochodzenia dla trzeciego statku). Jest to zaledwie początek planowanych dostaw, gdyż ma zamiar importować docelowo łącznie do 2 milionów ton węgla kamiennego rocznie.

Prowadzenie działalności na taką skalę jest możliwe, ponieważ Spółka dysponuje zapleczem finansowym, siecią kontraktów, bazami logistyki i dystrybucji, które pozwalają jej na

prorowadzenie działalności w pełnym zakresie, zarówno na rynku polskim, jak i międzynarodowym. Uczestnictwo w grupie kapitałowej gwarantuje przy tym stabilność samej spółki, jak i sieci handlowej oraz dystrybucyjnej, w której uczestniczy, w tym bezpośrednie kontrakty z kopalniami węgla kamiennego. Powyższe możliwości gwarantują odpowiednią jakość usług i dostaw , z których skorzystało już szereg polskich podmiotów. Pomimo stosunkowo krótkiej działalności na polskim rynku: zrealizował już bowiem transakcje z 70 podmiotami (od dużych firm pośredniczącymi w hurtowym handlu węglem po bezpośrednich odbiorców, jak np. spółdzielnie mieszkaniowe). ; oprócz odbioru węgla w porcie lub z terminala węglowego, oferuje klientom również transport do wybranego przez klientów miejsca. Zawierając powyżej wskazane kontrakty na dostawę węgla działał w uzasadnionym przekonaniu, że znalezienie źródła dostaw węgla i zakontraktowanie go na rynek polski jest działaniem dla obopólnej korzyści. Sprzedaż węgla przez Spółkę przyczyni się bowiem do zaspokojenia podstawowych, powszechnych – zważywszy na wciąż masowe użycie węgla jako podstawowego źródła energii cieplnej w gospodarstwach domowych – potrzeb naszego społeczeństwa. Możliwości i tonaż planowanych dostaw sprawiają, że jest on gotowa włączyć się w ten proces w istotnym zakresie. . dopuszcza przy tym różne modele dystrybucji węgla, w tym nawiązanie bezpośredniej współpracy ze spółkami Skarbu Państwa zajmującymi się sprzedażą węgla.

Biorąc pod uwagę deklarowany cel Ustawy o zakupie preferencyjnym, możliwości oraz już podjęte działania, przedstawiciele Spółki ze zdumieniem zapoznali się więc z projektem Ustawy o zakupie preferencyjnym oraz projektem Rozporządzenia w sprawie wykazu podmiotów. W toku błyskawicznych prac legislacyjnych, bez przeprowadzenia konsultacji z podmiotami zainteresowanymi sprzedażą i dystrybucją węgla, ukształtowano bowiem system dystrybucji węgla kamiennego wykluczający i jednocześnie dyskryminujący podmioty, które dysponują węglem i mogłyby przyczynić się do skutecznej realizacji celu Ustawy.

Z uchwalonej Ustawy o zakupie preferencyjnym wynika kilka znamennych konsekwencji:

- utworzenie systemu dystrybucji węgla kamiennego z wykorzystaniem gmin;
- utworzenie enumeratywnej listy podmiotów, które są wyłącznie uprawnione do sprzedaży gminom węgla kamiennego;
- wskazanie ceny sztywnej, po której te podmioty mogą zbyć węgiel gminom oraz ceny sztywnej, po której gminy sprzedają węgiel odbiorcom końcowym;
- ustalenie tych cen na poziomie niższym niż rynkowa;
- zaprojektowanie systemu wypłaty rekompensat wyłącznie enumeratywnie wymienionym podmiotom.

Zamierzenia projektodawców są wyrażone w uzasadnieniu do wyżej wskazanych aktów prawnych; według nich chodzi o zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego mieszkańcom Polski poprzez upowszechnienie dystrybucji i zagwarantowaną cenę sztywną.

Jest oczywiste, że powyższe założenia spowodują całkowite przekształcenie rynku importu i dystrybucji węgla kamiennego. Przede wszystkim zagwarantowana cena, niższa od ceny rynkowej, a także powszechna dostępność zakupu zapewniona przez pośrednictwo gmin, spowodują, że odbiorcy końcowi będą realizować swoje zakupy wyłącznie w trybie przewidzianym Ustawą o zakupie preferencyjnym.

Jest więc dla zdumiewające i niezrozumiałe, że realizacja tych, co do zasady godnych ochrony interesów, została ograniczona tylko do bardzo wąskiego kręgu podmiotów, które mogą zbywać węgiel kamienny na rzecz gmin. W pierwotnej wersji projektu Rozporządzenia były to jedynie dwa podmioty - spółki z udziałem Skarbu Państwa. W wersji projektu z 25 października 2022 r. jest to sześć podmiotów. Ograniczenie to nie zostało przy tym w żaden

sposób umotywowane. Nie wiadomo tym samym, jakie przesłanki decydowały o umieszczeniu akurat tych podmiotów w projektowanym wykazie. Z drugiej strony, powyższe wskazuje na niewątpliwą możliwość rozszerzenia kręgu podmiotów objętych wykazem. Tym bardziej, że jedynym kryterium, jaki wynika z uzasadnienia projektu Ustawy, Rozporządzenia, jak i OSR warunkującym możliwość wpisania spółki na listę ustaloną przez Ministra Aktywów Państwowych jest „posiadanie zdolności do zapewnienia dostaw paliwa stałego”. Jak wynika z załączonych do pisma dokumentów, taką zdolność posiada.

Co jednak najistotniejsze, dopuszczenie do systemu zakupów preferencyjnych wyłącznie przyczyni się do realizacji celu Ustawy. W założeniu projektodawcy Ustawa o zakupie preferencyjnym „wspomoże budżety gospodarstw domowych, a przede wszystkim istotnie wpłynie na poczucie bezpieczeństwa energetycznego i socjalnego najbardziej potrzebujących. Tym samym przyczyni się do ograniczenia negatywnych skutków sytuacji międzynarodowej dla gospodarstw domowych, których głównym źródłem ciepła jest instalacja zasilana węglem kamiennym” (z uzasadnienia do projektu ustawy). Skoro, jak wynika z przedłożonych przez dokumentów, Spółka posiada już obecnie i ma zakontraktowany na bliską przyszłość znaczny tonaż węgla kamiennego, to włączenie do sieci zakupów preferencyjnych spowoduje wyłącznie znaczne zwiększenie wolumenu węgla kamiennego dostępnego dla odbiorców końcowych, jak i usprawnienie procesu dystrybucji, co wydaje się mieć niebagatelne znaczenie zważywszy na zbliżający się sezon grzewczy.

Zarazem, podobnie jak inne podmioty objęte regulacją Ustawy o zakupie preferencyjnym, będzie związany ceną sztywną, jak też – aby ubiegać się o rekompensatę – będzie musiał wykazać poniesienie uzasadnionych kosztów.

Spółka wyraża nadzieję, że ograniczony katalog podmiotów ujęty w Rozporządzeniu w sprawie wykazu podmiotów ma charakter wstępny i możliwe jest jego uzupełnienie jeszcze przed podpisaniem Ustawy o zakupie preferencyjnym bądź też jego zmiana po wejściu Ustawy i Rozporządzenia w życie.

Zakładamy, że takie były intencje projektodawców, gdy zmieniono w ww. Ustawie definicję podmiotu wprowadzającego do obrotu. Pierwotnie bowiem wskazano, iż chodzi o „spółkę kapitałową, w której bezpośrednim lub pośrednim udziałowcem albo akcjonariuszem jest Skarb Państwa, zajmującą się wprowadzaniem do obrotu paliwa stałego, określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 11” (pierwotny projekt ustawy). Ustawa w brzmieniu uchwalonym wskazuje jednak, że przez podmiot taki rozumie się „przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (...) wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wprowadzania do obrotu paliwa stałego, określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 12”.

Skoro uchwalając akt rangi ustawowej, podjęto decyzję, by istotnie rozszerzyć jej krąg podmiotowy – w którym bez żadnych wątpliwości mieści się – to wydaje się, że nie ma żadnych racjonalnych przeszkód, by uzupełnić katalog podmiotów zawarty w Rozporządzeniu w sprawie wykazu podmiotów o Co więcej, uwzględniając cel ustawy, jej uchwalone brzmienie i fakt, iż Spółka już obecnie dysponuje znacznym wolumenem węgla kamiennego, wpisanie Spółki na listę zawartą w Rozporządzeniu, wydaje się być nad wyraz uzasadnione.

Powyższy wniosek uzasadniony jest nie tylko celami omawianej Ustawy, ale także obiektywnymi względami prawnymi. Spółka przeprowadziła analizę Ustawy o zakupie preferencyjnym oraz Rozporządzenia w sprawie wykazu podmiotów i zauważyła, że:

- po pierwsze, projektowane Rozporządzenie może stanowić podstawę do formułowania przez roszczeń o naprawienie szkody. W uchwalonym brzmieniu Ustawa, jak

i Rozporządzenie naruszają prawo pierwotne i wtórne UE, w tym utrwalone w prawie Unii Europejskiej, jak i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasady równości i niedyskryminacji i prowadzą wskutek powyższego do zakłócenia reguł konkurencyjności na rynku wewnętrznym (art. 101 i n. oraz 106 TFUE) W takim kształcie zarówno Ustawa, jak i Rozporządzenie dają podstawę do wywiedzenia odpowiedzialności odszkodowawczej Państwa za naruszenie prawa pierwotnego UE (C-6/90 i C-9/90 *Francovich i Bonifaci*) oraz z tytułu wydania aktu normatywnego niezgodnego z ratyfikowaną umową międzynarodową, którą stanowią Traktaty (art. 417<sup>1</sup> § 1 k.c.), jak też podstawę do wniesienia skargi przez Komisję Europejską z tytułu naruszenia prawa traktatowego (art. 258 TFUE);

- po drugie, wbrew stanowisku wyrażonemu w toku prac legislacyjnych, projektowane akty prawne mogą naruszać prawo UE także w zakresie reguł dozwolonej pomocy publicznej. Gdyby założyć, że – pomimo wykazanej inlcjatywy – nie zostanie uwzględniony w Rozporządzeniu w sprawie wykazu podmiotów i ujęta w nim lista pozostanie wybiórcza, to można przypuszczać, że rekompensata o szacowanej wielkości 4 miliardów złotych może być uznana za niedozwoloną pomoc publiczną. Będzie ona bowiem przekazana ze środków publicznych podmiotom wybranym skrajnie selektywnie, prowadząc zarazem do uzyskania przez nie sytuacji korzystniejszej niż rynkowa i skutkować zakłóceniem reguł konkurencji. Daje to podstawy do przypuszczenia, że zasadna mogłaby stać się skarga Komisji Europejskiej na działanie Polski wraz ze wszystkimi związanymi z nią środkami zabezpieczającymi (art. 107 i 108 TFUE);

- po trzecie, projektowane akty prawne mogą naruszać sformułowaną w art. 32 Konstytucji RP zasadę równości i niedyskryminacji.

Podsumowując, skoro Ustawa o zakupie preferencyjnym nie ogranicza Ministra w dokonywaniu zmian w treści Rozporządzenia w sprawie wykazu, a spełnia wszelkie obiektywne kryteria leżące u podstaw wprowadzenia Ustawy, a także gotów jest zaangażować się w system zakupów preferencyjnych, co Spółka jednoznacznie deklaruje, to uzasadnione jest uwzględnienie na liście podmiotów uprawnionych do prowadzenia sprzedaży gminom paliwa stałego.

W imieniu proszę o odniesienie się do powyższego stanowiska.

W razie potrzeby udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień przedstawiciele . pozostają w pełni do dyspozycji.

Z poważaniem

Załączniki:

- dokumenty odprawy dwóch statków oraz certyfikaty ważenia i pochodzenia dla trzeciego statku.

Sydney, 16<sup>th</sup> November 2022

FAO: Honorable Jacek Sasin  
Minister Aktywów Państwowych  
ul. Krucza 36/Wspólna 6  
00-522 Warszawa

Page | 1

COPY: Honorable Prime Minister Mateusz Morawiecki  
Prezes Rady Ministrów  
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów  
Al. Ujazdowskie 1/3  
00-583 Warszawa

*Original in person, copy by email*

Dear Sirs

**Less Fair, Equitable and Favourable Treatment – Frustration of our Company’s Investments  
Infringement of the Agreement between Australia and the Republic of Poland on the  
Reciprocal Promotion and Protection of Investments**

**Introduction**

We write on behalf of \_\_\_\_\_ regarding our prospective claim  
against the Republic of Poland for the frustration of our investments in the sale of thermal coal in  
the Republic of Poland.

We have based our investments on reasonable grounds and good intentions to contribute to the  
resolution of the emerged struggle with unsatisfied demand for solid fuel by securing high-quality  
and sized coal for a direct use by the citizens of the Republic of Poland.

However, contrarily to our legitimate expectations of our investments being protected, the Sejm  
Rzeczypospolitej Polskiej has adopted legislative framework regulating the sale of coal in Poland.  
Such a state intervention has considerably affected and frustrated our investments protected by  
the bilateral Agreement between Australia and the Republic of Poland on the Reciprocal  
Promotion and Protection of Investments, as we care to elaborate in this letter.

## **Investment**

is a consortium of more than twenty companies operating around the world with over thirty years' history. We are involved, among others, in the supply of oil, petroleum products, coal, and other commodities to Central and Eastern Europe as well as in the mining of strategic raw minerals and natural resources.

Page | 2

On , we incorporated a subsidiary in Poland. The company was founded with a single purpose to conduct the sale of hard thermal coal as a solid fuel to the households in the Republic of Poland.

The incorporation was done as a part of our investments in the import and sale of two million metric tons of thermal coal in the Republic of Poland. To deliver such an amount of thermal coal, our company has invested considerably in the establishment of a complete chain of operations to ensure the supplies of this solid fuel and to meet the basic needs of households in relation to its availability.

To this end, we have contracted the procurement of thermal coal from Australia, Colombia, Indonesia, USA, and Tanzania. We have also invested in the development of our own mining operations for high calorific and sized coal in Tanzania and Nigeria.

On the side of distribution, we have entered into over seventy agreements with local intermediate coal selling entities and direct recipients across the whole country, such as housing cooperatives, to supply the solid fuel for their direct resale to the end users.

As part of our services, we have also been able to deliver the solid fuel to any customer in the Republic of Poland through our arrangements with local hauliers and logistics companies.

As of the beginning of our operations, we have imported 105,000mt of hard thermal coal originating from Australia in two shipments on 13<sup>th</sup> September 2022 and 12<sup>th</sup> October 2022, respectively. Additional 45,000mt of hard thermal coal originating from Australia is scheduled to arrive in Poland on 28<sup>th</sup> November 2022.

The remaining amount of approximately 1,8mil mt of hard thermal coal should have been delivered to the Republic of Poland during the months of December of this year and April next year.

## Legislation

However, on 27<sup>th</sup> October 2022, the Sejm of the Republic of Poland approved the *Ustawa z dnia 27 października 2022 r. o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych* (the 'Act'), and the same was ratified by the President of the Republic of Poland on 2<sup>nd</sup> November 2022. It is our position that the Act in its current diction essentially frustrates the investments of our company for the reasons as stated below.

Page | 3

It is our understanding of the Act that only Marketing entities determined by the Minister competent for the state assets shall be entitled to sell coal to municipalities at a preferential rate of PLN1,500 gross per ton of a solid fuel. Moreover, only such Marketing entities may apply to the paying entity (Zarządca Rozliczeń S.A.) for the payment of compensation, which is to be calculated as the amount equal to the product of the quantity of the coal and the difference between the reasonable average unit cost of the coal and the average net selling price of the coal, increased by value added tax.

Furthermore, it is our understanding that the Minister of State Assets designated in its Ordinance of the Ministry of the State Assets of 2<sup>nd</sup> November (the 'Ordinance') that the Marketing entities pursuant to the Act are explicitly limited to the companies as follow:

1. Polska Grupa Górnicza S.A. based in Katowice;
2. PGE Paliwa sp.z o.o. based in Krakow;
3. Węglkokoks S.A. based in Katowice;
4. Węglkokoks Kraj S.A. based in Piekary Śląskie;
5. Tauron Wydobycie S.A. based in Jaworzno;
6. Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. based in Bogdanka.

In principle, only the above stated six companies—which we understand are directly or indirectly owned or controlled by the government of the Republic of Poland—are entitled to sell the coal at preferential rates and for that purpose receive compensation of the purchase price of the coal from the government of the Republic of Poland (the 'Preferential companies').

The adoption of the legislative framework in the current diction is both frustrating and disappointing for our company as a foreign investor which devoted a considerable amount of time and funds in setting up the sourcing and distribution operations to secure the high quality and sized coal for the citizens of the Republic of Poland.

The adoption of the Act and Ordinance is also—and that is even more alarming—in breach of the Agreement between Australia and the Republic of Poland on the reciprocal promotion and protection of investments (the 'BIT'), as we explain below.

### **Breach of the BIT**

It is a general rule of international investment law that investments of nationals or companies of each contract party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other contracting party. This rule has also been adopted to the BIT in Article 3 and Article 4.

According to Article 3(1) of the BIT, each Contracting Party shall encourage and promote investments in its territory by nationals of the other Contracting Party and shall, in accordance with its laws and investment policies applicable from time to time, admit investments.

According to Article 3(2) of the BIT, a Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment in its own territory to investments and activities associated with investments.

According to Article 4 of the BIT, a Contracting Party shall at all times treat investments and activities associated with investments in its own territory on a basis no less favourable than that accorded to investments and activities associated with investments of nationals of any third country.

For the purpose of the BIT, the “investments” mean, among others, business concessions and any other rights required to conduct economic activity and having economic value conferred by law or under a contract, including rights to sell products.

#### *Less fair and equitable treatment*

One of the most important rules of international investment law and bilateral investments treaties, the breach of which is the most frequently founded by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), is that changes in the host State’s legislation would be examined primarily against the standard of fair and equitable treatment. The legislative framework existing at the time of the investment will often be the basis for legitimate expectations of the investor. Any drastic change in that framework, that seriously affects the investment, is likely to constitute a breach of the BIT’s fair and equitable treatment standard. (see e.g., *CMS v. Argentina*, Award, 12 May 2005)

In the circumstances, we claim that establishing the framework of the government compensations through the implementation of the Act and Ordinance by granting the government compensations for the procurement of coal to a very limited number of the government owned or controlled companies, and by doing so entitling them to sell the coal at preferential rates, is such a drastic change in the legislation of the Republic of Poland that it seriously affects our company’s investments.



If the legislative framework in the time of our company investing in the sale of coal in the Republic of Poland was that only the Preferential companies, but not our company, would be able to apply for the government compensations and sell the coal at preferential rates, we would have never undertaken such a considerable investment in the sale of coal in the Republic of Poland to the extent as outlined above, for a simple reason of not being competitive on the market.

Page | 5

It has been widely adjudicated by the ICSD that the stability of the legal and business framework in the State party is an essential element in the standard of what is fair and equitable treatment. A stable and predictable investment environment enabling maximalisation of the investments goes to the core of the protection of the investors provided by the bilateral investment treaties.

If the fair and equitable treatment rules have been abhorred, our company would have also been granted the right to apply for and receive the government subsidies if such subsidies were made available for the procurement and sale of coal to the households in the Republic of Poland. However, the treatment of our company is undoubtedly less fair to the treatment provided to the Preferential companies for the obvious reason of our company not being able to receive any government subsidies and not being able to sell the coal at preferential rates.

If we assume that the Preferential companies are compensated around \$150 per metric ton of the intended five million metric tons of hard coal to be procured for the use by the households in the Republic of Poland during a heating season, then the Preferential companies will receive a state aid of around \$900,000,000.

Such an astonishing massive state aid will create significant disbalance on the market and considerably prioritize one group of government owned or controlled companies over the entire private sector. Adoption of the Act and Ordinance consequently destroy competition on the market of the Republic of Poland to such an extent that it will force any private entrepreneurs in no receipt of the government compensation, including to cease any further marketing and selling activities.

Consequently, the only entities selling the coal to the citizens of the Republic of Poland will be the government owned or controlled Preferential companies. From the legal point of view, there is little doubt that such legislation is in breach of not only the BIT but also of both the national and EU law. There are several grounds for which the Act can be considered to be incompatible with stem EU law.

Primarily, the legal framework is infringing the EU laws regulating the Internal Market rules. Even in cases where Member State justifies the restrictions of the fundamental freedoms, including the free movement of goods, by overriding reasons in the public interest, such restrictions "must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to

circumscribe the exercise of the national authorities' discretion so that it is not used arbitrarily." However, the Act has created a substantial difference in the treatment between the Preferential companies and all other operators actually or potentially active in the coal market in the Republic of Poland which are or will be practically barred from the segment of the sale of coal to households.

Page | 6

In addition, with respect to private operators, the principle of legal certainty, the corollary of which is the principle of the protection of legitimate expectations, was not respected as the Act was adopted swiftly and without any transitional measures which would compensate other operators in the market from the negative aspects resulting from the Act.

Furthermore, the Act is in breach of State Aid rules. Under the circumstances, the scheme involves granting selective advantages to the said Preferential companies because it shall enable them to alleviate the financial burden which, under normal market operation, they would have to bear from their own budget. As the compensatory scheme does not meet the conditions set out in Temporary Crisis Framework for State Aid measures to support the economy following the aggression against Ukraine by Russia (see notably its points 29 and 55) and had not been notified to the European Commission prior to its implementation, as required under Article 108(3) TFEU, the scheme constitutes illegal State Aid.

And finally, the Act is also in breach with the harmonised rules on Public Procurement. According to Article 6 of the Act, ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych shall not apply with respect to awards of contracts between municipalities and the Preferential companies. However, under the EU directives on public procurement (in particular, directive 2014/24 which is applicable to the supply of energy products not covered by directive 2014/25), any supply of goods to contracting authorities over the thresholds fixed by the directives shall be awarded in line with the national procedures adjusted to be in conformity with the EU directives. As the purpose of the contracts concluded with the Preferential companies under the Act is the supply of a specific product – coal, there is, prima facie, no reason why public procurement rules shall not apply.

The intention of the Act and Ordinance to prevent private companies from operating in the energy sector of the coal distribution to the household sector and to usurp absolute government control over this part of the energy sector in the Republic of Poland is also obvious from the original version of the Act which provided that only "a capital company in which the State Treasury is a direct or indirect shareholder" was to be allowed to receive the government compensation and sell the coal at preferential rates.

The legislative framework indicates clear intentions to monopolise and take control over the distribution of coal to the households by the government of the Republic of Poland. Action taken through changes in the local law which is designed to strike at the root of the contractual

relationship or to create an environment under which the investor can no longer operate are categorically violating international investments rights and obligations guaranteed by the BIT. The creation of economic conditions designed to force the investor to abandon its operations falls into this and need not be accepted.

*Less favourable treatment*

The law governing international investments adopted that a treatment less favourable is particularly different treatment in the event of restrictions on the procurement of raw or auxiliary materials, of energy and fuels, and of all types of means of production and operation, as well as different treatment in the event of impediments to the sale of products and other measures of similar effect.

From a legal perspective, there is little doubt that granting rights to only a limited number of Preferential companies to apply for the government compensation of the purchase prices of coal and to sell the coal at lower rates is in breach of the BIT for applying different regimes of treatment of two groups of subjects engaged in similar business activities.

through its subsidiary

will be restricted from the procurement of coal by not receiving any incentives towards the purchase price which will consequently prevents us from selling at preferential rates. The necessity to fund the difference between the average unit cost of the coal and the average net selling price of the coal from our own means without any incentives is restricting our business activities and the ability to supply and sell the coal at preferential rates. Such a state is less favourable in the meaning of the BIT.

Prior to the enactment of the Act and Ordinance, through its subsidiary was at the same position as the Preferential companies by procuring and selling the coal at market prices. However, the adoption of the Act and Ordinance granted the named six government owned or controlled companies a much more favourable position and treatment than the one which they had enjoyed prior to the provisional stay, by allowing them to apply for the government compensation of the purchase price for coal and to sell at lower preferential rates.

Placing restrictions on and creating impediments to the sale of coal by our company and at the same time subsidising the procurement of coal by the Preferential companies meet the definition of treating the investments of one company less favourably than of the others (the Preferential companies). We do not maintain that such a one-sided change in the relative position of the parties is justified.

### *Discouragement to invest*

And finally, it is the core object and purpose of the international investment law and all bilateral investments treaties to encourage the investment of capital in the contracting state party. Investment treaties are forward looking; their purpose is not to regulate an existing crisis but rather to promote and encourage foreign investment in the future.

While we understand the necessity to control—to a certain extend—the sale price of coal in Republic of Poland in the current time of energy crisis, such a control cannot be discouraging to foreign investors to invest in the sourcing and sale of coal in the Republic of Poland. Providing incentives to government owned or controlled companies only to enable them to sell the coal at the preferential rates is an exemplary case which will discourage foreign investors to invest.

Considering that our company was designed to sell up to two million of metric tons of coal to the households in the Republic of Poland, our company would incur a loss of profit between \$200,000,000 and \$300,000,000.

Ultimately, it is the reason of any foreign investments to create a profit. However, the inability of our company to sell the coal at preferential rate and thus to achieve the profit would discourage our company to invest in and enter the market of Poland.

This is inimical to the object and purpose of the BIT as for the reasons already stated above, this will in the long term discourage rather than encourage foreign investments by creating additional barriers and impediments to sell the coal to the citizens of Poland.

Creating more favourable conditions for the Preferential companies to procure coal, and at the same time placing impediments for private entities to sell the coal is discouraging to the foreign investors and as such in breach of the BIT.

### **Conclusion**

We hope that you appreciate that \_\_\_\_\_ has been adversely affected by the Polish government's measures which prevent us from selling the coal in the Republic of Poland. It is the consequence of the discussed legislative framework that we are—as a foreign investor under a system of guarantee and protection—deprived of our respective rights under the BIT instrument by not being treated fairly, equally, and favourably as the Preferential companies.

It is an unfortunate situation in these times of an energy crisis when the citizens of the Republic of Poland are facing the scarcity of the high quality and sized thermal coal during the upcoming heating season, and it seems the price of falling short is potentially considerable. It is even more regrettable under the circumstances when our company is in position and willing to contribute to

the mitigation of the impact of the embargo on the import of coal out of the Russian Federation by making the high quality and sized thermal coal accessible for the households.

Having said that, we must only respectfully call upon the government of the Republic of Poland to enable our company to deliver the high quality and sized thermal coal to the households in Poland, whether by including \_\_\_\_\_ in the Ordinance as the Marketing entity entitled to receive the government compensations in accordance with the Act, or by enabling our company to sell our coal to the Preferential companies. Page | 9

Consequently, our company is open to without prejudice discussions with the government of the Republic of Poland or the Preferential companies to find the most convenient scenario which will enable that both the government's objectives to regulate the sale of coal on the household market and to deliver the high quality and sized coal to the citizens are met, and at the same time that our company's investments are protected.

Given the urgent nature of this matter, we set out our initial view and comments on the Act and Ordinance above. You are advised that this letter does not represent our final legal opinion and is not intended to be relied upon as such, rather the content of our letter is simply to bring to your attention to the principal issues concerning the alleged infringement of the Agreement between Australia and the Republic of Poland on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments by the legal framework enacted by the implementation of the Act and Oder as drawn.

We, nonetheless, do reserve our rights to start proceedings at the International Centre for Settlement of Investment Disputes against the Republic of Poland for the breach of the BIT in order for \_\_\_\_\_ to claim damages, loss of profit and costs accordingly.

Yours faithfully

Encl. *Translation of this letter to Polish language*

Sydney, 16 listopada 2022 r.

Do:

Sz. P. Jacek Sasin

Wiceprezes Rady Ministrów, Minister Aktywów Państwowych

Ministerstwo Aktywów Państwowych

ul. Krucza 36/Wspólna 6

00-522 Warszawa

Page | 10

Do wiadomości:

Sz. P. Mateusz Morawiecki

Prezes Rady Ministrów

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Al. Ujazdowskie 1/3

00-583 Warszawa

*Oryginał osobiście, kopię pocztą elektroniczną*

Szanowny Panie Premierze, Szanowny Panie Ministrze

**Mniej Uczciwe, Sprawiedliwe i Korzystne Traktowanie – Naruszenie Inwestycji naszej Spółki  
Naruszenie Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Australią w sprawie wzajemnego  
popierania i ochrony inwestycji**

#### **Wprowadzenie**

W imieniu spółki

z siedzibą w Sydney, zwracamy się do

Państwa związku z potencjalnym dochodzeniem roszczeń przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej z tytułu naruszenia inwestycji naszej Spółki w zakresie sprzedaży węgla energetycznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Nasze inwestycje zostały oparte na racjonalnych przesłankach i dobrych intencjach, co miało przyczynić się do pozytywnego rozwiązania problemu związanego z zapotrzebowaniem na paliwo stałe poprzez zabezpieczenie dystrybucji wysokiej jakości i odpowiedniej wielkości węgla do bezpośredniego wykorzystywania przez obywateli Rzeczypospolitej Polskiej.

Jednakże, wbrew naszym uzasadnionym oczekiwaniom w zakresie ochrony naszych inwestycji, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił przepisy regulujące sprzedaż węgla w Rzeczypospolitej

Polskiej. Taka interwencja Państwa w sposób istotny wpływa na nasze inwestycje chronione dwustronną Umową między Australią a Rzeczpospolitą Polską w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji, co postaramy się rozwinąć w niniejszym liście.

## Inwestycja

Page | 11

to konsorcjum z ponad trzydziestoletnią historią, skupiające ponad dwadzieścia spółek działających na całym świecie. Zajmujemy się między innymi dostawami ropy naftowej, produktów naftowych, węgla i innych towarów do Europy Środkowo-Wschodniej oraz wydobywaniem strategicznych surowców mineralnych i naturalnych.

roku w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego została zarejestrowana spółka zależna z siedzibą w Warszawie. Spółka została założona w jednym celu, tj. prowadzenia sprzedaży węgla kamiennego energetycznego jako paliwa stałego dla gospodarstw domowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Powstanie powyższego podmiotu nastąpiło w ramach prowadzonej przez nas inwestycji w zakresie importu i sprzedaży dwóch milionów ton węgla energetycznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Aby dostarczyć tak ogromną ilość węgla energetycznego, nasza Spółka dokonała znaczących inwestycji celem stworzenia pełnego łańcucha operacyjnego zapewniającego dostawę tego surowca oraz zaspokojenie podstawowych potrzeb gospodarstw domowych w zakresie dostępu do paliwa stałego.

W tym celu zakontraktowaliśmy zamówienia na węgiel energetyczny z Australii, Kolumbii, Indonezji, USA i Tanzanii. Zainwestowaliśmy również w rozwój własnych operacji wydobywczych wysokokalorycznego i siarkowego węgla w Tanzanii i Nigerii.

W zakresie dystrybucji zawarliśmy ponad siedemdziesiąt umów z lokalnymi pośredniczącymi podmiotami węglowymi oraz bezpośrednimi odbiorcami na terenie całego kraju, takimi jak spółdzielnie mieszkaniowe, na dostawę paliwa stałego w celu jego bezpośredniej odsprzedaży odbiorcom końcowym.

W ramach naszych usług zapewniamy również dostawę paliwa stałego do dowolnego odbiorcy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej dzięki współpracy z lokalnymi przewoźnikami i spółkami logistycznymi.

Od początku naszej działalności dokonaliśmy importu 105 000 mt węgla kamiennego energetycznego pochodzącego z Australii, w dwóch transportach, odpowiednio: 13 września 2022 roku i 12 października 2022 roku. Dodatkowe 45 000 mt węgla kamiennego energetycznego pochodzącego z Australii ma przybyć do Polski 28 listopada 2022 roku.

Dostawa pozostałej ilości około 1,8 mln mt węgla kamiennego energetycznego powinna zostać dostarczona do Polski w grudniu tego roku i kwietniu przyszłego roku.

### **Ustawodawstwo**

Page | 12

Jednakże 27 października 2022 roku Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił ustawę z dnia 27 października 2022 roku o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych ("Ustawa"), która została następnie podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 2 listopada 2022 roku. Stoimy na stanowisku, że Ustawa w obecnej formie w sposób zasadniczy utrudnia prowadzenie inwestycji przez naszą Spółkę z powodów przedstawionych poniżej.

W naszym rozumieniu przedmiotowej Ustawy, wyłącznie podmioty wprowadzające do obrotu określone przez Ministra właściwego do spraw aktywów państwowych będą uprawnione do sprzedaży węgla na rzecz samorządów po preferencyjnej stawce 1500 zł brutto za tonę paliwa stałego. Co więcej, wyłącznie te podmioty wprowadzające do obrotu będą mogły wystąpić do podmiotu wypłacającego (Zarządcy Rozliczeń S.A.) o wypłatę rekompensaty, która ma być obliczana jako kwota równa iloczynowi ilości węgla i różnicy pomiędzy uzasadnionym średnim kosztem jednostkowym węgla a średnią ceną sprzedaży netto węgla, powiększona o podatek od towarów i usług.

Ponadto, jak rozumiemy, Minister właściwy do spraw aktywów państwowych w Rozporządzeniu Ministra Aktywów Państwowych z dnia 2 listopada 2022 r. w sprawie wykazu podmiotów uprawnionych do prowadzenia sprzedaży gminom paliwa stałego ("Rozporządzenie"), określił wykaz podmiotów wprowadzających do obrotu, ograniczając go do następujących spółek:

1. Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach;
2. PGE Paliwa sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
3. Węglkokoks S.A. z siedzibą w Katowicach;
4. Węglkokoks Kraj S.A. z siedzibą w Piekarach Śląskich;
5. Tauron Wydobycie S.A. z siedzibą w Jaworznie;
6. Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. z siedzibą w Bogdance.

Wyłącznie sześć wyżej wymienionych spółek - które, jak rozumiemy, bezpośrednio lub pośrednio stanowią własnością Skarbu Państwa lub są kontrolowane przez Skarb Państwa - jest uprawnionych do sprzedaży węgla po preferencyjnych stawkach i z tego tytułu otrzymuje rekompensatę ceny zakupu węgla od rządu Rzeczypospolitej Polskiej ("Spółki uprzywilejowane").



Uchwalenie przepisów w obecnej formie jest zarówno frustrujące, jak i rozczarowujące dla naszej Spółki jako inwestora zagranicznego, który poświęcił mnóstwo czasu i środków finansowych na przeprowadzenie operacji zaopatrzenia i dystrybucji w celu zabezpieczenia wysokiej jakości i odpowiedniej wielkości węgla dla gospodarstw domowych w Rzeczypospolitej Polskiej.

Wejście w życie przepisów Ustawy i Rozporządzenia stanowi również - co jest o wiele bardziej alarmujące - naruszenie Umowy między Australią a Rzeczpospolitą Polską w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji ("BIT"), o czym poniżej.

### **Naruszenie postanowień BIT**

Ogólną zasadą międzynarodowego prawa inwestycyjnego jest to, że inwestycje obywateli lub przedsiębiorstw każdej z Umawiających się Stron są zawsze traktowane w sposób uczciwy i sprawiedliwy oraz korzystają z pełnej ochrony i bezpieczeństwa na terytorium drugiej Umawiającej się Strony. Zasada ta została również określona w BIT w art. 3 i art. 4.

Zgodnie z art. 3 ust. 1, BIT każda Umawiająca się Strona będzie zachęcać i popierać na swoim terytorium inwestycje dokonywane przez obywateli drugiej Umawiającej się Strony i będzie dopuszczać inwestycje zgodnie z jej prawem i stosowaną w danym czasie polityką inwestycyjną.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 BIT, każda Umawiająca się Strona zapewni na własnym terytorium uczciwe i sprawiedliwe traktowanie inwestycji i działalności związanej z inwestycjami.

Zgodnie z art. 4 BIT, Umawiająca się Strona będzie zawsze traktować inwestycje i działalność związaną z inwestycjami na własnym terytorium na zasadzie nie mniej korzystnej niż inwestycje i działalność związaną z inwestycjami obywateli jakiegokolwiek państwa trzeciego.

W rozumieniu BIT "inwestycje" oznaczają m.in. koncesje gospodarcze i wszelkie inne prawa wymagane do prowadzenia działalności gospodarczej i posiadające wartość gospodarczą, uzyskane z mocy prawa lub kontraktu, w tym prawa do sprzedaży produktów.

### *Mniej uczciwe i sprawiedliwe traktowanie*

Jedną z najważniejszych zasad międzynarodowego prawa inwestycyjnego i dwustronnych traktatów inwestycyjnych, której naruszenie jest najczęściej stwierdzane przez Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID), stanowi, że zmiany w ustawodawstwie Państwa Przyjmującego powinny być oceniane głównie pod kątem standardu uczciwego i sprawiedliwego traktowania. Ramy legislacyjne istniejące w czasie inwestycji często stanowią podstawę uzasadnionych oczekiwań inwestora. Każda drastyczna zmiana tych ram, która poważnie wpływa na inwestycję, może stanowić naruszenie standardu uczciwego i sprawiedliwego traktowania w rozumieniu BIT. (patrz: np. *CMS v. Argentina*, Award, 12 maja 2005 r.)

Wobec tego twierdzimy, że określenie zasad przyznawania, ustalania wysokości i wypłacania rekompensat rządowych w drodze uchwalenia i wprowadzenia w życie przepisów Ustawy i Rozporządzenia, przyznających rekompensaty rządowe z tytułu prowadzonej sprzedaży węgla wskazanej i bardzo ograniczonej liczbie spółek będących własnością Skarbu Państwa lub przez Skarb Państwa kontrolowanych, a przez to uprawniających je do sprzedaży węgla po preferencyjnych stawkach, jest tak drastyczną zmianą w ustawodawstwie Rzeczypospolitej Polskiej, że istotnie i poważnie wpływa na inwestycje naszej Spółki.

Gdyby regulacje prawne w czasie, gdy nasza Spółka inwestowała w sprzedaż węgla w Polsce, stanowiły, że tylko Spółki uprzywilejowane, zatem nie nasza, będą mogły ubiegać się o rekompensaty rządowe i sprzedawać węgiel po preferencyjnych stawkach, nigdy nie podjęlibyśmy się tak znacznej inwestycji sprzedaży węgla w Rzeczypospolitej Polskiej w takim zakresie, jak przedstawiono powyżej, z bardzo prostego powodu braku konkurencyjności na rynku.

ICSD wielokrotnie stwierdza, że stabilność otoczenia prawnego i biznesowego w Państwie-Stronie jest istotnym elementem standardu uczciwego i sprawiedliwego traktowania. Stabilne i przewidywalne otoczenie inwestycyjne pozwalające na maksymalizację inwestycji jest rdzeniem ochrony inwestorów zapewnianej przez dwustronne traktaty inwestycyjne.

Gdyby zasady uczciwego i sprawiedliwego traktowania były respektowane, naszej Spółce również zostałoby przyznane prawo do ubiegania się i otrzymywania rekompensat rządowych, jeżeli takie dopłaty byłyby przewidziane w zakresie działalności zaopatrywania i sprzedaży węgla dla gospodarstw domowych w Rzeczypospolitej Polskiej. Tymczasem traktowanie naszej Spółki jest niewątpliwie mniej uczciwe od traktowania Spółek uprzywilejowanych z oczywistego powodu, że nasza Spółka nie ma możliwości otrzymywania dopłat rządowych w omawianym zakresie oraz nie ma możliwości sprzedaży węgla po preferencyjnych stawkach.

Przy założeniu, że Spółki uprzywilejowane uzyskają rekompensatę na około 150 dolarów za tonę metryczną zamówionych czterech lub pięciu milionów ton metrycznych węgla kamiennego zużywanego przez gospodarstwa domowe w Rzeczypospolitej Polskiej w sezonie grzewczym, to otrzymana przez nie pomoc publiczna wyniesie około 900 000 000 dolarów.

Tak zdumiewająca i gigantyczna pomoc publiczna wywoła poważne zachwianie równowagi na rynku i przyczyni się do znacznego uprzywilejowania jednej grupy spółek będących własnością lub kontrolowanych przez Skarb Państwa nad całym sektorem prywatnym. Przyjęcie Ustawy i Rozporządzenia doprowadzi w konsekwencji do zniszczenia konkurencji na rynku Rzeczypospolitej Polskiej do tego stopnia, że zmusi prywatnych przedsiębiorców

nieotrzymujących rządowej rekompensaty, w tym , do zaprzestania prowadzenia dalszej działalności marketingowej i sprzedażowej.

W konsekwencji jedynymi podmiotami sprzedającymi węgiel obywatelom Rzeczypospolitej Polskiej będą Spółki uprzywilejowane stanowiące własność Skarbu Państwa lub przez nie kontrolowane. Z prawnego punktu widzenia nie ulega wątpliwości, że omawiane przepisy naruszają nie tylko BIT, ale także prawo krajowe i unijne. Jest kilka powodów, dla których Ustawa może być uznana za niezgodną z prawem unijnym.

Po pierwsze, ramy określone przepisami Ustawy naruszają przepisy unijne regulujące zasady rynku wewnętrznego. Nawet w sytuacjach, gdy państwo członkowskie uzasadnia ograniczenia podstawowych wolności, w tym swobodnego przepływu towarów, nadrzędnymi względami interesu publicznego, ograniczenia takie „muszą być oparte na obiektywnych, niedyskryminacyjnych kryteriach, które są znane z wyprzedzeniem, w taki sposób, aby ograniczyć wykonywanie uprawnień dyskrejonalnych przez władze krajowe, tak aby nie były one wykorzystywane w sposób arbitralny.” Ustawa natomiast stworzyła istotną różnicę w traktowaniu Spółek uprzywilejowanych i wszystkich innych podmiotów faktycznie lub potencjalnie działających na rynku węgla w Rzeczypospolitej Polskiej, które są lub będą praktycznie pozbawione dostępu do segmentu sprzedaży węgla dla gospodarstw domowych.

Ponadto, w odniesieniu do podmiotów prywatnych nie została zachowana zasada pewności prawa, której następstwem jest zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, ponieważ Ustawa została przyjęta szybko i bez żadnych środków przejściowych, które zrekompensowałyby innym podmiotom na rynku negatywne skutki z niej wynikające.

Po drugie, Ustawa narusza reguły pomocy państwa. W omawianych okolicznościach program rekompensat polega na przyznaniu selektywnych korzyści wskazanym Spółkom uprzywilejowanym, bowiem umożliwia im zmniejszenie obciążenia finansowego, które w normalnych warunkach funkcjonowania rynku musiałyby ponieść z własnego budżetu. Program rekompensat stanowi zatem niezgodną z prawem pomoc publiczną, bowiem nie spełnia warunków określonych w *Tymczasowych kryzysowych ramach środków pomocy państwa w celu wsparcia gospodarki po agresji Rosji wobec Ukrainy* (zob. zwłaszcza pkt 29 i 55), jak również nie został zgłoszony Komisji Europejskiej przed jego wdrożeniem, zgodnie z wymogami art. 108 ust. 3 TFUE.

Końcowo należy zauważyć, że Ustawa narusza również zharmonizowane zasady udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 6 Ustawy, w zakresie zamówień pomiędzy gminami a Spółkami uprzywilejowanymi nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - *Prawo zamówień publicznych*. Jednakże, zgodnie z dyrektywami unijnymi dotyczącymi zamówień publicznych (w szczególności dyrektywą 2014/24, która ma zastosowanie do dostaw produktów energetycznych nieobjętych dyrektywą 2014/25), wszelkie dostawy towarów dla

instytucji zamawiających powyżej progów ustalonych w dyrektywach powinny być udzielane zgodnie z procedurami krajowymi dostosowanymi do dyrektyw unijnych; z uwagi na fakt, że celem umów zawieranych ze Spółkami uprzywilejowanymi na podstawie Ustawy jest dostawa określonego produktu - węgla, nie ma, *prima facie*, powodów, dla których przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie powinny mieć zastosowania.

Intencja wyrażona w Ustawie i Rozporządzeniu, by uniemożliwić prywatnym podmiotom prowadzenie działalności w sektorze energetycznym w zakresie dystrybucji i sprzedaży węgla dla gospodarstw domowych oraz doprowadzić do przejęcia przez rząd całkowitej kontroli nad tą częścią sektora energetycznego w Rzeczypospolitej Polskiej, była jasna i wynikała już z pierwotnej wersji Ustawy, która przewidywała, że „spółka kapitałowa, w której bezpośrednim lub pośrednim udziałowcem albo akcjonariuszem jest Skarb Państwa” miała być uprawniona do otrzymywania rządowej rekompensaty i sprzedaży węgla po preferencyjnych stawkach.

Przyjęte regulacje prawne jednoznacznie wskazują na zamiar zmonopolizowania i przejęcia kontroli nad dystrybucją węgla dla gospodarstw domowych przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej. Działania w zakresie zmian w prawie samorządowym mające na celu uderzenie w źródło stosunku umownego lub doprowadzanie do sytuacji, w której inwestor nie jest w stanie dłużej prowadzić działalności, nie powinny być akceptowane. Kreowanie warunków ekonomicznych mających na celu zmuszenie inwestora do zaprzestania działalności mieści się w tej kategorii – dlatego też przyjęcie Ustawy i Rozporządzenia w takiej formie stanowi naruszenie BIT.

#### *Mniej korzystne traktowanie*

W prawie właściwym dla inwestycji międzynarodowych określa się, że traktowaniem mniej korzystnym jest w szczególności odmienne traktowanie w przypadku ograniczeń w zakresie zaopatrywania w surowce lub materiały pomocnicze, energię i paliwa oraz wszelkiego rodzaju środki produkcji i eksploatacji, jak również odmienne traktowanie w przypadku przeszkód w zakresie sprzedaży produktów i innych środków o podobnym działaniu.

Z prawnego punktu widzenia, nie ulega wątpliwości, że przyznanie prawa do ubiegania się o rządową rekompensatę w zakresie ceny zakupu i sprzedaży węgla po niższych stawkach wyłącznie ograniczonej liczbie Spółek uprzywilejowanych stanowi naruszenie BIT w zakresie stosowania odmiennych reżimów traktowania dwóch grup podmiotów prowadzących podobną działalność gospodarczą.

poprzez swoją spółkę zależną  
zostanie ograniczona w prowadzeniu działalności w zakresie zaopatrywania w węgiel z uwagi na brak otrzymywania jakichkolwiek dopłat do ceny zakupu, co w konsekwencji uniemożliwi jej sprzedaż po preferencyjnych stawkach. Konieczność finansowania z własnych środków różnicy pomiędzy średnim kosztem jednostkowym węgla a średnią ceną sprzedaży

netto węgla bez jakichkolwiek dopłat ograniczy naszą działalność oraz możliwość dostaw i sprzedaży węgla po preferencyjnych stawkach. Taki stan należy uznać za mniej korzystny w rozumieniu BIT.

Przed uchwaleniem przepisów Ustawy i Rozporządzenia  
poprzez swoją spółkę zależną w zakresie zaopatrywania  
i sprzedawania węgla po cenach rynkowych posiadała taką samą pozycję oraz znajdowała się  
w takiej samej sytuacji jak wymienione sześć spółek będących własnością Skarbu Państwa lub  
przez nie kontrolowanych.

Page | 17

Uchwalenie przepisów Ustawy i Rozporządzenia zapewniło wymienionym na liście sześciu spółkom będącym własnością Skarbu Państwa lub przez nie kontrolowanym zdecydowanie korzystniejszą pozycję i traktowanie niż miały one przed wejściem w życie nowych przepisów, umożliwiając im ubieganie się o rządową rekompensatę ceny zakupu węgla oraz sprzedaż po niższych stawkach preferencyjnych.

Nie zgadzamy się na to, aby tego typu jednostronna zmiana pozycji wyłącznie jednej strony była usprawiedliwiana. Tworzenie przeszkód i wprowadzanie utrudnień w zakresie sprzedaży węgla względem naszej Spółki przy jednoczesnym dofinansowywaniu zaopatrywania w węgiel względem Spółek uprzywilejowanych spełnia kryteria definicji traktowania inwestycji jednej spółki mniej korzystnie niż innych (Spółek uprzywilejowanych).

#### *Zniechęcenie do inwestowania*

I w końcu, zasadniczym przedmiotem i celem międzynarodowego prawa inwestycyjnego i wszystkich dwustronnych traktatów inwestycyjnych jest zachęcanie do inwestowania kapitału w Umawiającym się Państwie-Stronie. Traktaty inwestycyjne wybiegają w przyszłość; ich celem nie jest regulowanie istniejącego kryzysu, lecz promowanie i zachęcanie do inwestycji zagranicznych w przyszłości.

O ile rozumiemy konieczność kontrolowania – do pewnego stopnia - ceny sprzedaży węgla na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w dobie kryzysu energetycznego, o tyle taka kontrola nie powinna zniechęcać inwestorów zagranicznych do inwestowania w zakresie zaopatrywania i sprzedaży węgla w Rzeczypospolitej Polskiej. Dofinansowywanie spółek będących własnością Skarbu Państwa lub przez nie kontrolowanych wyłącznie w celu umożliwienia im sprzedaży węgla po preferencyjnych stawkach jest wręcz wzorcowym przykładem, który spowoduje zniechęcenie inwestorów zagranicznych do inwestowania.

Biorąc pod uwagę, że model działalności naszej Spółki został zaprojektowany z myślą o sprzedaży do dwóch milionów ton metrycznych węgla dla gospodarstw domowych w Rzeczypospolitej Polskiej, naszą stratę zysku oceniamy w przedziale od 200 000 000 do 300 000 000 USD.

Ostatecznie, powodem każdej inwestycji zagranicznej jest wypracowywanie zysku. Jednakże brak możliwości sprzedaży węgla po preferencyjnej stawce, a tym samym możliwości osiągnięcia zysku, zniechęca naszą Spółkę do inwestowania i wejścia na rynek polski. Page | 18

Jest to niezgodne z przedmiotem i celem określonymi w BIT, ponieważ z przyczyn wskazanych powyżej, w dłuższej perspektywie, taka sytuacja będzie raczej zniechęcać niż zachęcać do inwestycji zagranicznych z uwagi na tworzenie dodatkowych barier i utrudnień w sprzedaży węgla na rzecz obywateli Rzeczypospolitej Polskiej.

Stworzenie korzystniejszych warunków dla Spółek uprzywilejowanych w zakresie zaopatrywania w węgiel i jednocześnie wprowadzenie utrudnień wobec podmiotów prywatnych w zakresie sprzedaży węgla jest dolegliwe względem inwestorów zagranicznych i jako takie stanowi naruszenie BIT.

### **Wnioski**

Wyrażamy nadzieję, że dostrzegą Państwo, że działania rządu Rzeczypospolitej Polskiej negatywnie wpłynęły na działalność , uniemożliwiając nam sprzedaż węgla na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Konsekwencją omawianych regulacji prawnych jest to, że zostaliśmy - jako inwestor zagraniczny objęty systemem gwarancji i ochrony - pozbawieni przysługujących nam praw określonych w BIT poprzez brak traktowania w sposób uczciwy, sprawiedliwy i korzystny względem Spółek uprzywilejowanych.

Jest to niefortunna sytuacja w dobie kryzysu energetycznego, gdy obywatele Rzeczypospolitej Polskiej stoją w obliczu niedoboru wysokiej jakości i odpowiedniej wielkości węgla energetycznego w nadchodzącym sezonie grzewczym i wydaje się, że konsekwencje tego niedoboru mogą być potencjalnie poważne. Ten stan rzeczy tym bardziej nie zasługuje na uznanie wobec faktu, że nasza Spółka posiada zasoby, jest w stanie i chce przyczynić się do złagodzenia skutków embarga na import węgla z Federacji Rosyjskiej poprzez umożliwienie gospodarstwom domowym dostępu do wysokiej jakości i odpowiedniej wielkości węgla energetycznego.

To stwierdziwszy, nie pozostaje nam nic innego, jak z szacunkiem zaapelować do rządu Rzeczypospolitej Polskiej o umożliwienie naszej Spółce dostarczania wysokiej jakości i odpowiedniej wielkości węgla energetycznego dla gospodarstw domowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez wpisanie do Rozporządzenia jako podmiotu wprowadzającego do obrotu, uprawnionego do otrzymywania rekompensat rządowych zgodnie z Ustawą, albo umożliwienie naszej Spółce sprzedaży naszego węgla Spółkom uprzywilejowanym.

W konsekwencji, nasza Spółka jest otwarta na bezstronne rozmowy z rządem Rzeczypospolitej Polskiej lub Spółkami uprzywilejowanymi celem wypracowania najbardziej dogodnego scenariusza, który umożliwi realizację zamierzeń rządu w zakresie uregulowania sprzedaży węgla dla gospodarstw domowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z uwzględnieniem ochrony inwestycji naszej Spółki. Page | 19

Zważywszy na pilny charakter przedmiotowej sprawy, powyżej przedstawiliśmy nasz wstępny pogląd i uwagi odnośnie do Ustawy i Rozporządzenia. Informujemy jednocześnie, że niniejszy list nie stanowi naszej ostatecznej opinii prawnej i w ten sposób nie powinien być oceniany, a jego treść ma na celu jedynie zwrócenie Państwa uwagi na podstawowe kwestie dotyczące domniemanego naruszenia Umowy między Australią a Rzeczpospolitą Polską w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji wskutek uchwalenia przepisów Ustawy i Rozporządzenia w wersji obowiązującej.

Zastrzegamy sobie przy tym prawo do wszczęcia postępowania przed Międzynarodowym Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej z tytułu naruszenia BIT celem dochodzenia przez odpowiednio odszkodowania, utraconych korzyści i kosztów.

Z wyrazami szacunku

Załącznik: *Tłumaczenie niniejszego listu na język polski*