

Międzynarodowe umowy inwestycyjne pod lupą

Dwustronne umowy inwestycyjne, polityka inwestycyjna Unii Europejskiej i rozwój międzynarodowy



Międzynarodowe umowy inwestycyjne pod lupą

Dwustronne umowy inwestycyjne, polityka inwestycyjna Unii Europejskiej i rozwój międzynarodowy

Dwustronne traktaty inwestycyjne

Projekt pt. „Making EU Investment Policy Work for Sustainable Development” ma na celu ukształtowanie takiej polityki inwestycyjnej Unii Europejskiej (UE), aby była ona spójna z polityką rozwojową i przyczyniała się do realizacji Milenijnych Celów Rozwoju do roku 2015, do zrównoważonego rozwoju oraz do przestrzegania praw człowieka w krajach globalnego Południa (tzw. krajach rozwijających się). W ramach tego projektu organizacje społeczeństwa obywatelskiego w ponad dziesięciu krajach UE wspólnie zabiegają o krytyczny przegląd dwustronnych umów inwestycyjnych (ang. Bilateral Investment Treaties, BITs), zawieranych przez UE z państwami trzecimi, aby umowy te nie ograniczały zdolności rządów Południa do prowadzenia polityk publicznych.

Traidcraft

Traidcraft Exchange jest jedyną brytyjską organizacją pozarządową specjalizującą się w działaniach mających na celu sprawienie, aby handel przynosił korzyści ludziom dotkniętym ubóstwem. We współpracy z partnerami lokalnymi dążymy do tego, aby tworzyć ludziom dotkniętym ubóstwem możliwości czerpania korzyści z handlu, pomagamy im zapewnić sobie trwałe źródła dochodów. Traidcraft wykorzystuje także doświadczenie siostrzanej organizacji Traidcraft plc, aby dążyć do poprawy polityki handlowej. Działalność rzeczniczą Traidcraft prowadzi badania i działania rzecznicze mające na celu ulepszenie zasad handlu i praktyk korporacji. Od kilku lat Traidcraft skupia się na kwestiach inwestycji i rozwija swoje działania rzecznicze dotyczące inwestycji i rozwoju w ramach międzynarodowych sieci organizacji.

Traidcraft
Kingsway, Gateshead
Tyne & Wear NE11 0NE
Wielka Brytania

Tel: +44 (0) 191 491 0591
Fax: +44 (0) 191 497 6562
E-mail: policy@traidcraft.co.uk

www.traidcraft.org.uk

Zarejestrowana organizacja non-profit nr 1048752.

Podziękowania

Autorem niniejszej publikacji jest Thomas Fritz z PowerShift w Niemczech. PowerShift jest partnerem w projekcie dotyczącym dwustronnych umów inwestycyjnych. Raport został opracowany przez Traidcraft Exchange, przy udziale partnerów projektu, w szczególności następujących osób: Rebecca Varghese Buchholz (TX), Pietje Vervest (TNI), Roos Van Os (SOMO), Lizzie McLeod (TX) oraz Nathalie Bernasconi-Osterwalder (IISD).

Polskie wydanie raportu wydane we współpracy z Instytutem Globalnej Odpowiedzialności (IGO)

Projekt i opracowanie graficzne: www.revangeldesigns.co.uk

© Traidcraft 2015

ISBN 978-83-939627-8-5



Spis treści

Streszczenie	5
1. Wprowadzenie	7
2. Czy międzynarodowe umowy inwestycyjne zwiększają poziom inwestycji?	9
3. Mechanizm rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS) a praworządność	13
4. Międzynarodowe umowy inwestycyjne w przyszłości: europejskie kompetencje i reforma	19
5. Rekomendacje	23
Aneks: Rzeczywistość kryjąca się za umową CETA: unijne reformy zawodzą	24

Skróty

BIPPA	(Bilateral Investment Promotion and Protection Agreements) – dwustronne umowy o promocji i ochronie inwestycji
BITs	(Bilateral Investment Treaties) – dwustronne umowy inwestycyjne
CETA	(Comprehensive Economic and Trade Agreement between EU and Canada) – Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa między Unią Europejską a Kanadą
ECLAC	(Economic Commission for Latin America and the Caribbean) – Komisja Gospodarcza Narodów Zjednoczonych ds. Ameryki Łacińskiej i Karaibów
FCN	(Friendship, Commerce and Navigation (treaties)) – traktaty o przyjaźni, handlu i nawigacji
FDI	(Foreign Direct Investment) – bezpośrednie inwestycje zagraniczne
FET	(Fair and equitable treatment) – sprawiedliwe i równe traktowanie
ICSID	(International Centre for Settlement of Investment Disputes) – Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych
IAs	(International Investment Agreements) międzynarodowe umowy inwestycyjne
ISDS	(Investor to State Dispute Settlement) mechanizm rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu
NAFTA	(North American Free Trade Agreement) – Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu
OECD	(Organisation for Economic Co-operation and Development) – Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
TTIP	(Transnational Trade and Investment Partnership) – Transatlantyckie Partnerstwo w dziedzinie Handlu i Inwestycji
UNASUR	(Union of South American Nations) – Unia Narodów Południowoamerykańskich
UNCTAD	(United Nations Conference on Trade and Investment) – Konferencja Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju

Streszczenie

Międzynarodowe umowy inwestycyjne¹ stanowią poważne zagrożenie dla demokracji i praworządności – ważnych europejskich wartości, którymi kierujemy się w naszej polityce handlu², dla interesu publicznego w kwestiach społecznych, związanych z ochroną środowiska i bezpieczeństwem konsumenckim oraz dla suwerennych praw (i obowiązków) państw do rządzenia. Świadomość tych zagrożeń wzrasta. Jak pokazują obawy wobec Transatlantyckiego Partnerstwa w dziedzinie Handlu i Inwestycji (TTIP), zarówno obywatele, jak i politycy na całym świecie w coraz większym stopniu kwestionują system międzynarodowych umów inwestycyjnych, szczególnie mechanizm rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS), który umożliwia inwestorom zagranicznym obejście systemu prawnego kraju, w którym prowadzone są inwestycje i zaskarżenie go przed prywatnym trybunałem arbitrażowym. Powodem pozwu może być prowadzenie przez państwo określonej polityki, przyjęcie ustawy czy wydanie przez sąd orzeczenia niekorzystnego dla inwestora.

Wysokie ryzyko – wątpliwe korzyści: wpływ dwustronnych umów inwestycyjnych na rozwój

Kraje rozwijające się, które podpisują dwustronne traktaty inwestycyjne z krajami rozwiniętymi, biorą na siebie duże ryzyko. W zamian za nadzieję na pobudzenie bezpośrednich inwestycji zagranicznych (FDI) znacznie ograniczają przestrzeń do prowadzenia polityk publicznych. Istnieje jednak coraz więcej dowodów wskazujących na to, że dwustronne umowy inwestycyjne same w sobie nie przyciągają bezpośrednich inwestycji zagranicznych – ważniejsze są inne czynniki, w tym wielkość rynku i dostępność zasobów naturalnych. Podpisując pierwsze dwustronne umowy inwestycyjne, negocjatorzy z krajów rozwijających się byli w dużej mierze nieświadomi ryzyka, jakie niesie ze sobą mechanizm ISDS, wrażenie to zmieniło się, kiedy otrzymali pierwsze pozwy od inwestorów. Mając na uwadze fakt, że przepływy inwestycji są w coraz większym stopniu globalne, europejscy podatnicy będą teraz musieli w coraz większym stopniu płacić za roszczenia inwestorów z rynków wschodzących. Przykładem jest przedstawiony poniżej w ramce spór między chińską firmą ubezpieczeniową Ping a Belgią. Wykładniczy wzrost liczby przypadków korzystania z mechanizmu ISDS począwszy od lat 90. XX wieku (wykres nr 1) sprawia, że politykom coraz trudniej jest ignorować wady tego procesu.

ISDS - mechanizm rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu: pogwałcenie zasad praworządności i osłabianie demokracji

Procesy z zakresu arbitrażu inwestycyjnego odbywają się za zamkniętymi drzwiami i nie stosują się do podstawowych reguł prawa publicznego. Procedura arbitrażu inwestycyjnego przeobraziła się w biznes kontrolowany przez kilka kancelarii prawnych i prawników narażonych na konflikty interesów. W trybunałach arbitrażowych zasiadają prawnicy działający dla korzyści finansowych zamiast niezawisłych sędziów. Pozwy mogą wносить jedynie inwestorzy zagraniczni. Dowody wskazują na to, że sama groźba wysunięcia roszczeń skłania rządy do powstrzymania się od działań mających na celu wprowadzenie nowych regulacji prawnych (tzw. regulatory chill). Niejasne reguły międzynarodowych umów inwestycyjnych dają trybunałom arbitrażowym znaczny margines ich interpretacji umożliwiający podważenie szerokiej gamy przepisów chroniących interes publiczny. Ponieważ międzynarodowe umowy inwestycyjne delegują interpretację zapisów zawartych w umowach sędziom arbitrażowym, trybunały arbitrażowe przejmują de facto funkcje państwa.

1. Międzynarodowe umowy inwestycyjne obejmują dwustronne umowy inwestycyjne i rozdziały dotyczące inwestycji w umowach o wolnym handlu.
2. Jean-Luc Demarty, Dyrektor Generalny, w Dyrekcji Generalnej ds. Handlu w Komisji Europejskiej nazwał „naszymi wartościami... otwarte rynki, demokrację, praworządność i szacunek dla jednostki” w *The Parliament Magazine*, z dn. 3 listopada 2014 r.: <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/feature/ttip-worth-effort>

Międzynarodowe umowy inwestycyjne pod lupą: reformy systemu inwestycyjnego

Rośnie liczba państw, które dokonują przeglądu swoich systemów inwestycyjnych. Kraje rozwijające się wprowadziły bardziej zasadnicze zmiany. Ekwador, Wenezuela, Boliwia, Republika Południowej Afryki i Indonezja wypowiedziały kilka międzynarodowych umów inwestycyjnych; Boliwia, Ekwador i Wenezuela wycofały się z Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID); Indie zamroziły wszystkie negocjacje dotyczące inwestycji, a Unia Narodów Południowoamerykańskich (UNASUR) stworzyła alternatywne forum arbitrażu sporów inwestycyjnych. Ograniczony zasięg reform w UE, w USA i Kanadzie nie odzwierciedla jeszcze obaw rosnących w społeczeństwie.

Rekomendacje

- UE i państwa członkowskie powinny powstrzymać się od wywierania presji na kraje rozwijające się, aby te negocjowały lub podpisywały międzynarodowe umowy inwestycyjne.
- UE i państwa członkowskie powinny usunąć zapis o rozstrzyganiu sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS) ze wszystkich dwustronnych umów handlowych oraz inwestycyjnych zawieranych przez UE i szukać alternatywnych mechanizmów rozstrzygania tego typu sporów.
- UE i państwa członkowskie powinny zainicjować partycypacyjne przeglądy swoich umów inwestycyjnych, przeprowadzić ocenę wpływu wszystkich międzynarodowych umów inwestycyjnych na prawa człowieka, wyeliminować z tych umów wszelkie niezgodności z międzynarodowymi zobowiązaniami dotyczącymi przestrzegania praw człowieka i zawrzeć wiążące dla inwestorów zobowiązania we wszystkich umowach inwestycyjnych.



1. Wprowadzenie

UE przejęła kompetencje w zakresie inwestycji od państw członkowskich na mocy Traktatu Lizbońskiego z 2009 roku. Komisarz ds. handlu Cecilia Malmström i jej departament, pierwszy wiceprezydent Frans Timmermans i członkowie Parlamentu Europejskiego dzielą odpowiedzialność za politykę inwestycyjną z Radą. Wyrobienie sobie własnej opinii o ryzykach związanych z umowami inwestycyjnymi UE jest szczególnie ważne dla posłów do Parlamentu Europejskiego. W związku z rosnącymi obawami opinii publicznej, stanowisko europosłów dotyczące ochrony inwestycji oraz mechanizmu rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu jest w coraz większym stopniu przedmiotem oceny opinii publicznej.

Negocjacje dotyczące inwestycji prowadzone są między UE a szeregiem krajów rozwiniętych i rozwijających się (patrz ramka) i budzą kontrowersje i dyskusje w społeczeństwie europejskim i wśród polityków. Stawka jest wysoka, ponieważ międzynarodowe umowy inwestycyjne mają wpływ na konsumentów, obywateli podatników na całym świecie. Umowy te mogą zagrażać demokracji, godzić w zasadę praworządności, w dobra publiczne, w tym standardy społeczne, środowiskowe, zdrowotne i standardy dotyczące bezpieczeństwa konsumentów. Mogą też zagrażać suwerennym prawom (i obowiązkom) państw i instytucji europejskich umożliwiającym rządzenie.

Umowy te nie przyczyniły się do realizacji deklarowanego celu, jakim było przyciągnięcie inwestycji³, a wynikające z umów korzyści – nowe miejsca pracy i wzrost gospodarczy – są niewielkie⁴. W mechanizmie rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS), standardowym mechanizmie egzekwowania zapisów umów inwestycyjnych, trzech prawników pracujących dla zysku jest uprawnionych do orzekania w sprawie przepisów prawnych suwerennych państw, decyzji władz wykonawczych i wymiaru sprawiedliwości. Trybunały arbitrażowe nie są wybierane zgodnie z zasadami demokracji, nie ponoszą odpowiedzialności za swoje decyzje, a ich orzeczenia w dużej mierze nie podlegają apelacji. Są one w coraz większym stopniu popularne wśród wielkich międzynarodowych korporacji, którym umowy inwestycyjne dają szeroką gamę praw i możliwość nawet jeszcze szerszej ich interpretacji.

Dotychczas, instytucje europejskie nie zakończyły jeszcze procesu podpisywania i ratyfikacji żadnej międzynarodowej umowy inwestycyjnej, zawierającej mechanizm ISDS, choć negocjacje niektórych tego rodzaju umów są już dość zaawansowane. Dlatego też europejscy politycy mają wciąż wszystko do wygrania w tym zakresie.

Stan obecny – obowiązujące umowy inwestycyjne i trwające negocjacje UE

Najpowszechniejszą formą międzynarodowych umów inwestycyjnych są dwustronne umowy inwestycyjne (BITs). Na całym świecie jest 3196 międzynarodowych umów inwestycyjnych, z których 2857 to BITs⁵. Państwa członkowskie UE posiadają ponad 1200 obowiązujących BITs z państwami trzecimi. Poza BITs, zapisy dotyczące inwestycji są w coraz większym zakresie włączane do umów o wolnym handlu. Od 2011 roku Komisja Europejska otrzymała mandat od krajów członkowskich do włączania zapisów o ochronie inwestycji, w tym o mechanizmie ISDS, do kilku obecnie negocjowanych umów o wolnym handlu.

Przegląd mandatów Komisji Europejskiej dotyczących inwestycji

- czerwiec 2011:** Indie, Kanada (CETA), Singapur
- grudzień 2011:** Egipt, Jordania, Maroko i Tunezja
- listopad 2012:** Japonia
- czerwiec 2013:** Stany Zjednoczone (TTIP)
- październik 2013:** Malezja, Wietnam i Tajlandia
- październik 2013:** Chiny (to jest umowa dotycząca tylko inwestycji)
- marzec 2014:** Birma/Mjanma (umowa dotycząca tylko inwestycji)

3. UNCTAD, *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Nowy Jork/Genewa, 2014

4. Gallagher, Kevin, P. Zarsky, Lyuba, *Rethinking Foreign Investment for Development*, Post-autistic Economics Review, nr 37, 28 kwietnia 2006

5. UNCTAD, *World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, Nowy Jork/Genewa, 2013, s. 102

Foresti przeciw RPA: inwestorzy podważają program promujący gospodarczy awans czarnej ludności RPA



W 2006 grupa obywateli Włoch i firma zarejestrowana w Luksemburgu wniosły pozew przeciwko RPA do Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID) przy Banku Światowym, zaskarżając zapisy nowego prawa górniczego dotyczące wsparcia programu promującego gospodarczy awans czarnej ludności RPA (Black Economic Empowerment). W ramach tego programu, aby zadośćuczynić niesprawiedliwościom popełnionym w czasach apartheidu, firmy górnicze są zobowiązane przekazać część swoich akcji „historycznie defaworyzowanym Południowym Afrykanom”. Inwestorzy twierdzili, że zapis ten jest równoznaczny z wyłączeniem i naruszeniem zasady sprawiedliwego i równego traktowania. W 2010 roku obie strony zgodziły się na rozstrzygnięcie sporu poprzez znaczne złagodzenie wymogu odstąpienia akcji czarnym obywatelom RPA⁶.

Niniejszy krótki raport ma na celu zwrócenie uwagi na elementy obecnego systemu ochrony inwestycji, które powodują problemy, w tym ich negatywny wpływ na kraje rozwijające się. Raport poddaje krytycznej analizie bieżące działania na rzecz reformy umów inwestycyjnych i proponuje rozwiązanie dla europejskich polityków zgodne z ich zobowiązaniem do wdrażania spójności polityki na rzecz rozwoju (ang. Policy Coherence for Development, PCD).

W rozdziale 1. poddamy ocenie wyniki międzynarodowych umów inwestycyjnych w odniesieniu do ich deklarowanego celu – pobudzania napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych do krajów rozwijających się. W rozdziale 2. badamy wpływ mechanizmu ISDS na praworządność. W rozdziale 3. poddamy krytycznej analizie globalne dążenia do reformy tego systemu, a w rozdziale 4. przedstawiamy rekomendacje dla polityków europejskich dotyczące rozwiązań dla europejskiej polityki inwestycyjnej.

Zaczyna rosnąć świadomość olbrzymiego ryzyka, jakie niosą ze sobą międzynarodowe umowy inwestycyjne. Kraje rozwijające się, w tym RPA, Indie, Indonezja i Boliwia, ponownie oceniają umowy inwestycyjne, a niektóre państwa rozwiązały umowy, które okazały się dla nich szkodliwe. Około trzech czwartych upublicznionych sporów między inwestorami a państwami zostało zainicjowanych przeciw krajom rozwijającym się i gospodarkom przechodzącym transformację⁷.

W UE, która na mocy Traktatu Lizbońskiego z 2009 roku przejęła od państw członkowskich bezpośrednie kompetencje w zakresie kształtowania polityki inwestycyjnej, coraz więcej prawodawców jest

zaniepokojonych zapisami dotyczącymi inwestycji w umowach negocjowanych z USA (TTIP), Kanadą (CETA) i Singapurem (EUSFTA). W coraz większym stopniu alarm podnosi opinia publiczna: w ramach konsultacji dotyczących zapisów o mechanizmie ISDS w umowie TTIP zgłoszono 150 tys. komentarzy, głównie przez obywateli i obywatelki państw członkowskich UE.

Koszty prowadzenia sporu inwestor-przeciw-państwu

Koszty prowadzenia sporu inwestor-przeciw-państwu wynoszą średnio 8 milionów dolarów. Fakt, że trybunały arbitrażowe mają możliwość zasądzenia niemalże nieograniczonych odszkodowań, stanowi szczególne zagrożenie dla krajów rozwijających się i może wpływać na powstrzymanie się przez ich rządy od wprowadzania regulacji prawnych (efekt znany jako regulatory chill). W 2012 roku trybunał arbitrażowy nakazał Ekwadorowi zapłata 1,77 mld dolarów w ramach rekompensaty amerykańskiej firmie Occidental Petroleum. Odsetki i koszty postępowania prawnego zwiększyły tę kwotę do 2,4 mld dolarów – sumy, która stanowi równowartość rocznych wydatków Ekwadoru na opiekę zdrowotną dla siedmiu milionów ludzi⁸.

6. Foresti przeciw RPA, ICSID nr sprawy ARB(AF)/07/1, orzeczenie, 4 sierpnia 2010 r.

7. UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, nr 1, 1 kwietnia 2014 r.

8. Wallach, Lori/Beachy, Ben, *Occidental v. Ecuador Award Spotlights Perils of Investor-State System*, Public Citizen, Memorandum, 21 listopada 2012 r.

2. Czy międzynarodowe umowy inwestycyjne zwiększają poziom inwestycji?

Rozdział 2. Streszczenie głównych punktów

- Kraje rozwinięte były inicjatorem zawierania międzynarodowych umów inwestycyjnych.
- Kraje rozwijające się, które podpisały międzynarodowe umowy inwestycyjne, zgodziły się na ryzykowny układ: znacznie ograniczyły przestrzeń do prowadzenia polityk publicznych w zamian za perspektywę wyższych wpływów z bezpośrednich inwestycji zagranicznych.
- Międzynarodowe umowy inwestycyjne nie przyciągają bezpośrednich inwestycji zagranicznych – ważniejsze są inne czynniki (wielkość rynku, zasoby naturalne, infrastruktura, siła robocza).
- Podpisując pierwsze międzynarodowe umowy inwestycyjne, negocjatorzy z krajów rozwijających się byli w dużej mierze nieświadomi ryzyka wynikającego z arbitrażu inwestycyjnego.
- Świadomość ta zmieniła się, kiedy liczba wysuwanych roszczeń zaczęła wzrastać, a zaskakująco wysokie koszty odszkodowań i postępowań prawnych stały się oczywiste.

W okresie powojennym Europa była siłą napędową negocjacji dotyczących międzynarodowych umów inwestycyjnych, pomyślanych jako instrumenty ochronne, zabezpieczające przeciw przywłaszczeniu mienia i nacjonalizacji europejskich firm za granicą. Początkowo kraje rozwinięte twierdziły, że prawo międzynarodowe zobowiązuje państwa do przyznawania inwestorom zagranicznym minimalnych standardów ochrony i do płacenia „szybkich, odpowiednich i skutecznych” odszkodowań za przywłaszczenia (tzw. zasada Hulla). Temu pogładowi sprzeciwiały się kraje rozwijające się, broniąc swojego suwerennego prawa do interweniowania w sferę gospodarczą⁹. Jeswald Salacuse, profesor prawa na Tufts University, tak opisuje zastrzeżenia rządów krajów rozwijających się wobec międzynarodowego porządku gospodarczego zdominowanego przez dawne mocarstwa kolonialne:

„Wraz z nadejściem dekolonizacji po II Wojnie Światowej wiele państw, które odzyskały niepodległość, twierdziło, że nie odegrały żadnej roli w tworzeniu zachodnich koncepcji prawa międzynarodowego i wierzyło, że istniejące reguły międzynarodowe służyły jedynie utrzymaniu ich w ubóstwie. Państwa te podważały także zasady międzynarodowego prawa inwestycyjnego”¹⁰

Ponieważ różnice zdań okazały się niemożliwe do rozwiązania, kraje rozwinięte zaczęły nakłaniać kraje rozwijające się do zawierania umów inwestycyjnych. W 1959 roku RFN i Pakistan jako pierwsze podpisały międzynarodową umowę inwestycyjną. W kolejnych dziesięcioleciach Francja, Włochy i Szwecja poszły w ślady RFN. USA podpisały swoją pierwszą umowę inwestycyjną – z Egiptem – w 1982 roku¹¹.

9. Neumayer, Eric/Spess, Laura, *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*, World Development, tom 33, nr 10, s. 1567-1585, 2005

10. Salacuse, Jeswald W., *The Emerging Global Regime for Investment*, Harvard International Law Journal, tom 51, nr 2, 2010, s. 427-473

11. Alschner, Wolfgang, *Americanization of the IIA Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*, Goettingen Journal of International Law 5 (2013) 2, s. 455-486

Od strony formalnej międzynarodowe umowy inwestycyjne stosują się na równi do obu stron. Jednak ponieważ inwestycje przepływały niemal wyłącznie z krajów rozwiniętych do krajów rozwijających się, nie istniała prawdziwa wzajemność: „międzynarodowe umowy inwestycyjne zostały tak skonstruowane, aby regulować asymetryczną relację między krajami rozwiniętymi, które eksportują kapitał a krajami rozwijającymi się, które kapitał importują”¹². W konsekwencji, obciążenia związane z postanowieniami umów spadały prawie całkowicie na kraje rozwijające się. Z powodu opinii, że dwustronne umowy inwestycyjne pozbawione są faktycznej wzajemności i w wyniku utrzymującego się sceptycyzmu krajów rozwijających się sieć międzynarodowych umów inwestycyjnych przez pierwsze trzy dziesięciolecia rosła dość powoli. W latach 1959-1989 zawarto 386 tego typu umów¹³.

W latach 90. XX wieku liczba umów gwałtownie wzrosła, podpisano ich wtedy 1600. Kryzysy związane z zadłużeniem i zaciąganie pożyczek na dużą skalę w USA za czasów rządów administracji Reagana doprowadziły do wyczerpania możliwości zaciągania pożyczek przez kraje rozwijające się w bankach prywatnych, a sytuację dodatkowo pogorszyło zmniejszenie pomocy rozwojowej.

W konsekwencji bezpośrednie inwestycje zagraniczne wydawały się alternatywnym źródłem kapitału wobec kurczenia się pożyczek prywatnych. Programy dostosowań strukturalnych, liberalizacja handlu i deregulacje rynków były w coraz większym stopniu łączone z przyciąganiem bezpośrednich inwestycji zagranicznych, a międzynarodowe umowy inwestycyjne odgrywały w tych działaniach istotną rolę.

W swoim raporcie z roku 2014 dot. handlu i rozwoju UNCTAD przedstawia wyniki ćwiczenia ekonometrycznego, w którym przeanalizowano, czy międzynarodowe umowy inwestycyjne pobudziły przepływ bezpośrednich inwestycji zagranicznych z krajów rozwiniętych do krajów rozwijających się w okresie od 1985 do 2012 roku. Po zastosowaniu nowej, rygorystycznej metodologii analitycy doszli do wniosku, że „międzynarodowe umowy inwestycyjne wydają się nie mieć żadnego wpływu na dwustronne przepływy bezpośrednich inwestycji zagranicznych między globalną Północą a globalnym Południem”. W raporcie udzielono prostej rady politykom krajów rozwijających się: „powinni oni być ostrożni wobec jakichkolwiek rekomendacji zalecających aktywne kontynuowanie międzynarodowych umów inwestycyjnych”¹⁴.

“Dwustronne traktaty inwestycyjne (BITs) wydają się nie mieć żadnego wpływu na dwustronne przepływy bezpośrednich inwestycji zagranicznych między globalną Północą a Południem”.

Raport UNCTAD nt. handlu i rozwoju 2014, s.159

12. Ibidem, s. 465

13. Vandeveld 2005, patrz przypis dolny

14. UNCTAD, *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Nowy Jork/Genewa, 2014, s. 159

15. UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, seria UNCTAD poświęcona międzynarodowym politykom inwestycyjnym na rzecz rozwoju, Nowy Jork/Genewa, 2009

16. Tobin, Jennifer L./Rose-Ackerman, Susan, *When IIAs have some IIAs: the political-economic environment for bilateral investment treaties*, The Review of International Organizations, marzec 2011, tom 6, nr 1, s. 2

17. Hallward-Driemeier, Mary, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a IIA ... and they could IIAs*, World Bank, DECRG, czerwiec 2003, <http://dx.doi.org/10.1596/1813-9450-3121>

We wcześniejszej analizie UNCTAD objaśnia, że międzynarodowe umowy inwestycyjne mają niewielkie znaczenie w porównaniu z innymi czynnikami bezpośrednio kształtującymi przepływ bezpośrednich inwestycji zagranicznych: „wśród nich kluczowa jest atrakcyjność gospodarcza krajów przyjmujących inwestycje, w tym wielkość rynku i tempo jego wzrostu oraz dostępność i koszty zasobów naturalnych, a także kompetencje siły roboczej, infrastruktura i półprodukty”¹⁵.

Międzynarodowe umowy inwestycyjne nie zrekompensują potencjalnym inwestorom braku tych zalet. Jak dowodzą Jennifer Tobin i Susan Rose-Ackerman, „traktaty te nie są w stanie zastąpić skądinąd słabych warunków do inwestycji”¹⁶. W rezultacie, kraje potencjalnie czerpiące korzyści z tych umów, jeżeli są takie kraje, rekrutują się wyłącznie z bardziej rozwiniętych gospodarek. Ekonomistka Banku Światowego Mary Hallward-

Driemeier uważa, że „kraje, które czerpią z tych umów korzyści, mają prawdopodobnie najmniejszą potrzebę zademonstrowania jakości swoich praw dotyczących własności przez podpisanie BIT”¹⁷.

Co więcej, należy zestawić niktę perspektywy pozyskania bezpośrednich inwestycji zagranicznych poprzez międzynarodowe umowy inwestycyjne z ryzykiem kosztownych sporów międzynarodowych. Eksperci ds. rozwoju Kevin P. Gallagher i Elen Shrestha dowiedli, że „w porównaniu z budżetami rządów, oraz licząc per capita, kraje rozwijające się płacą znacznie więcej w formie odszkodowań niż kraje rozwinięte”¹⁸. Państwa nie mogą wnosić pozwów przeciw firmom i dużo płacą za obronę. Odszkodowanie warte 50 mld dolarów orzeczono ostatnio wobec Rosji¹⁹, co stanowi najwyższą kwotę zasądzonych do tej pory odszkodowań, a ich wielkość wykazuje trend rosnący.

Brazylia: żadnych międzynarodowych umów inwestycyjnych, najwięcej bezpośrednich inwestycji zagranicznych w regionie



Dobrym przykładem ilustrującym słaby związek między międzynarodowymi umowami inwestycyjnymi a bezpośrednimi inwestycjami zagranicznymi jest Brazylia. Chociaż rząd brazylijski wynegocjował 14 takich umów w latach 90. XX wieku, brazylijski kongres odrzucił je jako niekonstytucyjne. Nie zanotowano jednak negatywnego wpływu tej decyzji na napływ bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Wręcz przeciwnie, w 2014 roku Brazylia znajdowała się na piątym miejscu na świecie na liście krajów, o których przedstawiciele koncernów mówili, że najprawdopodobniej tam zainwestują swoje środki²⁰. Brazylia wciąż jest największym krajem biorcą bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Ameryce Łacińskiej, zdecydowanie większym niż Meksyk (który zawarł wiele międzynarodowych umów inwestycyjnych). W opublikowanym niedawno raporcie Komisji Gospodarczej Narodów Zjednoczonych ds. Ameryki Łacińskiej i Karaibów (ECLAC) stwierdza się, że „wielkość inwestycji [...] jest znaczna, nawet jak na gospodarke tak wielką jak brazylijska. Wolumen inwestycji jest równy 2,9% PKB Brazylii”²¹. Przykład Brazylii udowadnia, że międzynarodowe umowy inwestycyjne nie są warunkiem wstępnym koniecznym do pobudzenia napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych.

18. Gallagher, Kevin P./Shrestha, Elen, *Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal*, Tufts University, Global Development and Environment Institute, dokument roboczy nr 11-01, maj 2011

19. *Former Yukos shareholders awarded \$50bn in damages against Russia*, Financial Times, 28 lipca 2014: <http://www.ft.com/cms/s/0/f5824afa-1623-11e4-8210-00144feabdc0.html#axzz316BnmRVY>

20. Wskaźnik zaufania inwestorów Foreign Direct Investment (FDI) Confidence Index®, stworzony przez firmę konsultingową ATKearney w 1998 roku, plasuje kraje w zależności od tego, jak zmiany w ich systemach politycznych, gospodarczych i prawnych mają szansę wpłynąć na bezpośrednie umowy inwestycyjne w nadchodzących latach: <http://www.atkearney.com/research-studies/foreign-direct-investment-confidence-index#sthash.kdtI0pvB.dpuf>

21. ECLAC, *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2012*, Santiago, czerwiec 2013

Na początku lat 90. XX wieku zarejestrowanych było tylko około 10 upubliczniczonych przypadków sporów między inwestorami a państwami. Dopiero na początku XXI wieku przypadki arbitrażu zaczęły się mnożyć, osiągając liczbę 568 do końca 2013 roku (patrz kolejny rozdział)²². Z powodu małej liczby sporów i braku doświadczenia negocjatorzy z krajów rozwijających się rozumieli jedynie w ograniczonym stopniu potencjalne konsekwencje międzynarodowych umów inwestycyjnych, gdy negocjowali pierwsze z nich²³.

Południowoafrykańska komisja rządowa, podczas przeglądu podpisanych przez RPA umów w okresie po zniesieniu apartheidu, doszła do wniosku, że rząd „nie miał wcześniejszych doświadczeń w negocjowaniu międzynarodowych umów inwestycyjnych, a ryzyko, jakie za sobą one niosły, nie było wtedy w pełni dostrzeżone. [...] W rezultacie władza wykonawcza podpisała umowy, które wyraźnie brały stronę inwestorów, nie zapewniając koniecznych zabezpieczeń mających na celu zachowanie elastyczności w kilku kluczowych obszarach polityk publicznych”²⁴.

Doświadczenie RPA nie jest jedynym przypadkiem, jak ujawniły wywiady przeprowadzone z przedstawicielami rządu zaangażowanymi w negocjacje międzynarodowych umów inwestycyjnych w 13 krajach rozwijających się. Badacze Lauge Poulsen i Emma Aisbett, odpowiedzialni za te wywiady, doszli do wniosku, że: „praktycznie wszyscy przedstawiciele administracji państwowej, w tym interesariusze, zauważyli, że byli nieświadomi dalekosiężnego zakresu i konsekwencji międzynarodowych umów inwestycyjnych w latach 90. XX wieku, kiedy zawierano bardzo wiele tego typu umów”²⁵. Ich percepcja zmieniła się, kiedy ich kraje zaczęły otrzymywać pierwsze pozwy.

22. UNCTAD 2014: *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, nr 1, 1 kwietnia 2014 r.

23. Van Harten, Gus, *Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*, Trade, Law and Development, 2010, tom II, nr 1, Special Issue: International Investment Law, s. 19-58

24. Republika Południowej Afryki, *IIA Policy Framework Review*, dokument prezentujący stanowisko rządu, Pretoria, czerwiec 2009

25. Poulsen, Lauge N. Skovgaard/Aisbett, Emma, *When the claim hits: bilateral investment treaties and bounded rational learning*, World Politics, tom 65, nr 02, kwiecień 2013, s. 273-313

3. Mechanizm rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS) a praworządność

Rozdział 3: streszczenie głównych punktów

- Mechanizm rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS) pozwala inwestorom podważać decyzje państw przed trybunałami rozstrzygającymi spory inwestycyjne. Są one nieprzejrzyste i obchodzą międzynarodowe standardy prawne.
- Trybunały zajmujące się rozstrzyganiem sporów inwestycyjnych są zdominowane przez kilka dużych kancelarii prawnych i niewielką grupę prawników. Sprawia to, że arbitrzy są podatni na konflikty interesów.
- W trybunałach orzekających w sporach inwestycyjnych najczęściej zasiadają prawnicy czerpiący z tego zyski, a nie niezawisli sędziowie.
- Nie ma równości wobec prawa, ponieważ tylko zagraniczni inwestorzy mają możliwość wnoszenia pozwów.
- Sędziowie w trybunałach arbitrażowych mają znaczną swobodę interpretacji przepisów, co umożliwia im podważanie szerokiej gamy przepisów prawnych chroniących interes publiczny w pozywanych państwach.
- Delegując interpretację umów sędziom, trybunały arbitrażowe w istocie przejmują funkcje państwa, zazwyczaj zarezerwowane dla demokratycznie wybranych władz państwowych tworzących polityki publiczne.
- Ponieważ trybunały orzekające w sporach inwestycyjnych patrzą na spory z perspektywy prawa handlowego, zazwyczaj ignorują szerszy kontekst i aspekty sporów związane z dobrem publicznym.
- Nawet sama groźba wniesienia pozwu przeciw państwu może je powstrzymać przed pewnymi działaniami – ten efekt powstrzymania się od wprowadzania nowych regulacji prawnych z obawy przed pozwem jest szczególnym problemem dla krajów, których systemy prawne wciąż ewoluują.



Jedną z głównych obaw w odniesieniu do międzynarodowych umów inwestycyjnych jest klauzula dotycząca mechanizmu rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu (ISDS), która zazwyczaj włączana jest do umów. Klauzula ta umożliwia firmom egzekwowanie swoich praw i ubieganie się o rekompensatę za domniemane naruszenie umowy. Większość pozwów została wniesiona do Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID), które jest częścią Banku Światowego, z siedzibą w Waszyngtonie²⁶. Spory rozstrzygane są przez zespół trzech sędziów komercyjnych, obradujących podczas sesji prywatnych.

Na początku lat 90. XX wieku zarejestrowanych było tylko około 10 upublicznionych przypadków sporów między inwestorami a państwami. Jednak na początku XXI wieku przypadki arbitrażu zaczęły się mnożyć (patrz wykres 1)²⁷.

Słabości procesu ISDS są widoczne – począwszy od nieprzejrzystości systemu, w którym nawet liczba pozwów wniesionych do trybunałów arbitrażowych nie jest ujawniana publicznie. Różne fora zajmują się arbitrażem inwestycyjnym, jednak z powodu reguł zapewniających poufność wiele z nich nie informuje o sporach, które rozpatrują. W przeciwieństwie do ICSID większość forów nie prowadzi publicznych rejestrów wnoszonych pozwów. Dla przykładu, pozwy

wnoszone do Komisji Narodów Zjednoczonych ds. międzynarodowego prawa handlowego (UNCITRAL), Sztokholmskiej Izby Handlowej lub Międzynarodowej Izby Handlowej mogą pozostać nieujawnione przez długie lata lub nawet na zawsze²⁸. Z tego powodu UNCTAD jest w stanie policzyć jedynie upublicznione przypadki sporów, podczas gdy ich rzeczywista liczba może być zdecydowanie wyższa.

Przeprowadzone niedawno badania wskazują, że arbitraż inwestycyjny przerodził się w lukratywny biznes zdominowany przez garstkę międzynarodowych kancelarii prawnych i niewielki klub prawników, którzy orzekają w większości sporów (patrz ramka).

Trybunał arbitrażowy zazwyczaj składa się z trzech sędziów, po jednym wyznaczonym przez obie strony sporu, a trzeci wybierany jest w uzgodnieniu przez obie strony. Jednak w przeciwieństwie do zwyczajnego sądu składającego się z niezawistych sędziów, większość sędziów w trybunałach arbitrażowych to prywatni prawnicy zainteresowani czerpaniem zysków ze swojej działalności i rozstrzygnięciem jak największej liczby sporów. Z powodu ich zmiennej roli – czasem występują jako prawnicy, a czasem jako sędziowie – istnieje ryzyko ostrego konfliktu interesów. Adwokat może występować jako sędzia w sporach inwestycyjnych z udziałem firm, które jego kancelaria reprezentowała we wcześniejszych sprawach, co tym samym wzbudza wątpliwości co do jego bezstronności.

Problemy z ISDS

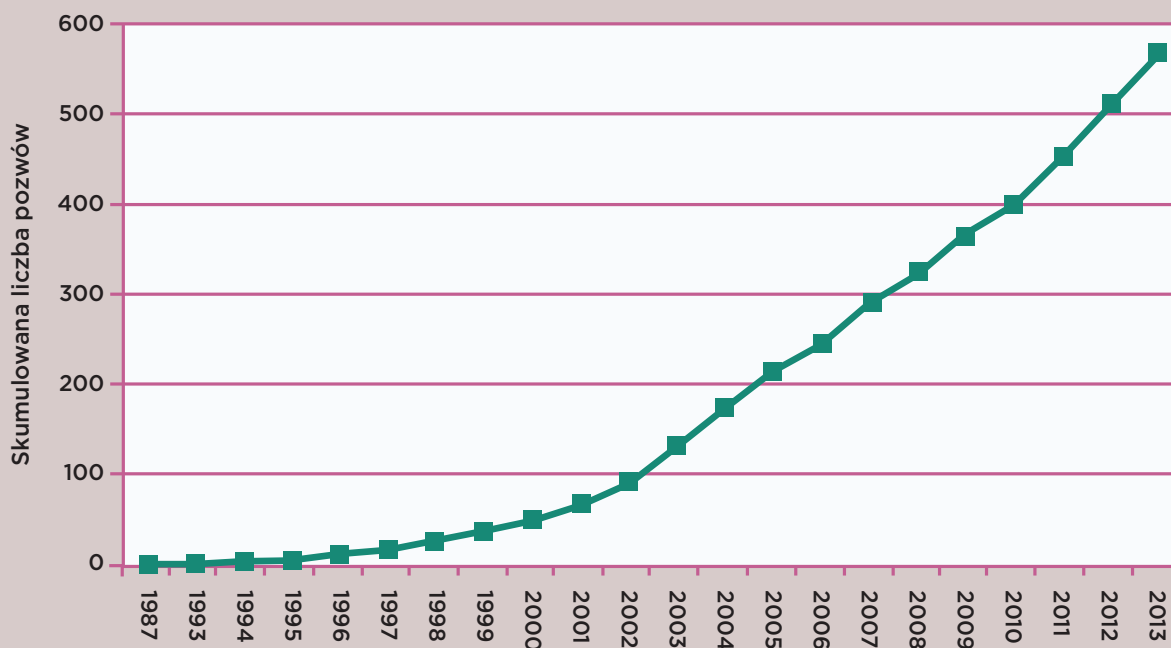
- Mechanizm ISDS daje inwestorom zagranicznym wyłączone prawo obchodzenia sądów krajowych i wnoszenia pozwów przeciwko rządowi do międzynarodowych trybunałów, podważając w ten sposób demokratyczne systemy prawne.
- Mechanizm ISDS dyskryminuje podmioty krajowe, które mogą wnosić pozwy jedynie do sądów krajowych, co jest naruszeniem zasady równości wobec prawa.
- Ci sami prawnicy występujący w trybunałach arbitrażowych rozstrzygających spory inwestycyjne mogą odgrywać wiele ról – mogą występować jako prawnicy lub świadkowie-eksperti w jednej sprawie lub jako sędziowie w innej, co stwarza ryzyko potencjalnych konfliktów interesów.
- Mechanizm ISDS nie przewiduje skutecznych zabezpieczeń eliminujących finansową zależność sędziów od klientów korporacyjnych.

26. UNCTAD 2014, patrz przypis dolny.

27. UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, nr 1, 1 kwietnia 2014 r.

28. <http://www.iareporter.com/articles/20140512>

Wykres 1. Upublicznione spory inwestycyjne między inwestorami a państwami (stan na koniec 2013 roku)



Źródło: UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, 2014

Jak dowodzi Gus Van Harten, adiunkt na wydziale prawa York University, „arbitraż umów inwestycyjnych jest – z punktu widzenia instytucjonalnego – niespójny z zasadą praworządności”²⁹. W przeciwieństwie do sędziów, których niezawisłość jest chroniona przez kadencyjność sprawowania ich funkcji, stałą pensję i zakaz pobierania innych wynagrodzeń, sędziowie arbitrażowi mogą pobierać wynagrodzenia poza ich funkcją rozstrzygania sporów – mogą reprezentować pozywających lub pozwanych. Mają oni także wpływ na reguły gry poprzez promowanie klauzul dotyczących arbitrażu w kontraktach inwestycyjnych i umowach dopasowanych do potrzeb ich klientów korporacyjnych.

Ryzykiem dla państw podpisujących międzynarodowe umowy inwestycyjne zawierające klauzulę ISDS jest to, że dają coraz większe pole do wnoszenia pozwów w ramach ISDS, w połączeniu z wynikającym z niego ryzykiem konfliktu interesów.

Kolejnym elementem naruszającym zasadę praworządności jest jednokierunkowość procesu w systemie arbitrażu inwestycyjnego. Jak objaśnia Van Harten, „możliwość wnoszenia pozwów jest jednostronna”³⁰. Na wnoszenie pozwów zezwala się tylko jednej stronie umowy – inwestorom, podczas gdy druga strona – państwa – jest zobowiązana do zapłacenia rekompensaty w przypadku domniemanych naruszeń umowy. Ponieważ tylko inwestorzy mogą uruchomić mechanizm rozstrzygnięcia sporów, sędziowie arbitrażowi mają silną motywację, żeby sprzyjać pozwom wnoszonym przez firmy i interpretować międzynarodowe umowy inwestycyjne na korzyść przyszłych klientów korporacyjnych.

Tajemnica otaczająca spory wynikające z umów inwestycyjnych, a także niejasne zapisy zawarte w międzynarodowych umowach inwestycyjnych pozwalają sędziom arbitrażowym na szeroką

29. Van Harten, Gus, 2010, patrz przypis dolny na s.39

30. Ibid, s. 37

Kto czerpie zyski z arbitrażu: rosnący rynek arbitrażu

Raport opracowany przez organizacje pozarządowe Corporate Europe Observatory (CEO) oraz Transnational Institute (TNI) ujawnił wysoki stopień koncentracji na rynku arbitrażu inwestycyjnego. Duża część pozwów jest obsługiwana przez garstkę międzynarodowych kancelarii prawnych, w tym Freshfields Bruckhaus Deringer (Wielka Brytania), White & Case (USA) czy King & Spalding (USA), a niewielka elitarna grupa 15 prawników rozstrzygała w 55% upublicznionych sporów inwestycyjnych³¹.

Ich usługi są skrajnie drogie. Według OECD, wynagrodzenia dla specjalizujących się w arbitrażu prawników wynoszą około 1000 dolarów za godzinę. W ostatnich procesach arbitrażowych łączne koszty wynagrodzenia prawników i sędziów wyniosły średnio 8 mln dolarów, w niektórych przypadkach przekroczyły nawet 30 mln dolarów³². Bliskie znajomości między należącymi do elity prawnikami i ich kolegami pełniącymi funkcję sędziów oraz ich znajomość procedur rządzących mechanizmem ISDS dają prawnikom cenną przewagę. Rządy państw, których nie stać na opłacenie kosztownych usług tych prawników mają znacznie mniejsze szanse na wygranie sporu. W konsekwencji, motywowany chęcią zysków rynek arbitrażu sprawia, że kraje nie posiadające odpowiednich środków finansowych są systemowo na mniej korzystnej pozycji.

interpretację indywidualnych klauzul i wskazanie na wiele regulacji prawnych jako domniemane złamanie zapisów umowy. Znaczny margines możliwych interpretacji umożliwia sędziom arbitrażowym zakwestionowanie szerokiej gamy przepisów państwa chroniących interes publiczny, np. polityki upowszechniające równość społeczną, publiczną służbę zdrowia lub ochronę środowiska, a także regulacje mające na celu łagodzenie skutków kryzysów finansowych (patrz ramka).

Decyzje podjęte na drodze arbitrażu, o ile zostały upublicznione, obnażają wiele braków systemu. UNCTAD ustalił, że szeroki margines interpretacji prowadził do „powtarzających się epizodów niekonsekwentnych wniosków” i „błędnych decyzji” podejmowanych przez trybunały orzekające w zakresie inwestycji, w tym „rozbieżnych interpretacji prawnych podobnych lub identycznych zapisów umów”³³.

W przeciwieństwie do innych procesów prawnych, mechanizm arbitrażu inwestycyjnego nie przewiduje apelacji. Po wydaniu orzeczenia, wchodzi ono natychmiast w życie, a państwu nie przysługuje apelacja z powodu błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia wyroku lub z powodu obrazy przepisów prawa materialnego.

Główne klauzule międzynarodowych umów inwestycyjnych dają możliwości szerokich interpretacji, a pozycujący regularnie przywołują standardy „sprawiedliwego i równego traktowania” oraz „wywłaszczenia pośredniego”.

Sprawiedliwe i równe traktowanie (FET) stało się „najbardziej przywoływaną i przynoszącą sukcesy podstawą wysuwania roszczeń w ramach międzynarodowych umów inwestycyjnych”³⁴. Kilka trybunałów arbitrażowych określiło „zasadne oczekiwania” inwestorów jako kluczowy element standardu FET. Zmiany w regulacjach prawnych, np. nowe prawo lub podatki zmniejszające prywatne zyski, mogą być postrzegane jako naruszenie „zasadnych oczekiwań” inwestorów, uzasadniające konieczność wypłacenia rekompensaty. W niektórych przypadkach interpretowano nawet standard FET jako zobowiązanie państwa do utrzymania „stabilnych i przewidywalnych warunków dla działalności gospodarczej”³⁵.

Drugi ważny standard, „wywłaszczenie pośrednie”, odnosi się do regulacji państwa pozbawiających inwestorów ekonomicznej wartości ich aktywów poprzez ograniczenie ich zdolności do czerpania zysków z ich własności. W przeciwieństwie do wywłaszczeń bezpośrednich, standard ten nie

31. Eberhardt, Pia/Olivet, Cecilia, *Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory/Transnational Institute, Bruksela/Amsterdam, listopad 2012 r.

32. Gaukrodger, D./Gordon, K., *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, dokument roboczy OECD dot. inwestycji międzynarodowych, marzec 2013 r.

33. UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issue Note, nr 2, czerwiec 2013, s. 3

34. UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A sequel*, seria UNCTAD poświęcona zagadnieniom z zakresu międzynarodowych umów inwestycyjnych II, Nowy Jork i Genewa, 2012

Arbitraż inwestycyjny: zagrożenie dla polityk publicznych



Veolia przeciw Egipcjowi: inwestorzy kwestionują płace minimalne

W 2012 roku francuski koncern Veolia Propreté wniósł pozew przeciw Egipcjowi, zaskarżając wprowadzenie nowych stawek płac minimalnych. W 2000 roku Veolia podpisała kontrakt na dostarczanie usług związanych z gospodarowaniem odpadami w porcie w Aleksandrii. Jednak kilka lat później Veolia próbowała zmienić kontrakt, aby zrekompensować sobie rosnące koszty. Inflacja doprowadziła do dewaluacji waluty egipskiej i rząd wprowadził nowe prawo pracy, w tym nową stawkę płacy minimalnej. Po tym, jak rząd Egiptu odmówił zmiany kontraktu podpisanego z Veolią, koncern wniósł pozew przeciw Egipcjowi do ICSID³⁶.



Suez przeciw Argentynie: inwestorzy podważają ograniczenia kosztów podstawowych usług

W reakcji na kryzys w Argentynie w 2001 roku rząd kraju zdewaluował argentyńską walutę i zamroził stawki na podstawowe usługi, w tym za dostawy wody i energii. Francuski koncern dostarczający wodę, który przewodził konsorcjum obsługującemu dostawy wody w Buenos Aires pozwał Argentynę zaskarżając limit nałożony na stawki. W 2010 roku ICSID stwierdził w wydanym przez siebie orzeczeniu, że odmowa rządu argentyńskiego uwolnienia stawek narusza zobowiązanie do „sprawiedliwego i równego traktowania”. Trybunał nie podjął jeszcze decyzji w sprawie zapłacenia rekompensaty, jednak Suez ogłosił, że konsorcjum zażąda 1,2 mld euro³⁷.



Ping An przeciw Belgii: inwestorzy kwestionują restrukturyzację banku

W 2012 roku druga co do wielkości chińska firma ubezpieczeniowa Ping An pozwała Belgię do ICSID w ramach międzynarodowej umowy inwestycyjnej między Belgią i Chinami za upadek Fortis Bank. Ubezpieczyciel stracił 2 mld dolarów w 2008 roku, kiedy belgijsko-holenderski bank został znacjonalizowany. Wbrew woli firmy Ping An rząd belgijski sprzedał część aktywów Fortis Bank francuskiemu bankowi BNP Paribas. Ubezpieczyciel twierdzi, że proces nacjonalizacji i sprzedaż aktywów banku pogwałciły jego prawa. To pierwszy przypadek, kiedy inwestor z Chin wysunął roszczenia przed ICSID³⁸.

35. Ibid, s. 66

36. <http://economie.jeuneafrique.com/entreprises/entreprises/btp-a-infrastructures/11868-veolia-assigne-legypte-au-tribunal.html>

37. http://www.iareporter.com/articles/20100818_9

38. Financial Times, *Ping An in arbitration claim over Fortis*, 24 września 2012 r.

zakłada wyłączenia bezpośredniego, jak jest to w przypadku nacjonalizacji. Jednak trybunały arbitrażowe już potępiły wiele regulacji dotyczących interesu publicznego jako przepisy równoważne „wyłączeniu”³⁹.

Interpretując skrajnie niejasne standardy międzynarodowych umów inwestycyjnych, trybunały arbitrażowe przyjmują rolę podmiotów stanowiących prawo, przekształcając dość ogólne klauzule w bardziej konkretne reguły nakazujące rządowi, jak mają traktować inwestorów zagranicznych. Tym sposobem trybunały arbitrażowe de facto przejmują funkcje należące do państw, funkcje, które słusznie przynależą demokratycznie wybranym prawodawcom lub podmiotom regulacyjnym, ponosząc odpowiedzialność za swoje działania przez społeczeństwem.

Delegowanie tych funkcji państwa do trybunałów arbitrażowych jest szczególnie niebezpieczne, ponieważ „trybunały te zazwyczaj patrzą na pozwy z punktu widzenia arbitrażu handlowego”, jak ostrzega UNCTAD⁴⁰. Nie można oczekiwać od trybunałów rozpatrujących spory inwestycyjne, aby w odpowiedni sposób brały pod uwagę aspekty tych sporów dotyczące dobra publicznego, np. obowiązek rządu, aby zagwarantować stabilność finansową, kontrolować postępowanie korporacji, działać na rzecz włączenia w obręb społeczeństwa grup wykluczonych i chronić środowisko.

System arbitrażu inwestycyjnego działa na szkodę demokracji w UE, praw człowieka i praworządności. Podważa on zobowiązanie do przestrzegania tych wartości w zakresie spraw zagranicznych UE i jest niezgodny z celami Spójności polityki na rzecz rozwoju (ang. Policy Coherence for Development).

Obroncy systemu rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu wskazują, że istnienie ISDS nie oznacza, że koniecznie będzie on wykorzystywany. Jednak dla wielu krajów rozwijających się, a nawet dla krajów rozwiniętych, groźba arbitrażu inwestycyjnego ma potężny wpływ na stanowienie polityk. Rządy państw mogą powstrzymać się od wprowadzania koniecznych regulacji prawnych, zjawisko to nazywane jest „zamrożeniem regulacji” (patrz ramka).

W niektórych przypadkach rządy państw zdołały uniknąć wysokich kosztów postępowania przez trybunałem arbitrażowym poprzez zawarcie umowy z inwestorami. Jednak warunki tych umów, których się z reguły nie publikuje, mogą zobowiązywać rządy do modyfikacji lub zaniechania wprowadzenia planowanych regulacji dotyczących kwestii społecznych czy ochrony środowiska i do zapłacenia rekompensaty.

Efekt „zamrożenia” wprowadzania nowych regulacji prawnych stanowi szczególnie problem dla krajów rozwijających się, których prawo i regulacje wciąż podlegają przemianom. Zniechęcanie tych państw do wdrażania prawnych ram regulacyjno-nadzorczych może zaszkodzić planom rozwoju kraju i osłabić działania na rzecz wyeliminowania ubóstwa i ochrony środowiska.

Zamrożenie działań rządu – groźba zamrożenia regulacji prawnych (*regulatory chill*)

Newmont przeciw Indonezji: inwestorzy kwestionują politykę przemysłową



Aby pobudzić krajowe przetwórstwo oraz zwiększyć zatrudnienie i wartość eksportu, Indonezja zdecydowała się wprowadzić zakaz eksportu nieprzetworzonych surowców mineralnych. W ramach rozwiązania przejściowego przed wejściem zakazu w życie w 2017 roku, podwyższono podatki eksportowe na nieprzetworzone surowce mineralne. Mający siedzibę w USA koncern górniczy wniósł pozew do ICSID, zaskarżając zakaz i podniesienie podatków.

Dopiero po tym, jak Indonezja zgodziła się znacznie obniżyć podatki eksportowe koncern Newmont zgodził się wycofać pozew. Koncern wykorzystał fakt, że wchodzący w jego skład podmiot duński jest większościowym udziałowcem w filii indonezyjskiej, aby wnieść pozew w ramach międzynarodowej umowy inwestycyjnej zawartej między Holandią a Indonezją.

39. UNCTAD, *Expropriation: A sequel*, seria UNCTAD poświęcona zagadnieniom dotyczącym międzynarodowych umów inwestycyjnych II, Nowy Jork i Genewa, 2012

40. UNCTAD, *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Nowy Jork/Genewa, 2014, s. 138

4. Międzynarodowe umowy inwestycyjne w przyszłości: europejskie kompetencje i reforma

Rozdział 4: streszczenie głównych punktów

- Coraz więcej krajów dokonuje przeglądu swoich umów inwestycyjnych.
- Kraje członkowskie NAFTA, USA, Kanada i Meksyk, przeprowadziły skromne reformy redefiniujące niektóre klauzule traktatu, aby poszerzyć przestrzeń do tworzenia polityk publicznych.
- Rząd Australii indywidualnie rozpatruje każdą sprawę w ISDS wynikającą z umów o wolnym handlu.
- Ekwador, Wenezuela, Boliwia, RPA i Indonezja zerwały kilka międzynarodowych umów inwestycyjnych.
- Boliwia, Ekwador i Wenezuela wycofały się z ICSID.
- Unia Narodów Południowoamerykańskich (UNASUR) stworzyła regionalne centrum arbitrażu jako alternatywę wobec ICSID.
- Indie zamroziły wszystkie negocjacje dotyczące dwustronnych umów inwestycyjnych, w których biorą udział.
- Komisja Europejska przeprowadziła publiczne konsultacje dotyczące mechanizmu ISDS w umowie TTIP.
- UE włączyła nowe – lecz w przeważającej mierze niewystarczające – uregulowania do rozdziału dotyczącego inwestycji w umowie CETA.

Nagły wzrost roszczeń inwestorów wobec państw i rosnąca świadomość wiążących się z tym niebezpieczeństw sprawiły, że rządy na całym świecie kwestionują ramy międzynarodowych umów inwestycyjnych. Zarówno kraje rozwijające się, jak i rozwinięte, w różnym zakresie, dokonują przeglądów i wprowadzają reformy tego systemu.

Doświadczając nagłego wzrostu pozwów w ramach rozdziału Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu (NAFTA) dotyczącego inwestycji, USA, Kanada i Meksyk podjęły się przeprowadzenia skromnych reform mających na celu objaśnienie znaczenia niektórych zapisów traktatu. Jednak ta próba ograniczenia swobody interpretacji traktatu przez sędziów arbitrażowych w dużej mierze się nie powiodła, ponieważ trybunały nadal dokonywały szerokiej interpretacji zapisów umowy⁴¹.

W 2007 roku próba wprowadzenia nowej polityki dotyczącej międzynarodowych umów inwestycyjnych podjęta przez rząd Norwegii wywołała protesty społeczeństwa obywatelskiego i doprowadziła do szerokiej debaty publicznej. Ostatecznie w 2009 roku rząd norweski wycofał się z propozycji wprowadzenia nowego modelu tego typu umów, ostro krytykowanego za faworyzowanie inwestorów⁴².

Niektóre kraje rozwijające się rozpoczęły nawet bardziej fundamentalne reformy swoich polityk inwestycyjnych. Boliwia (w 2007 roku), Ekwador (w 2009 roku) i Wenezuela (w 2012 roku) wycofały się z ICSID próbując tym samym ograniczyć egzekwowalność orzeczeń w sporach inwestycyjnych inwestor-przeciw-państwu. Boliwia powiadomiła USA o jej intencji zerwania międzynarodowej umowy inwestycyjnej.

41. Porterfield, Matthew C., *A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals*, IISD, Investment Treaty News, 22 marca 2013

42. Seattle to Brussels Network, *EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A reader*, Amsterdam, lipiec 2010

Ekwador prowadzi obecnie przegląd wszystkich swoich międzynarodowych umów inwestycyjnych w świetle wniesionych pozwów, ich związku z napływem bezpośrednich inwestycji zagranicznych i ich znaczeniem wobec aspiracji rozwojowych kraju. Do tej pory Ekwador zerwał dziewięć międzynarodowych umów inwestycyjnych. Wenezuela zerwała umowę z Holandią w 2008 roku po tym, jak firmy amerykańskie razem z firmami fasadowymi założonymi w Holandii wniosły szereg pozwów, aby móc czerpać korzyści z ochrony wynikającej z umowy⁴³. W 2010 roku 12 państw członkowskich UNASUR rozpoczęło negocjacje nad utworzeniem regionalnego centrum arbitrażu będącego alternatywą wobec ICSID⁴⁴, centrum ma rozpocząć działalność w 2015 roku⁴⁵. Dziewięć państw członkowskich grupy ALBA (Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América) utworzyło we wrześniu 2014 roku Południowe Obserwatorium Inwestycji i Korporacji Ponadnarodowych, aby monitorować międzynarodowy system arbitrażu i pomagać rządów krajów rozwijających się, wobec których inwestorzy występują z roszczeniami⁴⁶.

RPA przez trzy lata prowadziła krytyczną analizę ram inwestycyjnych i 23 międzynarodowych umów inwestycyjnych⁴⁷. Analizę sprowokował rozpoczęty w 2006 roku spór inwestycyjny między rządem RPA a firmą Foresti dotyczący południowoafrykańskiego programu promującego awans gospodarczy czarnej ludności RPA (patrz rozdział 1.). Ministerstwo Handlu i Przemysłu RPA stwierdziło w 2009 roku, że „dwustronne umowy inwestycyjne wkraczają głęboko w przestrzeń polityk krajów rozwijających się, nakładając niszczące, wiążące reguły inwestycyjne, które mają dalekosiężne konsekwencje dla zrównoważonego rozwoju kraju”⁴⁸. Reguły inwestycyjne, które uniemożliwiają rządów wymaganie od inwestorów transferu technologii, szkolenia lokalnych pracowników lub pozyskiwania środków produkcji na poziomie lokalnym, hamują rozwój kraju.

W 2010 roku RPA zdecydowała się powstrzymać od podpisywania kolejnych międzynarodowych umów inwestycyjnych, „chyba, że istnieją naglące polityczne lub gospodarcze powody, aby je podpisać”. RPA ogłosiła, że zerwie istniejące traktaty inwestycyjne, jednak „zaofertuje partnerom możliwość re negocjacji



43. Van Os, Roos/Knottnerus, Roeline, *Dutch Bilateral Investment Treaties – A gateway to ‘treaty shopping’ for investment protection by multinational companies*, SOMO, Amsterdam, październik 2011

44. <http://www.iisd.org/itn/2012/01/12/unasur/>

45. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/09/26/nota/4032781/centro-resolver-controversias-sobre-inversiones-unasur-estaria>

46. <http://cancilleria.gob.ec/estados-del-sur-ponen-en-marcha-observatorio-sobre-inversiones-transnacionales/>; <http://portaldelsur.info/2014/09/proponen-la-creacion-de-un-observatorio-del-sur/>

47. Według UNCTAD, RPA podpisała 46 międzynarodowych umów inwestycyjnych, z których 23 weszły w życie do czerwca 2013 roku. Patrz: http://unctad.org/sections/dite_pccb/docs/IIAs_south_africa.pdf

48. Republika Południowej Afryki, *IIA Policy Framework Review*, dokument rządowy prezentujący stanowisko rządu, Pretoria, czerwiec 2009

umów w oparciu o nowy model⁴⁹. Dodatkowo, rząd południowoafrykański zaplanował opracowanie nowej ustawy inwestycyjnej i stworzenie ministerialnego komitetu odpowiedzialnego za nadzór prac nad tymi dokumentami.

W 2012 roku RPA zerwała międzynarodową umowę inwestycyjną z Belgią i Luksemburgiem, na którą powołano się w sporze Foresti przeciw RPA. Następnie rząd ogłosił, że wkrótce zerwie umowy z Hiszpanią, Niemcami, Szwajcarią i Holandią (wszystkie w 2013 roku)⁵⁰.

Karel De Gucht, były unijny komisarz ds. handlu, gniewnie zareagował na wiadomość o zerwaniu tych traktatów, twierdząc, że wpłynie to negatywnie na przepływ inwestycji między RPA a UE⁵¹.

W listopadzie 2013 roku rząd południowoafrykański opublikował projekt ustawy o promocji i ochronie inwestycji⁵². Projekt przewiduje nowe ramy legislacyjne, mające na celu promocję i ochronę inwestycji przy jednoczesnym zachowaniu suwerennego prawa państwa do regulacji. Zapisy w projekcie ustawy stosują się do wszystkich inwestorów, zarówno krajowych jak i zagranicznych.

Jednak, w przeciwieństwie do bieżącej międzynarodowej umowy inwestycyjnej, mechanizmy ochrony inwestycji w projekcie ustawy nie zawierają kontrowersyjnego standardu „sprawiedliwego i równego traktowania”, a rekompensata za wyłączenie nie jest zagwarantowana na poziomie „wartości rynkowej”.

W zamian projekt ustawy stanowi, że rekompensata „musi odzwierciedlać równowagę między interesem publicznym a interesami grupy dotkniętej danym działaniem”. Co najważniejsze, projekt ustawy nie przewiduje żadnego ogólnego prawa do przekazywania sporów inwestycyjnych do arbitrażu międzynarodowego: spory inwestycyjne mają być rozpatrywane przez sądy krajowe.

RPA nie jest jedynym krajem kwestionującym zasadność mechanizmu ISDS. Australia ocenia rozstrzygnięcie sporów inwestor-przeciw-państwu, rozpatrując indywidualnie każdy przypadek⁵³, a ostatnio zawarła międzynarodową umowę inwestycyjną z Wyspami Oceanii, która wyklucza mechanizm ISDS. Umowa ta przewiduje za to, że spory inwestycyjne będą rozstrzygane przed sądami krajowymi lub w oparciu o mechanizm wspólnie ustalony przez obie strony⁵⁴.

W marcu 2014 roku rząd Indonezji zdecydował się nie przedłużać międzynarodowej umowy inwestycyjnej z Holandią, w ramach szerzej zakrojonego przeglądu adekwatności przestarzałych międzynarodowych umów inwestycyjnych „pierwszej generacji” do aktualnych celów i aspiracji rozwojowych kraju. Przeciw Indonezji wniesiono wiele pozwów w ramach szeregu międzynarodowych umów inwestycyjnych, a w każdym ze sporów zasądano odszkodowania warte setki milionów dolarów. Wśród pozwów znalazł się wspomniany pozew Newmont (patrz rozdział 3.) i pozew wniesiony przez koncern Churchill Mining (poniżej)⁵⁵.

Churchill Mining przeciw Indonezji: inwestorzy podważają odebranie im licencji

W 2012 roku brytyjski koncern Churchill Mining pozwał Indonezję przed ICSID twierdząc, że indonezyjski rząd naruszył międzynarodową umowę inwestycyjną między Wielką Brytanią a Indonezją, kiedy władze lokalne odebrały koncernowi koncesję na wydobycie węgla w dystrykcie East Kutai we wschodniej części indonezyjskiej części wyspy Borneo z powodu podejrzeń o korupcję. Churchill Mining domaga się ponad 1 mld dolarów w ramach rekompensaty. W lutym 2014 roku ICSID odrzucił próbę podważenia uprawnień ICSID do orzekania w sporze z Churchill Mining, podjętą przez rząd Indonezji. Trybunał arbitrażowy potwierdził, że ma kompetencje, aby orzekać w tej sprawie⁵⁶.

49. Carim, Xavier, *Lessons from South Africa's IIAs review*, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Columbia FDI perspectives, nr 109, 25 listopada 2013

50. <http://www.moneyweb.co.za/moneyweb-south-africa/investors-are-protected-government-argues>

51. <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/12/eu-steps-up-fight-to-have-treaties-with-sa-retained>

52. Republika Południowej Afryki, *Promotion and Protection of Investment Bill*, Government Gazette, 1 listopada 2013 r., nr 36995

53. <http://www.eastasiaforum.org/2014/04/09/why-no-investor-state-arbitration-in-the-australia-japan-fta/>

54. Oświadczenie Edwini Kessie, głównej doradczynie państw na Wyspach Australii i Oceanii ds. handlu, Światowe Forum Inwestycyjne UNCTAD, 16 października 2014: <http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/10/Kessie.pdf>

55. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/08/21/indonesias-termination-of-the-netherlands-indonesia-ia-broader-implications-in-the-asia-pacific/>

56. <http://www.thejakartapost.com/news/2014/02/27/ri-risks-loss-churchill-legal-battle.html>

Także Indie poddały krytycznej analizie swoje traktaty inwestycyjne. W styczniu 2013 roku ówczesny rząd, któremu przewodziła partia Indyjski Kongres Narodowy, zarządził zamrożenie wszystkich negocjacji dwustronnych umów o promocji i ochronie inwestycji (BIPPA), dopóki nie zakończony zostanie przegląd nowego modelu umów⁵⁷. W nowym rządzie, pod przywództwem Indyjskiej Partii Ludowej, ministrowie debatują nad tekstem nowego modelu i jak mówią przedstawiciele rządu, „niektóre ministerstwa nie są przekonane do tych paktów”⁵⁸.

Kraje rozwijające się przewodzą także międzynarodowym staraniom na rzecz zobowiązania inwestorów do przestrzegania praw człowieka. O ile umowy handlowe i inwestycyjne oferują firmom daleko idące prawa, nie ma porównywalnych instrumentów międzynarodowych regulujących ich obowiązki. Częściowo, aby wypełnić tę lukę, Ekwador i RPA sponsorowały rezolucję Rady Praw Człowieka ONZ wzywającą do stworzenia „wiążącego prawnie instrumentu obligującego korporacje ponadnarodowe i inne przedsiębiorstwa do przestrzegania praw człowieka”, którą przyjęto w czerwcu 2014 roku⁵⁹. Wśród państw popierających rezolucję były Chiny, Indonezja, Kenia, Filipiny i Rosja, podczas gdy kraje rozwinięte, w tym Francja, Niemcy, Wielka Brytania, Japonia i USA głosowały przeciw⁶⁰.

W UE kampanie organizowane przez społeczeństwo obywatelskie przeciw umowom handlowym z Kanadą (CETA) i USA (TTIP) przyczyniły się do rozpoczęcia szerszej debaty na temat unijnej polityki inwestycyjnej. Na początku 2014 roku Komisja Europejska zawiesiła negocjacje dotyczące planowanego rozdziału poświęconego inwestycjom w umowie TTIP i rozpoczęła trzymiesięczne konsultacje społeczne dotyczące pewnych, ograniczonych reform polityki inwestycyjnej. W ramach konsultacji społecznych przesłano około 150 tys. komentarzy⁶¹.

Umowa CETA, której skonsolidowany tekst został niedawno opublikowany, i umowa o wolnym handlu negocjowana z Singapurem byłyby pierwszymi umowami handlowymi zawartymi przez UE, zawierającymi kompleksowy rozdział poświęcony inwestycjom oraz klauzulę ISDS. Umowa z Kanadą, CETA, jest powszechnie postrzegana jako wzór do wykorzystania przy umowie TTIP. Komisja Europejska uważa, że „ważne innowacje” wprowadzone do CETA pozwolą zachować prawo do regulacji, podczas gdy zapisy o mechanizmie ISDS są „najbardziej postępowym systemem stworzonym do tej pory”⁶². Jednak reformy wprowadzone w umowie CETA nie eliminują zagrożeń, jakie stwarza aktualny system inwestycyjny (patrz aneks).

Stale rośnie liczba unijnych polityków krytycznych wobec podejścia UE do inwestycji. We wrześniu 2014 roku parlament Austrii przyjął rezolucję otwarcie kwestionującą powody włączenia mechanizmu ISDS do umów między krajami „mającymi rozwinięte systemy prawne”, takimi jak kraje członkowskie UE, Kanada i USA. Także niemieckie ministerstwo gospodarki stwierdziło, że zapisy o ochronie inwestycji nie powinny być włączone do TTIP. Jednak inne kraje członkowskie, w tym Wielka Brytania, Hiszpania i Szwecja wciąż bronią mechanizmu ISDS w umowie między UE a USA.

Te rozbieżne poglądy ilustrują ważną zmianę w europejskiej debacie: dawny konsensus między unijnymi politykami dotyczący włączenia mechanizmu ISDS do umów TTIP, CETA i bardziej ogólnie – do międzynarodowych umów inwestycyjnych – przestał istnieć⁶³. Różne polityczne ugrupowania w Parlamencie Europejskim także zakwestionowały mechanizm ISDS, w tym Socjaldemokraci, Porozumienie Liberałów i Demokratów na rzecz Europy (ALDE), Zieloni i Zjednoczona Lewica Europejska (GUE).

57. <http://www.thehindu.com/business/Economy/bipa-talks-put-on-hold/article4329332.ece>

58. http://articles.economicstimes.indiatimes.com/2014-06-23/news/50798470_1_investment-protection-bipas-protection-agreement

59. ONZ, Zgromadzenie Ogólne, Rada Praw Człowieka, *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 czerwca 2014 r.

60. Mohamadieh, Kinda, *Human Rights Council: Historic resolution adopted for a legally binding instrument on TNCs*, Serwis Informacyjny TWN dot. zmian klimatu, 30 czerwca 2014 r.

61. Kompleksowa analiza dokumentu konsultacyjnego Komisji Europejskiej dostępna w: Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *Reply to the European Commission's Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, IISD Report, czerwiec 2014

62. Komisja Europejska, *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, 26 września 2014 r.

63. http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/UEA/UEA_00245/index.shtml; <http://www.bmwi.de/DE/Themen/ausenwirtschaft,did=655140.html>; <http://blogs.ft.com/brusselsblog/2014/10/23/leaked-letter-14-ministers-take-on-juncker-over-trade/?hubRefSrc=permalink>

5. Rekomendacje

Należy skutecznie uregulować bezpośrednio inwestycje zagraniczne, aby przyczyniały się one do rozwoju gospodarczego, postępu społecznego i zrównoważonego rozwoju.

Obecnie międzynarodowe umowy inwestycyjne aktywnie hamują rządy państw na całym świecie w prowadzeniu polityk, które mają na uwadze interes publiczny. Ruch kwestionujący użyteczność i skuteczność tego typu umów rośnie.

W oparciu o dowody zawarte w tym raporcie wysuwamy następujące rekomendacje:

- **UE i państwa członkowskie powinny powstrzymać się od wywierania presji na kraje rozwijające się, żeby te negocjowały lub podpisywały międzynarodowe umowy inwestycyjne.**
- **UE i państwa członkowskie powinny usunąć zapis o rozstrzyganiu sporów inwestor-przeciw-państwu ze wszystkich zawieranych przez UE i dwustronnych umów handlowych oraz inwestycyjnych i szukać alternatywnych mechanizmów rozstrzygania tego typu sporów:**
 - ◆ Korzystanie z krajowych środków naprawczych powinno być normą wszędzie, gdzie to możliwe.
 - ◆ Możliwe jest stworzenie odpowiednich wielostronnych mechanizmów rozstrzygania sporów inwestor-przeciw-państwu, które gwarantowałyby przejrzystość, szeroką partycypację interesariuszy i prawo do regulacji.
 - ◆ Tego typu mechanizmy powinny być obsługiwane przez niezawisłych i bezstronnych sędziów, wolnych od konfliktów interesów.
- **UE i państwa członkowskie powinny zainicjować partycypacyjne przeglądy swoich umów inwestycyjnych, przeprowadzić ocenę wpływu wszystkich międzynarodowych umów inwestycyjnych na prawa człowieka, wyeliminować z tych umów wszelkie niezgodności z międzynarodowymi zobowiązaniami dotyczącymi przestrzegania praw człowieka i zawrzeć wiążące dla inwestorów zobowiązania we wszystkich umowach inwestycyjnych.**

Aneks

Rzeczywistość kryjąca się za umową CETA: unijne reformy zawodzą

„Reformy” wprowadzone w umowie CETA nie osiągnęły deklarowanych celów „objaśnienia i większego doprecyzowania” reguł ani nie uporały się z fundamentalnymi słabościami mechanizmu ISDS.

CO TWIERDZI KOMISJA EUROPEJSKA	JAK JEST W RZECZYWISTOŚCI
<p>1. Prawo do regulacji <i>„CETA daje jasno do zrozumienia, że UE i Kanada zachowują prawo do regulacji”.</i></p>	<p>Aby dowieść prawdziwości tego stwierdzenia Komisja Europejska powołuje się na preambułę umowy CETA, w której strony po prostu uznają, „że zapisy tej umowy zabezpieczają prawo do regulacji”⁶⁴. Jednak, w przeciwieństwie do głównej części tekstu, preambuła nie jest wiążąca. Na zasadzie kontrastu, w wiążącym rozdziale CETA poświęconym inwestycjom nie wspomina się o prawie do regulacji.</p> <p>Dalsze odniesienia można znaleźć jedynie w rozdziałach dotyczących pracy i środowiska naturalnego, jednak także one nie zawierają jednoznacznego stwierdzenia potwierdzającego prawo do regulacji. W rzeczywistości rozdział dotyczący środowiska skutecznie ogranicza to prawo, wymagając, aby polityki środowiskowe były wdrażane „w sposób zgodny [...] z umową”.</p>
<p>2. “Sprawiedliwe i równe traktowanie” <i>„Jasna, zamknięta lista precyzyjnie definiuje ten standard bez pozostawiania niepożądanego swobody interpretacji sędziom arbitrażowym”.</i></p>	<p>W umowie CETA lista ta nie jest wyraźnie zamknięta. Wcześniejsze podobne próby podczas pracy nad umową NAFTA w dużej mierze zawiodły⁶⁵. Co więcej, wielu inwestorów opiera swoje roszczenia na dokładnie tych samych przypadkach wymienionych w CETA jako potencjalne naruszenia standardu sprawiedliwego i równego traktowania, szczególnie dotyczy to „arbitralności” i „dyskryminacji”. Przykładowo, pozew firmy Philipp Morris przeciw Australii i jej prawu dotyczącemu zamieszczania informacji ostrzegających przed paleniem papierosów na opakowaniach oraz pozew wniesiony przez Lone Pine przeciw Kanadzie, po tym jak prowincja Quebec wprowadziła moratorium na szczelinowanie oparte były na domniemanej „arbitralności” tych rządowych działań⁶⁶. Dodatkowo, CETA wyraźnie odnosi się do „uzasadnionych oczekiwań” inwestorów, które rządy mogły stworzyć poprzez „konkretne deklaracje” i tym samym celowo otwiera furtkę umożliwiającą szerokie interpretowanie standardu sprawiedliwego i równego traktowania, np. założenia, że obowiązkiem państwa jest utrzymanie „stabilnych warunków do prowadzenia działalności gospodarczej”.</p>

64. Skonsolidowany tekst CETA, 1 sierpnia 2014 r., Preambuła

65. Porterfield, Matthew C., *A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment Under Customary International Law by Investment Tribunals*, IISD, Investment Treaty News, 22 marca 2013 r.

66. CEO, *Still not loving ISDS: 10 reasons to oppose investors' super-rights in EU trade deals*, aneks 1, 2014

CO TWIERDZI KOMISJA EUROPEJSKA	JAK JEST W RZECZYWISTOŚCI
<p>3. Kodeks postępowania <i>„CETA jest pierwszą umową, która zawiera wiążący kodeks postępowania dla sędziów arbitrażowych występujących w sporze według mechanizmu ISDS. Kodeks jest oparty na regulach etycznych Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników (IBA) i podlega dalszym rewizjom. Zapobiega konfliktom interesów”.</i></p>	<p>CETA nie zawiera wiążącego kodeksu postępowania dla sędziów arbitrażowych angażujących się w rozstrzyganie sporów inwestor-przeciw-państwu. Zamiast tego tekst stanowi jedynie, że sędziowie arbitrażowi „powinni stosować się” do wytycznych Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników (IBA), które można zastąpić lub uzupełnić właściwym kodeksem postępowania, który zostanie opracowany w ciągu dwóch lat po wejściu CETA w życie⁶⁷. Jednak Wytyczne IBA dotyczące konfliktu interesów są niewiążącym i w dużej mierze nieskutecznym narzędziem dobrowolnej auto-regulacji, skonstruowanym przez i dla przemysłu arbitrażowego. Nie zapobiegły powstaniu elitarnego klubu kancelarii prawnych i prawników koncentrujących dużą część działalności przemysłu arbitrażowego. Ponieważ treść przewidywanego kodeksu postępowania, który miał zastąpić lub uzupełnić wytyczne IBA, pozostaje nieznana, niemożliwe jest twierdzenie, że kodeks ten zapobiegnie konfliktom interesów.</p>
<p>4. Firmy fasadowe <i>“CETA nie chroni tzw. firm fasadowych. Aby kwalifikować się jako inwestor, konieczne jest prowadzenie rzeczywistych operacji gospodarczych na terytorium kraju jednej ze stron”.</i></p>	<p>W ramach CETA tylko przedsiębiorstwa prowadzące „znaczące działania gospodarcze” w krajach pochodzenia są uznawane za inwestorów objętych standardami ochrony, przewidzianymi w umowie. Zapis ten pozornie ma na celu ograniczenie procederu zakładania firm fasadowych, aby zyskać dostęp do trybunałów arbitrażowych (tzw. <i>treaty shopping</i>). Jednak klauzula ta jest prawdopodobnie nieskuteczna z powodu niezwykle szerokiej definicji inwestycji zawartej w umowie, m.in. obejmującej akcje, obligacje i pożyczki⁶⁸. W konsekwencji przykładowo firma fasadowa założona w Kanadzie i posiadająca kilka akcji firmy brytyjskiej mogłaby kwalifikować się jako inwestor prowadzący „znaczące działania gospodarcze” kwalifikujące go do tego, aby zaskarżyć Wielką Brytanię przed trybunałem arbitrażowym.</p>
<p>5. Mechanizm apelacji <i>„Umowa przewiduje także możliwość stworzenia mechanizmu apelacji”.</i></p>	<p>Podobnie jak w przypadku przewidywanego kodeksu postępowania, możliwość stworzenia mechanizmu apelacji została przeniesiona na okres późniejszych konsultacji w ramach specjalnego komitetu, który zostanie utworzony w ramach CETA. Komitet ten miałby zdecydować „czy, i jeśli tak, na jakich warunkach można stworzyć mechanizm apelacji”⁶⁹. Wydaje się nieprawdopodobne, że tak się kiedykolwiek stanie, biorąc pod uwagę fakt, że negocjatorom CETA nie udało się osiągnąć porozumienia ws. organu apelacyjnego po kilku latach negocjacji.</p>

67. Skonsolidowany tekst, 1 sierpnia 2014 r., 10. Inwestycje, Artykuł X.25 (Konstytucja Trybunału) i Artykuł X.42 (Komitet)

68. Skonsolidowany tekst, 1 sierpnia 2014 r., 10. Inwestycje, Artykuł X.3 (Definicje)

69. Skonsolidowany tekst, 1 sierpnia 2014 r., 10. Inwestycje, Artykuł X.3 (Komitet)

Partnerzy projektu „BITS in Pieces”



Transnational Institute (TNI) jest globalną siecią postępowych aktywistów i badaczy, która prowadzi radykalne, oparte na rzetelnej wiedzy analizy najważniejszych zagadnień globalnych; zawiera sojusze z ruchami społecznymi i opracowuje propozycje na rzecz bardziej zrównoważonego, sprawiedliwego i demokratycznego świata. Mająca siedzibę w Amsterdamie, TNI jest europejską organizacją siostrą organizacji działającej w Waszyngtonie, Institute for Policy Studies (IPS).



TRAIDCRAFT

The Traidcraft Exchange (TX) jest wiodącą brytyjską organizacją zaangażowaną w ruch Sprawiedliwego Handlu (Fair Trade). TX prowadzi programy w niektórych z najuboższych krajów na świecie oraz kampanie na rzecz sprawiedliwości handlowej w Wielkiej Brytanii i na całym świecie. TX ma wiele lat doświadczenia w pracy rzeczniczej w zakresie tematyki sprawiedliwości handlowej, Sprawiedliwego Handlu, etycznego biznesu i łańcuchów dostaw.



Centrum Badań nad Ponadnarodowymi Korporacjami (SOMO) jest niezależną holenderską badawczą i organizacją non-profit, zajmującą się zagadnieniami społecznymi, ekologicznymi i gospodarczymi związanymi ze zrównoważonym rozwojem. Od roku 1973 SOMO bada ponadnarodowe korporacje i konsekwencje ich działań dla ludzi i środowiska naturalnego na całym świecie.



PowerShift jest mieszcącym się w Berlinie stowarzyszeniem na rzecz energii przyjaznej dla środowiska i globalnej gospodarki. PowerShift wykorzystuje działania edukacyjne, promocyjne i badawcze oraz rzecznicze, aby zrewolucjonizować najlepsze praktyki na świecie z zakresu energii i promować gospodarkę opartą na zasadzie równości międzynarodowej. Od roku 2010, daty założenia PowerShift, organizacja jest aktywnie zaangażowana w rzecznictwo i networking, związane z unijnymi politykami w zakresie handlu i inwestycji.



France Amérique Latine (FAL) jest organizacją pozarządową z siedzibą w Paryżu, działająca na rzecz ochrony praw człowieka w Ameryce Łacińskiej i na Karaibach. FAL upowszechnia poszanowanie praw człowieka i demokracji, które doprowadzą do lepszego rozwoju gospodarki i środowiska naturalnego w tych regionach świata.



Ecologistas en Acción jest organizacją zrzeszającą ponad 300 grup ekologicznych w Hiszpanii. Organizacja prowadzi kampanie podnoszące świadomość, zajmuje się skargami publicznymi i postępowaniem prawnym przeciw tym, którzy niszczą środowisko naturalne, jednocześnie wypracowując konkretne i realistyczne alternatywy. Ecologistas en Acción od 1999 roku angażuje się w kampanie skierowane do europejskiej opinii publicznej na rzecz spójności w unijnych politykach dotyczących handlu międzynarodowego i inwestycji.



Arbeiterkammer Wien jest austriacką Izbą Pracy, z siedzibą w Wiedniu. Ma długie doświadczenie pracy rzeczniczej w zakresie problematyki unijnych polityk gospodarczych i współpracy z organizacjami społeczeństwa obywatelskiego oraz związkami zawodowymi.



11.11.11 jest belgijską organizacją należącą do różnych europejskich i międzynarodowych sieci skupiających się na tematyce zrównoważonego rozwoju i polityce handlowej, w tym sieci Seattle to Brussels (S2B). 11.11.11 od wielu lat angażuje się w kampanie podnoszące świadomość w zakresie różnych zagadnień związanych z rozwojem.



RE:COMMON

Re: Common jest włoską organizacją działającą na rzecz zmian strukturalnych zarówno w finansach jak i zarządzaniu dobrami publicznymi, w poczuciu solidarności z ludźmi bezpośrednio dotkniętymi skutkami szkodliwego i niesprawiedliwego modelu rozwoju, w krajach globalnego Południa oraz we Włoszech i w innych krajach Europy. Re: Common postuluje utworzenie nowych i demokratycznych publicznych instytucji finansowych na poziomie krajowym i światowym, aby promować dobra publiczne.



VÉDEGYLET

Stowarzyszenie Chronić Przyszłość (Védegylet Egyesület) – współpracuje z międzynarodowymi i europejskimi organizacjami zajmującymi się rolnictwem, usługami publicznymi oraz z sieciami na rzecz powstrzymania zmian klimatu, angażuje się w debaty dotyczące globalizacji i rozwoju, prowadzi badania, kampanie i działania rzecznicze mające na celu ochronę różnorodności kulturowej oraz bioróżnorodności na rzecz lepszej jakości życia na Węgrzech.



Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO) – jest niezależną polską organizacją pozarządową z siedzibą w Warszawie, która skupia ludzi podzielających pogląd o współzależności wszystkich ludzi na świecie. IGO dąży do tego, aby współpraca rozwojowa oparta była na priorytetach wypracowanych przez ludzi z krajów globalnego Południa i odzwierciedlała perspektywę praw człowieka w rozwoju.




Afrika Kontakt jest duńską organizacją rozwojową związaną z Afryką, działającą na rzecz praw politycznych, społecznych i gospodarczych ludzi w krajach Afryki. Afrika Kontakt wspiera afrykańskie ruchy ludowe i w duchu solidarności i partnerstwa dąży do tworzenia nowego, lepszego klimatu politycznego, dającego głos tym, którzy są obecnie wyłączeni z procesu podejmowania decyzji politycznych.



Finansowane przez Unię Europejską

Publikacja została współfinansowana ze środków Unii Europejskiej w ramach projektu „Making EU Investment Policy Work for Sustainable Development”. Tekst wyraża wyłącznie poglądy autorów i nie może być utożsamiany z oficjalnym stanowiskiem Komisji Europejskiej.

Wydrukowane na papierze  pochodzącym z recyklingu

ISBN 978-83-939627-8-5