Zombie zwany ISDS

Reżim ochrony praw korporacji, przemianowany właśnie na system sądów inwestycyjnych, ciągle nie chce umrzeć

AUTORKA: Pia Eberhardt (Corporate Europe Observatory)

REDAKCJA: Katharine Ainger, Ewa Sufin-Jacquemart
TŁUMACZENIE: Adam Fijałkowski

PROJEKT I ILUSTRACJE: Brigitte Vos, www.vosviscom.nl

Publikacja organizacji Corporate Europe Observatory (CEO), Transnational Institute (TNI), Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs (AITEC), Attac Austria, Campact, ClientEarth, Ecologistas en acción, Forum Umwelt & Entwicklung, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO), PowerShift, Seattle to Brussels Network (S2B), Traidcraft, Umanotera, Védegylet, Vrijschrift, War on Want, 11.11.11., Fundacja Strefa Zieleni

Sierpień 2016 (wersja zaktualizowana)

Spis treści

Streszczenie 5

Rozdział 1 Wprowadzenie 9

Rozdział 2 Kiedy korporacje pozywają kraje: co trzeba wiedzieć o rozstrzyganiu sporów między inwestorami a państwami (ISDS) 11

Rozdział 3 ISDS pod inną nazwą: ICS, czyli nowa unijna propozycja ochrony praw inwestorów w umowach handlowych 17

Rozdział 4 TTIP, CETA, ISDS, ICS: różne nazwy, ale ten sam korporacyjny plan 29

Rozdział 5 Zakończenie: 7 powodów aby sprzeciwić się korporacyjnym przywilejom i obalić je 35

Załącznik: Diabeł tkwi w szczegółach 36

Przypisy 41

Streszczenie

Przez ostatnie dwa lata uwagę obywateli, polityków i mediów przykuwała bezprecedensowa, ogólnoeuropejska kontrowersja wokół pewnego, jeszcze do niedawna mało znanego elementu międzynarodowych umów handlowych – tzw. systemu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem (ang: Investor-state dispute settlement), w skrócie ISDS.

Zapisy o ISDS znajdują się w tysiącach umów międzynarodowych. Dają one przedsiębiorstwom możliwość wnoszenia pozwów przeciwko państwom w przypadku zmiany ich polityki, o ile zdaniem danej firmy zmiana ta wpływa niekorzystnie na jej zyski, i to również wtedy, gdy chodzi o działania służące ochronie zdrowia publicznego lub środowiska naturalnego. Pozwy te są wnoszone z pominięciem sądów krajowych – rozstrzygają je międzynarodowe trybunały arbitrażowe, złożone w każdym przypadku z trzech prywatnych prawników, którzy decydują, czy ważniejszy ma być prywatny zysk, czy interes publiczny. Trybunały tego rodzaju zasądziły do tej pory na rzecz wielkich koncernów na całym świecie miliardy dolarów w formie odszkodowań wypłacanych z pieniędzy podatnika, często z tytułu działań podjętych w interesie publicznym.

Kiedy Komisja Europejska zaproponowała włączenie podobnych, rygorystycznych zapisów na rzecz korporacji do negocjowanej właśnie umowy handlowej ze Stanami Zjednoczonymi, czyli transatlantyckiego partnerstwa w dziedzinie handlu i inwestycji, spotkało się to z masowym sprzeciwem: ponad 97 proc. spośród rekordowo wysokiej liczby 150 tys. uczestników konsultacji społecznych odrzuciło pomysł przyznawania korporacjom takich przywilejów. Został on także skrytykowany przez poszczególne państwa członkowskie UE i Parlament Europejski. ISDS stał się „najbardziej toksycznym akronimem w Europie" według słów unijnej komisarz ds. handlu Cecilii Malmström.

Dlatego też, aby jakoś obejść ogromy sprzeciw społeczny wobec ISDS, Komisja Europejska postanowiła posłużyć się inną nazwą, gdy jesienią 2015 r. opublikowała zmienioną propozycję zapisów w sprawie rozstrzygania sporów inwestycyjnych, która od tej pory miała być punktem wyjścia we wszystkich negocjacjach inwestycyjnych UE, w tym w negocjacjach w sprawie TTIP. W miejsce „starego" systemu ISDS Komisja obiecała wprowadzić „nowy" i rzekomo całkowicie niezawisły system, który gwarantowałby rządom prawo do stanowienia regulacji, zwany systemem sądów inwestycyjnych (ang: Investment Court System), w skrócie ICS.

Analiza zawarta w niniejszym raporcie pokazuje jednak, że zaproponowany system sądów nie oznacza wcale końca ISDS. Przeciwnie, ICS da kolejnym tysiącom firm możliwość obchodzenia krajowych systemów prawnych i wnoszenia pozwów przeciwko państwom w równoległych trybunałach, jeśli tylko wprowadzane przez te państwa prawa i regulacje będą stanowić zagrożenie dla zysków owych firm. ICS otworzy drogę do miliardowych wypłat z pieniędzy podatników na rzecz wielkiego biznesu i może ograniczyć zdolność rządów do wprowadzania pożądanych rozwiązań politycznych służących ochronie ludzi i środowiska. Grozi także zamknięciem na zawsze państw członkowskich UE w niesprawiedliwym reżimie ISDS.

Ujmując rzecz najkrócej, zaproponowany „nowy" system sądów inwestycyjnych to powstały z grobu system ISDS. To ISDS w wersji zombie.

Najważniejsze ustalenia:

1. **Liczba pozwów wniesionych przez inwestorów przeciwko państwom, a także kwota dochodzonych odszkodowań, wzrosła dramatycznie w ciągu ostatnich dwóch dziesięcioleci:** o ile w roku 1995 wiadomo było o trzech takich sprawach, w styczniu 2016 r. było już blisko 700 ujawnionych pozwów, przy czym w samym 2015 r. wniesionych zostało 70 nowych spraw, co stanowi absolutnie rekordowo wysoką liczbę. Drastycznie wzrosła także suma pieniędzy, będąca stawką tych postępowań – w jednym przypadku zasądzono od państwa odszkodowanie w gigantycznej wysokości 50 mld USD. Głównymi beneficjentami były wielkie korporacje i bogate osoby prywatne.

2. **W ciągu ostatnich dwóch dziesięcioleci inwestorzy wnosili pozwy o miliardowe odszkodowania z tytułu szkód dla zysków swoich firm, wynikających ich zdaniem z wprowadzanych w interesie publicznym przepisów i decyzji rządów.** Państwa na wszystkich kontynentach musiały mierzyć się z pozwami po uchwaleniu przepisów antytytoniowych lub zakazów stosowania toksycznych chemikaliów, podjęciu działań antydyskryminacyjnych bądź działań na rzecz stabilności finansowej, nałożeniu ograniczeń na brudne przedsięwzięcia górnicze, itp. W przypadku Unii Europejskiej 60 proc. pozwów

przeciwko jej państwom członkowskim miało związek z ochroną środowiska naturalnego. Pewien prawnik broniący interesów państw w tych sprawach nazwał ich podstawę prawną zapisaną w międzynarodowych umowach inwestycyjnych „prawniczą bronią masowego rażenia".

3. **Zaproponowany przez UE „nowy" model ISDS (przemianowany na ICS) jest równie niebezpieczny dla demokracji, interesu publicznego i publicznych pieniędzy jak stary model, z którym mamy do czynienia np. w umowie UE-Singapur.** Nie licząc pewnych ulepszeń proceduralnych, takich jak poprawiona procedura wyboru arbitrów, wzmocnione zasady etycznego postępowania i ustanowienie izby odwoławczej, przemianowana wersja zasadniczo przewiduje te same przywileje dla inwestorów, często ujęte w dokładnie tych samych słowach, co umowa UE-Singapur.

4. **W myśl nowej propozycji UE inwestorzy będą mieli możliwość zaskarżania niedyskryminacyjnych i zgodnych z prawem działań na rzecz ochrony zdrowia, środowiska naturalnego i innych celów interesu publicznego,** ponieważ propozycja ta przewiduje te same, szerokie prawa dla inwestorów, na które do tej pory powoływały się firmy takie jak Philip Morris (który pozwał Urugwaj z tytułu wprowadzenia przez ten kraj przepisów antytytoniowych) i TransCanada (która zamierza dochodzić od rządu Stanów Zjednoczonych odszkodowania w wys. 15 mld USD z tytułu odrzucenia wniosku o pozwolenie na budowę kontrowersyjnego rurociągu Keystone XL).

5. **Na podstawie propozycji UE możliwe będzie wypłacanie korporacjom miliardowych odszkodowań z pieniędzy podatników, w tym z tytułu utraty przyszłych, potencjalnych zysków** (jak w przypadku Libii, której nakazano wypłatę 905 mln USD na rzecz firmy, która zainwestowała zaledwie 5 mln USD). Możliwe będzie także zasądzanie odszkodowań z tytułu praw i regulacji służących interesowi publicznemu. Zaproponowane przez UE zapisy dotyczące ochrony prawa państw do stanowienia regulacji nie ochronią rządów przed koniecznością ponoszenia takich potencjalnie obezwładniających kosztów.

6. **Propozycja UE wręcz zwiększa ryzyko kosztownych pozwów skierowanych przeciwko działaniom na rzecz interesu publicznego, ponieważ nadaje inwestorom jeszcze szersze prawa niż wiele istniejących traktatów inwestycyjnych,** na podstawie których inwestorzy wnieśli do tej pory setki pozwów przeciwko państwom na całym świecie:
   a) wprowadza ochronę „uzasadnionych oczekiwań" inwestorów w ramach klauzuli o „sprawiedliwym i równym traktowaniu", przez co stwarza ryzyko, że w prawie zostanie skodyfikowana bardzo szeroka wykładnia tego przepisu, ustanawiająca „prawo" do stabilnego otoczenia regulacyjnego. Dałoby to inwestorom bardzo silne narzędzie do zwalczania zmian regulacyjnych, nawet takich, które wprowadzane są w świetle nowej wiedzy albo w wyniku określonego demokratycznego wyboru dokonanego przez ludzi.
   b) swoista *klauzula parasolowa* obecna w propozycji UE przenosi wszystkie pisemne porozumienia zawarte przez państwo w związku z inwestycją na poziom prawa międzynarodowego, zwielokrotniając ryzyko kosztownych pozwów. Klauzuli tej nie ma w umowie CETA między UE i Kanadą, prawdopodobnie dlatego, że strona kanadyjska odrzuciła ją jako zbyt ryzykowną.

7. **Jeśli umowa TTIP między USA i UE będzie zawierać zaproponowane zapisy dotyczące praw inwestorów, spowoduje to zwielokrotnienie zakresu odpowiedzialności i ryzyka finansowego ponoszonego przez państwa członkowskie UE w stosunku do tego, co grozi im obecnie na podstawie podpisanych do tej pory umów:** w ramach TTIP dziewiętnaście kolejnych państw zostanie narażonych na bezpośrednie ryzyko pozwów ze strony amerykańskich inwestorów (obecnie ryzyko to dotyczy tylko 9 państw, które mają podpisane umowy inwestycyjne z USA); TTIP obejmie ponadto wszystkie amerykańskie inwestycje w UE (obowiązujące obecnie umowy obejmują zaledwie 1 proc. tych inwestycji); a prawo do wnoszenia pozwów uzyska ponad 47 tys. firm (obecnie przysługuje ono ok. 4,5 tys. firm). Skutkiem TTIP może być blisko 900 nowych pozwów amerykańskich inwestorów przeciwko państwom członkowskim UE (w porównaniu z 9 takimi pozwami toczącymi się obecnie na podstawie istniejących umów).

8. **W myśl zapisów proponowanych przez UE, transnarodowe firmy będą mogły pozwać nawet rząd własnego kraju** – wystarczy, że w tym celu stworzą odpowiednią strukturę inwestycji, obejmującą zagraniczną filię, lub poproszą o wniesienie pozwu swojego zagranicznego udziałowca. W kontekście TTIP to zagrożenie jest szczególne realne z uwagi na fakt, iż podmioty amerykańskie posiadają europejskie

papiery wartościowe o łącznej wartości 3.5 biliona USD. Trudno byłoby znaleźć „europejską" firmę, która nie miałaby możliwości wniesienia pozwu przeciwko UE lub państwu członkowskiemu za pośrednictwem swojego „amerykańskiego" inwestora

9. **Zawarte w unijnej propozycji zapisy dotyczące praw inwestorów to prosta droga do zastraszenia decydentów politycznych, co może potencjalnie utrudnić wprowadzanie potrzebnych rozwiązań przez państwa.** Już teraz można podać przykłady porzucania projektów legislacyjnych służących ochronie środowiska i zdrowia, opóźniania ich wejścia w życie lub dostosowywania ich do życzeń korporacji w wyniku wniesienia przez inwestora kosztownego pozwu lub sformułowania takiej groźby. Kanada i Nowa Zelandia opóźniły na przykład wejście w życie przepisów antytytoniowych ze względu na ryzyko pozwów ze strony dużych firm tytoniowych.

10. **Zaproponowany przez UE proces rozstrzygania sporów nie gwarantuje niezawisłości, ma natomiast wbudowaną tendencję do faworyzowania inwestorów.** Ponieważ tylko inwestorzy mogą wnosić pozwy w ramach ICS, stwarza to zachętę dla arbitrów (przemianowanych obecnie na „sędziów"), by podczas rozpatrywania pozwów trzymać ich stronę – bo to oznacza więcej pozwów, więcej honorariów i więcej prestiżu w przyszłości. Restrykcyjne kryteria doboru arbitrów, brak okresów karencji i luki w zaproponowanych zasadach etycznego postępowania dla arbitrów mogą sprawić, że trybunały będą obsadzane przez tych samych prywatnych prawników, którzy do tej pory napędzali boom w arbitrażu inwestycyjnym i zbudowali własne biznesy na zachęcaniu inwestorów do składania pozwów i szerokim interpretowaniu prawa inwestycyjnego z myślą o przyciągnięciu kolejnych klientów.

11. **Istnieją poważne wątpliwości, czy ICS jest zgodny z prawem UE,** ponieważ oznacza pomijanie sądów europejskich i ma fundamentalnie dyskryminacyjny charakter, gdyż nadaje specjalne prawa tylko inwestorom zagranicznym. Otrzymują oni możliwość kwestionowania orzeczeń sądów, decyzji rządów i przepisów uchwalanych przez parlamenty, poczynając od szczebla lokalnego po europejski.

12. **Zaproponowany przez UE system ochrony inwestycji zamiast odesłać ISDS do lamusa grozi zamknięciem państw UE w tym układzie na zawsze.** Państwa nie będą miały praktycznie żadnej możliwości uwolnienia się od przywilejów inwestorskich z chwilą, gdy zostaną one zapisane w dużych umowach handlowych takich jak TTIP czy CETA (ponieważ wiązałoby się to z koniecznością wyjścia z UE). Zaproponowane przez Komisję Europejską stworzenie wielostronnego sądu inwestycyjnego – czyli zasadniczo światowego sądu najwyższego, do którego dostęp miałyby tylko korporacje – oznacza ryzyko utrwalenia systemu, który już teraz jest rażąco niesprawiedliwy, ponieważ jednej stronie, najczęściej dużym korporacjom i bogatym osobom, nadaje wyjątkowo silne i możliwe do egzekwowania prawa, podczas gdy druga strona, czyli zwykli obywatele, dostają tylko obowiązki.

Podjęta przez UE próba nadania trwałego charakteru systemowi arbitrażu inwestycyjnego i poszerzenia jego zakresu przypada w momencie, kiedy coraz więcej osób, reprezentujących całe spektrum poglądów politycznych, wypowiada się przeciwko temu korporacyjno-prawnemu kaftanowi bezpieczeństwa, a coraz liczniejsze rządy starają się z niego uwolnić.

Niniejszy raport kończy się wezwaniem do działania, wyznaczając jako cel obalenie wszystkich istniejących porozumień umożliwiających korporacjom wnoszenie pozwów przeciwko państwom w międzynarodowych trybunałach, kiedy prawa i regulacje stanowione przez rządy tych państw zagrażają ich zyskom; zablokowanie wprowadzenia dodatkowych „kart praw korporacji" w planowanych umowach takich jak TTIP i CETA; oraz odrzucenie planów stworzenia światowego sądu najwyższego, dostępnego wyłącznie dla korporacji i dla bogatych.

Rozdział 1
Wprowadzenie

„Gdyby ktoś chciał przekonać opinię publiczną, że w międzynarodowych umowach handlowych chodzi o to, by międzynarodowe korporacje mogły bogacić się kosztem zwykłych ludzi, to powinien zrobić dokładnie coś takiego: nadać zagranicznym firmom specjalne prawo, umożliwiające im dochodzenie odszkodowań z tytułu wprowadzenia przez rząd przepisów służących np. ograniczeniu palenia papierosów, chroniących środowisko lub zapobiegających katastrofie nuklearnej, w tajnych trybunałach złożonych z hojnie wynagradzanych korporacyjnych prawników. Tymczasem w tysiącach umów handlowych i inwestycyjnych zawartych w ciągu ostatnich pięćdziesięciu lat właśnie to zrobiono, wprowadzając arbitraż sporów między inwestorem a państwem, czyli ISDS."

W ten oto sposób jesienią 2014 r. tygodnik *The Economist* przedstawiał swoim czytelnikom mało wcześniej znany element międzynarodowych umów handlowych – „szczególny przywilej, którego nadużyło wiele międzynarodowych korporacji", jak ujęli to redaktorzy tego międzynarodowego pisma biznesowego[1]. Zapisy o ISDS umożliwiają zagranicznym firmom wnoszenie pozwów przeciwko krajom, w których dokonują one inwestycji, w wyspecjalizowanych międzynarodowych trybunałach uprawnionych do zasądzania miliardowych odszkodowań. Na przykład gigant energetyczny Vattenfall domaga się 4,7 mld EUR od Niemiec z tytułu wycofania się tego kraju z energetyki jądrowej, a TransCanada, firma budująca rurociągi, ogłosiła właśnie zamiar pozwania USA na kwotę 15 mld USD z powodu odrzucenia projektu budowy kontrowersyjnego rurociągu Keystone X.

Kiedy pojawił się ten artykuł, w kręgach negocjatorów biznesowych i inwestycyjnych zapanowała zapewne spora nerwowość. ISDS jest w samym centrum wielu prowadzonych obecnie negocjacji handlowych. Jeśli The Economist, jeden z najbardziej wpływowych głosów medialnych wspierających wolny handel, nie popiera ISDS, to znaczy, że system ten naprawdę jest w tarapatach. I rzeczywiście, ze względu na masowy sprzeciw społeczny, ten czteroliterowy skrót, który wcześniej niewiele mówił większości osób, stał się „najbardziej toksycznym akronimem w Europie" według słów unijnej komisarz ds. Handlu Cecilii Malmström[2].

Jeśli szukacie jednostronnego mechanizmu rozstrzygania sporów, działającego z pogwałceniem wszelkich zasad, oto właśnie on.

Profesor Joseph Stiglitz, laureat nagrody Nobela w dziedzinie ekonomii, o ISDS[3]

Nie powinno zatem nikogo dziwić, że kiedy rok później, jesienią 2015 r., Malmström opublikowała propozycję zmienionych zapisów dotyczących ochrony inwestycji, które miałyby odtąd mieć zastosowanie do wszystkich trwających i przyszłych negocjacji handlowych UE, w tym umowy TTIP między UE i USA, nie użyła nazwy ISDS. Zamiast „starego" systemu ISDS Malmström obiecała „nowy", rzekomo niezawisły system, który według jej słów miał chronić prawo państw do stanowienia regulacji, zwany systemem sądów inwestycyjnych, w skrócie ICS.

W skład systemu miałyby wchodzić trybunały rozstrzygające spory między inwestorami i państwami w ramach porozumień takich jak TTIP, które w dalszej perspektywie zostałyby zastąpione przez coś w rodzaju światowego sądu najwyższego dla korporacji, właściwego do rozstrzygania sporów w ramach wszystkich porozumień handlowych („wielostronny sąd inwestycyjny") – zgodnie z propozycją Malmström taki sąd miałby zostać stworzony w średnim terminie, równolegle do licznych dwustronnych negocjacji prowadzonych przez UE.

Jednak czy poza tym, że zmieniono „toksyczną" nazwę, „nowy" ICS rzeczywiście tak bardzo różni się od znienawidzonego „starego" reżimu ISDS? Czy faktycznie chroni decyzje dotyczące ochrony środowiska, zdrowia i innych celów interesu publicznego przed atakami inwestorów? Czy ustanawia sprawiedliwy i niezawisły system rozstrzygania sporów?

Z analizy przedstawionej w niniejszym raporcie wynika, że twierdzenia, jakoby ICS rozwiązywał wszystkie problemy dotyczące niepopularnego ISDS, można włożyć między bajki. Najnowsze podejście UE do kwestii praw inwestorów nie oznacza końca ISDS. Przeciwnie, propozycja UE nadal umożliwia

tysiącom firm obchodzenie krajowych systemów prawnych i pozywanie rządów w równoległych trybunałach w przypadku, gdy stanowione prawa i regulacje negatywnie oddziałują na zyski tych firm. Nadal otwiera ona drogę do miliardowych wypłat z pieniędzy podatników na rzecz wielkiego biznesu. Nadal może ograniczać zdolność rządów do podejmowania potrzebnych działań w celu ochrony ludzi i planety. Propozycja ta stwarza także ryzyko, że państwa członkowskie UE zostaną na zawsze zamknięte w niesprawiedliwym układzie opartym na ISDS, ponieważ wyjście z niego stanie się praktycznie niemożliwe z chwilą, gdy zostanie on wpisany do dużych umów handlowych, nie wspominając już nawet o powołaniu wielostronnego sądu inwestycyjnego, którego powstanie przewiduje propozycja Komisji.

Kiedy ludzie mówią, że ISDS jest martwy, od razu przychodzą mi na myśl filmy o zombie, bo w tych nowych propozycjach wszędzie widzę ISDS.

Professor Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School[4]

Mówiąc najprościej, zaproponowany „nowy" system sądów inwestycyjnych to ten sam politycznie nierealistyczny ISDS, który ożył na nowo. To ISDS w wersji zombie.

Najwyższa pora by obywatele, dziennikarze i decydenci polityczni zdali sobie sprawę, że Unia Europejska nie rozwiązała żadnego z fundamentalnych problemów leżących u podstaw masowego sprzeciwu społecznego wobec ISDS. Jej najnowsza propozycja w sprawie ochrony inwestycji jest tak samo niebezpieczna dla pieniędzy podatników, interesu publicznego i demokracji jak „stary" system ISDS – a pod pewnymi względami stanowi wręcz większe zagrożenie. Nie powinna zatem znaleźć się w żadnym z zawieranych przez UE porozumień międzynarodowych. Jest to propozycja, wobec której absolutnie każdy powinien wyrazić sprzeciw.

Rozdział 2
Kiedy korporacje pozywają kraje: co trzeba wiedzieć o rozstrzyganiu sporów między inwestorami a państwami (ISDS)

Po katastrofie w elektrowni atomowej w Fukushimie rząd Niemiec postanowił wycofać się z energetyki atomowej. Urugwaj, dążąc do ograniczenia palenia tytoniu, wprowadził duże ostrzeżenia na opakowaniach papierosów. Co te dwie polityczne decyzje mają ze sobą wspólnego? Obie zostały zakwestionowane prawnie przez firmy, które uznały, że szkodzą ich zyskom. Co więcej, owe firmy nie dochodzą swoich racji w sądach Niemiec i Urugwaju. Zamiast tego pozwały rządy tych krajów przed przyjaznym dla biznesu międzynarodowym trybunałem. Przez ostatnie dwadzieścia lat takie właśnie korporacyjne pseudo-sądy przyznawały wielkim firmom odszkodowania w oszałamiającej wysokości -wypłacane z pieniędzy podatników i często z powodu demokratycznie ustanowionych przepisów służących ochronie środowiska i zdrowia publicznego lub bezpieczeństwu socjalnemu.

Podstawę prawną tego rodzaju sporów między inwestorami i państwami stanowi ponad 2,5 tys. obowiązujących obecnie międzynarodowych porozumień handlowo-inwestycyjnych[5]. Nadają one bardzo szerokie prawa zagranicznym inwestorom, w tym także przywilej wnoszenia pozwów przeciwko państwom bezpośrednio w międzynarodowych trybunałach, bez konieczności wyczerpania najpierw krajowej drogi sądowej. Firmy na tej podstawie domagają się odszkodowań za działania rządu kraju, w którym inwestują, jeśli ich zdaniem działania takie szkodzą inwestycji, czy to bezpośrednio, np. przez wywłaszczenie, czy też pośrednio, wskutek wprowadzenia nowych przepisów w praktycznie dowolnej dziedzinie. Firmy mają prawo domagać się zwrotu nie tylko faktycznie zainwestowanych pieniędzy, ale także przewidywanych przyszłych zysków.

System rozstrzygania sporów między inwestorami i państwami stawia prawa firm ponad prawami człowieka. Skutki jego działania są przerażające... – musimy się go pozbyć.

Alfred de Zayas, ekspert ONZ ds. wspierania demokratycznego i sprawiedliwego ładu międzynarodowego[17]

Sprawy między inwestorami i państwami zazwyczaj rozstrzygają trybunały złożone z trzech prywatnych prawników, zwanych arbitrami, wyznaczanych przez inwestora wnoszącego pozew i pozwane państwo. W przeciwieństwie do sędziów w sądach, tacy działający dla zysku arbitrzy nie mają stałego wynagrodzenia, ale płaci im się od sprawy. W najczęściej wykorzystywanym trybunale, Międzynarodowym Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ang.: International Centre for Settlement of Investment Disputes,ICSID), arbitrzy zarabiają 3 tys. USD dziennie[6]. W jednostronnym systemie, w którym tylko inwestorzy mogą wnosić pozwy, stwarza to dla arbitrów mocną zachętę do trzymania ich strony – bo przychylne inwestorom orzeczenia torują drogę dla kolejnych pozwów i kolejnych okazji do dobrego zarobku w przyszłości. Źródłem konfliktów interesów są też inne role, w jakich występują arbitrzy, którzy mogą np. jednego dnia pełnić funkcję arbitra, a kolejnego – radcy prawnego strony w innym toczącym się postępowaniu, co stwarza dodatkową zachętę do orzekania po myśli inwestorów z myślą o kolejnych sprawach i lukratywnych zleceniach[7]

Prawnicza broń masowego rażenia

Od końca lat 90-tych liczba pozwów inwestorskich przeciwko państwom wzrosła dramatycznie (zob. Rys. 1), podobnie jak kwota dochodzonych odszkodowań (zob. Ramkę 2 na str. 14). W ciągu ostatnich dwóch dekad wniesionych zostało także szereg roszczeń o wielomilionowe odszkodowania z tytułu szkód dla zysków firm, wynikających rzekomo z przepisów i działań rządów służących interesowi publicznemu. Kraje rozwinięte i kraje rozwijające się na wszystkich kontynentach były atakowane z powodu podjęcia działań stabilizujących finanse, zakazów stosowania toksycznych chemikaliów, ograniczeń nakładanych na sektor górnictwa, przepisów antytytoniowych, polityki antydyskryminacyjnej, ocen oddziaływania na środowisko i innych działań (zob. Ramkę 1 na str. 12). Pewien prawnik, który bronił wielu rządów w tego

RAMKA 1

Sygnały ostrzegawcze: kilka bardzo niepokojących pozwów inwestorów przeciwko państwom

Korporacje przeciwko zdrowiu publicznemu – Philip Morris przeciwko Urugwajowi: Od 2010 r. ciągnie się sprawa wniesiona przez firmę Philip Morris przeciwko Urugwajowi na podstawie dwustronnej umowy inwestycyjnej zawartej przez to państwo ze Szwajcarią. Gigant tytoniowy kwestionuje wprowadzenie dużych ostrzeżeń o szkodliwości palenia na opakowaniach papierosów i inne działania służące ograniczeniu palenia tytoniu, argumentując, że uniemożliwiają mu one pokazywanie własnej marki i prowadzą do znacznych strat. Philip Morris domaga się od Urugwaju 25 mln USD odszkodowania[8].

Korporacje przeciwko działaniom na rzecz klimatu – TransCanada przeciwko Stanom Zjednoczonym: W styczniu 2016 r. kanadyjska firma budująca rurociągi ogłosiła, że zamierza pozwać Stany Zjednoczone na podstawie zapisów Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu (NAFTA) z powodu odrzucenia przez prezydenta Obamę kontrowersyjnego projektu budowy rurociągu naftowego Keystone XL, który miał połączyć roponośne piaski Kanady z rafineriami w USA. Projekt ten, który zdaniem specjalistów w dziedzinie środowiska zwiększyłby emisje dwutlenku węgla nawet o 110 mln ton rocznie, wywołał masowy sprzeciw społeczny. TransCanada domaga się gigantycznego odszkodowania w wysokości 15 mld dolarów[9].

Korporacje przeciwko ochronie środowiska – Vattenfall przeciwko Niemcom I & II: W 2009 r. Vattenfall, międzynarodowa firma energetyczna z siedzibą w Szwecji, pozwała niemiecki rząd, domagając się odszkodowania w wys. 1,4 mld EUR z powodu ograniczeń środowiskowych nałożonych na jedną z jej elektrowni węglowych. Podstawą prawną był w tym przypadku traktat karty energetycznej (ECT, międzynarodowa umowa o współpracy transgranicznej w sektorze energii), a sprawa zakończyła się ugodą, na mocy której Niemcy zgodziły się rozluźnić swoje normy ochrony środowiska. W 2012 r. Vattenfall wniósł kolejny pozew na mocy ECT, tym razem domagając się 4,7 mld EUR odszkodowania z powodu utraconych zysków z dwóch elektrowni atomowych. Sprawa została wniesiona po tym, jak Niemcy postanowiły zamknąć wszystkie elektrownie atomowe na swoim terytorium w następstwie katastrofy elektrowni w Fukushimie[10].

Korporacje przeciwko równouprawnieniu czarnej ludności – Piero Forsti i inni przeciwko RPA: W 2007 r. inwestorzy z Włoch i Luksemburga pozwali RPA w związku z przyjętą przez ten kraj ustawą o równouprawnieniu ekonomicznym czarnych mieszkańców, której celem było naprawienie niektórych przejawów niesprawiedliwości z czasów apartheidu. Ustawa nakazywała np. przedsiębiorstwom górniczym przekazanie części udziałów czarnym inwestorom. Spór (prowadzony na podstawie dwustronnych porozumień inwestycyjnych zawartych przez RPA z Włochami i Luksemburgiem) zakończył się w 2010 r. po tym jak inwestorzy otrzymali nowe koncesje, na mocy których wymagane było przekazanie znacznie mniejszej części udziałów[11].

Korporacje przeciwko środowisku i lokalnym wspólnotom – Bilcon przeciwko Kanadzie: W 2008 r. amerykański producent betonu Bilcon pozwał Kanadę w ramach Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu (NAFTA) z powodu odrzucenia wniosku o pozwolenie na stworzenie kamieniołomu (decyzja była umotywowana wnioskami z oceny oddziaływania, w której ostrzegano przed możliwym negatywnym wpływem inwestycji na lokalną społeczność i środowisko naturalne). W 2015 r. Kanada przegrała sprawę. Dwóch arbitrów uznało ocenę oddziaływania za arbitralną i idącą wbrew oczekiwaniom firmy Bilcon, a więc sprzeczną z postanowieniami układu NAFTA. Trzeci arbiter stanowczo się z nimi nie zgadzał, nazywając wyrok „poważnym naruszeniem krajowej jurysdykcji" i ostrzegając że „wywoła on efekt mrożący w komisjach dokonujących ocen środowiskowych". Dokładna wysokość odszkodowania nie została jeszcze ustalona, ale może ono sięgać 300 mln USD, mimo że prace budowlane w ramach inwestycji nawet się nie zaczęły[12].

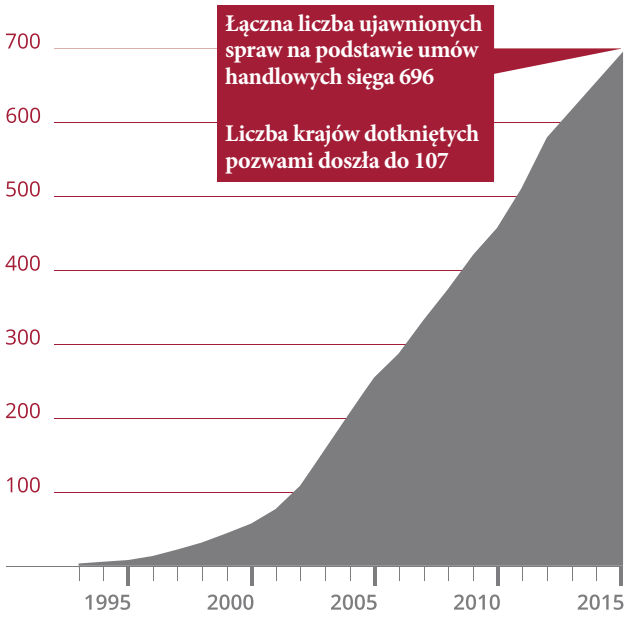
Korporacje przeciwko przeciwdziałaniu kryzysom finansowym – inwestorzy przeciwko Argentynie: Kiedy Argentyna zamroziła wysokość stawek za media (energię, wodę, etc.) i zdewaluowała swoją walutę w odpowiedzi na kryzys finansowy w latach 2001-2002, na kraj spadła fala prawie 30 pozwów inwestorskich, czyniąc Argentynę najczęściej pozywanym krajem świata. Wielkie firmy takie jak Enron (USA), Suez i Vivendi (Francja), Anglian Water (Wielka Brytania) i Aguas de Barcelona (Hiszpania) domagały się wielomilionowych odszkodowań z tytułu utraconych zysków. Jak dotąd Argentynie nakazano wypłatę łącznie 900 mln USD w ramach odszkodowań za działania podjęte w związku z kryzysem finansowym, a kilka spraw nadal się toczy[13].

Korporacje przeciwko społecznościom i środowisku naturalnemu – Gabriel Resources przeciwko Rumunii: W 2015 r. kanadyjska firma górnicza Gabriel Resources pozwała Rumunię na podstawie dwustronnej umowy inwestycyjnej między obydwoma krajami. Sprawa dotyczy planowanej przez firmę odkrywkowej kopalni złota w zabytkowej wiosce Rosia Montana. Inwestycja została zatrzymana po tym, jak rumuńskie sądy cofnęły kilka zezwoleń i certyfikatów wymaganych do jej przeprowadzenia w związku z silnym sprzeciwem społecznym wobec budowy kopalni, która mogła przynieść katastrofalne skutki dla środowiska naturalnego i lokalnej społeczności. Według doniesień medialnych Gabriel Resources prawdopodobnie domaga się odszkodowania w wys. sięgającej 4 mld USD[14].

Korporacje przeciwko moratoriom na szczelinowanie hydrauliczne – Lone Pine przeciwko Kanadzie: W 2011 r. rząd kanadyjskiej prowincji Quebec zareagował na obawy dotyczące skażenia wód, wprowadzając moratorium na stosowanie szczelinowania hydraulicznego przy poszukiwaniach ropy i gazu. W 2012 r. firma Lone Pine Resources z siedzibą w Calgary wniosła na podstawie układu NAFTA pozew inwestorski przeciwko Quebekowi, kwestionując moratorium. Pozew Lone Pine został wniesiony za pośrednictwem należącej do firmy spółki zarejestrowanej w stanie Delaware, będącym amerykańskim rajem podatkowym. Lone Pine domaga się odszkodowania w wys. 109,8 mln USD plus odsetki[15].

rodzaju postępowaniach, nazwał z tego powodu traktaty inwestycyjne „prawniczą bronią masowego rażenia” [16]

Rys. 1: **Zalew pozwów**
Skumulowana liczba spraw



Źródło: UNCTAD[18]

W niektórych przypadkach sama groźba wniesienia kosztownego pozwu wystarcza do wstrzymania lub opóźnienia działań rządu, bo sprawia, że decydenci polityczni zdają sobie sprawę, iż za wprowadzenie regulacji będą musieli zapłacić. Kanada i Nowa Zelandia opóźniły na przykład wejście w życie polityk antytytoniowych z powodu gróźb i faktycznie wniesionych pozwów ze strony wielkich firm tytoniowych[19]. Pięć lat po tym, jak weszły w życie zapisy o prawach inwestorów zagranicznych w ramach NAFTA, pewien przedstawiciel rządu Kanady powiedział dziennikarzowi: „Widziałem pisma wysyłane do rządu Kanady przez kancelarie prawne z Nowego Yorku i Waszyngtonu w sprawie praktycznie każdej nowej regulacji i każdego wniosku legislacyjnego dotyczącego ochrony środowiska. Chodziło o środki chemiczne dla pralni, lekarstwa, pestycydy, prawo patentowe. Praktycznie każda nowa inicjatywa stawała się celem ataku, a większość z nich nigdy nie ujrzała światła dziennego”[20]

To narzędzie lobbingu, w tym sensie, że pozwala pójść i powiedzieć: „Ok, jeśli to zrobicie, to my pozwiemy was o odszkodowanie”. W pewnych przypadkach zmienia to zachowanie.

Peter Kirby z kancelarii prawnej Fasken Martineau o mechanizmie rozstrzygania sporów między inwestorami i państwami[21]

Wraz ze wzrostem liczby sporów między inwestorami i państwami arbitraż inwestycyjny stał się maszyną do zarabiania pieniędzy. Dziś funkcjonuje szereg firm i wielu arbitrów, których model biznesowy opiera się na pozwach firm przeciwko państwom. Z tego powodu stale zachęcają oni swoich korporacyjnych klientów do wnoszenia pozwów – na przykład kiedy jakieś państwo podejmuje działania w celu zwalczenia kryzysu gospodarczego[22]. Jednocześnie okazało się, że prawnicy inwestycyjni zasiadający w trybunałach w charakterze arbitrów stosują przyjazne inwestorom interpretacje zapisów o prawach inwestorów w umowach handlowych i inwestycyjnych, torując w ten sposób drogę dla jeszcze większej liczby pozwów przeciwko państwom w przyszłości, i narażając rządy na coraz większe ryzyko[23]. Spekulacyjne fundusze inwestycyjne, które niedawno zaczęły wspierać finansowo pozwy inwestorskie przeciwko państwom za udział w zasądzonym odszkodowaniu, prawdopodobnie jeszcze bardziej napędzą boom w arbitrażu inwestycyjnym[24].

Arbitraż inwestycyjny w tarapatach

Rosnąca liczba korporacyjnych pozwów wywołała globalną falę oburzenia na umowy inwestycyjne i arbitraż. Grupy broniące interesu publicznego, związki zawodowe, małe i średnie przedsiębiorstwa oraz przedstawiciele świata nauki wezwali rządy do sprzeciwienia się arbitrażowi między inwestorami a państwami, twierdząc, że system ten nie spełnia podstawowych wymogów niezawisłości sądowej i sprawiedliwości oraz zagraża zdolności państw do działania w interesie obywateli, rozwoju gospodarczego i społecznego oraz ochrony środowiska. Zgłaszano również zastrzeżenia wobec rażącego braku jakichkolwiek zobowiązań dla inwestorów i niejasnych sformułowań w wielu porozumieniach, które umożliwiają prywatnym trybunałom szerokie, korzystne dla inwestorów interpretowanie zapisów o prawach inwestorów[30].

Czemu inwestorzy zagraniczni mogą dochodzić swoich praw przy użyciu możliwych do egzekwowania przepisów prawa międzynarodowego, podczas gdy praktycznie nikt inny nie ma takiej możliwości?

Simon Lester, amerykański prawicowy think tank Cato Institute[33]

RAMKA 2

Garść wiele mówiących liczb ze świata arbitrażu inwestycyjnego (ISDS)[25]

- Pozwy inwestorów przeciwko państwom zaczęły pojawiać się jak grzyby po deszczu w ciągu ostatnich dwóch dziesięcioleci – w tym czasie łączna liczba ujawnionych pozwów na podstawie porozumień inwestycyjnych wzrosła z trzech w 1995 r. do rekordowo wysokiej liczby ponad **50** nowych pozwów wnoszonych rocznie w ciągu ostatnich pięciu lat. W 2015 r. zanotowano absolutnie rekordową liczbę **70** nowych pozwów w ramach ISDS.
- W skali globalnej na dzień 1 stycznia 2016 r. wiadomo było o **696** sporach między inwestorami i państwami, w ramach których pozwanych było **107** państw, ale ze względu na nieprzejrzystość systemu ich faktyczna liczba może być dużo wyższa.
- **72 proc**. wszystkich znanych pozwów wniesionych przed końcem 2014 r. było skierowanych przeciwko krajom rozwijającym się lub krajom w trakcie transformacji.
- Liczba pozwów przeciwko krajom rozwiniętym również rośnie. Na przykład w 2015 r. **najczęściej pozywanym regionem na świecie była Europa Zachodnia**[26].
- Inwestorzy wygrali **60 proc**. rozpatrzonych i rozstrzygniętych spraw, natomiast państwa „wygrały" tylko w **40 proc.** przypadków (chociaż w rzeczywistości państwa nie mogą niczego wygrać, bo trybunały arbitrażowe z definicji nie wydają orzeczeń przeciwko inwestorom).
- **Jedna czwarta** wniesionych spraw ISDS kończy się ugodą, w ramach której zazwyczaj wypłacana jest jakaś kwota lub wprowadza się zmiany do zakwestionowanych przepisów lub regulacji, które pozwalają ułagodzić niezadowolonego inwestora.
- Zasądzane kwoty idą niekiedy w miliardy. Najwyższe znane do tej pory odszkodowanie wyniosło **50 mld USD**; zostało ono zasądzone od Rosji na rzecz byłych większościowych właścicieli firmy gazowo-naftowej Jukos.
- Głównymi beneficjentami ISDS w wymiarze finansowym były duże korporacje i bogate osoby: **94,5 proc**. ujawnionych odszkodowań trafiło w ręce firm o rocznych przychodach wynoszących co najmniej **1 mld USD** lub osób, których majątek netto wynosi ponad **100 mln USD**[27].
- Koszty sądowe jednej sprawy wynoszą średnio po 4,5 mln USD dla każdej strony[28], ale potrafią również być dużo wyższe. W sprawie przeciwko Rosji tylko prawnicy Jukosu zainkasowali **74 mln USD**, a trzem arbitrom przypadło wynagrodzenie w wys. **7,4 mln USD**[29]. Ponieważ nie zawsze zasądza się zwrot kosztów sądowych na rzecz strony wygrywającej, zdarza się, że państwa płacą rachunek nawet jeśli nie przegrywają sprawy.

Zwolennicy wolnego rynku i handlu, tacy jak prawicowy amerykański think tank Cato Institute, również dołączyli do krytyków ISDS, twierdząc, że „podejście oparte na systemie ISDS, polegające na... zapewnieniu ochrony tylko *inwestorom zagranicznym*... można porównać do zapisania w konstytucji, że jedynymi chronionymi prawami będą prawa bogatych właścicieli majątku"[31]. Co ciekawe, największe niemieckie stowarzyszenie sędziów i prokuratorów (zrzeszające 15 tys. spośród łącznej liczby 25 tys. sędziów i prokuratorów w tym kraju) wyraziło niedawno podobne obawy w kwestii nadawania wyłącznych praw inwestorom zagranicznym tworzenia dla nich pseudo-sądów, wzywając prawodawców do „znacznego ograniczenia dostępu do arbitrażu w kontekście ochrony międzynarodowych inwestorów"[32].

Rządy niektórych krajów również zdają już sobie sprawę z tego, jak bardzo niesprawiedliwym systemem jest arbitraż inwestycyjny, i starają się od niego uwolnić. RPA, Indonezja, Boliwia, Ekwador i Wenezuela wypowiedziały kilka dwustronnych umów inwestycyjnych (BIT). W RPA opracowano krajową ustawę, która unieważnia niektóre z najbardziej fundamentalnych i niebezpiecznych klauzul w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Podobnie ma się sprawa z nowym modelem porozumień inwestycyjnych wprowadzonym przez Indie[34], a Indonezja zdaje się podążać w tym samym kierunku[35]. W Europie Włochy wycofały się z traktatu karty energetycznej (ECT), wielostronnego porozumienia zawartego po zakończeniu zimnej wojny w celu zintegrowania sektora energetycznego byłego Związku Radzieckiego z zachodnimi rynkami, po tym jak kraj ten został zagrożony i zaatakowany pozwami w ramach ECT w sektorze energii odnawialnej[36].

Nasze postrzeganie umów BIT uległo zmianie... Wydają się one bardzo faworyzować inwestora. Najważniejszy problem dotyczy ISDS.

Abdulkadir Jaelani, minister spraw zagranicznych Indonezji[37]

Dlaczego państwa zawarły umowy inwestycyjne?

To ciekawa zagadka. Czemu w ogóle państwa pozawierały porozumienia inwestycyjne, które tak istotnie ograniczyły ich suwerenność? Czemu nadały prywatnym prawnikom niespotykaną prerogatywę oceniania wszystkich swoich

RAMKA 3

Mit o tym, że umowy inwestycyjne przyciągają inwestorów

Zwolennicy umów zawierających zapisy chroniące inwestycje regularnie twierdzą, że porozumienia takie pomagają w przyciąganiu inwestorów. W swoim zestawieniu faktów na ten temat Komisja Europejska argumentuje np., że „dzięki zapewnieniu inwestorom drugiej strony większej pewności przy dokonywaniu inwestycji", poświęcony inwestycjom rozdział w planowanej umowie TTIP między UE i USA przysporzy „więcej okazji do inwestowania w Unii Europejskiej i Stanach Zjednoczonych" [43]. Biznesowe grupy lobbingowe takie jak Międzynarodowa Izba Handlowa (ICC) również rutynowo twierdzą, że „mocne standardy ochrony inwestycji powinny być dla rządów wszystkich krajów priorytetem politycznym, co pozwoli przyciągnąć nowe fale zwiększających dobrobyt inwestycji zagranicznych (FDI)" [44].

Jednak problem polega na tym, że nie ma żadnych twardych dowodów na to, jakoby umowy inwestycyjne przyciągały inwestorów. Podczas gdy jedne badania ekonometryczne wskazują, że tak jest, inne dowodzą, że nie ma takiego efektu, albo wręcz, że istnieje efekt negatywny[45]. Badania jakościowe pokazują natomiast, że porozumienia nie są decydującym czynnikiem dla inwestorów rozważających dokonanie inwestycji zagranicą[46]. Również unijna komisarz ds. handlu Cecilia Malmström odpowiadając na pytanie w Parlamencie przyznała, że „Komisja zdaje sobie sprawę, iż w większości badań na ten temat nie stwierdzono bezpośredniego i wyłącznego związku przyczynowo-skutkowego" pomiędzy istnieniem porozumień a inwestycjami[47].

Rządy krajów także zaczynają zdawać sobie sprawę, że obietnica przyciągnięcia inwestycji zagranicznych nie została spełniona. Po tym jak RPA wypowiedziała niektóre spośród swoich dwustronnych porozumień inwestycyjnych (BIT) podpisanych w latach 90-tych z państwami UE, przedstawiciel rządu wyjaśniał: „Republika Południowej Afryki nie otrzymuje znaczącego napływu inwestycji od wielu partnerów, z którymi ma podpisane umowy BIT, a jednocześnie cały czas pojawiają się u nas inwestycje z krajów, z którymi nie mamy podpisanych takich umów. Krótko mówiąc, umowy BIT nie są decydującym czynnikiem przyciągającym inwestorów do RPA"[48].

Wiele innych krajów ma podobne doświadczenia: Brazylia jest największym beneficjentem inwestycji zagranicznych w całej Ameryce Łacińskiej[49], mimo że kraj ten nigdy nie ratyfikował porozumienia przewidującego arbitraż sporów między inwestorami a państwem. Również Węgry, jeden z dwóch krajów UE w Europie Środkowo-Wschodniej, które nie podpisały porozumienia inwestycyjnego z USA, mimo to przez ostatnie dziesięć lat były jednym z największych odbiorców amerykańskich inwestycji zagranicznych w całym regionie[50]. Jednocześnie na dziewięć państw UE, które mają podpisane umowy inwestycyjne z USA, przypada zaledwie 1 proc. wszystkich amerykańskich inwestycji w Europie (zob. Ramka 4 na str. 19).

Ponadto dziś już powszechnie wiadomo, że o ile bezpośrednie inwestycje zagraniczne mogą przyczyniać się do przyspieszenia rozwoju, korzyści nie są automatyczne[52]. Niezbędne są również regulacje pozwalające uniknąć ryzyka, jakie inwestycje zagraniczne stwarzają dla środowiska naturalnego, lokalnych wspólnot, bilansu płatności danego kraju, etc. Tymczasem umowy inwestycyjne generalnie „nie służą do rozwiązywania tych problemów, bo ich nadrzędnym celem jest ochrona inwestycji zagranicznych", jak ujął to przedstawiciel rządu RPA. Wyjaśnił on ponadto: "W rzeczywistości (międzynarodowe umowy inwestycyjne) są skonstruowane w taki sposób, że przede wszystkim nakładają na rząd państwa będącego stroną takiego porozumienia prawne zobowiązanie do zapewnienia bardzo szerokiej ochrony praw inwestorów. Ta nierównowaga na korzyść inwestorów może ograniczać zdolność rządów do stanowienia regulacji w interesie publicznym"[53].

Umowy BIT to nie magiczne różdżki, którymi wystarczy skinąć, by z kłębów dymu wyłonił się obcokrajowiec z kieszeniami pełnymi pieniędzy.... Jeśli kraje rozwijające się chcą przyciągnąć inwestycje zagraniczne, to prawdopodobnie muszą zrobić coś innego niż podpisywanie i ratyfikowanie dwustronnych umów inwestycyjnych.

Profesor Jason Yacke, University Wisconsin Law School[51]

działań, zasądzania wysokich odszkodowań i narzucania ograniczeń na stanowienie regulacji? Odpowiedź jest skomplikowana, a składa się na nią splot interesów, błędnych oczekiwań i braku świadomości. Po pierwsze, rzeczywiście w interesie państw eksportujących kapitał leży wzmocnienie pozycji „swoich" firm zagranicą. Po drugie, zwłaszcza wśród krajów rozwijających się powszechne było oczekiwanie, że porozumienia przyciągną więcej inwestycji – chociaż nie ma twardych dowodów, że tak jest faktycznie, a w wielu przypadkach to oczekiwanie w praktyce się nie spełniło (zob. Ramka 3). Po trzecie, wielu przedstawicieli rządów na całym świecie nie miało – i najwyraźniej nadal nie ma – świadomości, jakie polityczne i gospodarcze ryzyko niosą ze sobą porozumienia inwestycyjne. W rzeczywistości rządy często miały o tych umowach całkowicie fałszywe wyobrażenie – do czasu, gdy nie zostały zaatakowane pozwem.

Jak większość krajów w latach 90-tych, podpisaliśmy mnóstwo porozumień, czasami nie wiedząc, jakie zobowiązania na siebie bierzemy.

Były chilijski negocjator[38]

Fascynujący obraz tego braku świadomości na temat implikacji porozumień inwestycyjnych wyłania się z prac politologa Lauge Poulsena, który jeździł po całym świecie, pytając przedstawicieli rządów, czemu podpisali te umowy. Ku swojemu zdumieniu czytelnicy jego książki[39] dowiadują się, że w przeszłości negocjacje w sprawie porozumień inwestycyjnych często trwały zaledwie kilka godzin. Czasami nie brali w nich udziału nawet prawnicy, nie mówiąc o przedstawicielach ministerstw sprawiedliwości. Zdarzało się, że głównym powodem podpisania umowy było „stworzenie okazji do wspólnego zdjęcia podczas wizyt delegacji wysokiego szczebla"[40]. Kiedy Pakistan został pozwany po raz pierwszy w 2001 r. na podstawie dwustronnej umowy ze Szwajcarią zawartej w 1995 r., nikt w rządzie nie mógł znaleźć tekstu porozumienia i Pakistan musiał prosić Szwajcarię o przesłanie kopii. Poulsen formułuje wniosek, że „większość krajów rozwijających się... przyłączyła się do jednego z najmocniejszych międzynarodowych reżimów prawnych, leżącego u podstaw globalizacji ekonomicznej, nawet nie zdając sobie z tego sprawy w tamtym momencie" [41]. Zrozumienie przyszło wiele lat później, kiedy kraje te stały się celem pozwów.

Od kilku przedstawicieli, którzy faktycznie brali udział w zawieraniu tych umów, usłyszałem: „Nie mieliśmy pojęcia, że to będzie miało realne konsekwencje w prawdziwym świecie"

Arbiter Christoph Schreuer[42]

ISDS na rozdrożu

W czasie gdy rośnie liczba gigantycznych pozwów inwestorskich, skierowanych przeciwko coraz szerszemu wachlarzowi działań politycznych, a jednocześnie rządy kolejnych krajów starają się wyjść z systemu arbitrażowego lub zmienić zasady jego funkcjonowania, na horyzoncie pojawia się jeszcze większe zagrożenie. W tej chwili negocjowane jest klika porozumień megaregionalnych, obejmujących blisko 90 państw[54], które grożą radykalnym rozszerzeniem reżimu ISDS i mogą narazić państwa na bezprecedensowy wzrost ryzyka pozwów.

Chodzi o partnerstwo transpacyficzne (TPP), umowę zawartą w 2015 r. pomiędzy dwunastoma krajami regionu Pacyfiku, w tym USA i Japonią; regionalne kompleksowe partnerstwo ekonomiczne (RCEP) negocjowane właśnie przez szesnaście państw regionu Azji i Pacyfiku; porozumienie o trójstronnej strefie wolnego handlu (TFTA) negocjowane przez 23 kraje w Afryce; oraz szereg umów dwustronnych, w tym porozumienia inwestycyjne między USA i Chinami oraz Unią Europejską i Chinami, a także planowane transatlantyckie partnerstwo w dziedzinie handlu i inwestycji (TTIP) pomiędzy Unią Europejską i Stanami Zjednoczonymi.

W przeprowadzonej niedawno analizie oszacowano, że o ile istniejące umowy inwestycyjne obejmują tylko 15-20 proc. globalnych przepływów inwestycyjnych, to nowe porozumienia zwiększą ten odsetek do ok. 80 proc., zwielokrotniając ryzyko pozwów przeciwko rządom w przypadku podejmowania przez nie działań w ramach polityki publicznej[55]. Sam TTIP ma o wiele większy zakres niż wszystkie istniejące porozumienia dopuszczające arbitraż. Za jednym zamachem zwiększy on jedenastokrotnie liczbę amerykańskich firm uprawnionych do kwestionowania w międzynarodowych trybunałach europejskich zabezpieczeń w dziedzinie środowiska naturalnego, zdrowia i interesu publicznego (zob. Ramkę 4).

Dopóki system ma taki kształt jak obecnie, podpisywanie jakichkolwiek nowych porozumień jest poważnym błędem. Trzeba porównać płynące z niego korzyści i obciążenia. Być może ktoś kiedyś wytłumaczy mi, jakie są te korzyści, bo ja z całą pewnością żadnych nie zauważyłem.

George Kahale III, prawnik, który bronił państw w sprawach [56]

Rozdział 3
ISDS pod inną nazwą: ICS, czyli nowa unijna propozycja ochrony praw inwestorów w umowach handlowych

Co ISDS, czyli mechanizm rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem, ma wspólnego z British Petroleum, jedną z najbrudniejszych firm naftowych na świecie, i z okrytą złą sławą firmą ochroniarską Blackwater? Wszystkim trzem zmieniono nazwy, żeby uwolnić się od problemów wizerunkowych: w 2001 r. British Petroleum została przemianowana na BP, co teraz miało być skrótem od nowego hasła firmy, „Beyond Petroleum", i tworzyć jej bardziej ekologiczny wizerunek. Firma Blackwater, wyrzucona z Iraku po wywołaniu strzelaniny, w której zginęli cywile, zmieniała nazwę kilka razy, żeby móc znów prowadzić działalność w tym kraju. A teraz widzimy, jak w następstwie fali publicznego oburzenia z powodu ISDS Komisja Europejska wprowadza nową nazwę, ICS, czyli system sądów inwestycyjnych, żeby „zrebrandować" budzące powszechny sprzeciw rozwiązania i stworzyć przykrywkę dla znacznego rozszerzenia ich zakresu.

Skala sprzeciwu wobec mechanizmu ISDS, o którym jeszcze do niedawna mało kto słyszał, w pełni ujawniła się na początku 2015 r., po opublikowaniu przez Komisję wyników konsultacji społecznych dotyczących ochrony praw inwestorów zagranicznych w negocjowanej właśnie umowie handlowej TTIP między UE i USA. W konsultacjach wzięła udział rekordowo wysoka liczba uczestników, a ponad 97 proc. spośród nich odrzuciło pomysł przywilejów dla korporacji. Sprzeciw wyraziła szeroka i zróżnicowana grupa, w której znalazły się przedsiębiorstwa, samorządy lokalne i regionalne, członkowie i członkinie wybieralnych organów władzy, naukowcy, związki zawodowe i inne grupy reprezentujące interes publiczny[57]. Jeszcze więcej ludzi, bo ponad 3,3 miliona osób z całej Europy, podpisało petycję przeciwko umowie TTIP i wynegocjowanej już umowie CETA między UE i Kanadą, „ponieważ obejmują one kilka kluczowych kwestii, takich jak rozstrzyganie sporów między inwestorami i państwem [...], które stanowią zagrożenie dla demokracji i państwa"[58]. CETA, której ratyfikacja prawdopodobnie rozpocznie się w 2016 r., może stanowić niebezpieczny precedens dla TTIP, bo również zawiera wiele kontrowersyjnych elementów znajdujących się w tamtej umowie, w tym ochronę praw inwestorów.

Rzadko zdarza się, żeby 3 miliony osób w Europie zebrało się i jednym głosem wyraziło swoje zdanie na temat polityki handlowej i inwestycyjnej. Jeszcze rzadziej mamy do czynienia z sytuacją, gdy prawie 150 tysięcy Europejek i Europejczyków bierze udział w konsultacjach społecznych Komisji Europejskiej i formułuje opinie nt. ochrony inwestycji. Wszyscy oni opowiedzieli się jednoznacznie przeciwko ISDS.

Virginia López Calvo, grupa prowadząca kampanie WeMove.EU[59]

Fala krytyki narastała także w państwach członkowskich UE i w Parlamencie Europejskim. Parlamenty krajowe w Holandii, Francji i Austrii przyjęły na przykład uchwały wyrażające poważne zaniepokojenie w związku z obecnością arbitrażu inwestycyjnego w TTIP[60]. Ministrowie ds. gospodarki i handlu we Francji i w Niemczech argumentowali, że „ISDS w obecnym kształcie nie może stać się standardem rozwiązywania sporów" i proponowali jako alternatywę [61] „przywrócenie równowagi między państwami a biznesem", jak to ujął francuski sekretarz ds. handlu Matthias Fekl[62]. Latem 2015 r. głosowanie nad TTIP w Parlamencie Europejskim omal nie zakończyło się fiaskiem z powodu politycznego impasu w sprawie ISDS. Okazało się, że ta nazwa kojarzy się toksycznie.

Wielka zmiana nazwy

Dlatego kiedy jesienią 2015 r. Komisja Europejska przedstawiała zmienioną propozycję zapisów, która miałaby mieć zastosowanie do wszystkich trwających i przyszłych negocjacji inwestycyjnych (w tym TTIP), postanowiła użyć nowej nazwy. Zamiast „starej, tradycyjnej formy rozstrzygania sporów", która jest „obciążona zasadniczym brakiem zaufania", unijna komisarz ds. handlu Malmström obiecała „nowy system zbudowany na tych samych fundamentach, dzięki którym sądy krajowe i międzynarodowe cieszą się zaufaniem obywateli". Teraz mowa była o „ICS", czyli systemie sądów inwestycyjnych, który miał rzekomo

„chronić prawo rządów do stanowienia regulacji i zagwarantować rozstrzyganie sporów inwestycyjnych w pełnej zgodności z zasadami państwa prawa", jak ujął to wiceprzewodniczący Komisji Timmermans[63].

Niektóre media podchwyciły linię Komisji. Zdaniem niemieckiego dziennika Frankfurter Allgemeine Zeitung, propozycja Komisji dowodziła, iż poważnie wzięto pod uwagę zastrzeżenia ludzi, ponieważ uniemożliwiała ona wnoszenie pozwów w sprawie uregulowań w dziedzinie ochrony środowiska, zdrowia i konsumentów. Gazeta zapewniła swoich czytelników, że nadużycia systemu ochrony inwestycji będą de facto niemożliwe, jednocześnie sugerując, że pora już, by krytycy zamilkli[64]. Austriacki dziennik Der Standard również cieszył się z przedstawionej przez Komisję „propozycji reformy", ogłaszając, że jest ona „sukcesem krytyków" i „może istotnie naprawić wiele wad istniejącego systemu ochrony inwestycji" [65].

Na zmianę nazwy dali się też nabrać niektórzy europosłowie. Frakcja Socjalistów i Demokratów (S&D) w Parlamencie Europejskim „z zadowoleniem przyjęła nowy instrument", traktując go jako „radykalną zmianę kierunku, wymuszoną przez silny nacisk ze strony obywateli i Parlamentu Europejskiego". Bernd Lange, niemiecki eurodeputowany S&D i przewodniczący komisji ds. handlu w Parlamencie Europejskim, zachwalał propozycję mówiąc, że jest „jedyną drogą ... i ostatnim gwoździem do trumny dla ISDS"[67]. W piśmie skierowanym do Malmström wyrażał swoje „poparcie dla nowego podejścia Komisji ... w odniesieniu do TTIP i wszystkich innych umów handlowych i inwestycyjnych, jakie mają trafić pod obrady Parlamentu Europejskiego" i życzył komisarz ds. handlu „powodzenia w przekonywaniu naszych partnerów handlowych do tego nowego podejścia". Zaledwie dwadzieścia miesięcy później, Lange mówił w imieniu frakcji S&D: „Nie chcemy, aby w trakcie negocjacji w sprawie TTIP Komisja poprawiła rozstrzyganie sporów między inwestorem a państwem, tylko żądamy, by Komisja całkowicie wyłączyła ISDS z TTIP"[68].

System sądów inwestycyjnych UE... to jedynie zmieniona nazwa mechanizmu rozstrzygania sporów inwestycyjnych (ISDS)... Ten kosmetyczny zabieg nie zmienia nic w kwestii naszych zasadniczych obaw dotyczących przyznania specjalnych przywilejów inwestorom w sposób podważający krajowe przepisy prawne i z pominięciem sądów krajowych.

Transport & Environment, oranizacja pozarządowa broniąca środowiska[66]

Rządy również przyłączyły się do oszukańczej zmiany etykiety przez Komisję. W komunikacie prasowym zatytułowanym „Koniec prywatnych trybunałów" rząd Niemiec wyraził zadowolenie z propozycji Komisji, nazywając ją „podwaliną... systemu ochrony inwestycji, który nie będzie miał nic wspólnego z procesami arbitrażowymi znanymi z przeszłości"[69]. Podobnego zdania był francuski minister ds. handlu Matthias Fekl, który powiedział, że „czasy arbitrażu inwestycyjnego skończyły się" [70], podczas gdy holenderska minister ds. handlu Lilianne Ploumen stwierdziła, że ISDS jest „martwy i pogrzebany"[71].

Jednak problem polega na tym, że jeśli przyjrzeć się dokładnie ICS, wygląda na to, że ISDS powstał z grobu.

ICS: nie taki znowu martwy ISDS

Kłopot z tymi pozytywnymi reakcjami na ICS polega na tym, że propozycje UE w wielu miejscach są po prostu kopią rozwiązań arbitrażowych z dawnych lat. Okazuje się na przykład, że pozwy sądowe między inwestorami a państwami w ramach TTIP nadal mają się odbywać według zwykłych reguł arbitrażu ISDS[72], a tzw. sędziowie rozstrzygający sprawy mają otrzymywać wynagrodzenie według najpowszechniejszego systemu honorariów stosowanego w postępowaniach ISDS, kasując okrągłe 3 tys. dolarów za dzień pracy[73]. Dlatego zdaniem Gusa van Hartena, eksperta w dziedzinie międzynarodowego prawa inwestycyjnego z Osgoode Hall Law School w Kanadzie, „w ICS chodzi przede wszystkim o zmianę nazwy ISDS", ponieważ „w [niedawnych propozycjach Komisji Europejskiej] duch ISDS jest ciągle żywy" [74]. „Kiedy ludzie mówią, że ISDS jest martwy, od razu przychodzą mi na myśl filmy o zombie, bo w tych nowych propozycjach wszędzie widzę ISDS", mówi van Harten[75].

Również największe niemieckie stowarzyszenie sędziów i prokuratorów wskazało na wady zaproponowanego systemu powoływania tzw. sędziów i wątpliwości co do ich finansowej niezależności, i zakwestionowało przemianowanie ISDS przez Unię Europejską na „system sądowniczy". W oświadczeniu opublikowanym w lutym 2016 r. sędziowie napisali: „Ani zaproponowana procedura powoływania sędziów ICS, ani ich pozycja, nie spełniają międzynarodowych standardów niezawisłości sądów". „W tym kontekście, ICS wydaje się być nie międzynarodowym sądem, a raczej stałym trybunałem arbitrażowym"[76].

ICS & ISDS: równie niebezpieczne bliźniaki

W istocie, jeśli nie liczyć kilku proceduralnych usprawnień, takich jak poprawiona procedura wyboru arbitrów (teraz zwanych „sędziami") oraz

RAMKA 4

Co TTIP zmienia dla EU?[85]

Jeśli umowa TTIP zawierałaby, zgodnie z unijną propozycją, szerokie gwarancje praw inwestorów, oznaczałoby to bardzo znaczne rozszerzenie zakresu stosowania systemu arbitrażu inwestycyjnego. Stopień narażenia i ryzyko finansowe dla państw członkowskich UE zwiększyłyby się wielokrotnie i znacząco przekroczyły ryzyko wynikające z jakiejkolwiek obecnie obowiązującej umowy.

- Obecnie jedynie **9** państw członkowskich UE (z których wszystkie leżą w Europie Wschodniej) ma podpisane dwustronne traktaty inwestycyjne z USA[86]. Porozumienia te obejmują zaledwie **1%** amerykańskich inwestycji w UE. Ochrona praw inwestorów zaproponowana w TTIP zwiększyłaby ten odsetek do **100%** amerykańskich inwestycji, obejmując swoim zakresem i narażając na pozwy wszystkie **28** państw członkowskich.

- Spośród **51.495** filii amerykańskich przedsiębiorstw działających obecnie w UE, ponad **47.000** uzyskałoby prawo kwestionowania polityki krajów europejskich przed międzynarodowymi trybunałami. Umowa TTIP zwiększyłaby liczbę amerykańskich inwestorów z możliwością wnoszenia pozwów jedenastokrotnie.

- Amerykańscy inwestorzy w przeszłości pozywali państwa członkowskie UE na podstawie istniejących porozumień (które obejmują zaledwie **1%** amerykańskich inwestycji w UE), co najmniej **dziewięciokrotnie**. Jeśli przyjąć, że liczba spraw jest proporcjonalna do wielkości objętych umową przepływów inwestycyjnych, to na podstawie umowy TTIP amerykańscy inwestorzy mogliby wnieść **blisko 900** pozwów przeciwko państwom członkowskim UE.

Rys 2: **Prawa inwestorów w TTIP: większe ryzyko prawne i finansowe dla UE**

28 państw EU byłoby bezpośrednio narażone na pozwy,
w porównaniu do zaledwie **9** obecnie

100% inwestycji USA w UE byłoby objete umową,
w porównaniu do zaledwie **1%** obecnie

51,495 firm uzyskałoby prawo do bezpośredniego pozywania
w porównaniu do **4,500** obecnie

Państwa UE musiałyby się liczyć z ok. **900** pozwami inwestorów,
w porównaniu do **9** obecnie znanych spraw

utworzenie izby odwoławczej – „nowy" ICS zasadniczo nie różni się od „starego" systemu ISDS , który znamy z obowiązujących obecnie umów inwestycyjnych i wynegocjowanego tekstu umowy CETA między UE a Kanadą (zob. Tabela 1 na str. 32). Propozycja dotycząca ICS przewiduje te same, szerokie prawa dla inwestorów, z których korzystały międzynarodowe korporacje domagając się wielomiliardowych odszkodowań z tytułu wprowadzania przez państwa uregulowań na rzecz zdrowia publicznego i środowiska. Z tego powodu niesie ze sobą takie same ryzyko dla podatników, polityki prowadzonej w imię interesu publicznego i demokracji, jak „stary" system ISDS.

W propozycji dotyczącej ICS rzeczywiście ulepszono procedurę wyboru arbitrów, ale poza tym jest to co do istoty ten sam system.

Laurens Ankersmit, prawnik organizacji ClientEarth[77]

Zagrożenie #1: dzięki propozycji UE, dziesiątki tysięcy firm zyskają możliwość wnoszenia pozwów

Najnowsza propozycja Komisji Europejskiej dotycząca ochrony inwestycji, która ma mieć zastosowanie do wszystkich trwających obecnie i przyszłych negocjacji handlowych, umożliwiłaby zagranicznym inwestorom działającym w UE i unijnym inwestorom działającym zagranicą obchodzenie krajowych systemów prawnych i wnoszenie pozwów w międzynarodowych trybuałach[78] w każdej sytuacji, gdy inwestor uzna, że działania danego państwa naruszają bardzo szerokie „prawa materialne" inwestorów przewidziane w propozycji UE.

Propozycja Komisji Europejskiej radykalnie rozszerza system trybunałów pozasądowych (który jest dostępny tylko dla zagranicznych inwestorów, ale nie dla obywateli danego państwa), i w którym formalnie stawia się prawa korporacji ponad prawem rządów do stanowienia regulacji w imieniu obywateli.

Transatlantic Consumer Dialogue[81]

Sama umowa TTIP dałaby dziesiątkom tysięcy firm możliwość wnoszenia pozwów przeciwko państwom. Badania przeprowadzone przez amerykańskie stowarzyszenie konsumentów Public Citizen pokazują, że jeśli propozycja UE znajdzie się w umowie TTIP, łącznie 80 tys. firm działających po obu stronach Atlantyku zyska prawo do atakowania państw pozwami inwestorskimi[79]. To niebezpieczeństwo staje się jeszcze bardziej widoczne kiedy uzmysłowimy sobie, że firmy z UE i USA należą do najbardziej agresywnych na świecie, jeśli chodzi o korzystanie z arbitrażu inwestycyjnego: to na nie przypada 75 proc. wszystkich sporów inwestor-państwo na świecie[80]. Oznacza to, że propozycja UE znacząco rozszerzyłaby zakres stosowania obecnego systemu ISDS (zob. Ramka 4).

Międzynarodowe firmy mogłyby nawet pozywać własne rządy, odpowiednio kształtując strukturę swoich inwestycji z wykorzystaniem filii po drugiej stronie Atlantyku[82]. Od kiedy rozszerzył się globalny zasięg korporacji, duże firmy i ich korporacyjni prawnicy aktywnie stosują tę praktykę zwaną „kształtowaniem struktury korporacyjnej pod kątem ochrony inwestycji". Zdaniem kancelarii prawnej Freshfields „dokonując inwestycji, robi się to teraz jednocześnie z optymalizacją podatkową", a w istniejących inwestycjach „przeprowadza się audyty pod kątem optymalizacji ryzyka" [83]. Jednak wiele firm nie będzie musiało nawet tego robić. Będą mogły po prostu poprosić jednego ze swoich udziałowców o wniesienie pozwu. Skoro w amerykańskich rękach znajdują się unijne papiery wartościowe o wartości bilionów dolarów, ciężko będzie znaleźć „europejską" firmę, która nie miałaby możliwości przeprowadzenia pozwu za pośrednictwem jednego ze swoich zagranicznych inwestorów.

W amerykańskich rękach znajdują się unijne papiery wartościowe, w tym akcje, obligacje i dług publiczny, o łącznej wartości 3,5 biliona dolarów, dlatego trudno znaleźć „europejską" firmę, która nie posiadałaby „amerykańskiego" inwestora uprawnionego do wniesienia pozwu.

Professor Harm Schepel, Kent Law School[84]

Zagrożenie #2: unijna propozycja dopuszcza pozwy wymierzone w działania na rzecz interesu publicznego

Propozycja UE przewiduje równie szeroki zakres tzw. „materialnych" praw inwestorów co obecnie obowiązujące umowy, na podstawie których inwestorom zdarzało się atakować całkowicie uzasadnione i niedyskryminacyjne działania rządów mające na celu ochronę zdrowia i środowiska, zapewnienie stabilności gospodarczej i inne cele interesu publicznego (zob. Załącznik na str. 38). Dla przykładu:

- UE proponuje, by inwestorzy byli chronieni przed

bezpośrednim i pośrednim wywłaszczeniem (sekcja 2, art. 5). Z przychylnego inwestorom punktu widzenia prawie każde prawo czy regulację można uznać za „pośrednie wywłaszczenie", jeśli tylko skutkuje obniżeniem zysków. W przypadku jednego z roszczeń wniesionych w ramach Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu (NAFTA) arbitrzy orzekli, że Meksyk wywłaszczył amerykańskiego inwestora Metalclad, i zasądzili od tego kraju 16,2 mln USD odszkodowania, ponieważ uznali, iż odmowa wydania zezwolenia na funkcjonowanie składowiska toksycznych odpadów i ustanowienie w tym miejscu rezerwatu przyrody stanowiły znaczącą ingerencję we własność firmy. Arbitrzy wyraźnie stwierdzili, że wpływ tej decyzji był wystarczający do stwierdzenia, iż miało miejsce wywłaszczenie, i że cele, którymi kierowały się władze Meksyku nie miały znaczenia[87]. To szerokie ujęcie „pośredniego wywłaszczenia" warto zestawić z faktem, że w większości jurysdykcji na świecie prawo do odszkodowania wiąże się tylko z bezpośrednim wywłaszczeniem, które ma miejsce, jeśli rząd przejmuje ziemię lub fabrykę danej firmy.

- Zgodnie z propozycją UE inwestorzy mają być traktowani ***sprawiedliwie i równo*** (sekcja 2, art. 3). To szerokie sformułowanie okazało się bardzo niebezpieczne dla podatników i ustawodawców, ponieważ arbitrzy interpretowali je w sposób praktycznie uniemożliwiający państwom spełnienie tego warunku, a to oznaczało, że musiały one *de facto* wypłacać odszkodowania w przypadku zmiany prawa. Dla przykładu, w innej sprawie przeciwko Meksykowi w ramach NAFTA, w której chodziło o nieprzedłużenie koncesji na wysypisko odpadów niebezpiecznych, arbitrzy uznali, że Meksyk złamał wymóg sprawiedliwego i równego traktowania, ponieważ różne organy nie zawsze działały w sposób „jednoznaczny i całkowicie transparentny" a ich decyzje wpłynęły na „podstawowe oczekiwania, jakie miał zagraniczny inwestor podejmując decyzję o inwestycji" [88].

Myślę, że to jest bardzo dobre do pracy zobowiązanie, z punktu widzenia chciwego i zachłannego prawnika.

Jonathan Kallmer z kandelarii prawniczej Crowell Moring o zasadzie sprawiedliwego i równego traktowania w propozycji UE[89]

W porównaniu z licznymi istniejącymi umowami inwestycyjnymi, na podstawie których miały już miejsce setki pozwów inwestorów przeciwko państwom na całym świecie, ochrona inwestorów proponowana przez UE jako podstawa dla wszystkich obecnych i przyszłych negocjacji rozszerzałaby zakres praw inwestorów zagranicznych, zwiększając ryzyko kosztownych procesów skierowanych przeciwko potrzebnym regulacjom prawnym. Oto przykład:

- W przeszłości trybunały inwestycyjne interpretowały „równe i sprawiedliwe traktowanie" w sposób, który zmuszał rządy do płacenia odszkodowań inwestorom w przypadku wprowadzenia polityki niezgodnej z ich „oczekiwaniami". Wpisując wyraźnie do tej klauzuli ochronę ***zasadnych oczekiwań*** inwestorów (sekcja 2, art. 3.4), UE może sprawić, że taka ekstremalnie szeroka interpretacja tej normy jako „prawa" do stabilnego otoczenia regulacyjnego zostanie zakodowana w prawie. Dałoby to inwestorom potężną broń umożliwiającą zwalczanie zmian regulacji, nawet takich, które wprowadzane byłyby w świetle nowej wiedzy czy w wyniku określonych rozstrzygnięć demokratycznych. W obecnie obowiązujących porozumieniach generalnie nie ma wyraźnego sformułowania o ochronie zasadnych oczekiwań inwestorów.

- UE proponuje także pewien rodzaj niebezpiecznej klauzuli parasolowej (sekcja 2, art. 7). Przeniosłaby ona wszystkie prywatne kontrakty państwa i jego organów dotyczące danej inwestycji na szczebel międzynarodowy, zwielokrotniając ryzyko kosztownych pozwów. Wyobraźmy sobie dla przykładu kontrakt między miastem a zagranicznym inwestorem, który jest operatorem miejskiego systemu wodociągów. Gdyby taki inwestor uznał, że władze miasta naruszyły którekolwiek z praw przyznanych mu w kontrakcie, klauzula parasolowa pozwala mu pozwać państwo w międzynarodowym trybunale inwestycyjnym – nawet jeśli kontrakt stanowił, że wszelkie spory między inwestorem a miastem mają być rozstrzygane pomiędzy tymi dwiema stronami w sądach krajowych. Klauzuli parasolowej nie ma w umowie CETA, prawdopodobnie z powodu odrzucenia jej przez Kanadę, która nie ma takiego zapisu w swoich pozostałych umowach inwestycyjnych.

To nic nie zmienia ponieważ normy, na podstawie których wydawane są orzeczenia, pozostają takie same.

Nigel Blackaby, prawnik specjalizujący się w arbitrażu w kancelarii Freshfields, o propozycji UE dotyczącej ICS[90]

Zwolennicy ochrony inwestorów regularnie twierdzą, że rozwiązanie to służy jedynie ochronie przed dyskryminacją, ale wymienione wyżej prawa dowodzą, że propozycja UE idzie znacznie dalej.
Przy tak ekstremalnie szerokim zakresie praw

RAMKA 5

Przypadek Keystone XL: czy w ramach ICS wielka firma naftowa mogłaby pozwać państwo członkowskie UE z powodu odrzuconego projektu rurociągu?

Niektórzy przedstawiciele UE i państw członkowskich twierdzą, że w ramach „zreformowanego" reżimu ochrony praw inwestorów w UE, czyli tzw. systemu sądów inwestycyjnych (ICS), nie byłyby już możliwe ataki inwestorów wymierzone w decyzje mające chronić zdrowie publiczne lub środowisko[94]. Przyjrzyjmy się zatem jednemu takiemu pozwowi – zapowiedzianej sprawie z powództwa TransCanada przeciwko decyzji prezydenta Obamy o odmowie wydania zgody na budowę kontrowersyjnego ropociągu Keystone XL, która ma zostać wszczęta w ramach NAFTA (zob. Ramka 1 na str. 12)[95] – i oceńmy, czy firma, która chciała wybudować ten rurociąg, mogłaby wnieść taki sam pozew na podstawie nowej propozycji Komisji dotyczącej ISDS przemianowanego na ICS[96].

TransCanada argumentuje, że USA złamały zawartą w układzie NAFTA zasadę **sprawiedliwego i równego traktowania** ponieważ „niespotykanie długo odwlekały rozpatrzenie wniosku" (uciekając się do „arbitralnych i wymyślnych" wymówek) oraz „zastosowały nowe i arbitralne kryteria podejmując decyzję o odrzuceniu wniosku" [98]. Zdaniem firmy, odmowa nie była „uzasadniona merytoryczną zawartością wniosku w sprawie Keystone", była natomiast „motywowana politycznie" [99] bowiem „Departament Stanu sam stwierdził wielokrotnie, że rurociąg nie stwarzałby żadnego znaczącego zagrożenia dla bezpieczeństwa, zdrowia publicznego czy środowiska, którego nie dałoby się zniwelować", ale chciał uspokoić tych, którzy „błędnie uważali", że rurociąg będzie wywierał niekorzystny wpływ na środowisko i „wykazać wiodącą pozycję USA w walce ze zmianami klimatu" [100]. Czyż nie brzmi to jak argument, którym mogłyby posłużyć się wielkie firmy naftowe w ramach unijnej umowy inwestycyjnej, która przyznawałaby inwestorom prawo do „sprawiedliwego i równego traktowania", także w kontekście środków „w oczywisty sposób arbitralnych" i stanowiących „fundamentalne naruszenie prawa do właściwego procesu... w postępowaniach administracyjnych" (sekcja2, art. 3.2 w propozycji UE)?

Jeśli nie chcemy, by duże obszary naszej planety stały się niegościnne, lub wręcz niezdatne do zamieszkania przez ludzi jeszcze za naszego życia, musimy część paliw kopalnych zostawić w ziemi, zamiast spalać je, wypuszczając w niebo jeszcze więcej niebezpiecznych zanieczyszczeń.

Prezydent USA Barak Obama wyjaśniający powody odmownej decyzji w sprawie rurociągu Keystone XL[97]

TransCanada argumentuje ponadto, że USA zastosowały wobec rurociągu Keystone **„nieuzasadnioną dyskryminację"** ponieważ „wcześniej wydawały zgodę na rurociągi innych inwestorów, w tym z USA i Meksyku, na podstawie przesłanek, które – gdyby tak samo zastosowano je do wniosku w sprawie Keystone, skutkowałyby jego przyjęciem". Firma twierdzi ponadto, że „Stany Zjednoczone zatwierdziły te inne wnioski w znacznie krótszym czasie" [101]. Oba argumenty można równie dobrze podnieść na podstawie zapisów proponowanych przez UE, które gwarantują „inwestorom drugiej strony... traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie własnych inwestorów w podobnych sytuacjach" (**traktowanie inwestorów krajowych**, sekcja1, art. 2-3) i inwestorów strony trzeciej (**klauzula największego uprzywilejowania**, sekcja 1, art. 2-4).

Zdaniem TransCanada rozpatrzenie i odrzucenie wniosku przez administrację USA miało również charakter **„wywłaszczeniowy"** ponieważ „Departament Stanu odwlekał decyzję przez siedem lat, wiedząc doskonale, że w tym czasie firma TransCanada „nadal inwestowała w rurociąg miliardy dolarów", co „pozbawiło firmę znacznej części" wartości jej przyszłej inwestycji[102]. Taką samą argumentację można będzie zbudować na podstawie umowy unijnej, która będzie zawierała wymóg wypłaty odszkodowania „z tytułu środków niosących skutki równoważne z... wywłaszczeniem", w tym „dla celów publicznych" (sekcja 2, art. 5.1).

Ale przecież w **Załączniku I** do unijnej propozycji w sprawie ICS wyjaśniono, że „niedyskryminacyjne środki... zaprojektowane i wdrażane w celu ochrony zasadnych celów politycznych, takich jak ochrona zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, środowiska naturalnego czy moralności publicznej... **nie stanowią pośredniego wywłaszczenia**". Czy to wyjaśnienie oznacza, że argumentacja TransCanada o wywłaszczeniu jest bezzasadna? Niekoniecznie. Po pierwsze, zdaniem firmy, rozpatrywanie jej wniosku miało charakter dyskryminacyjny (zob. wyżej). Pod drugie, firma nie zgadza się z twierdzeniem, że decyzja rządu USA była motywowana uzasadnionym celem publicznym, ponieważ była „bezpośrednio sprzeczna z ustaleniami wynikającymi z badań samej administracji", na podstawie których stwierdzono, że „rurociąg nie będzie wywierać znaczącego wpływu na zmiany klimatu" [103]. Co jeśli trybunał rozstrzygający sprawę przeciwko państwu UE podzieliłby ten tok rozumowania?

> *W sprawie firmy TransCanada nie chodzi o to, że amerykańscy żołnierze zjawili się przy rurociągu z karabinami i przejęli go na własność; chodzi o uzasadniony wybór polityczny służący ochronie klimatu Ziemi. Ale zdaniem firmy dokonanie takiego wyboru równa się kradzieży.*
>
> Jim Shultz, The Democracy Center[106]

Unia Europejska chce także objąć ochroną „**zasadne oczekiwania**" inwestorów. TransCanada wykorzystuje również tę linię argumentacji, twierdząc, że jej „uzasadnione oczekiwanie" iż USA rozpatrzy wniosek w sposób „sprawiedliwy i spójny z wcześniejszymi decyzjami" „nie zostało spełnione" [104]. Firma podaje pięć przyczyn, dla których „miała wszelkie powody oczekiwać, że jej wniosek zostanie przyjęty... w rozsądnym terminie": po pierwsze, spełniła te same kryteria, na podstawie których zatwierdzono wcześniejsze wnioski o zgodę na budowę rurociągów; po drugie administracja USA wielokrotnie stwierdzała, że Keystone XL nie będzie mieć znaczącego wpływu na zmiany klimatu; po trzecie, stosowne regulacje wykonawcze sugerują, by wydawać zgodę, o ile nie ma przeciwskazań dotyczących środowiska, zdrowia i bezpieczeństwa; po czwarte, firma intensywnie współpracowała z administracją w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, i po piąte, wnioski dotyczące podobnych rurociągów były wcześniej zatwierdzane w terminie około dwóch lat[105]. Czy niektóre z tych punktów nie mogłyby zostać uznane przez inwestora za „konkretne oświadczenia" ze strony państwa, skutkujące powstaniem „zasadnego oczekiwania... na którym inwestor opierał się, podejmując decyzję o dokonaniu lub utrzymaniu" inwestycji, które to oczekiwanie „nie zostało następnie spełnione", jak to ujęto w propozycji UE (sekcja 2, art. 3.4)?

A co z proponowanym przez UE **zapisem o prawie do stanowienia regulacji**? Stwierdza on, że prawa inwestorów „nie mają wpływu na prawo Stron do stanowienia regulacji prawnych na swoim terytorium przy użyciu środków niezbędnych do osiągnięcia zasadnych celów polityki publicznej" (sekcja2, art. 2.1). Czy ten zapis nie zapobiegłby pozwom takim jak ten wniesiony przez Keystone's? Raczej nie. Rząd USA mógł uznać odrzucenie wniosku w sprawie Keystone XL za działanie niezbędne do wykazania swojej wiodącej roli w walce ze zmianami klimatu, ale TransCanada uważa, że wcale nie było to konieczne. Firma twierdzi, że decyzja była „bezpośrednio sprzeczna z ustaleniami wynikającymi z opracowań samej administracji" które wykazały, iż rurociąg nie miałby znaczącego wpływu na zmiany klimatu[107]. Co jeśli trybunał rozpatrujący podobny pozew przeciwko państwu UE zgodziłby się z tymi argumentami?

TransCanada domaga się od Stanów Zjednoczonych „**odszkodowania** w wys. ponad 15 mld dolarów z tytułu pogwałcenia zobowiązań w ramach układu NAFTA" [108]. Przeważająca część tej kwoty to **utracone przyszłe zyski**, które firma mogła **hipotetycznie** uzyskać, bo środki faktycznie zainwestowane do tej pory wyniosły tylko 2,4 mld dolarów[109]. W systemie zaproponowanym przez UE pozwy z tytułu utraconych przyszłych zysków również będą możliwe[110]. Pozwy o odszkodowania mogą iść w miliardy.

Na koniec warto zauważyć, że postępowanie arbitrażowe firmy TransCanada w ramach układu NAFTA toczy się jednocześnie ze sprawą w sądzie federalnym w Teksasie dotyczącą zgodności odrzucenia wniosku z konstytucją[111]. Chociaż wydaje się, że UE próbuje zapobiec wnoszeniu **równoległych pozwów**, czyli sytuacji, gdy inwestor kwestionuje konstytucyjność decyzji i stara się o jej uchylenie w sądach krajowych państwa członkowskiego UE, jednocześnie dochodząc odszkodowania w ramach międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego, (sekcja 2, podsekcja 5, art. 14), zdaniem komentatorów w praktyce te zabezpieczenia mogą nie przynieść oczekiwanych skutków[112]. Równoległe pozwy takie jak w przypadku TransCanada będą możliwe.

Co więcej, wnosząc pozew arbitrażowy TransCanada nie miała obowiązku przejść najpierw drogi prawnej w sądach krajowych. Propozycja Komisji również nie wymaga **wyczerpania najpierw dostępnych środków na szczeblu krajowym**, co normalnie jest jedną z podstawowych zasad w prawie międzynarodowym.

Nie wiemy, jakie rozstrzygnięcie przyniósłby potencjalny pozew przeciwko UE lub państwu członkowskiemu w sprawie podobnej do sprawy TransCanada (ale trzeba wiedzieć, że odszkodowanie od rządu USA zostanie zasądzone, jeśli w toku postępowania stronie pozwanej nie uda się obalić chociaż jednego z argumentów firmy). Jest jednak jasne, że przy takim zakresie ochrony praw inwestorów, jaki przewiduje propozycja UE, nie udałoby się uniknąć wszczęcia sprawy.

To samo dotyczy innych ekstremalnych roszczeń podnoszonych przez inwestorów przeciwko państwom, takich jak sprzeciw Vattenfalla wobec ograniczeń środowiskowych dla elektrowni węglowej tej firmy, pozew firmy Philip Morris przeciwko antytytoniowym uregulowaniom przyjętym w Urugwaju, sprawa Lone Pine przeciwko moratorium na szczelinowanie hydrauliczne w Kanadzie i wygrana niedawno przez firmę Bilcon sprawa przeciwko Kanadzie, dotycząca odrzucenia wniosku o budowę kamieniołomu (zob. Ramka 1 na str. 12) [114]. Wszystkie rozwiązania prawne, na które powołują się skarżące firmy, można też znaleźć w propozycji UE.

> *Mamy w tym kraju dobry system prawny i ci, którym nie podoba się decyzja amerykańskiego rządu, powinni iść do sądu.*
>
> Sander Levin, członek amerykańskiej Izby Reprezentantów z Partii Demokratycznej[113]

inwestorów, wiele dawniejszych i toczących się obecnie bezzasadnych pozwów przeciwko działaniom na rzecz ochrony ludzi i planety i tak mogłoby mieć miejsce (zob. np. Ramkę 5 na str. 22). Opowiadając się w wyborach np. za zakazem stosowania niebezpiecznych substancji chemicznych, prawami pracowniczymi czy działaniami na rzecz ograniczenia zanieczyszczenia środowiska, obywatele narażaliby się na ryzyko wypłaty inwestorom milionowych odszkodowań. A to nie koniec listy potencjalnych zagrożeń.

Inwestorzy mogliby nawet pozywać państwa za działania całkowicie zgodne z konstytucją i prawem, tak jak gigant tytoniowy Philip Morris, który podtrzymuje swój pozew przeciwko Urugwajowi, mimo że sąd najwyższy tego kraju uznał jego politykę antytytoniową za zgodną z prawem[91]. Jest to możliwe ponieważ, jak tłumaczy organizacja prawników broniących środowiska ClientEarth, prawa inwestorów zagranicznych takie jak te, które zawarła UE w swojej propozycji, „zostały stworzone specjalnie po to, by wyposażyć zagranicznych inwestorów w dodatkowy środek zaradczy i dodatkowe indywidualne prawa w relacjach z państwem, całkowicie niezależne od legalności działań państwa w świetle prawa krajowego" [92]. Innymi słowy, prawa inwestorów to tylna furtka dla międzynarodowych korporacji uznających się za pokrzywdzone, umożliwiająca pominięcie sądów krajowych i dochodzenie bardziej korzystnych rozstrzygnięć w przychylnie nastawionych, równoległych korporacyjnych pseudo-sądach.

Wygląda na to, że daliśmy zagranicznym inwestorom możliwość kwestionowania właściwie każdego posunięcia rządów, które nie przypadnie im do gustu.

Simon Lester, z prawicowego amerykańskiego think-tanku Cato Institute[93]

Zagrożenie #3: unijna propozycja umożliwi wypłacanie korporacjom miliardów z pieniędzy podatników

Po ustaleniu przez trybunał inwestycyjny, że państwo naruszyło super-prawa inwestorów – a wystarczy do tego naruszenie tylko jednego z nich – trybunał może w świetle rozwiązań zawartych w propozycji UE zasądzić wypłatę olbrzymich sum w ramach odszkodowania dla inwestora[115]. Ponieważ w zaproponowanym tekście nie ma nic, co ograniczałoby wysokość dochodzonych odszkodowań, będziemy nadal mieć do czynienia z wielomilionowymi i miliardowymi pozwami, jakie obecnie toczą się na całym świecie. Mogą one zdewastować budżety państw, a w wielu krajach mogą być egzekwowane przez zajęcie majątku państwa.

Jedno z najwyższych znanych odszkodowań zasądzonych do tej pory zostało nałożone na Ekwador, a wynosiło 1,06 mld USD plus odsetki[116]. Kwota ta odpowiadała jednemu procentowi całego budżetu kraju. W 2003 r. Republika Czeska musiała zapłacić korporacji medialnej 354 mln dolarów, co według doniesień stanowiło równowartość całych rocznych wydatków tego kraju na służbę zdrowia[117]. Warto też wspomnieć najwyższe znane odszkodowanie, wynoszące 50 mld USD, zasądzone od Rosji na rzecz byłych większościowych udziałowców firmy gazowo-naftowej Jukos. Jak dotąd ogromna większość tych kwot, pochodzących z publicznych pieniędzy, lądowała w kieszeniach bajecznie bogatych korporacji i osób (zob. Ramka 2 na str. 14).

Trybunały często zasądzają odszkodowania z tytułu spodziewanych przyszłych zysków, jak to miało miejsce w przypadku Libii, której nakazano zapłatę 900 mln dolarów z tytułu „utraconych zysków" z „realnych i pewnych możliwości biznesowych" w ramach projektu turystycznego, chociaż inwestor faktycznie zainwestował jedynie 5 mln dolarów, a prace budowlane w ogóle się nie rozpoczęły[118].

Nawet jeśli arbitrzy uznają, że państwo jest winne naruszenia, państwo pozostaje suwerenne i nie musi zmieniać danego prawa czy regulacji. Chociaż oczywiście musi liczyć się z koniecznością zapłaty odszkodowania.

Stuart Eizenstat z firmy prawniczej Covington & Burling, były ambasador USA przy UE[120]

W propozycji UE nie ma nic, co chroniłoby państwa przed tymi potencjalnie obezwładniającymi kosztami. Nie ma też nic, co uniemożliwiałoby trybunałom zasądzanie odszkodowań z tytułu przepisów i uregulowań stanowionych w interesie publicznym. Przeciwnie, o ile zapis w propozycji UE dotyczący prawa do stanowienia regulacji mówi, że państwom nie można nakazać wypłaty odszkodowania na rzecz inwestorów z tytułu wycofania subwencji (sekcja 2, art. 2.4), to nie ma żadnego zapisu wykluczającego takie odszkodowanie w przypadku „środków niezbędnych do osiągnięcia zasadnych celów politycznych" oraz „zmian(y) ram prawnych i regulacyjnych" (sekcja 2, art. 2.1 i 2.2)[119].

Innymi słowy, państwa członkowskie UE i jej partnerzy handlowi mogą stanowić regulacje jakie chcą, ale muszą mieć świadomość, że w którymś momencie może ich to potencjalnie kosztować miliardy dolarów z pieniędzy podatnika. To „bardzo podnosi cenę" decyzji politycznych, jak ujął to ekspert od prawa inwestycyjnego Gus van

Harten, i sprawia, że zmiana kursu w przypadku, gdy sprawy idą w złą stronę lub wyborcy domagają się zmiany, staje się potencjalnie bardzo kosztowna dla polityków[121].

Czy nie jest tak, że w demokracji parlamentarnej wyborcy powinni móc zmienić rząd, a rząd – móc zmienić politykę bez konieczności wypełniania kosztownych zobowiązań wynikających z działań poprzedniego rządu?

Profesor Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School[122]

Zagrożenie #4: propozycja UE może ograniczyć możliwość wprowadzania pożądanych rozwiązań politycznych

Co prawda trybunały arbitrażowe nie mogą w ramach nowej unijnej propozycji nakazać rządowi cofnięcia lub zmiany przyjętego prawa (sekcja 3, art. 28.1), można sobie jednak łatwo wyobrazić, że dając międzynarodowym korporacjom możliwość dochodzenia gigantycznych odszkodowań z tytułu skutków decyzji publicznych, zapisy o ochronie praw inwestorów mogą zniechęcać polityków do wprowadzania odpowiednich zabezpieczeń prawnych w dziedzinie zdrowia publicznego, zabezpieczeń socjalnych, prywatności i środowiska, jeśli tylko wielki biznes będzie im przeciwny.

Kiedy bycie pozywanym staje się kosztowne, każdy rząd będzie starał się zminimalizować ryzyko prawne. Jak wyjaśnia specjalista ds. prawa inwestycyjnego i arbiter: – Żadne państwo nie chce być stawiane przed sądem na podstawie umowy międzynarodowej. Taki pozew ma wpływ na relacje dyplomatyczne, może wpłynąć na wiarygodność kredytową państwa i może bezpośrednio odstraszać potencjalnych przyszłych inwestorów zagranicznych. Jako praktyk mogę powiedzieć, że niektóre państwa już teraz konsultują się z radcami prawnymi przed wprowadzeniem określonych rozwiązań politycznych, żeby wiedzieć z góry, czy wiąże się to z ryzykiem pozwu ze strony inwestorów[123]. A jeśli takie ryzyko jest, pewnie dwa razy się zastanowią.

Można sobie łatwo wyobrazić, że w niektórych przypadkach samo ryzyko znacznego odszkodowania na rzecz inwestora zagranicznego może skłonić państwo do ponownego rozpatrzenia planowanych działań.

Prawnicy z kancelarii Linklaters[124]

Już teraz znane są przypadki, kiedy zaproponowane i przyjęte przepisy w dziedzinie zdrowia i ochrony środowiska były odrzucane, opóźniano ich wejście w życie albo zmieniano je zgodnie z sugestiami wielkiego biznesu pod wpływem opiewających na wysokie sumy roszczeń korporacji lub groźby pozwu. Za przykład takiego regulacyjnego efektu mrożącego może posłużyć ograniczenie zakresu kontroli środowiskowych dotyczących elektrowni węglowej w ramach polubownego rozstrzygnięcia sporu między Niemcami a szwedzką firmą energetyczną Vattenfall (zob. Ramka 1 na str. 12) oraz odwleczone w czasie wdrożenie przepisów antytytoniowych w Kanadzie i Nowej Zelandii, gdzie wielkie firmy tytoniowe groziły pozwami i wniosły roszczenia[125].

Zastanawiając się nad wniesieniem pozwu... inwestorzy powinni pamiętać, że ok. 30 - 40 proc. sporów inwestycyjnych zostaje rozstrzygniętych za porozumieniem stron przed wydaniem ostatecznego wyroku. Wniesienie pozwu może dać inwestorowi dodatkową przewagę i pomóc w osiągnięciu zadowalającego wyniku.

Kancelaria prawna Steptoe & Johnson o ochronie inwestorów zagranicznych [126]

Powszechnie uważa się, że ważniejsze znaczenie mają obecnie groźby wniesienia kosztownego pozwu, które zdarzają się częściej niż same sprawy sądowe. Za zamkniętymi drzwiami międzynarodowe korporacje otwarcie przyznają, że „ISDS jest ważny jako element odstraszania", zapobiegając podejmowaniu przez rządy decyzji nie po myśli biznesu – tak ujęli to lobbyści Chevronu, amerykańskiego giganta naftowego, podczas spotkania z negocjatorami UE wiosną 2014r.[127]. Jednocześnie wyspecjalizowane kancelarie arbitrażowe stale zachęcają swoich klientów do stosowania ISDS do zastraszania rządów i wymuszania posłuszeństwa.

Te zabezpieczenia mogą być wykorzystane przede wszystkim do zapobiegania niewłaściwemu zachowaniu państw. Jako takie stanowią bardzo ważne narzędzie dla zagranicznych inwestorów i stowarzyszeń branżowych w przekonywaniu przeciwko zmianom legislacyjnym.

Kancelaria prawna Steptoe & Johnson o ochronie inwestorów zagranicznych[128]

Z tych względów naukowcy tacy jak David Schneiderman z Uniwersytetu Toronto w Kanadzie trafnie opisują

niedemokratyczny charakter międzynarodowych umów inwestycyjnych jako: „pojawiającą się formę prawa ponadkonstytucyjnego... którego celem jest odizolowanie polityki gospodarczej od procesów demokracji większościowej" [129]. Inni nazywają system międzynarodowej ochrony inwestorów przeskalowanym „publicznym systemem ubezpieczeń dla inwestorów zagranicznych, chroniącym od ryzyka, jakie na całym świecie niosą ze sobą demokracja, polityka i decyzje wymiaru sprawiedliwości"[130].

Zagrożenie #5: propozycja UE stwarza inwestorom „tylną furtkę" umożliwiającą kwestionowanie decyzji sądów

Propozycja UE umożliwiłaby zagranicznym korporacjom kwestionowanie wszystkich decyzji suwerennych krajów: praw ustanowionych przez parlamenty, działań rządów i decyzji sądów, jeśli rzekomo szkodzą one inwestycjom, poczynając od szczebla lokalnego po federalny a nawet europejski[131].

Trybunały arbitrażowe już teraz dają inwestorom „drugie podejście" do spraw rozstrzygniętych wyrokami sądowymi: amerykański gigant naftowy Chevron wykorzystuje właśnie pozew inwestorski przeciwko państwu, aby uniknąć zapłaty 9,5 mld USD zasądzonych przez sąd w Ekwadorze na rzecz rdzennych mieszkańców lasów deszczowych Amazonii dla usunięcia ogromnych zanieczyszczeń powstałych w wyniku odwiertów naftowych. Jak dotąd złożony z trzech osób trybunał rozpatrujący sprawę trzyma stronę Chevronu, nakazując Ekwadorowi zablokowanie wykonania wyroku. Jednak takie posunięcie stanowiłoby naruszenie zasady rozdziału władz zapisanej w konstytucji Ekwadoru, więc rząd nie stosuje się do wyroku. Chevron argumentuje, że decyzja narusza jego prawo do sprawiedliwego i równego traktowania, zapisane w umowie inwestycyjnej między USA i Ekwadorem i domaga się odszkodowania. Wskutek tego niewyobrażalnego nadużycia arbitrażu inwestycyjnego w celu uniknięcia sprawiedliwości może okazać się, że Ekwadorczycy sami będą musieli zapłacić za to, że zatruto ich ekosystem, a firma, która go zatruła, uniknie odpowiedzialności[132].

Kiedy budzę się w nocy i myślę o arbitrażu inwestycyjnym, nie mogę się nadziwić, że suwerenne państwa w ogóle zgodziły się na coś takiego.... Trzem prywatnym osobom powierza się władzę oceniania wszelkich działań rządu, beż żadnych ograniczeń i bez procedury odwoławczej.... Politycy nigdy nie dali takiej władzy żadnemu krajowemu sądowi, podobnie żadne państwo nie dało nawet w przybliżeniu porównywalnych uprawnień żadnemu sądowi międzynarodowemu.

Juan Fernández-Armesto, arbiter z Hiszpanii[133]

W ramach innej trwającej właśnie sprawy arbitrażowej firma farmaceutyczna Eli Lilly zaskarżyła decyzję kanadyjskiego sądu federalnego dotyczącą uchylenia patentów firmy na dwa leki (Strattera na ADHD i Zyprexa na schizofrenię). Kanadyjskie sądy uchyliły patenty po tym jak Eli Lilly nie udało się przedstawić wystarczających dowodów na to, że leki w długim terminie przynoszą obiecywane skutki. Strattera została przetestowana tylko w jednym krótkim, trzytygodniowym badaniu na grupie 21 pacjentów. Eli Lilly domaga się odszkodowania w wysokości 500 mln CAD[134].

Mówiąc w skrócie, propozycja UE doprowadziłaby do stworzenia pseudo-sądu najwyższego z prawem do podważania decyzji wszystkich sądów w państwach członkowskich i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Z tym, że dostęp do tego pseudo-sądu byłby ograniczony wyłącznie do zagranicznych inwestorów, a jego jedynym zadaniem byłaby ochrona ich inwestycji i oczekiwań dotyczących zysków.

Takie odsuwanie prawdziwych sądów na boczny tor wzbudziło również niepokój wśród sędziów. W lutym 2016 największe niemieckie stowarzyszenie sędziów i prokuratorów stanowczo odrzuciło propozycję Komisji Europejskiej, argumentując, że przewidziany w niej system sądów inwestycyjnych pozbawiłby sądy państw członkowskich UE i Europejski Trybunał Sprawiedliwości ich fundamentalnych uprawnień dotyczących ochrony porządku prawnego w UE. Sędziowie stwierdzili także, iż nie ma żadnej podstawy prawnej, na której Komisja mogłaby wprowadzić tak fundamentalną zmianę istniejącego systemu sądownictwa[135].

Zagrożenie #6: zaproponowana przez UE procedura rozstrzygania sporów faworyzuje inwestorów i interes komercyjny

Procedura rozstrzygania sporów zaproponowana przez UE nie zapewnia niezawisłości sędziów, lecz ma wbudowaną tendencję do faworyzowania inwestorów. Pozwy mają być rozstrzygane przez trybunały złożone z trzech pracujących dla zysku i mających własne interesy arbitrów (przemianowanych obecnie przez UE

na „sędziów"). W przeciwieństwie do sędziów, arbitrzy nie będą mieli stałej pensji, tylko będą otrzymywać wynagrodzenie od sprawy, inkasując niebagatelnie 3 tys. USD za dzień, plus miesięczne wynagrodzenie za gotowość wynoszące 2 tys. euro[136]. Innymi słowy, do kieszeni sędziów wpadnie tym więcej pieniędzy, im więcej pozwów wniosą zagraniczni inwestorzy.

Oczywiście nie posuwamy się aż do stworzenia stałego sądu inwestycyjnego, z powołanymi na stałe sędziami, którzy nie byliby narażeni na pokusę myślenia o swoich przyszłych okazjach biznesowych.

Europejska komisarz ds. handlu Cecilia Malmström[137]

W jednostronnym systemie, w którym pozwy mogą wnosić tylko inwestorzy, stwarza to silną systemową zachętę do trzymania ich strony – bo tak długo, jak system przysparza inwestorom pieniędzy, pozwów będzie przybywać, a arbitrzy będą mieli zarobek. I istotnie, w empirycznym badaniu, w którym przeanalizowano 140 pozwów wniesionych na podstawie umów inwestycyjnych do maja 2010 r., wykazano, że arbitrzy poszerzają prawa inwestorów na ogromną skalę, stosując szerokie interpretacje prawa[138].

Ta tendencja do faworyzowania inwestorów nie zniknie nawet jeśli Unia Europejska i jej partnerzy handlowi ostatecznie wprowadzą normalne pensje dla arbitrów. Nawet bez zachęty finansowej orzekający będą skłonni faworyzować podmioty, które mają możliwość wnoszenia pozwów, ponieważ w takim jednostronnym systemie prawnym decyzje przychylne dla wnoszących pozwy gwarantują stały napływ nowych spraw, przysparzając arbitrom władzy i autorytetu. Problem leży zatem w jednostronności systemu ochrony praw inwestorów: jedna strona, reprezentowana zazwyczaj przez wielkie firmy lub bogate osoby, uzyskuje bardzo mocne prawa, które mogą stanowić podstawę kroków prawnych, podczas gdy druga strona, czyli mieszkańcy danego kraju, dostają tylko obowiązki. W myśl propozycji UE ci ostatnie nie będą mieli nawet statusu prawnego ani możliwości udziału na równych prawach w procesie, którego wynik bezpośrednio ich dotyczy, np. kiedy mówimy o lokalnej społeczności zamieszkującej teren, do którego prawo rości sobie inwestor[139].

RAMKA 6:

Istnieją alternatywy dla ISDS

Z punktu widzenia rządów istnieje szereg alternatyw dla rozpasanych praw korporacji – jedna z nich polega na tym, żeby takich praw przede wszystkim nie nadawać. Arbitrażu sporów między inwestorami i państwami nie ma ani w umowie o wolnym handlu zawartej między USA i Australią (weszła w życie w 2005 r.) ani w umowie między Japonią i Australią (weszła w życie w 2015 r.). W przypadku problemów, zagraniczni inwestorzy w tych krajach po prostu idą do krajowego sądu, tak jak każdy inny podmiot.

Kraje mające umowy inwestycyjne, które okazały się niebezpieczne, mogą pójść za przykładem RPA, Indonezji, Boliwii, Ekwadoru i Wenezueli, i wypowiedzieć je. Taka możliwość istnieje również w przypadku wielu dwustronnych umów inwestycyjnych, które państwa członkowskie UE zawarły ze sobą nawzajem (tzw. wewnątrzunijne umowy BIT). Odpowiadają one za coraz większą liczbę spraw, z którymi borykają się państwa UE, tj. łącznie za 99, co stanowi ok. 16 proc. wszystkich pozwów na świecie, o których było wiadomo do końca 2014 r.145. Wypowiedzenie porozumienia jest też opcją dla państw EU w Europie Wschodniej, które mają podpisane dwustronne umowy inwestycyjne z Kanadą i USA.

Państwa mogą również pójść w ślady RPA i znowelizować swoje krajowe przepisy dotyczące inwestycji, jeśli chcą wyjaśnić lub zmienić zakres ochrony inwestorów zagranicznych (zob. str.15).

Inwestorzy wchodzący na zagraniczne rynki mogą ubezpieczyć swoje inwestycje od ryzyka politycznego wykupując prywatne polisy ubezpieczeniowe. Mają też możliwość podpisania kontraktu inwestycyjnego z państwem-gospodarzem.

Na koniec trzeba powiedzieć, że wobec faktu, iż korporacje w dalszym ciągu dopuszczają się na całym świecie poważnych pogwałceń praw człowieka, konieczne jest ogólne zerwanie z systemem, w który wpisane są coraz szersze prawa i przywileje dla światowych korporacji bez idących za tym obowiązków. Celem inicjatyw takich jak Treaty Alliance jest stworzenie pod egidą ONZ wiążącego międzynarodowego instrumentu prawnego do walki z łamaniem praw człowieka przez korporacje146. Niestety Unia Europejska i jej państwa członkowskie skutecznie torpedują te wysiłki na forum ONZ, stając w obronie interesów korporacji, a nie praw człowieka[147].

Rozdziały dotyczące ISDS są anomalią, ponieważ zapewniają ochronę inwestorom, ale nie państwom czy ich mieszkańcom. Umożliwiają inwestorom pozywanie państw, ale nie pozwalają państwom pozywać inwestorów.

List otwarty dziesięciorga niezależnych ekspertów i specjalnych sprawozdawców ONZ[140]

Są też inne wady, które sprawiają, że system zaproponowany przez UE może być stronniczy. Nie przewidziano np. okresu karencji dla 15 wyselekcjonowanych arbitrów, którzy mieliby rozstrzygać sprawy między państwami a inwestorami. Mogą oni płynnie przechodzić z funkcji prawnika na funkcję arbitra i z powrotem. Innymi słowy, ci sami prywatni prawnicy, którzy do tej pory napędzali boom w arbitrażu inwestycyjnym i zbudowali własne biznesy na zachęcaniu inwestorów do składania pozwów i szerokim interpretowaniu prawa inwestycyjnego z myślą o przyciągnięciu kolejnych[141], będą mogli po prostu wejść przez drzwi obrotowe i stać się unijnymi „super-arbitrami", i w tej roli rozstrzygać sprawy, mając potencjalnie w głowie interes dotychczasowych klientów i całej branży arbitrażowej. Po zakończeniu kadencji „super-arbitra" będą mogli od razu powrócić do swoich prywatnych firm i wykorzystać przyjęte w arbitrażu wykładnie do pomnażania swojego prywatnego zysku, również na korzyść przyszłych pracodawców.

„Super-arbitrzy" figurujący na unijnej liście wyselekcjonowanych sędziów mogą jednocześnie zarabiać znaczne sumy występując w roli arbitrów w innych sprawach i pracować dla prywatnych kancelarii prawnych (chociaż nie mają prawa występować jako radcy prawni w innych sporach dotyczących ochrony inwestycji) [142]. Takie rozwiązanie może otworzyć puszkę Pandory, jeśli chodzi o konflikty interesów, i stawia pod znakiem zapytania niezawisłość arbitrów. I wreszcie same kryteria ich wyboru sugerują, że wyselekcjonowani przez UE arbitrzy będą pochodzić z wąskiego grona prawników inwestycyjnych, z wyłączeniem prawników specjalizujących się w innych dziedzinach, mniej zdominowanych przez interesy komercyjne, ale istotnych z punktu widzenia dokonywanych rozstrzygnięć, takich jak krajowe przepisy administracyjne, prawo pracy czy prawo ochrony środowiska[143].

Ani zaproponowana procedura powoływania sędziów w ramach systemu sądów inwestycyjnych, ani ich pozycja, nie spełniają międzynarodowych wymogów dotyczących niezawisłości sądów.

Deutscher Richterbund, największe niemieckie stowarzyszenie sędziów i prokuratorów[144]

To, co zrobiła Komisja Europejska, czyli przemianowanie systemu ISDS na „system sądownictwa", a nowych arbitrów na „sędziów", to poważnie nieporozumienie. To nigdy nie będą prawdziwe sądy, dopóki prawo wnoszenia pozwów przysługuje tylko zagranicznym inwestorom, a trybunały nie muszą brać pod uwagę względów ochrony środowiska, praw człowieka i innych pozakorporacyjnych uwarunkowań, które normalny sędzia zazwyczaj musi uwzględnić.

Zagrożenie #7: propozycja UE stwarza ryzyko, że ISDS stanie się wieczny

Kilka krajów na świecie wychodzi obecnie z umów inwestycyjnych, które okazały się dla nich zbyt kosztowne (zob. str. 13). Jednak o ile wiele z istniejących umów można rozwiązać w dowolnym momencie[148], wycofanie się z dodatkowych praw nadanych zagranicznym inwestorom stanie się praktycznie niemożliwe, kiedy prawa te zostaną wpisane do większego paktu handlowego, jaki proponuje Komisja Europejska.

Państwo członkowskie nie będzie na przykład miało możliwości skorzystania z opt-outu jeśli chodzi o ochronę praw inwestorów w ramach szerszej umowy takiej jak TTIP. Musiałoby odrzucić całą umowę, co wiązałoby się z koniecznością wyjścia z Unii, ponieważ umowy międzynarodowe zawarte przez UE stają się częścią jej porządku prawnego[149]. Jedyną inną możliwością byłoby wypowiedzenie całej umowy przez UE. Żaden z tych scenariuszy nie jest zbyt prawdopodobny.

Komisja Europejska zaznaczyła także, że jej „celem w średnim terminie" [150] jest stworzenie wielostronnego sądu inwestycyjnego równolegle do trwających negocjacji dwustronnych, i przedstawiła ten pomysł kilku państwom azjatyckim. Zawarta niedawno umowa o wolnym handlu między UE a Wietnamem zawiera już rozdział na temat „wielostronnych mechanizmów rozstrzygania sporów", w którym zapisano, że Wietnam i UE „rozpoczną negocjacje w sprawie umowy międzynarodowej przewidującej stworzenie wielostronnego trybunału inwestycyjnego" [151]. Chociaż nie znamy jeszcze żadnych szczegółów nt. ewentualnego kształtu tego trybunału, jest jasne, że istnienie światowego sądu najwyższego dostępnego tylko dla korporacji jeszcze bardziej sformalizowałoby prawa zagranicznych korporacji, niedostępne dla inwestorów krajowych.

Tworzenie specjalnych sądów dla określonych grup stron to niewłaściwa droga.

Deutscher Richterbund, największe niemieckie stowarzyszenie sędziów i prokuratorów[152]

Unijne plany ochrony inwestycji nie przewidują zatem odrzucenia systemu ISDS w znanym kształcie, tylko zamknięcie państw członkowskich UE na zawsze w reżimie prawnym, w którym prywatne zyski są ważniejsze od interesu publicznego i demokracji.

Rys 3: **CETA: koń trojański**

Oto tylko niektóre spośród 41811 amerykańskich firm, które mogłyby pozywać UE na podstawie porozumienia CETA przy odpowiedniej strukturze inwestycji

Rozdział 4:
TTIP, CETA, ISDS, ICS: różne nazwy, ale ten sam korporacyjny plan

Bezprecedensowa, ogólnoeuropejska kontrowersja wokół wcześniej mało znanego mechanizmu rozstrzygania sporów między państwami a inwestorami trzymała w napięciu obywateli, rządy, parlamentarzystów i media przez ostatnie kilka lat. Jednak prawdziwa bitwa o ekstremalnie szeroki reżim praw inwestorskich dopiero się zaczyna.

W 2016 r. po raz pierwszy od dwóch lat ISDS jest znowu przedmiotem negocjacji dotyczących transatlantyckiego partnerstwa handlowo-inwestycyjnego między UE a USA (TTIP), po tym jak masowy sprzeciw obywateli zmusił negocjatorów do tymczasowego zawieszenia tego tematu. Gigantyczne przywileje dla inwestorów są już wpisane do innych projektów umów inwestycyjnych oczekujących na ratyfikację w latach 2016 i 2017, czyli do umowy o wolnym handlu między UE a Singapurem (której tekst sfinalizowano w 2014 r.), kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między UE i Kanadą (CETA, również sfinalizowana w 2014 r.) oraz umowy o wolnym handlu między UE a Wietnamem (sfinalizowanej w 2015). O ile CETA i umowa z Wietnamem oparte są na „nowej" unijnej propozycji zapisów of ochronie inwestorów (myląco przemianowanej na „system sądów inwestycyjnych", czyli ICS), umowa między UE a Singapurem przewiduje wprowadzenie „starego" modelu ISDS.

Jeśli umowy te zostaną ratyfikowane, będą pierwszymi porozumieniami, które jednym ruchem nadadzą zagranicznym firmom ze wszystkich sektorów gospodarki prawo do bezpośredniego dochodzenia wysokich odszkodowań od UE i wszystkich państw członkowskich w przyjaznych dla biznesu międzynarodowych trybunałach. Jak dotąd tylko traktat karty energetycznej (TKE), będący wielostronną umową zawartą po upadku żelaznej kurtyny, umożliwiał wnoszenie takich pozwów przeciwko UE, jednak jego zasięg jest ograniczony do sektora energetyki. Liczne dwustronne umowy inwestycyjne (BIT) podpisane przez państwa członkowskie UE mają natomiast dużo węższy zakres geograficzny. A jednak nawet ten zbiór istniejących porozumień inwestycyjnych zdążył już stać się źródłem narastających kontrowersji, ponieważ eksplodowała wartość wnoszonych na jego podstawie pozwów przeciwko państwo członkowskim UE (zob. Ramka 2 na str. 14). Państwa Unii w wyniku tych pozwów zapłaciły do tej pory z pieniędzy podatników co najmniej 3,5 mld euro; przy czym 60 proc. pozwów dotyczyło sektorów istotnych z punktu widzenia środowiska[153].

To jest niebezpieczne nowe podejście, w ramach którego międzynarodowe korporacje dostają własny sąd, niedostępny dla lokalnych społeczności i grup.

Maude Barlow, przewodnicząca organizacji Council of Canadians, o zapisach nt. inwestycji w umowie CETA[155]

Trudno się zatem dziwić, że w przypadku wszystkich nowych umów handlowych zaproponowanych przez Unię system ISDS budzi kontrowersje i może stać się przeszkodą dla ich ratyfikacji – dotyczy to zwłaszcza umowy CETA z Kanadą. To liczące 1600 stron porozumienie [154] będzie musiało zostać zatwierdzone przez państwa członkowskie UE w Radzie Unii i przegłosowane w Parlamencie Europejskim oraz w parlamentach krajowych wszystkich 28 państw członkowskich UE. W kilku obszarach umowa CETA jest traktowana jako model dla jeszcze bardziej kontrowersyjnej umowy z USA, czyli TTIP.

Umowa, która jest koniem trojańskim

Związki zawodowe i grupy reprezentujące interes publiczny sprzeciwiają się umowie CETA z kilku powodów, poczynając od wyższych cen leków, przez zagrożenie dla usług publicznych, po brak możliwych do wyegzekwowania reguł ochrony prawcowników[156]. Jednak szczególne obawy po obu stronach Atlantyku budzi zawarty w tej umowie rozdział o ochronie inwestycji. Nadaje on zagranicznym korporacjom jeszcze większe prawa niż istniejące porozumienia, takie jak Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu (NAFTA), w ramach którego przeciwko Kanadzie wniesiono już 39 pozwów, z których kilka Kanada przegrała lub zostały one rozstrzygnięte za porozumieniem stron, a państwo kanadyjskie wypłaciło z ich tytułu odszkodowania w łącznej wysokości 190 mln CAD. CETA nadaje na przykład zagranicznym inwestorom więcej praw, jeśli chodzi o kwestionowanie regulacji finansowych, i zawiera zapisy, które można interpretować jako „prawo"

TABELA 1:

Jeszcze więcej przywilejów dla korporacji

Problem z systemem ISDS	Czy propozycje UE dotyczące ISDS rozwiązują ten problem?	„STARY" ISDS W UMOWIE UE-SINGAPUR	„NOWY" ISDS (ICS) W UMOWACH TTIP I CETA
ISDS stawia zagranicznych inwestorów w uprzywilejowanej pozycji	***Problem nierozwiązany.*** Zarówno „stary" jak i „nowy" ISDS nadaje zagranicznym inwestorom większe prawa, w wymiarze materialnym i proceduralnym, niż komukolwiek innemu. Tylko inwestorzy zagraniczni zyskują możliwość obchodzenia sądów krajowych i bezpośredniego wnoszenia spraw przeciwko państwom w równoległych trybunałach, gdzie mogą dochodzić odszkodowań z tytułu działań, które w wielu systemach prawnych nie mogłyby w ogóle stać się podstawą odszkodowania. Przedsiębiorstwa krajowe i zwykli ludzie nie mają takiej możliwości.	👎	👎
Korporacje mogą wykorzystywać ISDS do kwestionowania działań służących ochronie środowiska, zdrowia publicznego i innych rodzajów interesu publicznego	***Problem nierozwiązany.*** W obu systemach dopuszczalne są pozwy inwestorskie z tytułu zasadnych, niedyskryminacyjnych i legalnych decyzji służących ochronie zdrowia, środowiska i innym celom stanowiącym interes publiczny (zob. np. Ramkę 5 na str. 22). I – podobnie jak w przypadku niesławnej sprawy przeciwko Kanadzie dotyczącej kamieniołomu (zob. Ramka 1 na str. 12) – inwestorzy mogą tego rodzaju sprawy wygrywać[171].	👎	👎
Trybunały ISDS mogą nakazywać państwom wypłatę odszkodowań w kwotach niepodlegających żadnym ograniczeniom	***Problem nierozwiązany.*** Zarówno w „starym", jak i w „nowym" systemie ISDS państwa mogą być pozywane o ogromne sumy z pieniędzy podatnika w ramach rekompensat dla inwestorów zagranicznych, nawet jeżeli sprawa dotyczy niedyskryminacyjnych i zgodnych z konstytucją przepisów i uregulowań prawnych służących interesowi publicznemu. Ma to służyć rekompensowaniu inwestorom utraty hipotetycznych przyszłych zysków. Zasądzane odszkodowania mogą dewastować budżety państw.	👎	👎
Korporacje wykorzystują skargi w ramach ISDS oraz groźby pozwu do odwleczenia, osłabienia lub udaremnienia pożądanych rozwiązań prawnych	***Problem nierozwiązany.*** Unijna propozycja w/s ISDS nadaje wyjątkowo mocne prawa inwestorom, których mogą oni używać do zastraszania prawodawców. W propozycji nie ma żadnych zapisów, które zapobiegałyby „dobrowolnemu" odraczaniu, porzucaniu lub rozwadnianiu pożądanych rozwiązań prawnych przez rządy w sytuacji zagrożenia pozwem ze strony bogatej firmy w ramach ISDS.	👎	👎
W ISDS równowaga interesów jest głęboko zaburzona, ponieważ system nadaje zagranicznym inwestorom bardzo mocne prawa, ale nie nakłada na nich żadnych obowiązków	***Problem nierozwiązany.*** Unijne propozycje dotyczące ISDS nadają zagranicznym inwestorom łatwe do egzekwowania uprawnienia, ale żadnych możliwych do wyegzekwowania obowiązków. Z systemu nie mogą korzystać państwa przyjmujące inwestorów, związki zawodowe ani lokalne społeczności, którym nie dano możliwości rozliczenia inwestora z naruszeń praw człowieka bądź praw pracowniczych, zniszczenia środowiska czy innego rodzaju niewłaściwego zachowania.	👎	👎

Problem z systemem ISDS	Czy propozycje UE dotyczące ISDS rozwiązują ten problem?	„STARY" ISDS W UMOWIE UE-SINGAPUR	„NOWY" ISDS (ICS) W UMOWACH TTIP I CETA
Postępowania ISDS są często tajne, a społeczeństwo nie otrzymuje o nich żadnych lub prawie żadnych informacj	***Problem rozwiązany.*** Dzięki jawności rozpraw i publicznej dostępności większości dokumentów, postępowania ISDS będą bardziej przejrzyste (podobnie jak w przypadku porozumień USA i Kanady, które już dekadę temu zaczęły wprowadzać większą otwartość). Jednak wyjątki pozostawione dla informacji poufnych i uprawnienia trybunałów do ograniczenia publicznego dostępu do rozpraw nadal mogą wpływać ograniczająco na przejrzystość. Jeszcze istotniejsze jest to, że odbywające się zakulisowo rozstrzygnięcia polubowne, w których również chodzi o publiczne pieniądze i które mogą wywierać efekt mrożący na prawodawców, nie będą musiały być publikowane.	👍	👍
Spory będą rozstrzygane przez mianowanych przez strony, działających dla zysku arbitrów, którzy będą mieli wiele powodów, by trzymać stronę inwestora, i będą narażeni na liczne konflikty interesów	***Problem nierozwiązany w „starym" ISDS, rozwiązany częściowo w „nowym".*** W „nowym" ISDS zaproponowanym przez UE zrobiono kilka pozytywnych kroków w kierunku niezależności: arbitrzy (przemianowani na „sędziów") nie będą już wybierani przez strony sporu, tylko przydzielani losowo z wyselekcjonowanej listy. Nie będą mieli możliwości pełnić funkcji radców prawnych w ramach innych procedur inwestycyjnych (ale nie wprowadzono ogólnego zakazu pracy „na boku" w charakterze prawnika, ani zakazu zarabiania na pełnieniu funkcji arbitra w innych postępowaniach ISDS, nie ma też okresu karencji przed powołaniem i po zakończeniu sprawy, który pozwoliłby ograniczyć potencjalne konflikty interesów). Mimo to główny element faworyzujący inwestorów pozostał: w obu systemach ISDS sprawy nie będą rozstrzygane przez niezawisłych sędziów otrzymujących stałe wynagrodzenie. Orzeczenia będą wydawane przez arbitrów działających dla zysku, opłacanych od sprawy, którzy będą z tego powodu mocno skłonni orzekać korzystnie dla tej strony, która ma możliwość wnoszenia kolejnych pozwów w przyszłości, a więc dla inwestora.	👎	👎
Orzeczenia w ramach ISDS są nieodwołalne	***Problem nierozwiązany w „starym" ISDS, rozwiązany w „nowym".*** O ile w umowie UE-Singapur zapisano jedynie mglisty zamiar ewentualnego stworzenia mechanizmu apelacji w przyszłości, w „nowym" ISDS zaproponowanym przez UE przewidziany jest trybunał odwoławczy w stałym składzie. Może on sprawić, że wydawane orzeczenia będą nieco bardziej spójne, ale nie rozwiązuje żadnego z fundamentalnych problemów, o których mowa wyżej (uprzywilejowany status zagranicznych inwestorów, brak pełnej niezawisłości trybunałów, jednostronność systemu, etc.).	👎	👍
ISDS może być niezgodny z prawem UE	***Problem nierozwiązany.*** Oba mechanizmy ISDS umożliwiają zagranicznym inwestorom pomijanie sądów krajowych i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w przypadku zaskarżania decyzji rządów podejmowanych na podstawie prawa UE – a więc prowadzą do podważania ich jurysdykcji. Podobnie oba systemy są w zasadniczy sposób dyskryminacyjne, ponieważ dostępu do nich nie mają obywatele UE, wspólnoty i krajowi inwestorzy. Jest to głęboko niesprawiedliwe i podważa właściwe funkcjonowanie UE i jej rynku wewnętrznego.	👎	👎

do stabilnego otoczenia regulacyjnego, wyposażające inwestorów w potężną broń do zwalczania zmian legislacyjnych[157]. CETA posłuży też jako „koń trojański" dla międzynarodowych korporacji z siedzibą w USA, które będą mogły zaskarżać rozwiązania wprowadzane w Europie za pośrednictwem swoich kanadyjskich filii, o ile tylko odpowiednio ukształtują strukturę swoich inwestycji. To znaczy, że nawet gdyby w umowie TTIP nie zawarto tak szerokich uprawnień dla inwestorów, 81 proc. korporacji z kapitałem amerykańskim działających w UE, czyli 41811 spośród łącznej liczby 51495 firm, będzie mogło wnosić pozwy inwestorskie przeciwko UE i jej państwom członkowskim na podstawie umowy CETA[158].

Jeśli CETA zostanie podpisana i ratyfikowana bez zmian w zapisach o ISDS, przyniesie to szkodę demokracji w Kanadzie i Europie, a korporacje zyskają nowe narzędzia, dzięki którym będą mogły udaremnić bardzo wiele działań politycznych na rzecz ochrony środowiska, zdrowia publicznego i usług publicznych oraz zachowania zasobów naturalnych, a także, co najistotniejsze, działań na rzecz stworzenia bardziej sprawiedliwego i zrównoważonego systemu społeczno-ekonomicznego.

Oświadczenie podpisane przez ponad 100 organizacji społeczeństwa obywatelskiego w Kanadzie i Europie[159]

Czy europosłowie dali się nabrać na ISDS pod nową nazwą?

Mimo to kilkoro europosłów ucieszyło się z zapisanych w umowie CETA rozległych uprawnień dla inwestorów zagranicznych. Kiedy w lutym 2016 r. opublikowany został ostateczny tekst umowy, największe ugrupowanie polityczne w Parlamencie Europejskim (EPP) chwaliło porozumienie CETA za „nowoczesny i ambitny" rozdział o inwestycjach[160]; w podobnym tonie wypowiadało się też ugrupowanie liberałów ALDE[161]. Socjaldemokracji z S&D, drugiej co do wielkości formacji w Parlamencie, witali zapisane w CETA prawa korporacji jako „odrzucenie systemu ISDS , autentycznie uwzględniające obawy społeczeństwa obywatelskiego"[162]. Sprawozdawca S&D ds. umowy, rumuński europoseł Sorin Moisa, był zachwycony: „Stały trybunał z publicznymi sędziami i losowym przydzielaniem składu sędziowskiego do każdej sprawy, stały trybunał apelacyjny, kodeks postępowania egzekwowany przez przewodniczącego Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, artykuł gwarantujący prawo do stanowienia regulacji: to nie jest jakieś majstrowanie przy szczegółach, to całkowita zmiana paradygmatu"[163]. I zapowiadał: „Najbliższe miesiące spędzę, przekonując Parlament Europejski, że CETA zasługuje na jego błogosławieństwo"[164]. Podobne komunikaty płynęły od socjaldemokratów w państwach członkowskich, np. w Niemczech, gdzie zawarte w umowie CETA przywileje inwestorskie zachwalano jako „ogromny sukces nas, socjaldemokratów", który „odbierze argumenty krytykom ISDS". Rzecznik partii ds. gospodarki i energetyki stwierdził wręcz: „Ci, którzy chcą mocniejszego uregulowania międzynarodowego handlu i światowej gospodarki, muszą z zadowoleniem przyjąć umowę" CETA[165].

Innymi słowy, znaczna liczba europejskich i krajowych parlamentarzystów zdaje się obecnie wierzyć, że „nowe" zapisy o ISDS zaproponowane przez UE w tekście umowy CETA (myląco przepakowane przez Komisję i niektórych posłów w terminologię „sądowniczą") bardziej zasługują na ich poparcie niż „stary" system ISDS, któremu wielu z nich stanowczo się sprzeciwiało w ostatnich latach.

Propozycja Komisji nie odnosi się do fundamentalnych zastrzeżeń podniesionych przez organizację Transatlantic Consumer Dialogue i inne podmioty. Zamiast tego zawarto w niej trochę zmian na marginesie istoty sprawy.

Transatlantic Consumer Dialogue[166]

Może to zaskakiwać czytelników poprzedniego rozdziału, w którym wykazaliśmy, że „nowy" model ISDS zaproponowany przez UE jest niebezpieczny dla demokracji, interesu publicznego i pieniędzy podatników. Jeśli nie liczyć kilku usprawnień proceduralnych, tj. poprawionej procedury wyboru arbitrów, wzmocnionych zasad etycznego postępowania i stworzenia izby odwoławczej, „nowy" ISDS jest zasadniczo tożsamy z rozdziałem o prawach inwestorów zawartym w umowie handlowej między UE a Singapurem, przewidującej arbitraż według poprzednich zasad, które w nowej wersji rzekomo ulepszono. Przemianowana wersja zawiera te same przywileje dla korporacji, na podstawie których międzynarodowe firmy obecnie dochodzą wielomiliardowych odszkodowań za decyzje służące ochronie środowiska i zdrowia publicznego, i często są to wręcz te same sformułowania, które zapisano w umowie UE-Singapur. **Tabela 1 (zob. str. 32)** pokazuje podobieństwa między tymi systemami – dotyczą one elementów ISDS budzących największe obawy, o których od lat mówią grupy broniące interesu publicznego, związki zawodowe, małe i średnie przedsiębiorstwa oraz przedstawiciele świata nauki.

„Pudrowanie" mechanizmu ISDS

Wszystkie te podmioty skrytykowały Komisję za próbę ukrycia znienawidzonego systemu ISDS pod warstwą lukru w postaci „sądowniczej" retoryki. Natychmiast po opublikowaniu przez Komisję „nowej" propozycji w sprawie ISDS, aktywiści odrzucili ją jako marną próbę „przypudrowania ISDS, będącą niczym więcej jak działaniem PR-owym, mającym na celu zagłaskanie gigantycznych kontrowersji wokół ISDS" [167]. Od tamtej pory pojawiły się również bardziej merytoryczne analizy i stanowiska, pokazujące, że społeczeństwo

obywatelskie po obu stronach Atlantyku nie dało się nabrać na zmianę nazwy z ISDS na ICS i będzie nadal prowadzić społeczną kampanię przeciwko specjalnym przywilejom zagranicznych inwestorów, jaka by nie była ich nazwa[168].

Będziemy budować sprzeciw społeczny wobec specjalnych praw dla zagranicznych inwestorów, niezależnie od tego, czy nazywają się one ISDS, czy nie.

Owen Tudor, brytyjski Kongres Związków Zawodowych[169]

W międzyczasie do grona krytyków dołączyły nowe grupy, w tym zwłaszcza największe niemieckie stowarzyszenie sędziów i prokuratorów. Stanowczo odrzuciło ono proponowany przez Komisję „system sądów inwestycyjnych", przytaczając liczne wątpliwości dotyczące kwestii takich jak brak niezależności finansowej czy odsuwanie na boczny tor europejskich sądów. Stowarzyszenie stanowczo sprzeciwiło się także pomysłowi tworzenia specjalnych sądów tylko dla pewnych grup, mówiąc, że to „zła droga" i przypominając, że „to do państw członkowskich należy zadanie zapewnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla wszystkich, w tym realnego dostępu dla zagranicznych inwestorów poprzez wyposażenie sądów w odpowiednie zasoby" [170].

Branża krzyczy: Ratunku, biją!

Korporacyjne grupy lobbingowe zaatakowały nową propozycję Komisji dotyczącą praw inwestorów z innej strony. Kiedy tylko została opublikowana, branża podniosła alarm, twierdząc, że ochrona inwestorów zostanie osłabiona. Organizacja lobbingowa European Services Forum, do której należą między innymi takie przedsiębiorstwa usługowe jak Deutsche Bank, IBM i Vodafone, stwierdziła na przykład, że „propozycja Komisji wprowadza „ochronę rządów", ze szkodą dla dotychczasowej ochrony inwestycji dokonywanych przez biznes"[172]. Główny lobbysta handlowy najpotężniejszej europejskiej korporacyjnej grupy lobbingowej, czyli federacji pracodawców BusinessEurope, stwierdził wręcz, że „w rzeczywistości żaden inwestor nie będzie mógł otrzymać odszkodowania" [173].

Taka sytuacja jest politycznie wygodna dla Komisji. Jej plan reform krytykują grupy interesów po obu stronach.

Dzięki temu Komisja może twierdzić, że uwzględniła publiczną krytykę i przedstawiła wyważoną propozycję.

Max Bank, organizacja monitorująca lobbing Lobbycontrol[174]

Jest to oczywiście sprytne posunięcie ze strony branży, bo sugeruje, że propozycja Komisji lokuje się gdzieś pośrodku między zgłaszanymi przez biznes żądaniami przychylnego potraktowania inwestorów, a odwołującym się do interesu publicznego stanowiskiem organizacji społeczeństwa obywatelskiego. Dzięki temu Komisja może łatwo sprzedawać swoją propozycję jako kompromis, który być może nie idzie aż tak daleko, jak chcieliby krytycy arbitrażu, ale jest krokiem we właściwym kierunku.

Jednak za kulisami zwolennicy ISDS doskonale zdają sobie sprawę, że propozycja Komisji „niczego nie zmienia", ponieważ rozległe prawa dla inwestorów zasadniczo „pozostają bez zmian", jak to ujął pewien prawnik inwestycyjny zarabiający na pozwach firm przeciwko państwom[175]. Inni prawnicy inwestycyjni określili prawa inwestorów zapisane w propozycji Komisji jako „bardzo dobre zobowiązanie (dla państw) z punktu widzenia chciwego i zachłannego prawnika"[176].

Niemieckie stowarzyszenie branżowe BDI, które było jedną z najważniejszych pro-arbitrażowych grup lobbingowych w ramach unijnej debaty na ten temat w ostatnich latach, również przyjęło propozycję Komisji z zadowoleniem, chwaląc ją przede wszystkim za zapisane tam materialne prawa inwestorów, definicję inwestycji, klauzulę parasolową, procedurę apelacyjną i długofalowy zamiar Komisji ustanowienia wielostronnego sądu inwestycyjnego. Co ważne, BDI pochwala również to, że propozycja Komisji „przewiduje mechanizm rozstrzygania sporów między państwami a inwestorami"[177]. Innymi słowy: ISDS.

Z punktu widzenia BDI, wiele spośród propozycji Komisji zasługuje na poparcie.

Niemieckie stowarzyszenie branżowe BDI o propozycji w sprawie ICS [178]

Odrzucić zamiast przemianowywać

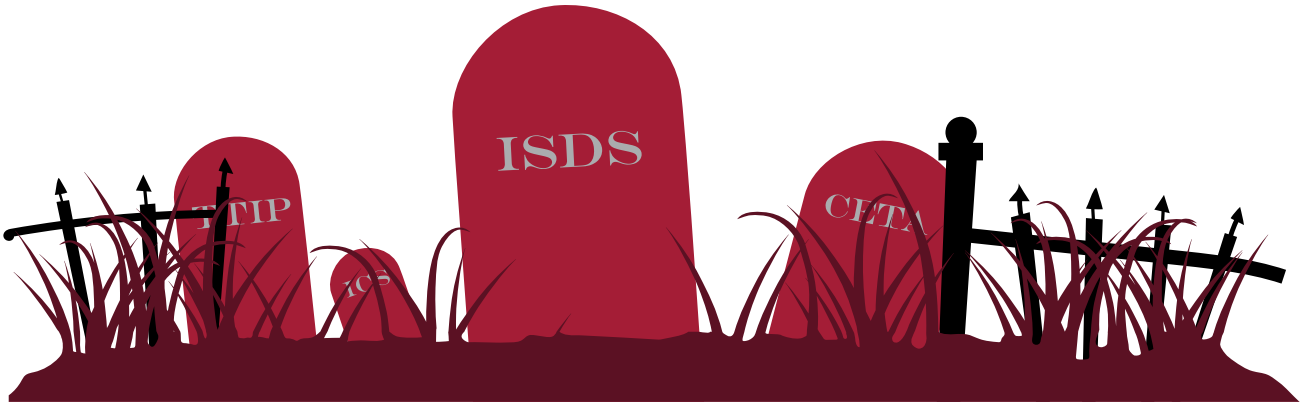
Jednak nie wszystko jest stracone. Chociaż niektórzy europosłowie najwyraźniej dali się nabrać na PR Komisji, nie dotyczy to wszystkich. Wypowiadając się na temat ewentualnej zmiany rozdziału o inwestycjach w umowie CETA w celu wprowadzenia systemu sądów inwestycyjnych, francuski Zielony europoseł Yannick Jadot, powiedział na przykład: „Europejscy obywatele nie chcą zmian

w szczegółach arbitrażu, chcą usunięcia całego tego zapisu”[179]. Lewica w Parlamencie Europejskim jest również niezadowolona, a w innych grupach coraz częściej wyrażane są obawy. Na przykład belgijscy europosłowie reprezentujący Zielonych, socjaldemokratów i konserwatywną frakcję EPP opublikowali niedawno list otwarty, krytykując propozycję Komisji jako pozorną zmianę i stanowczo stwierdzili, że „ISDS i jego ewentualne ulepszone wersje są wciąż nie do przyjęcia ze względu na swój charakter i zagrożenie, jakie stwarzają dla demokracji w naszych krajach”[180].

W ostatecznym rozrachunku bitwa o rozległe prawa dla inwestorów rozstrzygnie się w państwach członkowskich UE i w Parlamencie Europejskim. W miarę jak coraz więcej ludzi dowiaduje się, jak działa system ISDS w swoich rozmaitych wcieleniach, rosną szanse, że uda się ostatecznie zmobilizować szeroki nacisk społeczny, który powstrzyma prawodawców przed zatwierdzeniem umów takich jak CETA i TTIP.

Nie damy się nabrać na zmianę nazwy. Jesteśmy przeciwko uprzywilejowanemu dostępowi do wymiaru sprawiedliwości dla niektórych, niezależnie od tego, pod jaką nazwą występuje.

Judith Kirton-Darling, brytyjska europosłanka z grupy S&D[181]



Rozdział 5
Zakończenie: 7 powodów, żeby sprzeciwiać się korporacyjnym przywilejom i obalić je

W bajce o Czerwonym Kapturku wilk próbuje rozmaitych trików, żeby zdobyć zaufanie Kapturka. Żeby podszyć się pod babcię dziewczynki zakłada jej ubrania, mówi cienkim głosem, wskakuje do jej łóżka i przykrywa się jej kołdrą. Dziewczynka daje się nabrać na to przebranie i prawie zostaje zjedzona. W przypadku obecnych kontrowersji wokół praw korporacji zapisanych w umowach handlowych UE złym wilkiem jest mechanizm rozstrzygania sporów między państwami a inwestorami, czyli ISDS. A Komisja Europejska próbuje wykorzystać tzw. „system sądów inwestycyjnych", czyli ICS, jako kołdrę babci, aby ukryć prawdziwy charakter kryjącego się pod nią wilka.

Jednak w przeciwieństwie do Czerwonego Kapturka mieszkańcy Unii Europejskiej i krajów, którym UE obecnie proponuje ICS, nie powinni dać się nabrać. ICS jest tak samo niebezpieczny dla pieniędzy podatników, polityki służącej interesowi publicznemu i demokracji jak „stary", powszechnie krytykowany system ISDS. Może wręcz stwarzać jeszcze większe zagrożenie, ponieważ jest ryzyko, że na zawsze zatrzaśnie państwa członkowskie UE w reżimie prawnym, który prywatne zyski stawia wyżej niż interes publiczny i demokrację.

Oto przypomnienie siedmiu powodów, dla których nie powinniśmy się na to zgodzić:

Powód #1: ICS umożliwi dziesiątkom tysięcy korporacji wnoszenie pozwów przeciwko rządom z tytułu działań służących ochronie środowiska, zdrowia, pracowników i interesu publicznego

Powód #2: w ramach ICS miliardy z pieniędzy podatników będą trafiać do kieszeni korporacji w postaci odszkodowań, w tym odszkodowań z tytułu utraty hipotetycznych przyszłych zysków

Powód #3: ICS to pewna droga do zastraszania decydentów politycznych, co może potencjalnie utrudnić wprowadzanie pożądanych rozwiązań, np. w dziedzinie klimatu, sprawiedliwości społecznej czy kryzysów ekonomicznych

Powód #4: ICS nada wyjątkowo mocne prawa i przywileje inwestorom zagranicznym, za którymi nie pójdą żadne obowiązki, chociaż nie ma żadnych podstaw by sądzić, że przyniesie to jakiekolwiek korzyści ogółowi społeczeństwa

Powód #5: ponieważ tylko inwestorzy mogą wnosić pozwy w ramach ICS, stwarza to zachętę dla arbitrów, by podczas rozpatrywania pozwów trzymać ich stronę – bo to oznacza więcej pozwów, więcej honorariów i więcej prestiżu w przyszłości

Powód #6: istnieją poważne wątpliwości, czy ICS jest zgodny z prawem UE, ponieważ oznacza pomijanie sądów europejskich i ma fundamentalnie dyskryminacyjny charakter, gdyż nadaje specjalne prawa tylko inwestorom zagranicznym

Powód #7: ICS stwarza ryzyko, że zostaniemy na zawsze zapięci w prawny kaftan bezpieczeństwa, ponieważ nie będzie praktycznie żadnej możliwości anulowania przywilejów inwestorskich zapisanych w dużych umowach handlowych, nie wspominając już o wielostronnym sądzie inwestycyjnym

Krótko mówiąc, proponowany system jest całkowicie nieodpowiedni z punktu widzenia najważniejszych wyzwań, przed jakimi stoimy obecnie i przed jakimi będziemy stawać w przyszłości. W chwili, kiedy powinniśmy skupić wszystkie wysiłki na działaniach, które pozwolą uniknąć globalnej katastrofy klimatycznej i kolejnego kryzysu ekonomicznego, po prostu nie ma miejsca dla umów, które sprawią, że wprowadzanie rozwiązań dla tych problemów stanie się nielegalne[182].

Istniejące porozumienia, które pozwalają prywatnym firmom pozywać rządy za stanowienie praw negatywnie wpływających na ich zyski – poczynając od rygorystycznych przepisów w sprawie zanieczyszczania środowiska po ściślejsze uregulowania dotyczące banków – powinny zostać obalone. Plany wprowadzenia dodatkowych „kart praw" dla korporacji w ramach porozumień takich jak TTIP i CETA powinny natomiast zostać porzucone, podobnie jak propozycja stworzenia światowego sądu najwyższego dostępnego tylko dla korporacji. Wszystkie te rozwiązania są śmiertelnie niebezpieczne dla demokracji, jaką znamy.

ZAŁĄCZNIK:

Diabeł tkwi w szczegółach

Żargon inwestycyjny: co UE chce wynegocjować w ramach TTIP i wszystkich przyszłych umów inwestycyjnych[183]	**Mówiąć po ludzku:** co to znaczy w praktyce
Prawa inwestorów z nieograniczonym zakresem	
Definicja inwestycji: „inwestycja' oznacza aktywa wszelkiego rodzaju, noszące cechy inwestycji, w tym mające określoną długość i inne cechy…". Dalej następuje długa, otwarta lista „form, jakie mogą przybierać inwestycje", poczynając od udziałów przez instrumenty dłużne po prawa własności intelektualnej. Inwestycje objęte przepisami tego rozdziału muszą „bezpośrednio lub pośrednio stanowić własność inwestorów jednej strony na terytorium drugiej strony, lub być przez takich inwestorów bezpośrednio lub pośrednio kontrolowane". (rozdział 2, art. x1 i x2)	Definicja „inwestycji" jest bardzo ważna ponieważ decyduje o tym, który kapitał zagraniczny będzie chroniony. Wyjątkowo szeroka – i otwarta – definicja zawarta w propozycji UE obejmuje nie tylko rzeczywiste przedsiębiorstwa w państwie przyjmującym, ale też cały wachlarz innych aktywów, poczynając od posiadłości wakacyjnych i krótkoterminowych inwestycji spekulacyjnych, po dług publiczny. Oznacza to, że również firmy, które nie dokonały żadnych realnych inwestycji, będą mogły wnosić sprawy, narażając państwa na bezprecedensowe ryzyko prawne.
Definicja inwestora: „'inwestor' oznacza osobę fizyczną lub prawną jednej ze stron, która ma zamiar dokonać lub już dokonała inwestycji na terytorium drugiej strony." W przypadku osób prawnych doprecyzowano, że muszą „prowadzić istotne operacje biznesowe". (rozdział 1, art. 1-1 (c) i (q))	Definicja „inwestora" jest ważna, bo decyduje o tym, kto jest chroniony. Propozycja Komisji prawdopodobnie uniemożliwi rażące nadużycia porozumienia dokonywane za pośrednictwem firm-skrzynek pocztowych (takie jak pozew amerykańskiej firmy przeciwko rządowi USA wnoszony za pośrednictwem firmy założonej specjalnie w tym celu w Holandii). Nadal jednak nadaje tysiącom inwestorów prawo wnoszenia pozwów przeciwko rządom, narażając Unię Europejską i jej partnerów handlowych na niemożliwe do oszacowania ryzyko prawne (zob. Ramka 4 na str. 19).
Definicja działania: „'działanie' oznacza każde działanie podejmowane przez stronę, czy to w formie przepisu prawnego, uregulowania, reguły, procedury, decyzji, aktu administracyjnego, czy jakiejkolwiek innej". (rozdział 1, art. 1-1 (n))	Zagraniczni inwestorzy mogą zakwestionować każde posunięcie państwa członkowskiego UE, Unii lub jej partnera handlowego. Umowy obejmują działania od szczebla lokalnego aż po prawo europejskie stanowione przez parlamenty, decyzje wykonawcze a nawet wyroki sądów.
Materialne przywileje inwestorów	
Równe i sprawiedliwe traktowanie (FET): „Każda ze stron zapewni równe i sprawiedliwe traktowanie objętych umową inwestycji drugiej strony oraz inwestorów w związku z inwestycjami objętymi umową". Dalej następuje lista przykładów działań, które będą stanowić naruszenie tej zasady: „odmowa dostępu do wymiaru sprawiedliwości", „fundamentalne naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu", „oczywista arbitralność", „ukierunkowana dyskryminacja" i „prześladowanie, wymuszenie, nadużycie władzy lub podobne działania podejmowane w złej wierze" (rozdział 2, sekcja 2, art. 3.2)	Ta potencjalnie bardzo wszechstronna klauzula jest największym zagrożeniem dla podatników i prawodawców: w przeszłości była często i skutecznie stosowana przez inwestorów do atakowania działań służących interesowi publicznemu. Jako przykład może posłużyć sprawa firmy Philip Morris przeciwko Urugwajowi (zob. Ramka 1 na str. 12), w której inwestor utrzymuje, że państwo urugwajskie naruszyło tę zasadę, „arbitralnie" wprowadzając politykę antytytoniową, mimo że mogło zastosować inne działania służące ograniczeniu palenia, które nie miałyby negatywnego wpływu na firmę (mniejsze ostrzeżenia o szkodliwości, mniej szokujące ilustracje, etc.)[184]. Takich argumentów z łatwością można byłoby użyć powołując się na zapis o „oczywistej arbitralności" w tekście zaproponowanym przez UE.

Ochrona uzasadnionych oczekiwań inwestorów: „Stosując powyższe zobowiązanie do równego i sprawiedliwego traktowania trybunał może rozważyć, czy strona dokonała wobec inwestora konkretnego oświadczenia, które stało się podstawą inwestycji objętej umową i stworzyło uzasadnione oczekiwanie, i na którym opierał się inwestor podejmując decyzję o dokonaniu lub utrzymaniu inwestycji objętej umową, którego to oczekiwania strona następnie nie wypełniła." (rozdział 2, sekcja 2, art. 3.4)	Trybunały dotychczas interpretowały zasadę „równego i sprawiedliwego traktowania" (FET) jako chroniącą „uzasadnione oczekiwania" inwestorów – mimo że termin ten generalnie nie występuje w istniejących umowach. Traktowały ją również jako ustanawiającą prawo do stabilnego otoczenia regulacyjnego – zobowiązując rządy do niezmieniania przepisów prawa i innych środków, nawet w świetle nowej wiedzy czy demokratycznych wyborów obywateli. W przypadku Quebeku, gdzie opór społeczny doprowadził do wprowadzenia moratorium na szczelinowanie hydrauliczne (zob. Ramka 1 na str. 12), firma Lone Pine argumentuje, że uchylenie posiadanych przez nią koncesji na poszukiwania gazu stanowiło naruszenie jej „uzasadnionego oczekiwania co do stabilności otoczenia biznesowego i prawnego"[185]. Tekst zaproponowany przez UE zdaje się kodyfikować taką szeroką interpretację FET, rozciągając zakres tego pojęcia i dając inwestorom potężne narzędzie do kwestionowania bardziej rygorystycznych uregulowań. Szczególnie niepokojące jest to, że UE nie określa, jakiego rodzaju „konkretne oświadczenia" ze strony państw prowadzą do powstania „uzasadnionego oczekiwania".
Inwestycje a działania regulacyjne: „Dla większej pewności, postanowień niniejszej sekcji nie interpretuje się jako zobowiązania strony do niezmieniania otoczenia prawnego i regulacyjnego, w tym w sposób, który może mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie inwestycji objętej umową lub spodziewane przez inwestora zyski". (rozdział 2, sekcja 2, art. 2.2)	Dokładniejsze spojrzenie na ten fragment pokazuje, że jest to fałszywe pocieszenie. W przeciwieństwie do art. 2.4, który wyraźnie zabrania inwestorom dochodzenia od państw odszkodowań w przypadku cofnięcia dotacji, art. 2.2 nie wyklucza możliwości zasądzenia odszkodowania w przypadku dokonania przez państwo zmiany prawa czy regulacji. Innymi słowy, państwa mogą zmieniać prawo, ale w następstwie tego mogą być zmuszane do wypłaty miliardowych odszkodowań jeśli trybunał uzna, że zmiana stanowi naruszenie materialnych praw inwestora.
Inwestycje a działania regulacyjne II: „Postanowienia niniejszej sekcji nie mają wpływu na prawo stron do stanowienia regulacji na swoim terytorium za pomocą działań niezbędnych do osiągnięcia zasadnych celów politycznych, takich jak ochrona zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, środowiska czy moralności publicznej, zabezpieczenia społeczne czy konsumenckie oraz wspieranie i ochrona różnorodności kulturalnej." (rozdział 2, sekcja 2, art. 2.1	To kolejny paragraf dający fałszywe pocieszenie. Jeśli odczytywać go w kontekście art. 2.4, staje się jasne, że UE nie chce stworzyć osłony chroniącej działania w ramach polityki publicznej przed roszczeniami odszkodowawczymi. Państwa mają prawo stanowić uregulowania, ale nadal mogą być zmuszane do wypłacania z tego tytułu miliardowych odszkodowań. Poza tym prawo do stanowienia regulacji jest uzależnione od spełnienia kryterium konieczności, przy czym to działający dla zysku arbitrzy będą decydować, czy dane działanie było „niezbędne" dla osiągnięcia danego celu, i czy cel sam w sobie był „uzasadniony". Zapis ten nie stwarza żadnej realnej przeszkody dla arbitrów, których celem jest uzyskanie odszkodowania dla inwestora.

Wywłaszczenie: „Żadna ze stron nie może znacjonalizować ani wywłaszczyć inwestycji objętej umową ani bezpośrednio, ani pośrednio w drodze działań, których skutek jest równoważny z nacjonalizacją lub wywłaszczeniem… o ile nie czyni tego: a) w związku z celem publicznym; b) w ramach sprawiedliwego procesu; c) w sposób niedyskryminacyjny; oraz d) za bezzwłoczną wypłatą adekwatnego i efektywnego odszkodowania." (rozdział 2, sekcja 2, art. 5.1)	Z określonego, przychylnego inwestorom punktu widzenia prawie każde prawo czy regulację można uznać za pośrednie „wywłaszczenie", jeśli tylko skutkuje obniżeniem zysków, w tym również przepisy dotyczące zasadnych zabezpieczeń w dziedzinie zdrowia, ochrony środowiska i innych rodzajów interesu publicznego. Czy zaproponowany przez UE załącznik dotyczący zasadnych celów politycznych zapobiegnie takim sytuacjom? Niekoniecznie. Państwo będzie musiało udowodnić, że dane działanie było „zaprojektowane i wdrażane w celu ochrony zasadnych celów politycznych". Podobnie jak stało się w sprawie firmy Philip Morris przeciwko
Załącznik I dotyczący wywłaszczenia: „Dla większej pewności, poza rzadkimi przypadkami, gdy skutki działania lub serii działań są tak drastyczne, że w świetle celu, jakiemu dane działania mają służyć, wydają się one w oczywisty sposób nadmierne, pośredniego wywłaszczenia nie stanowią niedyskryminacyjne działania strony, które zostały zaprojektowane i są stosowane w celu zabezpieczenia zasadnych celów polityki publicznej, takich jak ochrona zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, środowiska czy moralności publicznej, zabezpieczenia socjalne i konsumenckie oraz ochrona różnorodności kulturowej." (rozdział 2, sekcja 2, załącznik I.3)	Urugwaj, inwestorzy mogą się z tym nie zgadzać (np. argumentując, że ostrzeżenia o szkodliwości na opakowaniach papierosów „nie zostały zaprojektowane, by ostrzegać o faktycznych skutkach zdrowotnych palenia", tylko po to, by „budzić emocje takie jak odraza, wstręt czy wręcz przerażenie", a ich „faktyczną funkcją" było „zniszczenie dobrej reputacji" znaku handlowego firmy)[186]. W myśl tekstu UE, „w rzadkich przypadkach" działanie może mimo wszystko zostać uznane za wywłaszczenie, z tytułu którego należy się odszkodowanie z pieniędzy podatnika. Zadecyduje o tym trybunał złożony z działających dla zysku arbitrów.
Traktowanie takie same jak inwestorów krajowych: „Każda ze stron zapewni inwestorom drugiej strony i ich inwestycjom… traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie własnych inwestorów i ich inwestycji w podobnych sytuacjach." (rozdział 2, sekcja 1, art. 2-3.2)	Inwestorzy zagraniczni mają być traktowani nie gorzej niż inwestorzy krajowi. Taki zapis był w przeszłości interpretowany jako zakaz robienia czegokolwiek, co de facto stawiałoby inwestorów zagranicznych w gorszej sytuacji – nawet jeśli nie było to działanie celowe. Na przykład wprowadzony przez Kanadę zakaz wywozu toksycznych odpadów (mający zastosowanie do wszystkich inwestorów i wprowadzony zgodnie z umową międzynarodową) uznano za faworyzujący firmy kanadyjskie, ponieważ mogły one po jego wprowadzeniu dalej prowadzić działalność, podczas gdy ich amerykański konkurent stracił możliwość wysyłania odpadów do USA celem obróbki[187].
Klauzula największego uprzywilejowania (MFN): „Każda ze stron zapewni inwestorom drugiej strony i ich inwestycjom… traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie inwestorów i inwestycji dowolnej innej strony w podobnych sytuacjach." W propozycji UE wyjaśniono, że „nie obejmuje to postępowań w ramach rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem" przewidzianych w innych porozumieniach, i że „materialne zobowiązania zawarte w takich umowach same w sobie nie stanowią „traktowania"… o ile nie podjęto na ich podstawie działań." (rozdział 2, sekcja 1, art. 2-4.4)	W przeszłości arbitrzy wykorzystywali postanowienia o MFN jako „magiczną różdżkę"[188] pozwalającą inwestorom z państwa X pozywać państwo Y na podstawie porozumienia między tymi dwoma państwami, odwołując się przy tym do bardziej przyjaznych inwestorom zapisów zawartych w dowolnym innym porozumieniu zawartym przez państwo Y. Arbitrzy zezwolili inwestorowi z Argentyny pozwać Hiszpanię, powołując się na prawa zapisane w porozumieniu między Hiszpanią a Chile[189], a inwestorowi australijskiemu – pozwać Indie powołując się na prawa zapisane w porozumieniu Kuwejt-Indie[190]. Ta praktyka wielokrotnie zwiększa ryzyko zakończonego sukcesem ataku na politykę publiczną. W tekście UE do pewnego stopnia odniesiono się do niej, jednak jest on nadal niejednoznaczny i pozostawia arbitrom pole do interpretacji. Czemu UE nie zakazuje jednoznacznie „importowania" zobowiązań materialnych z innych traktatów? Taki zakaz wprowadza się tylko dla sytuacji, gdy „nie podjęto… na ich podstawie działań", przy czym „działanie" jest zdefiniowane niezwykle szeroko (zob. powyżej).

Swoboda przepływów kapitałowych: „Każda ze stron umożliwi dokonywanie wszelkich transferów dotyczących inwestycji objętej umową... bez opóźnień i ograniczeń...". Dalej następuje lista przykładów typów transakcji, obejmująca zyski, odsetki i opłaty w ramach kontraktów. (rozdział 2, sekcja 1, art. 6.1)	Ten zapis umożliwia inwestorom wycofanie wszystkich pieniędzy związanych z inwestycją w każdej sytuacji, ograniczając zdolność państw do radzenia sobie z nagłymi masowymi przypływami lub wypływami kapitału, problemami bilansu płatniczego i innymi kryzysami makroekonomicznymi. Wprowadza de facto zakaz kontroli przepływów kapitałowych i podatku od transakcji finansowych.
Swoista klauzula parasolowa: „Jeśli strona zawarła dowolne pisemne zobowiązanie umowne z inwestorami drugiej strony lub ich inwestycjami objętymi umową, strona ta... nie może naruszyć tego zobowiązania w ramach wykonywania swoich uprawnień rządowych." (rozdział 2, sekcja 1, art. 7)	Ten zapis przenosi wszystkie pisemne kontrakty zawarte przez inwestora z państwem w związku z inwestycją na szczebel prawa międzynarodowego, zwielokrotniając ryzyko kosztownych pozwów. Umożliwia on na przykład inwestorowi wniesienie pozwu w ramach ISDS w przypadku domniemanego naruszenia kontraktu z władzami na szczeblu gminy, i to nawet w przypadku, gdy sam kontrakt wymaga rozstrzygania sporów w sądach krajowych.

Procedura rozstrzygania sporów faworyzująca inwestorów zagranicznych

Zgoda na arbitraż: „Respondent zgadza się na wniesienie pozwu na podstawie niniejszej sekcji." Roszczenia mogą być wnoszone zgodnie ze zwykłymi regułami arbitrażu między inwestorami a państwami, takimi jak konwencja ICSID i regulamin UNCITRAL. (rozdział 2, sekcja 3, art. 6.2 i art. 7.1). **Nie ma nigdzie mowy o obowiązku wyczerpania najpierw środków prawnych na szczeblu lokalnym.**	W tym miejscu UE de facto mówi: nasze sądy nie są dość dobre dla inwestorów zagranicznych. W przeciwieństwie do przedsiębiorstw krajowych i zwykłych ludzi, będą oni mieli wyłączne prawo do pomijania krajowego systemu sądownictwa i pozywania UE i jej państw członkowskich bezpośrednio w trybunałach międzynarodowych, które będą oceniać, czy dana polityka jest słuszna czy niesłuszna, i będą mogły zasądzać gigantyczne odszkodowania z pieniędzy podatników.
Trybunał rozstrzygający sprawy: Skargi inwestorów będą rozstrzygane przez „trybunał" złożony z trzech „sędziów", wybranych z ustalonej uprzednio puli piętnastu osób, a powoływanych przez UE i jej partnera handlowego. Osoby te będą otrzymywać „wynagrodzenie za gotowość" wynoszące ok. 2 tys. euro miesięcznie, ale poza tym będą wynagradzane zgodnie z „Regułami administracyjnymi i finansowymi konwencji ICSID". (rozdział 2, sekcja 3, art. 9)	Spory między inwestorami a państwami nie będą rozstrzygane przez niezawisłych sędziów otrzymujących stałe pensje. Zamiast tego orzekać będą działający dla zysku arbitrzy opłacani od sprawy po lukratywnej stawce 3 tys. USD za dzień postępowania, przewidzianej w tabeli wynagrodzeń ICSID, i otrzymujący jednocześnie wynagrodzenie za gotowość wynoszące ok. 2 tys. euro miesięcznie[191] – co oznacza dla nich mocną zachętę do wydawania decyzji po myśli tej strony, która będzie miała możliwość wnoszenia kolejnych pozwów w przyszłości, czyli inwestora.
Etyka: Tak zwani „sędziowie" „są wybierani spośród osób, których niezawisłość nie budzi żadnych wątpliwości." Muszą przestrzegać kodeksu postępowania i „powstrzymują się od pełnienia funkcji radców prawnych, powołanych przez stronę biegłych oraz świadków we wszelkich trwających obecnie lub nowych sporach dotyczących ochrony inwestycji". (rozdział 2, sekcja 3, art. 11.1)	Te zapisy są niewystarczające do stworzenia rzeczywistych, instytucjonalnych zabezpieczeń niezawisłości i bezstronności arbitrów, jakimi byłyby np. stałe wynagrodzenia. Szczególnie niepokojące jest to, że tzw. „sędziowie" nie będą mieli zakazu pełnienia funkcji arbitrów w innych postępowaniach ani prowadzenia prywatnych praktyk prawniczych (chociaż nie mogą być radcami prawnymi w innych sprawach inwestycyjnych), i że nie przewidziano okresu karencji przed powołaniem i po nim. Będą to zatem mogły być osoby należące do wąskiego klubu arbitrów inwestycyjnych, którego członkowie do tej pory rozstrzygali większość sporów inwestorów z państwami, zachęcali inwestorów do wnoszenia spraw i zbudowali swoje biznesy dzięki szerokim, przychylnym inwestorom interpretacjom prawa.

Zasądzenie odszkodowania: Jeśli trybunał uzna, że państwo pogwałciło prawa inwestora zawarte w propozycji UE, może zasądzić „(a) odszkodowanie finansowe wraz z należnymi odsetkami; (b) przywrócenie mienia." „Odszkodowania pieniężne nie mogą być większe niż wysokość szkody faktycznie poniesionej przez powoda". (rozdział 2, sekcja 3, art. 28.1 i 2)	Zasądzanie odszkodowania mogą powodować poważny uszczerbek dla budżetów państw, przy czym mogą one być egzekwowane w drodze zajęcia majątku państwa w dowolnym miejscu na świecie. Jedno z najwyższych znanych odszkodowań zasądzonych do tej pory zostało nałożone na Ekwador. Wynosiło 1,06 mld dolarów plus odsetki, co stanowiło 1 proc. całego budżetu kraju[192]. W 2003 r. Republika Czeska musiała zapłacić pewnej korporacji 354 mln dolarów, co według doniesień stanowiło równowartość rocznych wydatków tego kraju na służbę zdrowia[193]. Trybunały często zasądzają odszkodowania z tytułu spodziewanych przyszłych zysków, jak to miało miejsce w przypadku Libii, której nakazano zapłatę 900 mln dolarów z tytułu „utraconych zysków" z „realnych i pewnych możliwości biznesowych" w ramach projektu turystycznego, chociaż inwestor faktycznie zainwestował jedynie 5 mln dolarów, a prace budowlane w ogóle się nie rozpoczęły[194].
Zasądzenie odszkodowania: Trybunał może zasądzić „tylko" odszkodowanie pieniężne lub przywrócenie mienia (rozdział 2, sekcja 3, art. 28.1). Zdaniem UE oznacza to, że nakaz wydany przez trybunał nie może prowadzić do uchylania aktów prawnych przyjmowanych przez parlamenty w UE i w krajach będących jej partnerami handlowymi.	Ten zapis nie zapobiegnie „dobrowolnemu" odraczaniu, porzucaniu lub rozwadnianiu pożądanych rozwiązań prawnych przez rządy w przypadku wniesienia lub groźby wniesienia dużego pozwu ze strony bogatej firmy w ramach ISDS. Za przykład takiego regulacyjnego efektu mrożącego może posłużyć ograniczenie zakresu kontroli środowiskowych w elektrowni węglowej w ramach polubownego rozstrzygnięcia sporu między Niemcami a szwedzką firmą energetyczną Vattenfall (zob. Ramka 1 na str. 12) oraz odwleczone w czasie wdrożenie przepisów antytytoniowych w Kanadzie i Nowej Zelandii, gdzie wielkie firmy tytoniowe groziły pozwami i wniosły roszczenia[195]. Efekt mrożący jest zdaniem wielu osób główną funkcją globalnego reżimu ochrony inwestycji.
Nigdzie w tekście nie wspomina się o **obowiązkach inwestorów.**	Unijne propozycje nadają zagranicznym inwestorom mocne i łatwe do egzekwowania prawa, ale żadnych możliwych do wyegzekwowania obowiązków. Z systemu nie mogą korzystać państwa przyjmujące inwestorów ani strony dotknięte skutkami ich inwestycji, takie jak związki zawodowe czy lokalne społeczności, którym nie dano możliwości rozliczenia inwestora z naruszeń praw człowieka bądź praw pracowniczych, łamania prawa ochrony środowiska czy innych przepisów, w sytuacji gdy instytucje krajowe nie zapewniają im skutecznych środków prawnych.

Przypisy

1 *The Economist*, "Investor-state dispute settlement. The arbitration game", 11 października 2014 r., http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration

2 Cytowanie w: Paul Ames, "ISDS: The most toxic acronym in Europe", *Politico*, 17 września 2015 r., http://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/

3 Joseph E. Stiglitz, "How Trade Agreements Amount to a Secret Corporate Takeover", *Huffington Post*, 18 maja 2015 r., http://www.huffingtonpost.com/joseph-e-stiglitz/trade-agreements-amount-to-corporate-takeover_b_7302072.html

4 Cytowanie w: Campact, "Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeutet", video, 9 grudnia 2015 r., https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0

5 UNCTAD's International Investment Agreements Navigator daje najlepszy przegląd istniejących międzynarodowych umów inwestycyjnych: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA (visited on 10 lutego 2016 r.)

6 ICSID, "Schedule of Fees", tabela wynagrodzeń obowiązująca od 1 stycznia 2013 r., https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Schedule-of-Fees.aspx

7 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, "Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom", listopad 2012 r., rozdział 4, http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profiting-from-injustice.pdf

8 Campaign for Tobacco-Free Kids, "Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay", http://www.tobaccocontrollaws.org/litigation/decisions/uy-20130702-philip-morris-brands-v.-urugua

9 Ben Beachy, "The Corporation Behind Keystone XL Just Laid Bare the TPP's Threats to Our Climate", *Huffington Post*, 7 stycznia 2016 r., http://www.huffingtonpost.com/ben-beachy/the-corporation-behind-ke_b_8931802.html; Hymas, Lisa, "The 7 things you need to know now about the Keystone XL pipeline", Grist, 6 listopada 2015 r., http://grist.org/climate-energy/the-7-things-you-need-to-know-now-about-the-keystone-xl-pipeline/

10 IISD, "The State of Play in *Vattenfall v. Germany II*: Leaving the German public in the dark", grudzień 2014 r., http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf

11 IAPP, "Forestic v South Africa (Italy–South Africa BIT)", luty 2011 r., http://iiapp.org/media/uploads/foresti_v_south_africa.rev.pdf

12 Janet M. Eaton, "Digby Neck Quarry Bilcon Case, Tribunal Decision and Dissent", 11 maja 2015 r., http://www.sierraclub.ca/sites/sierraclub.ca/files/JANET201505.pdf

13 Federico Lavopa, "Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The case of Argentina", South Centre Investment Policy Brief No. 2, lipiec 2015 r., http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB2_Crisis-Emergency-Measures-and-the-Failure-of-the-ISDS-System-The-Case-of-Argentina.pdf

14 Claudia Ciobanu, "Rosia Montana, an omen for TTIP", *Euractiv*, 27 lipca 2015 r., http://www.euractiv.com/sections/trade-society/rosia-montana-omen-ttip-316594

15 Corporate Europe Observatory/ Council of Canadians/ Transnational Institute, "The right to say no: EU-Canada trade agreement threatens fracking bans", 6 maja 2013 r., http://corporateeurope.org/climate-and-energy/2013/05/right-say-no-eu-canada-trade-agreement-threatens-fracking-bans; *IA Reporter*, "In new pleading, Lone Pine questions 'environmental' bona fides of decision to cancel fracking exploration permit, and offers a DCF valuation of its losses", 7 maja 2015 r., http://www.iareporter.com/articles/in-new-pleading-lone-pine-questions-environmental-bona-fides-of-decision-to-cancel-fracking-exploration-permit-and-offers-a-dcf-valuation-of-its-losses/

16 George Kahale III quoted in: "Kahale calls for overhaul of BIT system", *Global Arbitration Review*, 11 kwietnia 2014 r., http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/GAR.pdf

17 Alfred de Zayas, "How can Philip Morris sue Uruguay over its tobacco laws?", *The Guardian*, 16 listopada 2015 r., http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/nov/16/philip-morris-uruguay-tobacco-isds-human-rights?CMP=share_btn_tw

18 UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator", http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS (ściągnięte w dniu 10 lutego 2016 r.)

19 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, "The Trans-Pacific Partnership (TPP) presents an opportunity to end the abusive tobacco industry trade lawsuits which are both undermining legitimate tobacco control policies and complicating trade negotiations", maj 2015 r., https://www.tobaccofreekids.org/content/what_we_do/federal_issues/trade/ISDS_TFK_ACS_CAN_Fact_Sheet_May_2015.pdf. Dokładniejsza analiza na temat arbitrażu inwestycyjnego i porzucania przez rządy planów legislacyjnych z powodu zagrożenia pozwami o wysokie odszkodowania została przedstawiona w: Kyla Tienhaara, „Regulatory chill and the threat of arbitration", 2010, in: C. Brown and K. Miles (eds) Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, 606-627

20 Cytowanie w: William Greider, "The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century", *The Nation*, 17 listopada 2001 r., http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/

21 Kip Keen, "Landmark Canada/EU trade agreement could have major implications for miners", *Mineweb*, 23 października 2013 r., http://www.mineweb.com/archive/landmark-canadaeu-trade-agreement-could-have-major-implications-for-miners/

22 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, "Profiting from Crisis. How corporations and lawyers are scavenging profits from Europe's crisis countries", marzec 2014 r., rozdział 5, http://corporateeurope.org/eu-crisis/2014/03/profiting-crisis-how-corporations-and-lawyers-are-scavenging-profits-europe-crisis; Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit. przypis 7, rozdział 3

23 Gus van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration", Osgoode Hall Law Journal 50:1, 2012, 211-268, http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ohlj; Gus van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 31/2016, 2016; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2721920

24 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit przypis 7, rozdział 5

25 UNCTAD, "World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance", 2015, rozdział III, http://unctad.org/en/publicationchapters/wir2015ch3_en.pdf; UNCTAD, op cit przypis 18

26 ICSID, "The ICSID Caseload Statistics (Issue 2016-1)", str. 24f., https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20%28English%29%20final.pdf

27 Gus Van Harten and Pavel Malysheuski, "Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, 12:3, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713876

28 Matthew Hodgson, "Counting the Costs of Investment Treaty Arbitration", *Global Arbitration Review*, 24 marca 2014 r., http://www.allenovery.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf

29 Sebastian Perry, "The cost of Yukos", *Global Arbitration Review*, 29 lipca 2014 r., http://globalarbitrationreview.com/news/article/32852/the-cost-yukos/

30 Zob. np.: http://www.isdscorporateattacks.org/; http://justinvestment.org/; Public statement on the international investment regime, 31 sierpnia 2010 r., http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/; Open letter from lawyers to the negotiators of the Trans-Pacific Partnership urging the rejection of investor-state dispute settlement, 8 maja 2012 r., https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/; Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 14 lipca 2014 r., https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html; Open letter to US Congress members, 30 kwietnia 2015 r., https://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf

31 Simon Lester, "Debating ISDS", *Kluwer Arbitration Blog*, 20 czerwca 2015 r., http://kluwerarbitrationblog.com/2015/06/20/debating-isds-2/

32 Deutscher Richterbund, "Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015", Nr. 04/16, 4 lutego 2016 r., http://www.drb.de/cms/index.php?id=952, nieoficjalne tłumaczenie na język angielski: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf

33 Simon Lester, 2015, op cit. przypis 31

34 Nowe modele porozumień przyjęte przez RPA i Indie nie obejmują klauzuli o równym i sprawiedliwym traktowaniu ani klauzuli największego uprzywilejowania. W modelu indyjskim do arbitrażu można przystąpić dopiero po zastosowaniu, przez okres 5 lat, lokalnych środków prawnych. RPA całkowicie wyklucza arbitraż międzynarodowy. Ochronę inwestorów uzgodniono tam z konstytucją, tzn. inwestorzy zagraniczni nie będą mieli większych praw niż pozostali. Zob. Maxim Bönnemann, "Towards Post-Western Investment Law? Alternative Visions in the Making", *Völkerrechtsblog*, 14 września 2015 r., http://www.bilaterals.org/?towards-post-western-investment&lang=en

35 Abdulkadir Jailani, "Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements", South Centre Investment Policy Brief No. 1, lipiec 2015 r., http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB1_Indonesia-Perspective-on-Review-of-Intl-Inv-Agreements_EN.pdf

36 Gaetano Iorio Fiorelli, "Italy withdraws from Energy Charter Treaty", *Global Arbitration Review*, 6 maja 2015 r., http://globalarbitrationnews.com/italy-withdraws-from-energy-charter-treaty-20150507/

37 Cytowane w: Eve Schram, "American Mining Giant Escaped Indonesian Law with ISDS", *Inter Press Service*, 28 grudnia 2015 r., http://www.ipsnews.net/2015/12/american-mining-giant-escaped-indonesian-law-with-isds/

38 Lauge N. Skovgaard Poulsen, "Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties", *International Studies Quarterly* 58:1, 1-14, str. 10

39 Lauge N. Skovgaard Poulsen, "Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries", 2015, Cambridge University Press.

40 Ibid., str. xv

41 Ibid., str. xvi

42 Ibid., str.20f.

43 Komisja Europejska, "Investment", styczeń 2015 r., http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153018.5%20Investment.pdf

44 ICC, "Bilateral Investment Treaties and Investor-State Dispute Resolution", 2014 r., http://www.icc-austria.org/fxdata/iccws/prod/media/files/20140616%20ICC%20Key%20facts%20on%20Bilateral%20Investment%20Treaties.pdf

45 Przegląd literatury jest dostępny tutaj: Lauge Skovgaard Poulsen, "The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence", 2010, http://works.bepress.com/lauge_poulsen/4/; Jason W. Yacke, "Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence", 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594887

46 Ibid.

47 Parlament Europejski, "Answer given by Ms Malmström on behalf of the Commission", 14 września 2015 r., E-008187/2015, http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-008187&language=EN

48 Xavier Carim, "International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa", South Centre Investment Policy Brief No. 4, sierpień 2015 r., str. 3, http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/08/IPB4_IIAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_EN.pdf

49 OECD, "FDI stocks", https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm (visited on 10 lutego 2016 r.)

50 UNCTAD, "Bilateral FDI statistics", http://unctad.org/en/Pages/DIAE/FDI%20Statistics/FDI-Statistics-Bilateral.aspx (visited on 10 lutego 2016 r.)

51 Jason W. Yacke, 2010, op cit. przypis 45

52 UNCTAD, "World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: an action plan", 2014 r., http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf

53 Xavier Carim, 2015 r., op cit. przypis 48

54 UNCTAD, 2014 r., op cit. przypis 52

55 Gus van Harten, "A report on the flawed proposals for investor-state dispute settlement (ISDS) in TTIP and CETA", Osgoode Legal Studies Research Paper No. 16, 11:4, 2015, str.12f, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595189

56 Cytowane w: Jess Hill, "TPP's clauses that let Australia be sued are weapons of legal destruction, says lawyer", *The Guardian*, 10 listopada 2015 r., http://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer

57 Corporate Europe Observatory, "TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission", 3 lutego 2015 r., http://corporateeurope.org/international-trade/2015/02/ttip-investor-rights-many-voices-ignored-commission

58 Europejska Inicjatywa Obywatelska Stop TTIP: https://stop-ttip.org/sign/

59 Virginia López Calvo, "The great rebranding: how the EU tried to fool us into thinking it has removed ISDS from TTIP", *OpenDemocracy*, 22 października 2015 r., https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/virginia-l-pez-calvo/great-rebranding-how-eu-tried-to-fool-us-into-thinking-it-ha

60 Francuskie Zgromadzenie Narodowe, "Résolution Européenne sur le projet d'accord économique et commercial entre l'Union européenne et le Canada," Texte Adopté no. 428, 23 listopada 2014 r., http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0428.asp; Senat Francji, "Rapport et Texte de la Commission," No. 134, 27 listopada 2014 r., http://www.senat.fr/rap/l14-134/l14-1341.pdf; Parlament Austrii, "Entschließung des Nationalrates vom 24 września 2014 r. betreffend Anforderungen an Freihandelsabkommen der EU", 40/E XXV. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/E/E_00040/fname_366504.pdf; Parlament Królestwa Niderlandów, "Motie Segers c.s. over geen geschillenbeslechting in TTIP die afbreuk doet aan ons nationale rechtssysteem – Europese Raad", https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vjshpkcb2gh7

61 Rząd Republiki Francuskiej, "Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs", maj 2015 r., http://transatlantique.blog.lemonde.fr/2015/06/02/tribunaux-darbitrage-la-france-presente-ses-propositions-a-bruxelles/#document; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, "Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA", maj 2015 r., http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf

62 Cytowane w: Paul Ames, 2015, op cit. przypis 2

63 Komisja Europejska, "Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations", 16 września 2015 r., http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364

64 Hendrik Kafsack, "Bessere Schiedsgerichte", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 września 2015 r., http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/kommentar-ttip-bessere-schiedsgerichte-13806727.html, tłumaczenie: Pia Eberhardt

65 András Szigetvari, "Investorenschutz: Erfolg für TTIP-Kritiker", *Der Standard*, 16 September 2015, http://derstandard.at/2000022328908/Investorenschutz-Erfolg-fuer-TTIP-Kritiker, translation: Pia Eberhardt

66 Transport & Environment, "New' Investment Court System still privileges foreign investors under EU-US trade deal", 16 września 2015 r., http://www.transportenvironment.org/press/%E2%80%98new%E2%80%99-investment-court-system-still-privileges-foreign-investors-under-eu-us-trade-deal

67 Grupa Postępowego Sojuszu Socjalistów i Demokratów w Parlamencie Europejskim, „Grupa S&D przyjmuje z zadowoleniem nowy mechanizm rozstrzygania sporów handlowych, zastępujący ISDS", 16 września 2015 r., , http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-welcome-new-trade-dispute-resolution-mechanism-replacing-isds

68 Grupa Postępowego Sojuszu Socjalistów i Demokratów w Parlamencie Europejskim, „Grupa S&D chce wyłączenia mechanizmu rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem z umowy o transatlantyckim partnerstwie handlowym i inwestycyjnym między UE-USA (TTIP)", 21 stycznia 2014 r., http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-want-investor-state-dispute-mechanism-out-eu-us-trade-and-investment-agreement-ttip

69 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, "Pressemitteilung. Staatssekretär Machnig: Durchbruch für modernen und transparenten Investitionsschutz", 16 września 2015 r., http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=726118.html, t: Pia Eberhardt.

70 Kattalin Landaburu, "Etats-Unis/TTIP : Bruxelles va proposer aux Américains une réforme du mécanisme de règlement des différents investisseurs/Etat", *Le Moci*, 18 września 2015 r., http://www.lemoci.com/actualites/pays-marches/etats-unisttip-bruxelles-va-proposer-aux-americains-une-reforme-du-mecanisme-de-reglement-des-differents-investisseursetat/, tłumaczenie: Pia Eberhardt

71 Huib De Zeeuw, "Ploumen: grootste bezwaar TTIP is al 'dood en begraven'", *NRC*, 7 października 2015 r., https://www.nrc.nl/nieuws/2015/10/07/ploumen-neemt-110-000-handtekeningen-in-ontvangst-tegen-ttip, tłumaczenie: Pia Eberhardt

72 Zgodnie z art. 6.2 sekcja 3 , propozycji Komisji, spory między inwestorami a państwami mogłyby być rozstrzygane na podstawie zapisów ICSID, reguł UNCITRAL lub dowolnych innych reguł arbitrażowych ustalonych pomiędzy stronami. Zob.: Komisja Europejska, "Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 listopada 2015 r., http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

73 W art. 9.14 w sekcji 3 propozycji Komisji stwierdzono, że dopóki nie ma stałych pensji dla tzw. „sędziów" rozstrzygających spory między inwestorami a państwami, ich wynagrodzenia i koszty będą „ustalane na podstawie reguły 14(1) w Regulaminie administracyjnym i finansowym konwencji ICSID". Dotyczy ona dziennych opłat dla arbitrów, które „określa co pewien czas sekretarz generalny (ICSID), a następnie zatwierdza przewodniczący" (ICSID, „ICSID convention, regulations and rules", 2006, str. 60, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf). Opłaty te zostały ustalone w tabeli honorariów (schedule of fees), która weszła w życie 1 stycznia 2013 r. W punkcie (3) stwierdza się tam, że arbitrom „przysługuje honorarium w wysokości 3 tys. USD za dzień posiedzeń lub innej pracy wykonanej w związku z postępowaniem" (ICSID, „Schedule of Fees" obowiązująca od 1 stycznia 2013 r. https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/Schedule-of-Fees.aspx)

74 Gus van Harten, "Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", 18 listopada 2015 r., str. c1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692122

75 Cytowane w: Campact, "Experten-Check: Was der Handelsgerichtshof in TTIP wirklich bedeutet", nagranie, 9 grudnia 2015 r., https://www.youtube.com/watch?v=0x9QZ8ebwf0

76 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. przypis 32

77 Laurens Ankersmit, "Keystone ISDS lawsuit highlights legal risks of EU trade deals", *Euractiv*, 25 stycznia 2016 r., http://www.euractiv.com/sections/trade-society/keystone-pipeline-isds-lawsuit-highlights-legal-risks-eu-trade-deals-321274

78 W myśl art. 6 propozycji Komisji inwestor może „wnieść skargę" do Trybunału Pierwszej Instancji. Druga strona „zgadza się na wniesienie skargi" w art. 7. Nie ma nigdzie wymogu wyczerpania najpierw krajowych środków prawnych. Zob.: Komisja Europejska, „Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 listopada 2015 r., sekcja 3, art. 6 i 7, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf

79 Public Citizen, "TAFTA Corporate Empowerment Map", 2014, https://www.citizen.org/TAFTA-investment-map

80 UNCTAD, "Investor-state dispute settlement: an information note on the United States and the European Union", czerwiec 2014 r., str. 1, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/INVESTOR%20STATE%2020%20JUNE%202014_1.pdf

81 Transatlantic Consumer Dialogue, "Response to the European Commission's Investor-State Dispute Settlement 'Reform' proposal", styczeń 2016 r., http://tacd.org/wp-content/uploads/2015/02/TACD-resolution-ICS-proposal.pdf

82 Jest to możliwe dzięki bardzo szerokiej definicji terminu „inwestor" w propozycji Komisji, zob. załącznik na str. 38.

83 Freshfields Bruckhaus Deringer, "Will growth in BIT claims really slow down?", 2013 r., http://www.freshfields.com/foresight/article-06.html

84 Korespondencja mailowa z autorem, Pia Eberhardt. Schepel odnosi się do dokumentu Market Value of U.S. Portfolio Holdings of Foreign Securities, by Country and Type of Security, stan na dzień 31 grudnia 2014 r., zob.: http://ticdata.treasury.gov/Publish/shcprelim.html

85 UNCTAD, 2014, op cit. przypis 80; Public Citizen, "Tens of Thousands of U.S. Firms Would Obtain New Powers to Launch Investor-State Attacks against European Policies via CETA and TTIP", 2014 r., str 1 , https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf

86 Następujące państwa członkowskie UE mają dwustronne umowy inwestycyjne z USA: Bułgaria, Chorwacja, Republika Czeska, Estonia, Łotwa, Litwa, Polska, Rumunia i Republika Słowacka.

87 Sprawa Metalclad Corporation przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym, ICSID sprawa nr. ARB(AF)/97/1, orzeczenie, 2000, punkt 102f.

88 Sprawa Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. przeciwko Meksykańskim Stanom Zjednoczonym, ICSID sprawa nr ARB (AF)/00/2, orzeczenie, 2003, punkt 152f.

89 Cytowane w: *Inside US Trade*, "U.S. Investment Protection Advocates Wary Of Possible TTIP Outcome", 24 czerwca 2014 r.

90 Cytowane w: Eric Frei, "Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern", *Der Standard*, 2 listopada 2015 r., http://derstandard.at/2000024886097/TTIP-Gerichtshof-wuerde-wenig-aendern, translation: Pia Eberhardt

91 Abal Hermanos, S.A. v. Uruguay, Sentencia No. 1713, Suprema Corte de Justicia, 17 listopada 2010

92 ClientEarth, "Legality of investor-state dispute settlement (ISDS) under EU law", 22 października 2015 r., str. 17, http://documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2015-10-15-legality-of-isds-under-eu-law-ce-en.pdf

93 Simon Lester, 2015, op cit. przypis 31

94 Na przykład podczas publicznej debaty na temat propozycji w sprawie ICS Rupert Schlegelmilch z Komisji Europejskiej argumentował, że pozwy inwestorów przeciwko państwom takie jak te wniesione przez firmy Vattenfall czy Philip Morris były „oparte na systemie sprzed reformy" i że „to, co robimy w ramach reformy, rozwiązuje problem" tego rodzaju pozwów. Zob.: TNI, „Does the EU's „Investment Court System" put an end to ISDS?", nagranie, 23 listopada 2015 r., https://www.tni.org/en/article/does-the-eus-investment-court-system-put-an-end-to-isds

95 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", 6 stycznia 2016 r., https://assets.documentcloud.org/documents/2676478/TransCanada-Notice-of-Intent-6-Jan-2016.pdf

96 Propozycja Komisji jest podzielona na dwie części: ogólny rozdział nt. handlu usługami, inwestycji i e-handlu, opublikowany w lipcu 2015 r., oraz podrozdział 2 dotyczący inwestycji, który opublikowano w listopadzie 2015 r. Zob.: Komisja Europejska, „Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce", 31 lipca 2015 r., http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf; Komisja Europejska, „Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade in services, investment and e-commerce. Chapter II – Investment", 12 listopada 2015 r., http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf

97 Biały Dom, „Statement by the President on the Keystone XL Pipeline", 6 listopada 2015 r., https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/11/06/statement-president-keystone-xl-pipeline

98 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, 2016, op. cit. przypis 95, punkty 50, 51

99 Ibid., punkt 1

100 Ibid., punkt 59, 7

101 Ibid., rozdział C, punkt 60

102 Ibid., punkt 57, 8

103 Ibid., punkt 1

104 Ibid., punkt 10, 2

105 Ibid., punkt 10

106 Jim Shultz, "The Pipeline Strikes Back: The Audacity of TransCanada's $15B Suit Against the U.S.", *Yes! Magazine*, 3 lutego 2016, http://www.yesmagazine.org/planet/the-pipeline-strikes-back-the-audacity-of-transcanadas-fifteenb-suit-against-the-us-20160203

107 TransCanada Corporation & TransCanada PipeLines Limited, 2016, op cit. przypis 95, paragraf 1

108 Ibid., punkt 61

109 Jim Snyder, "How TransCanada Corp can recoup US$2.4 billion in losses if Obama rejects Keystone XL", *Bloomberg News*, 4 sierpnia 2015 r., http://business.financialpost.com/news/energy/how-transcanada-corp-can-recoup-us2-4-billion-in-losses-if-obama-rejects-keystone-xl?__lsa=c531-4926

110 Chociaż art. 28.2 propozycji UE stanowi, że „odszkodowanie pieniężne nie może być większe niż wysokość straty poniesionej przez powoda", w przeszłości trybunały regularnie przyznawały odszkodowania obejmujące utracone przyszłe potencjalne zyski, traktując je jako stratę poniesioną przez inwestora. Zob.: Komisja Europejska, 12 listopada 2015 r., op. cit. przypis 94, sekcja 3, art. 28

111 TransCanada Keystone Pipeline, LP and TC Oil Pipeline Operations Inc., "Complaint in the United States District Court for the Southern District of Texas Houston

Division", 6 stycznia 2016 r., http://keystone-xl.com/wp-content/uploads/2016/01/TransCanada-Complaint-January-6-2016.pdf

112 Stephan Schill zakwestionował twierdzenie, że równoległe i następujące po sobie pozwy będą wykluczone. Zob. Stephan Schill, "Das TTIP-Gericht: Keimzelle oder Stolperstein für echte Multilateralisierung des internationalen Investitionsrechts?", *Verfassungsblog*, 25 listopada 2015 r., http://verfassungsblog.de/das-ttip-gericht-keimzelle-oder-stolperstein-fuer-echte-multilateralisierung-des-internationalen-investitionsrechts/

113 *World Trade Online*, "Levin: Keystone ISDS Case Highlights Need For TPP Investment Changes", 8 stycznia 2016 r., http://insidetrade.com/daily-news/levin-keystone-isds-case-highlights-need-tpp-investment-changes

114 Opracowanie w przygotowaniu przez Corporate Europe Observatory, Friends of the Earth Europe, Forum Umwelt & Entwicklung and Transnational Institute.

115 Zgodnie z art. 28 trybunały mogą nakazywać państwom wypłatę „odszkodowań pieniężnych wraz z należnymi odsetkami" w sytuacji gdy stwierdzą, że państwo naruszyło chociażby jedno spośród praw przyznanych inwestorom. Zob. również przypis 110.

116 Sprawa Occidental Petroleum Corporation i Occidental Exploration and Production Company przeciwko Republice Ekwadoru, ICSID Sprawa nr ARB/06/11, decyzja o unieważnieniu orzeczenia, 2 listopada 2015 r., https://icsid.worldbank.org

117 Mihir A. Desai and Alberto Moel, "Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World," 2006 r., str. 14, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585843

118 Diana Rosert, "Libya ordered to pay US$935 million to Kuwaiti company for cancelled investment project; jurisdiction established under Unified Agreement for the Investment of Arab Capital", *Investment Treaty News*, 19 stycznia 2014 r., http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/

119 Gus van Harten, 2015, op cit. przypis 74, str. 4-5

120 Cytowane w: Alex Newman, "TTIP of the iceberg – what the Transatlantic Trade and Investment Partnership means for lawyers on both sides of the Pond", *LegalWeek*, 12 lutego 2014 r., http://www.legalweek.com/legal-week/analysis/2327975/ttip-of-the-iceberg-what-the-transatlantic-trade-and-investment-partnership-trade-deal-means-for-lawyers-on-both-sides-of-the-atlantic

121 Gus van Harten, 2015, op cit. przypis 74, str. 4

122 Gus van Harten, Sold Down the Yangtze: Canada's Lopsided Investment Deal with China, str. 18

123 Cytowane w: Trade Justice Movement, "Worried about UK BITs? The case for reviewing UK investment protection provisions", październik 2015 r., str. 11, http://www.tjm.org.uk/documents/Worried_about_your_BITS_report__FINAL.pdf

124 Cezary Wiśniewski i Olga Górska, "A Need for Preventive Investment Protection?", *Kluwer Arbitration Blog*, 30 września 2015 r., http://kluwerarbitrationblog.com/2015/09/30/a-need-for-preventive-investment-protection/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A%20KluwerArbitrationBlogFull%20%28Kluwer%20Arbitration%20Blog%20-%20Latest%20Entries%29

125 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, op cit. przypis 19

126 Liz Tout, Michelle Bradfield and Lucille De Silva, "The latest renewables claim: Abengoa's subsidiary launches investment treaty proceedings against Spain", *Lexology*, 29 listopada 2013 r., http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6b0271ca-b6d2-4d9b-8475-0247e401b735

127 Wewnętrzne sprawozdanie Komisji Europejskiej po spotkaniu z firmą Chevron w sprawie ISDS w umowie TTIP z dnia 29 kwietnia 2014 r. Uzyskane na podstawie wniosku o udostępnienie dokumentów zgodnie z regułami UE dotyczącymi ujawniania informacji. W archiwum Corporate Europe Observatory.

128 Matthew Coleman and others, "Foreign Investors' Options to Deal with Regulatory Changes in the Renewable Energy Sector", 26 września 2014 r., http://www.steptoe.com/publications-9889.html

129 David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization, Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge University Press, str. 3

130 Gus van Harten, cytowane w: Danielle Mackey, "The US-EU trade treaty that could let corporations sue governments", *Al Jazeera America*, 27 maja 2015 r., http://america.aljazeera.com/articles/2015/5/27/a-eu-us-trade-agreement-could-allow.html

131 Zgodnie z propozycją UE inwestorzy mogą kwestionować następujące rodzaje działań: „dowolne działanie strony, czy to w formie przepisu prawa, regulacji, reguły, procedury, decyzji, aktu administracyjnego, czy jakiejkolwiek innej". Zapis dotyczy działań podejmowanych przez „rządy i władze na wszystkich szczeblach" oraz „organy pozarządowe realizujące uprawnienia przekazane im przez rządy bądź organy władzy dowolnego szczebla". Zob.: Komisja Europejska, 31 lipca 2015 r., op. cit. przypis 94, art. 1-1 (o)

132 Public Citizen, "Ecuador's Highest Court vs. a Foreign Tribunal: Who Will Have the Final Say on Whether Chevron Must Pay a $9.5 Billion Judgment for Amazon Devastation?", 11 grudnia 2013 r., http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2013/12/ecuadors-highest-court-vs-a-foreign-tribunal-who-will-have-the-final-say-on-whether-chevron-will-pay.html

133 Cytowane w: Sebastian Perry, "STOCKHOLM: Arbitrator and counsel: the double-hat syndrome", *Global Arbitration Review* 7:2, 15 marca, 2012 r., http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30399/stockholm-arbitrator-counsel-double-hatsyndrome

134 Public Citizen, "U.S. Pharmaceutical Corporation Uses NAFTA Foreign Investor Privileges Regime to Attack Canada's Patent Policy, Demand $100 Million for Invalidation of a Patent", marzec 2013 r., https://www.citizen.org/documents/eli-lilly-investor-state-factsheet.pdf

135 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. przypis 32

136 Art. 9.14 w sekcji 3 propozycji UE, op. cit. przypis 73

137 Cecilia Malmström, "Opening remarks: Discussion on Investment in TTIP", 18 marca 2015 r., str. 4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf

138 Gus van Harten, 2012 i 2016, op. Cit. przypis 23

139 Zgodnie z zapisami sekcji 2, podsekcja 5, art. 23.1, „trybunał zezwoli każdej osobie fizycznej lub prawnej, która wykaże, że wynik sporu jest istotny dla jej bezpośredniego i aktualnego interesu... na udział w charakterze strony trzeciej". Udział jednak jest „ograniczony do popierania w całości lub części orzeczenia, o jakie stara się jedna ze stron sporu".

140 OHCHR, "UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights", 2 czerwca 2015 r., http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E

141 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, op cit. przypis 7

142 Propozycja UE zabrania jedynie piętnastu wyselekcjonowanym arbitrom pracy „na boku" w charakterze „radcy prawnego lub powołanego przez stronę biegłego bądź świadka we wszelkich trwających obecnie lub nowych sporach dotyczących ochrony inwestycji". Mogą oni zatem zasiadać jako arbitrzy w innych postępowaniach i niezależnie od tego prowadzić praktykę prawniczą. Zob. rozdział 2, sekcja 4, art. 11.

143 Według propozycji UE członkowie trybunału „muszą wykazać się wiedzą ekspercką z dziedziny publicznego prawa międzynarodowego. Jest pożądane, by w szczególności posiadali wiedzę ekspercką z dziedziny międzynarodowego prawa inwestycyjnego, międzynarodowego prawa handlowego i rozstrzygania sporów w ramach międzynarodowych porozumień inwestycyjnych i handlowych." Zob. rozdział 2, sekcja 4, art. 9.5

144 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. przypis 32

145 UNCTAD, "Investor-state dispute settlement: review of developments in 2014", str. 3, http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/UNCTAD_WEB_DIAE_PCB_2015_%202%20IIA%20ISSUES%20NOTES%2013MAY%20.pdf

146 Zob.: http://treatymovement.com/

147 Friends of the Earth Europe, "Rights for business, not for people", listopad 2015 r., https://www.foeeurope.org/rights-business-not-people-EU-agenda-271115

148 UNCTAD, "International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal", czerwiec 2013, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d9_en.pdf

149 Art. 216 ust. 2 TFEU

150 Cecilia Malmström, "Opening remarks: Discussion on Investment in TTIP", 18 marca 2015 r., str. 4, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf

151 Umowa o wolnym handlu między UE i Wietnamem: uzgodniony tekst ze stycznia 2016 r., rozdział 8. o handlu usługami, inwestycjach i e-handlu, dział II Inwestycje, podsekcja 3, art. 15, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf

152 Deutscher Richterbund, 2016, op cit. przypis 73

153 Friends of the Earth Europe, "The hidden costs of EU trade deals", 4 grudnia 2014 r., http://www.foeeurope.org/how-taxpayers-footing-bill-europes-trade-deals-041214

154 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), published on 29 lutego 2016 r., http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf

155 Council of Canadians, "CETA announcement is smoke and mirrors", 29 lutego 2016 r., http://canadians.org/media/ceta-announcement-smoke-and-mirrors-council-canadians

156 Canadian Centre for Policy Alternatives: "Making sense of the CETA. An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement", wrzesień 2014 r., https://www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2014/09/making_sense_of_the_ceta_PUBLICSERVICES.pdf

157 Corporate Europe Observatory and others, "Trading away democracy. How CETA's investor protection rules threaten the public good in Canada and the EU", listopad 2014 r., http://corporateeurope.org/sites/default/files/trading-away-democracy.pdf

158 Public Citizen, 2014, op cit. przypis 85, str. 1

159 Różni sygnatariusze, „Stop the Corporate Giveaway! A transatlantic plea for sanity in the EU–Canada CETA negotiations", 25 listopada 2013 r., http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/stop_the_corporate_giveaway_-_a_transatlantic_plea_for_sanity_in_the_eu-canada_ceta_negotiations.pdf

160 http://www.huffingtonpost.ca/2016/01/21/eu-quietly-asks-canada-to-rework-trade-deal-s-thorny-investment-clause_n_9037930.html?, EPP Group calls for speedy ratification of EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 29 lutego 2016 r., http://www.eppgroup.eu/press-release/EU-Canada-trade:-let-the-ratification-countdown-begin!

161 http://www.bilaterals.org/?eu-trade-insight-schulz-and-lange&lang=enLiberals, Porozumienie Liberałów i Demokratów, "Final details on CETA – Liberal success of Justin Trudeau and Cecilia Malmström", 1 marca 2016 r., http://pr.euractiv.com/pr/final-details-ceta-liberal-success-justin-trudeau-and-cecilia-malmstr-m-138287

162 Grupa Postępowego Sojuszu Socjalistów i Demokratów w Parlamencie Europejskim, „Grupa S&D forsuje nowy system ochrony inwestycji w umowie handlowej z Kanadą", 29 lutego 2016 r., http://www.socialistsanddemocrats.eu/newsroom/sds-push-through-new-investment-protection-system-canada-trade-agreement

163 Ibid.

164 Ibid.

165 Bernd Westphal, "CETA-Durchbruch: großer SPD-Erfolg", 1 marca 2016 r., http://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/ceta-durchbruch-gro%C3%9Fer-spd-erfolg; tłumaczenie: Pia Eberhardt

166 Transatlantic Consumer Dialogue, 2016, op cit. przypis 81

167 Global Justice Now, "Commission tries to "put lipstick on a pig" with alternative corporate court system", 16 grudnia 2015 r., http://www.globaljustice.org.uk/news/2015/sep/16/commission-tries-%E2%80%9Cput-lipstick-pig%E2%80%9D-alternative-corporate-court-system

168 Zob. np.: Seattle to Brussels Network, „Courting Foreign Investors", 29 września2015, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/10/S2B_ISDS.pdf; Transatlantic Consumer Dialogue, 2016, op cit. przypis 81

169 Owen Tudor, "#TTIP news: 10 reasons why the latest #ISDS compromise is a bad deal", ToUChstone blog, 2 lipca 2015 r., http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/ttip-news-10-reasons-why-the-latest-isds-compromise-is-a-bad-deal/

170 Deutscher Richterbund, 2016, op. cit przypis 32

171 Opracowanie w przygotowaniu, op. cit. przypis 114

172 European Services Forum, "ESF Preliminary Comments on the Commission's Proposal on Investment Protection in TTIP", 8 października 2015 r. W archiwum CEO.

173 Cytowane w: Hans von der Burchard, "Business slams Malmström's TTIP pitch", *Politico*, 13 października 2015 r., http://www.politico.eu/article/ttip-business-lobby-slams-malmstroms-arbitration-proposal-isds-businesseurope/

174 Max Bank, "ISDS-Reformagenda: 'In der Substanz ändert sich dadurch gar nichts'", Lobbycontrol, 10 grudnia 2015 r., https://www.lobbycontrol.de/2015/12/isds-reformagenda-in-der-substanz-aendert-sich-dadurch-gar-nichts/; tłumaczenie: Pia Eberhardt

175 Cytowane w: Eric Frei, 2015, op cit. przypis 90

176 Cytowane w: *Inside US Trade*, 2014, op cit. przypis 89

177 BDI, "Bewertung: Investitionsschutz in TTIP. Vorschlag der EU-Kommission zu einem reformierten Investitionsschutz in TTIP", październik 2015 r., http://

bdi.eu/media/presse/publikationen/globalisierung-maerkte-und-handel/20151030_Positionspapier_Bewertung_Kom_Vorschlag_ISDS_in_TTIP.pdf, tłumaczenie: Pia Eberhardt

178 Ibid.

179 Cytowane w: Maude Barlow, "CETA changes make investor-state provisions worse", 3 lutego 2016 r., http://canadians.org/blog/ceta-changes-make-investor-state-provisions-worse

180 Philippe Lamberts i inni europosłowie, "TTIP: la Commission jette de la poudre aux yeux", *Le Soir*, 20 października 2015 r., http://www.clauderolin.eu/carteblanche/, tłumaczenie: Pia Eberhardt

181 Judith Kirton-Darling, "ISDS: we won't be fooled by a rebranding", *ToUChstone blog*, 23 lipca 2015 r., http://touchstoneblog.org.uk/2015/07/isds-we-wont-be-fooled-by-a-rebranding/

182 Zob. np. Corporate Europe Observatory i inni, „Polluters' paradise. How investor rights in EU trade deals sabotage the fight for energy transition", grudzień 2015 r., http://corporateeurope.org/sites/default/files/pollutersparadise.pdf

183 Propozycja UE op. cit. przypis 96

184 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. i Abal Hermanos S.A. przeciwko Wschodniej Republice Urugwaju, Wniosek o arbitraż, 19 lutego 2010 r., http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf

185 Sprawa Lone Pine Resources Inc. przeciwko Rządowi Kanady, Zawiadomienie o arbitrażu, 6 września 2013 r., punkt 55, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-02.pdf

186 Sprawa Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. i Abal Hermanos S.A. przeciwko Wschodniej Republice Urugwaju, 2010, op. Cit. przypis 184, paragraf 81

187 IIAPP "SD Myers v Canada (NAFTA Chapter 11)", luty 2011 r., http://www.iiapp.org/media/cases_pdfs/SD_Myers_v_Canada.rev.pdf

188 Kahale, George III, "Keynote Speech at the Eighth Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference", Washington, 28 marca2014 r., str. 5, http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/8TH%20Annual%20Juris%20Investment%20Treaty%20Arbitration%20Conf.%20-%20March%2028%202014.pdf

189 Sprawa Emilio Agustín Maffezini przeciwko Królestwu Hiszpanii, ICSID, Sprawa nr: ARB/97/7

190 Sprawa White Industries Australia Limited przeciwko Republice Indii, UNCITRAL

191 Sekcja 3, art. 9.14 propozycji UE, op. cit. przypis 73

192 Sprawa Occidental Petroleum Corporation i Occidental Exploration and Production Company przeciwko Republice Ekwadoru, 2015, op. cit. przypis 116

193 Mihir A. Desai and Alberto Moel, 2006, op cit. przypis 117

194 Diana Rosert, 2014, op cit. przypis 118

195 Campaign for Tobacco Free Kids and Cancer Action Network, op cit. przypis 19

„Kiedy ludzie mówią, że ISDS jest martwy, od razu przychodzą mi na myśl filmy o zombie, bo w tych nowych propozycjach wszędzie widzę ISDS”

Professor Gus Van Harten, Osgoode Hall Law School