

Dlaczego propozycja reform ISDS jest niewystarczająca

Na początku maja 2015 r. komisarz ds. handlu Cecilia Malmstrom zgłosiła inicjatywę reform arbitrażu inwestycyjnego (ISDS), aby ocalić ten system w umowie EU-USA (TTIP) w obliczu poważnej krytyki zgłaszanej przez posłów do Parlamentu Europejskiego, ekspertów i organizacje społeczne.

Propozycja Komisji Europejskiej (KE) jest jednak niewystarczająca, aby zapobiec już istniejącym i przyszłym problemom wynikającym z ISDS. Dlatego Parlament Europejski powinien całkowicie wykreślić ISDS z TTIP i zmusić KE do wdrożenia innego podejścia do ochrony inwestycji, zapewniającego krajom UE bezpieczeństwo przed narastającą presją ze strony zagranicznych inwestorów.

Należy zwrócić uwagę, że niesłabnąca obrona ISDS przez KE i niektóre rządy krajów UE – nawet za cenę ryzyka utracenia całej umowy TTIP¹ – pokazuje, że ISDS jest głównym celem, jaki stawiają sobie międzynarodowe korporacje, aby wzmocnić i ugruntować wpływ na decyzje suwerennych państw.

Konkretne zastrzeżenia do propozycji KE z maja 2015 r.

1. KE powołuje się na fakt, że ISDS został wymyślony w Europie i kraje UE już teraz są stroną ok. 1400 z 3000 istniejących na świecie dwustronnych umów inwestycyjnych zawierających ISDS.

Odpowiedź:

- ISDS obejmuje dotychczas niewielką część handlu międzynarodowego. Dopiero negocjowane obecnie umowy (takie jak TTIP) mają powiększyć zasięg obowiązywania ISDS ok. trzykrotnie (licząc wg wartości inwestycji objętych tymi umowami). Argumentacja KE sugeruje, że ISDS jest już de facto standardem na świecie. Tak nie jest. To właśnie TTIP ma drastycznie zwiększyć zasięg obowiązywania ISDS i narzucić go w całym handlu światowym.
- To prawda, że ISDS najwcześniej stosowały kraje UE. Jednak przypominamy: ISDS dotyczył tradycyjnie relacji kraj rozwinięty-kraj rozwijający się. Nie można zaakceptować takich relacji w stosunkach UE-USA.

2. KE twierdzi, że już poczyniła reformy w ISDS, przytaczając przykład umowy CETA (UE-Kanada), w której rzekomo znajduje się „prawo państw do regulacji”.

Odpowiedź:

- Prawo do regulacji w CETA znalazło się w preambule umowy, a nie w rozdziale dotyczącym ISDS. W praktyce oznacza to, że trybunały arbitrażowe będą odczytywały ten fakt, jako przesłankę by uznać, że prawo do regulacji nie obejmuje ISDS (a więc roszczenia inwestorów będą mogły ignorować prawo państwa do wprowadzania regulacji). Już były analogiczne przypadki w przeszłości. Skoro Europie nie udało się skutecznie wpisać prawa do regulacji w negocjacjach z Kanadą, to trudno liczyć na to, że uda się to w negocjacjach ze znacznie silniejszym partnerem (USA), któremu – jak wiemy – zależy na utrzymaniu przywilejów dla inwestorów.

¹ Na ryzyko utracenia całej umowy TTIP z powodu samego ISDS wskazują m.in. dwa wpływowe think-tanki: amerykański Cato Institute i European Council of Foreign Relations (ECFR). Rekomendują one (każdy ze swoich powodów), aby wykreślić ISDS z TTIP, co ułatwiłoby negocjacje umowy i odpowiedziałoby na mocny sprzeciw społeczny wobec arbitrażu inwestycyjnego.

3. KE twierdzi, że w umowie CETA już zapobiegła zjawisku „forum shopping” (czyli przywileju inwestora do wyboru zasad, według których ma toczyć się postępowanie ISDS).

Odpowiedź:

- To jest kolejny przykład na iluzoryczność i nieskuteczność „reform” ISDS. Faktycznie KE ograniczyła „forum shopping”, ale nie wyeliminowała go. Amerykańskie korporacje będą w dalszym ciągu mogły pozywać kraje UE za pośrednictwem Kanady. Podobne sytuacje mają miejsce nagminnie. Wielkie korporacje mają swoje oddziały w wielu krajach i w dalszym ciągu będą mogły wybierać, która spółka wstąpi na drogę arbitrażu. Argumentacja KE w tej sprawie pokazuje, że propaganda ISDS ukrywa ważną część zagrożeń związanych z ISDS.

4. KE twierdzi „Wprowadziliśmy pełną, obowiązkową przejrzystość”, wpisując w CETA zasady przejrzystości UNCITRAL (tj. centrum rozwiązywania sporów przy ONZ).

Odpowiedź:

- Faktycznie sytuacja może się polepszyć – w tym sensie, że ograniczy skandaliczną i powszechną praktykę utajniania wielu dokumentów w ramach sporów ISDS. Jednak reguły UNCITRAL nie będą miały pełnego zastosowania do tych przypadków, w których procedura sporu zakończy się „ugodą” przed formalnym zarejestrowaniem sporu. W praktyce, niektóre z najgorszych przypadków ISDS dotyczą właśnie sytuacji, gdy sprawa zakończyła się „ugodą”. Np. wiemy, że spór Eureka przeciw Polsce, zakończony „ugodą” kosztował Polskę ok. 9 mld złotych. Co więcej, szereg roszczeń przeciw Polsce w ostatnich latach zakończyło się właśnie „ugodami”. W analogicznych przypadkach „ugód” w przyszłości wprowadzenie reguł przejrzystości UNCITRAL praktycznie nic nie zmieni.

5. KE utrzymuje, że w ramach reformy ISDS rządowi została przyznana ostateczna decyzja dotycząca interpretacji zapisów umowy (co ma ograniczyć dotychczasową tendencję trybunałów do rażąco szerokiej interpretacji umów na korzyść inwestorów).

Odpowiedź:

- Zastosowane w umowie CETA (i postulowane w umowie TTIP) wprowadzenie wydawania wiążących interpretacji przez rządy będzie nieskuteczne. Z dwóch powodów. Po pierwsze, obydwie strony (UE i USA) musiałyby dojść do porozumienia w danej sprawie (np. gdy inwestor z USA pozywa jeden z krajów UE). Wiadomo, że w takiej sytuacji obydwie strony będą dążyły do interpretacji korzystnej dla „swojej” firmy. Po drugie (i ważniejsze), doświadczenie z przeszłości pokazuje, że takie zapisy są nieskuteczne. Na przykład, zapis o wiążących interpretacjach znajduje się w umowie NAFTA (strefie wolnego handlu USA-Kanada-Meksyk), a przez 20 lat zostały wykorzystane tylko dwukrotnie (i to tylko w dość oczywistych przypadkach).

6. KE twierdzi: „Po raz pierwszy wprowadziliśmy kodeks postępowania dla arbitrów”, co ma być odpowiedzią na liczne przypadki nieetycznego zachowania arbitrów w prywatnych trybunałach arbitrażowych (problem dotyczył również niektórych spraw przeciwko Polsce!).

Odpowiedź:

- Wprowadzenie kodeksu postępowania było oczywistą palącą potrzebą już od kilku lat. W istocie kodeks ten w bardzo małym stopniu odpowiada na znane od dawna problemy związane z postępowaniem arbitrów rekrutujących się z firm prawniczych.

Kodeks nie wprowadza podstawowych zapisów gwarantujących niezależność i zaufanie do arbitrów. Brak w nim takich rozwiązań jak: zagwarantowanie stałego wynagrodzenia (niezależnie od prowadzonych spraw) – na wzór sądownictwa, czy też jednoznacznego i skutecznego zakazu naprzemiennego pełnienia ról (raz arbitra, raz prawnika reprezentującego jedną ze stron w sporach ISDS).

- Ponadto kodeks ten nie ma zastosowania w przypadkach tajnych sporów ISDS – gdyż w żaden sposób nie można wyegzekwować przestrzegania kodeksu, gdy informacje o istnieniu danego sporu są tajne.

7. KE twierdzi: „Wprowadziliśmy zasady zapewniające wczesne oddalenie nieuzasadnionych pozwów“.

Odpowiedź:

- Zwracamy uwagę, że nawet po „zreformowaniu” ISDS o ewentualnym oddaleniu bezzasadnego roszczenia decydować mają arbitrzy, tj. osoby zarabiające na prowadzeniu spraw (im więcej spraw ISDS, tym większy zarobek dla arbitrów). Istnieje wobec tego zagrożenie, że przynajmniej niektórzy arbitrzy będą mieli tendencję do niekorzystania z możliwości oddalenia bezzasadnych sporów. Ten problem to kolejny przykład nieskuteczności reform ISDS proponowanych przez KE.

8. KE przekonuje: „Skłoniliśmy naszych partnerów do zgody na pracę nad przyszłym mechanizmem apelacyjnym“ (czyli możliwością wniesienia apelacji od wyroków prywatnych trybunałów).

Odpowiedź:

- Należy podkreślić, że ww. system apelacji jest elementem modelu umów wg wzoru Stanów Zjednoczonych. Może to oznaczać, że KE idzie w kierunku przyjęcia modelu umów stosowanych przez USA – co potencjalnie może prowadzić do podporządkowania interesów UE standardom USA w negocjacjach dotyczących ISDS.
- Pomimo zawarcia analogicznych zapisów (o możliwości wprowadzeniu mechanizmu apelacji) w szeregu umów dwustronnych do tej pory nie powstało na świecie żadne ciało apelacyjne! Tak więc możliwość stworzenia mechanizmu apelacji w TTIP wydaje się raczej obietnicą obliczoną na przekonanie Europy do ISDS niż faktycznym narzędziem obrony państw przed wadliwymi wyrokami prywatnych trybunałów.

ISDS a sprawa polska

Uwaga: niektórzy twierdzą, że „ISDS w TTIP będzie i tak poprawą sytuacji Polski w odniesieniu do dotychczasowej dwustronnej umowy inwestycyjnej pomiędzy Polską a Stanami Zjednoczonymi z 1990 roku”.

Odpowiedź:

- Faktycznie, niektóre zapisy dot. ISDS w TTIP mogą być lepsze (tj. mniej niekorzystne!) niż zapisy dotychczasowej umowy.
- Należy jednak pamiętać, że umieszczenie ISDS w TTIP oznaczałoby w praktyce, że system ISDS byłby dla Polski całkowicie nieusuwalny – gdyż jego renegotjacja wymagałaby zgody wszystkich 28 krajów członkowskich UE. Tymczasem obecne

dyskusje o wykreśleniu ISDS z TTIP stanowią realną szansę na to, że system ten będzie stopniowo wygaszany i zastępowany innymi modelami ochrony inwestycji. W ten sposób, Polska również skorzystałaby na wykreśleniu ISDS z TTIP – choć w perspektywie nie krótszej niż kilkunastu lat.

Podsumowanie

Przedstawiliśmy powyżej wybrane fakty ukazujące iluzoryczność reform ISDS. Dlatego opowiadamy się z całkowitym wykreśleniem ISDS z TTIP (i CETA) i zastąpieniem go innymi rozwiązaniami – począwszy od oparcia ochrony inwestorów o krajowe systemy prawne w USA i UE, a skończywszy na stałym międzynarodowym trybunale, który przestrzegałby tych samych standardów, jakie obowiązują w systemie sądowym.

Do wykorzystania również:

- Prezentacja o ISDS: http://igo.org.pl/download/ISDS-w-TTIP_polska-perspektywa.pdf
- Raport o wpływie ISDS na kraje rozwijające się: http://igo.org.pl/download/raport_dwustronne-umowy-inwestycyjne_2015.pdf

Materiał opracowany na podstawie własnych analiz oraz materiału autorstwa prof. Gusa Van Hartena pt. „A parade of reforms: the European Commission’s latest proposal for ISDS”, 5-6 maja 2015 r.²

Kontakt z autorem:

Marcin Wojtalik, Instytut Globalnej Odpowiedzialności (IGO)
marcin.wojtalik@igo.org.pl

² http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603077