

Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie ochrony inwestorów i rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi

(2015/C 332/06)

Sprawozdawca: Sandy BOYLE

Na sesji plenarnej w dniu 10 lipca 2014 r. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny postanowił, zgodnie z art. 29 ust. 2 regulaminu wewnętrznego, sporządzić opinię z inicjatywy własnej w sprawie

ochrony inwestorów i rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem w umowach handlowych i inwestycyjnych między UE a państwami trzecimi.

Sekcja Stosunków Zewnętrznych, której powierzono przygotowanie prac Komitetu w tej sprawie, przyjęła swoją opinię dnia 28 kwietnia 2015 r.

Na 508. sesji plenarnej w dniach 27–28 maja 2015 r. (posiedzenie z 27 maja) Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny stosunkiem głosów 199 do 55 (30 osób wstrzymało się od głosu) przyjął następującą opinię:

Glosariusz skrótów stosowanych w niniejszej opinii

CETA – kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa (Kanada)

KE – Komisja Europejska

EKPC – europejska konwencja praw człowieka

TKE – Traktat karty energetycznej

ETS – Trybunał Sprawiedliwości

PE – Parlament Europejski

UE – Unia Europejska

BIZ – bezpośrednie inwestycje zagraniczne

ICSID – Międzynarodowe Centrum Rozstrzygnięcia Sporów Inwestycyjnych

INTA – Komisja Handlu Międzynarodowego, Parlament Europejski

ISDS – rozstrzygnięcie sporów między inwestorem a państwem

NAFTA – Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu

OECD – Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju

MŚP – małe i średnie przedsiębiorstwa

TUE – Traktat o Unii Europejskiej

TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

TTIP – transatlantyckie partnerstwo handlowo-inwestycyjne

UNCITRAL – Komisja Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego

UNCTAD – Konferencja Narodów Zjednoczonych do spraw Handlu i Rozwoju

1. Wnioski i zalecenia

Wnioski

1.1. BIZ są ważnym czynnikiem przyczyniającym się do wzrostu gospodarczego, a inwestorzy zagraniczni na całym świecie muszą być chronieni przed bezpośrednim wywłaszczeniem i dyskryminacją oraz mieć te same prawa, jakie przysługują inwestorom krajowym.

1.2. Prawo państwa do regulacji w interesie publicznym ma zasadnicze znaczenie i postanowienia międzynarodowych umów inwestycyjnych nie mogą go naruszać. Niezbędna jest zatem jednoznaczna klauzula horyzontalna potwierdzająca to prawo.

1.3. ISDS nie może podnosić statusu transnarodowego kapitału do statusu równorzędnego statusowi suwerennego państwa czy też umożliwiać inwestorom zagranicznym podważenie prawa rządów do regulacji i decydowania o swoich sprawach.

1.4. Z biegiem czasu pojawiła się pewna liczba nadużyć związanych z wykorzystaniem ISDS, którymi należy się teraz zająć. Ze stosowaniem ISDS wiążą się m.in. takie systematyczne niedociągnięcia, jak nieprzejrzystość, brak jasnych zasad arbitrażu, brak prawa do odwołania, dyskryminacja krajowych inwestorów, którzy nie mogą korzystać z tego systemu, obawa, że chronione są czysto spekulacyjne inwestycje, które m.in. nie skutkują tworzeniem miejsc pracy, oraz obawa przed wykorzystywaniem sytuacji przez wyspecjalizowane firmy prawnicze. Obecnie celem jest zaproponowanie alternatywnej procedury rozstrzygania sporów z myślą o pogodzeniu zasadnych żądań inwestorów z obawami innych podmiotów społeczeństwa obywatelskiego wynikającymi z tak negatywnego postrzegania ISDS.

Konsultacje KE w sprawie ISDS w ramach TTIP pokazały, że istnieją wyraźne różnice opinii między zdaniem szerokich kręgów biznesowych a zdecydowaną większością odpowiedzi nadesłanych przez pozostałą część społeczeństwa obywatelskiego.

1.5. Wątpliwości budzi kwestia powierzenia panelowi w składzie trzech prywatnych prawników uprawnień do orzekania i podejmowania wiążących decyzji w dziedzinach związanych z podstawowym interesem publicznym. Pomimo niedawnego przyjęcia przez UNCITRAL nowych zasad dotyczących przejrzystości nadal istnieją obawy, że obecny system jest w dużej mierze nieprzejrzysty i brak w nim prawa do odwołania.

1.6. Pierwotne idee przyświecające ISDS już dawno popadły w zapomnienie. Obecnie ISDS stało się bardzo dochodowym zajęciem dla niewielkiej liczby wyspecjalizowanych firm prawniczych zajmujących się sprawami inwestycji, które to firmy zdominowały ten rynek.

1.7. Niektóre wyspecjalizowane firmy prawnicze promują obecnie ISDS jako ważne narzędzie pozwalające z góry ograniczyć ryzyko przy dokonywaniu inwestycji. W kilku głośnych sprawach ISDS stał się narzędziem lobbystycznym – samo zagrożenie procesem działa paraliżująco i zniechęca ustawodawców do realizacji w różnych obszarach uzasadnionej polityki związanej z interesem publicznym. Zaniepokojenie wywołuje też fakt, że ISDS przyciągnęło spekulacyjne inwestycje np. funduszy hedgingowych.

1.8. Wskutek szeregu swobodnych interpretacji dotyczących pojęcia wywłaszczenia wzrosły obawy, że podatnicy muszą płacić odszkodowania za prowadzoną w różnych obszarach politykę służącą interesowi publicznemu, która rzekomo ogranicza zyski.

1.9. Umowa między UE a Kanadą (CETA), podpisana pod koniec 2014 r., oraz odrębny rozdział dotyczący inwestycji dodany do umowy o wolnym handlu między UE a Singapurem, to pierwsze przypadki, gdy wynegocjowane przez UE umowy zawierają rozdziały dotyczące inwestycji – pierwsze od 2009 r., kiedy to na mocy traktatu lizbońskiego przyznano UE kompetencje w zakresie inwestycji. Chociaż intencją tych rozdziałów jest ulepszenie obecnego systemu ISDS, a także określenie nowego unijnego modelu ISDS, który, jak twierdzi KE, odpowiada najnowszemu stanowi wiedzy, to niemniej nie są one wystarczające, by rozwiać obawy społeczeństwa. Model umowy z Singapurem nie jest identyczny z modelem CETA i zdaniem wielu osób ISDS pozostaje niewyważonym, bardzo kosztownym procesem, który ogranicza demokrację, nie zapewnia prawa do odwołania i zagraża prawu rządów do regulacji poprzez przyznanie inwestorom zagranicznym praw wykraczających poza te zapisane w konstytucjach krajowych oraz poza te przysługujące inwestorom krajowym. EKES z zaniepokojeniem odnotowuje, że zapisy CETA odnoszące się do ISDS stanowią obecnie podstawę negocjacji umowy o wolnym handlu między UE a Japonią.

1.10. Wymienianie się rolami przez arbitrów i doradców stanowi wyraźny konflikt interesów, którego CETA nie rozwiązuje. Potwierdza to pogląd, że ISDS nie jest sprawiedliwą, niezależną i wyważoną metodą rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych.

1.11. EKES wyraża zadowolenie w związku z przeprowadzeniem konsultacji publicznych w sprawie ISDS w TTIP. W przeciwieństwie do CETA pomogło to zwiększyć przejrzystość negocjacji TTIP i stanowi ważny precedens. Komitet jest przeświadczony, że należy odąd kierować się nim we wszystkich przyszłych negocjacjach handlowych. Ustosunkowując się do wyników konsultacji, KE określiła cztery konkretne obszary wymagające dalszych, bardziej szczegółowych przemyśleń. Chociaż EKES nie traktuje ich jako wyczerpującego wykazu, to przedstawił on szczegółowe uwagi na temat tych konkretnych kwestii w punktach 7–10 niniejszej opinii.

1.12. Ponadto Komitet przyjmuje z zadowoleniem cel, jakim jest wyeliminowanie *białych roszczeń* z wszelkiego przyszłego mechanizmu ochrony inwestorów. Ważne jest, aby strony każdej międzynarodowej umowy inwestycyjnej były chronione dzięki ogólnemu filtrowi politycznemu, pozwalającemu im za obopólną zgodą na zablokowanie, z uzasadnionych przyczyn, przekazania roszczenia do arbitrażu.

1.13. Należy zachęcać inwestorów do postrzegania rozstrzygnięcia sporów na mocy międzynarodowej umowy inwestycyjnej za ostateczność i do poszukiwania alternatywnych metod, takich jak postępowanie pojednawcze i mediacja; ochrona na podstawie prywatnego ubezpieczenia i zawartych umów to odpowiednie środki pozwalające inwestorom ograniczyć ryzyko do minimum.

1.14. Potrzeba ochrony BIZ jest różna w zależności od kraju. W krajach o działającym zgodnie z zasadami demokracji dojrzałym i wolnym od korupcji systemie prawnym spory inwestycyjne powinny być rozwiązywane poprzez mediację, przed sądami krajowymi i w ramach rozwiązywania sporów między państwami. Takie okoliczności występują w UE, USA i Kanadzie i obecne wysokie poziomy transatlantyckich przepływów inwestycyjnych jednoznacznie pokazują, że brak postanowień dotyczących ISDS nie utrudnia inwestycji. W związku z tym EKES uznaje, że postanowienia dotyczące ISDS nie są konieczne w ramach TTIP czy CETA, i jest przeciwny ich włączeniu.

1.15. ISDS może spowodować, że zarówno TTIP, jak i CETA okażą się porażką. KE musi zważyć, czy dalsze dążenie do tego politycznie drażliwego i niepopularnego w społeczeństwie celu jest działaniem rozsądnym i właściwym.

1.16. Kraje rozwijające się dają jasno do zrozumienia, że ISDS jest mechanizmem nie do przyjęcia, który będzie wywoływał sprzeciw coraz większej liczby ważnych podmiotów na arenie światowej. Jeżeli nie zostanie znaleziony alternatywny system, coraz trudniej będzie włączać ochronę inwestorów do przyszłych umów z krajami, w których jest ona najbardziej potrzebna.

1.17. Istnieją poważne wynikające z traktatów UE i prawa konstytucyjnego zastrzeżenia dotyczące relacji między orzeczeniami w ramach ISDS a porządkiem prawnym UE. Prywatne trybunały arbitrażowe mają możliwość wydawania orzeczeń, które nie są zgodne z prawem UE bądź naruszają Kartę praw podstawowych. Dlatego też EKES uważa za niezbędnie konieczne, aby ETS dokonał kontroli zgodności ISDS z prawem UE w ramach formalnej procedury zasięgnięcia opinii tego trybunału, zanim właściwe instytucje podejmą decyzję i przed tymczasowym wejściem w życie jakiegokolwiek międzynarodowej umowy inwestycyjnej wynegocjowanej przez KE.

Zalecenia

1.18. Jeżeli ma powstać uniwersalny sposób rozwiązywania sporów inwestycyjnych, jego podstawą nie może być nieco zmieniony obecny system ISDS, który cieszy się bardzo niskim poparciem społecznym.

1.19. Obecny czas, gdy wszystkie państwa G7 prowadzą zaawansowane negocjacje w sprawie kompleksowych umów handlowo-inwestycyjnych, to jedyna w swoim rodzaju okazja, by znaleźć wiarygodny system godzący uzasadnione interesy inwestorów i prawa państwa.

1.20. Jeżeli jednolity organ miałby być tym właściwym rozwiązaniem, w jego skład nie powinni wchodzić prywatni adwokaci, powinien on być bardziej dostępny dla MŚP i należy przewidzieć prawo do odwołania się.

1.21. EKES zdecydowanie wzywa KE, by rozważyła propozycje UNCTAD dotyczące reformy ISDS, i stwierdza, że ustanowienie międzynarodowego trybunału inwestycyjnego stanowi najlepsze rozwiązanie pozwalające stworzyć demokratyczny, uczciwy, przejrzysty i sprawiedliwy system.

2. Wprowadzenie

2.1. Przyjmując przytłaczającą większością głosów opinię REX/390 ⁽¹⁾, EKES postanowił sporządzić opinię z inicjatywy własnej w sprawie rozstrzygnięcia sporów między inwestorem a państwem. Choć zalecenie to dotyczyło konkretnie TTIP, uzgodniono następnie rozszerzenie zakresu tematycznego, by zająć się ochroną inwestorów i ISDS w umowach handlowych i inwestycyjnych z państwami trzecimi.

2.2. Mimo że przedmiotem niniejszej opinii jest analiza ogólnych konsekwencji ISDS, nieuniknione jest, że duża część wykorzystanych materiałów i czynionych odesłań odnosi się do TTIP. Przez cały czas trwania negocjacji TTIP rozstrzygnięcie sporów między inwestorem a państwem było dominującą kwestią dla amerykańskich i europejskich zainteresowanych stron.

2.3. KE przeprowadziła trwające 15 tygodni (od marca do lipca 2014 r.) konsultacje publiczne online dotyczące ISDS w ramach TTIP. EKES uznał za właściwe, by poczekać na publikację wyników tych konsultacji, a następnie zorganizować wysłuchanie publiczne przed sfinalizowaniem swej opinii. Wyniki zostały opublikowane w połowie stycznia 2015 r., a wysłuchanie odbyło się 3 lutego 2015 r. Oba te elementy były bardzo przydatne w trakcie sporządzania opinii.

3. Kontekst

3.1. System

3.1.1. ISDS jest to instrument międzynarodowego prawa publicznego, który zgodnie z postanowieniami międzynarodowej umowy inwestycyjnej przyznaje inwestorowi zagranicznemu prawo do wszczęcia postępowania służącego rozstrzygnięciu sporu przeciwko rządowi innego państwa. Umowy są konstruowane tak, by określić pewne podstawowe obowiązki stron w odniesieniu do inwestycji zagranicznych poprzez zapewnienie gwarancji, że rządy będą przestrzegały kluczowych zasad, takich jak:

- obowiązek powstrzymywania się od dyskryminacji ze względu na przynależność państwową i zapewnienia sprawiedliwego i równego traktowania,
- zakaz bezpośredniego lub pośredniego wyłączenia bez szybkiego przyznania odpowiedniego i stanowiącego ochronę odszkodowania,
- ochrona możliwości transferu kapitału.

3.1.2. W przypadku domniemanego naruszenia tych obowiązków przez państwo inwestorzy zagraniczni objęci postanowieniami międzynarodowej umowy inwestycyjnej mogą dochodzić roszczeń w międzynarodowym arbitrażu za pośrednictwem mechanizmu ISDS. Wnioskodawcy muszą wykazać, że zakwestionowane środki spowodowały dla nich poważne szkody. Jeżeli skarga zostanie uznana, państwo przyjmujące ma obowiązek zapewnienia odszkodowania za powstałe szkody. Inaczej niż w przypadku procedury rozstrzygnięcia sporów w ramach WTO, jeżeli państwo przegra sprawę, nie jest zobowiązane do zmiany przepisów.

3.1.3. ISDS jest w dużej mierze oparty na założeniu, że zapewnia odpolitycznioną neutralną przestrzeń do rozwiązywania sporów między inwestorami zagranicznymi a państwami przyjmującymi. Umożliwia przedsiębiorstwom pozywanie państw przed międzynarodowymi trybunałami. Środek ten jest dostępny wyłącznie dla przedsiębiorstw zagranicznych lub dla przedsiębiorstw wielonarodowych działających za pośrednictwem transgranicznej spółki zależnej. Dotknięte szkodą społeczności, obywatele, krajowi przedsiębiorcy i rządy nie mogą korzystać z tego mechanizmu.

3.1.4. Arbitrzy nie są sędziami zawodowymi o uprawnieniach przynależnych urzędowi sędziowskiemu jak w krajowych systemach sądowych. W skład takiego trybunału wchodzi głównie trzech prywatnych prawników, którzy obradują przy drzwiach zamkniętych i są powoływani na zasadzie *ad hoc*. Ich decyzją jest ostateczna i nie ma żadnej formalnej możliwości wniesienia odwołania.

⁽¹⁾ Opinia EKES-u „Transatlantyczne stosunki handlowe a poglądy EKES-u na temat wzmocnionej współpracy i ewentualnej umowy o wolnym handlu UE-USA”, Dz.U. C 424 z 26.11.2014, s. 9.

3.1.5. Jeżeli obie strony sporu wyrażą takie życzenie, postępowanie ISDS może pozostać całkowicie niejawne, nawet jeżeli spór dotyczy kwestii leżących w interesie publicznym. Chociaż standardowa dwustronna umowa inwestycyjna zawierana przez USA sprzyja większej przejrzystości, wiele obecnych umów ma nadal poufny charakter. Zasady UNCITRAL dotyczące przejrzystości znacznie poprawią ten stan rzeczy, pod warunkiem że będą powszechnie stosowane.

3.2. Fakty i dane statystyczne

3.2.1. 93 % dwustronnych umów inwestycyjnych zawiera postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem⁽²⁾. ISDS pojawia się również w niektórych międzynarodowych porozumieniach handlowych, takich jak NAFTA, oraz międzynarodowych umowach inwestycyjnych, takich jak TKE. W 2014 r. TKE wyprzedził NAFTA jako umowa, na którą najczęściej się powoływano⁽³⁾.

3.2.2. Od lat pięćdziesiątych XX w. państwa członkowskie zawarły ponad 1 400 dwustronnych umów inwestycyjnych, co odpowiada około połowie wszystkich takich umów na świecie⁽⁴⁾. Wszystkie takie umowy zawierają w dużej mierze podobne postanowienia dotyczące ochrony inwestorów i ISDS. Z dostępnych danych wynika, że inwestorzy z UE są największą na świecie grupą korzystającą z systemu ISDS (50 % wszystkich spraw).

3.2.3. Obecnie UE prowadzi negocjacje w sprawie TTIP z USA oraz w sprawie kompleksowej umowy o wolnym handlu z Japonią i zakończyła niedawno negocjacje z Kanadą. To właśnie to, bardziej niż jakiegokolwiek inne kwestie, wywołało ogromną publiczną debatę na temat konieczności włączenia mechanizmu ISDS do każdego rozdziału poświęconego inwestycjom.

3.2.4. Jedynie dziewięć państw członkowskich UE ma dwustronne umowy inwestycyjne z USA (Bułgaria, Chorwacja, Estonia, Łotwa, Litwa, Polska, Republika Czeska, Rumunia i Słowacja), siedem państw członkowskich zawarło takie umowy z Kanadą, a żadne państwo nie zawarło takiej umowy z Japonią. Wszystkie te umowy pochodzą z okresu poprzedzającego przystąpienie do UE.

3.2.5. Wielkość BIZ inwestorów amerykańskich w tych dziewięciu państwach członkowskich odpowiada 1 % całkowitych BIZ USA w UE. Jeśli chodzi o BIZ tych państw członkowskich w USA, to stanowią one jedynie 0,1 % całkowitej wartości BIZ w USA⁽⁵⁾.

3.3. Liczba spraw

3.3.1. Liczba spraw w ramach ISDS gwałtownie wzrosła w latach 2002–2014 (58 spraw w 2013 r. i 42 w 2014 r.)⁽⁶⁾, a pod koniec 2014 r. przedmiotem arbitrażu na podstawie międzynarodowych umów inwestycyjnych było łącznie 610 sporów. Jednakże ponieważ większość trybunałów arbitrażowych nie prowadzi publicznego rejestru spraw, szacuje się, że całkowita liczba spraw może być wyższa.

3.3.2. Z 356 znanych spraw, które już rozstrzygnięto, 25 % rozpatrzone na korzyść inwestora i 37 % na rzecz państwa. Konkretny wynik 28 % spraw pozostaje niejawny.

3.4. Czas i koszty

3.4.1. Średni koszt postępowania arbitrażowego to 4 mln USD dla każdej strony, z czego około 82 % to koszty usług prawnych⁽⁷⁾. Niektóre sprawy ciągną się latami.

3.4.2. Wysokie koszty doprowadziły do nasilenia zjawiska finansowania powództw przez strony trzecie. Poprzez zmniejszenie ryzyka finansowego dla przedsiębiorstw przyczynia się to do zwiększenia liczby niepoważnych roszczeń, w przypadku których państwa nadal ponoszą pełne koszty prawne. EKES stanowczo sprzeciwia się inwestycjom spekulacyjnym dokonywanym przez fundusze hedgingowe w określonych sprawach ISDS w zamian za udział w przyznanym odszkodowaniu⁽⁸⁾.

⁽²⁾ OECD, *Investor-State Dispute Settlement. A scoping paper for the investment policy community*, 2012 r.

⁽³⁾ UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, nr 1, luty 2015 r.
http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁽⁴⁾ Notatka opublikowana w związku z konsultacjami publicznymi dotyczącymi ISDS w ramach TTIP.

⁽⁵⁾ Nota informacyjna UNCTAD nt. rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem z udziałem USA i UE.

⁽⁶⁾ Zob. przypis 3.

⁽⁷⁾ E (SN/EP/6777), 10.12.2013.

⁽⁸⁾ Biuro Analiz Parlamentu Europejskiego, *ISDS and prospects for reform*,
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI\(2015\)545736_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI(2015)545736_REV1_EN.pdf)

4. Argumenty za ISDS

4.1. Wszystkie państwa członkowskie, z wyjątkiem Irlandii, uwzględniły zapisy o ISDS w swych dwustronnych umowach inwestycyjnych. Obowiązuje również 190 dwustronnych umów inwestycyjnych zawartych między państwami członkowskimi UE, które stanowią podstawę 16 % wszystkich postępowań ISDS odnotowanych na całym świecie.

4.2. Mandat negocjacyjny KE zatwierdzony w 2012 r. przez ówczesne 27 państw członkowskich obejmuje także cel uwzględnienia zapisów o ISDS. Przewiduje się „skuteczny i nowoczesny mechanizm rozstrzygania sporów”.

4.3. Komisja stoi na stanowisku ⁽⁹⁾, że ISDS to:

- *ważne narzędzie ochrony inwestycji i, co za tym idzie, wspierania i zapewniania wzrostu gospodarczego w UE,*
- *skuteczny sposób egzekwowania przestrzegania zobowiązań, które nasi partnerzy handlowi uzgodnili z naszymi inwestorami w chwili podpisywania umowy.*

4.4. We wspólnej deklaracji ⁽¹⁰⁾ z poświęconych TTIP obrad okrągłego stołu z udziałem przedstawicieli biznesu zorganizowanych przez istniejącą w EKES-ie Grupę Pracodawców stwierdzono: „Międzynarodowa umowa taka jak TTIP powinna stwarzać właściwe warunki pozwalające przyciągnąć w przyszłości na rynek transatlantycki wysokie inwestycje. Obejmuje to przyznanie swobodnego dostępu i niedyskryminacyjne traktowanie inwestorów przez obie strony oraz ulepszenie obecnych ram ochrony inwestorów, w tym ISDS, poprzez uczynienie go bardziej dostępnym dla MŚP i znalezienie właściwej równowagi między prawami inwestorów a prawami państw i samorządów lokalnych do regulacji w interesie publicznym”. Zapis o konieczności zadbania o to, by przepisy TTIP odnoszące się do ISDS w niczym nie ograniczały zdolności państw członkowskich UE do stanowienia prawa w interesie swoich obywateli, znalazł się również we wnioskach ze wspólnego posiedzenia poświęconego negocjacom transatlantyckim, które zostało zorganizowane w czerwcu 2014 r. przez Kategorię „Konsumenci i Środowisko” oraz Kategorię „Rolnicy”.

4.5. Potrzebę wprowadzenia mechanizmu ISDS stanowczo popierają kręgi biznesowe po obu stronach Atlantyku, dostrzegając w tym mechanizmie podstawową gwarancję dla zagranicznych inwestorów i przekonując, że:

- ISDS jest istotnym elementem ochrony inwestycji, zapewniającym neutralny i oparty na faktach mechanizm rozstrzygania sporów oraz wprowadzającym zasady mające promować przestrzeganie przepisów i zapobiegac nadużyciom,
- ISDS przyczynia się do zagwarantowania prawa państw do regulacji i prawa inwestorów do ochrony na mocy prawa międzynarodowego.

4.6. Rozbrzmiewają też głosy, że ISDS to narzędzie traktowane jako ostatnia deska ratunku, że mechanizm ten jest wykorzystywany jedynie w ekstremalnych przypadkach, gdy zawiodą wszystkie inne możliwości, i że zapisy około 90 % dwustronnych umów inwestycyjnych nigdy nie zostały wykorzystane przez inwestorów do wniesienia sprawy. Choć wartość BIZ na całym świecie przekracza 25 bilionów dolarów, od 1987 r. odnotowano jedynie ok. 500 spraw. W orzeczeniu arbitrażowym można jedynie przyznać odszkodowanie pieniężne. Arbitrzy nie mają możliwości zmiany przepisów lub środków przyjętych przez państwa ⁽¹¹⁾.

4.7. Środowisko biznesu przekonuje także, że sprawnie funkcjonujący i nowoczesny system ISDS jest ważny również dla MŚP, które wniosły 22 % wszystkich spraw na świecie ⁽¹²⁾.

4.8. Pomimo apeli kręgów biznesowych o wynegocjowanie liberalnej umowy inwestycyjnej ⁽¹³⁾ uznaje się fakt, że należy podjąć działania w celu uczynienia ISDS narzędziem bardziej skutecznym, nowoczesnym, przewidywalnym i przejrzystym. Popiera się opracowanie jaśniejszych definicji ważnych pojęć, takich jak „inwestor/inwestycja”, „sprawiedliwe i równe traktowanie” oraz „pośrednie wyłączenie” ⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ KE, *Factsheet on ISDS*, akapit 2, 3.10.2013.

⁽¹⁰⁾ Zorganizowane przez EKES obrady okrągłego stołu z udziałem przedstawicieli biznesu – wspólna deklaracja w sprawie TTIP, 16.12.2014.

⁽¹¹⁾ Business Europe, *ISDS – Overview of BusinessEurope position*, luty 2015 r.

⁽¹²⁾ Tamże oraz Eurochambres, *Eurochambres' views and priorities for the negotiations with the United States for a Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, 6.12.2013.

⁽¹³⁾ Transatlantic Business Council, *Comments of the Transatlantic Business Council concerning the proposed Transatlantic Trade and Investment Agreement*, 10.5.2013.

⁽¹⁴⁾ Business Europe, *TTIP – An Indispensable Tool to Protect Investors*, 2.5.2014. *ISDS – Overview of BusinessEurope position*, luty 2015 r.

4.9. Ze względu na bardzo wysoką rangę negocjacji w sprawie TTIP, CETA i umowy o wolnym handlu między UE a Japonią uważa się, że niewynegocjowanie porozumienia w takich przypadkach miałyby poważne negatywne skutki dla możliwości wynegocjowania zapisów dotyczących ISDS w jakichkolwiek innych dwustronnych umowach inwestycyjnych, gdyż każde zawarte porozumienie wywiera wpływ na kolejne, które mają zostać zawarte.

5. Obawy i głosy sprzeciwu

5.1. W innych kluczowych kręgach społeczeństwa obywatelskiego nie ma podobnego poparcia dla ISDS. Istnieje jednak powszechna zgoda co do tego, że zagraniczni inwestorzy potrzebują ochrony przed bezpośrednim wywłaszczeniem, nie powinni być dyskryminowani i powinni mieć dostęp do tych samych możliwości jak inwestorzy krajowi.

5.2. Silny sprzeciw po obu stronach Atlantyku zgłaszają związki zawodowe, organizacje pozarządowe, organizacje konsumenckie oraz organizacje zajmujące się sprawami ochrony środowiska i zdrowia publicznego.

5.3. Podstawowa obawa dotyczy tego, że system ISDS nie jest adekwatny do potrzeb i że podnosi status prawny transnarodowego kapitału do statusu równorzędnego statusowi suwerennego państwa. Komitet zauważa jednak, że jeśli dwa państwa będą chciały wspierać stosunki gospodarcze między sobą za pośrednictwem międzynarodowej umowy inwestycyjnej, każde obieca drugiemu, że zapewni pewien standard traktowania jego inwestorów i inwestycji.

5.4. Początkowo ISDS został opracowany jedynie, aby w przypadku BIZ pomóc w uzyskaniu rekompensaty za bezpośrednie wywłaszczenie własności prywatnej przez rządy krajów rozwijających się o niesprawnie funkcjonujących systemach sądowniczych, ale z czasem przekształcił się w mechanizm, który:

- zasadniczo zmienia równowagę sił między inwestorami, państwami i innymi zainteresowanymi stronami,
- przyznaje pierwszeństwo prawom przedsiębiorstw przed prawem rządów do regulacji i suwerennym prawem narodów do decydowania o swoich sprawach.

5.5. Rozszerzono zakres pojęciowy wywłaszczenia, tak że obejmuje ono obecnie *środki równoznaczne z wywłaszczeniem, wywłaszczenie pośrednie i regulacyjne*. Skutek tego jest taki, że dopuszczalne są skargi z powodu każdego środka wprowadzonego przez państwo, który może potencjalnie mieć wpływ na zyski, przyszłe zyski lub uzasadnione oczekiwania co do zysków, nawet jeżeli dana polityka lub dany środek ma charakter ogólny i nie odnosi się do konkretnej inwestycji.

5.6. Zaskarża się niekorzystne krajowe orzeczenia sądowe jako „wywłaszczenie”, np. amerykański gigant farmaceutyczny Eli Lilly wniósł sprawę przeciwko Kanadzie, domagając się 500 mln dolarów i twierdząc, że orzeczenia Sądu Federalnego dotyczące dwóch leków chronionych patentem naruszają prawa tej firmy jako inwestora. Jest to pierwsza podjęta przez przedsiębiorstwo farmaceutyczne posiadające patenty próba wykorzystania nadzwyczajnych przywilejów przyznanych w zawartych przez USA umowach handlowych jako narzędzia pozwalającego domagać się większej monopolowej ochrony patentowej ⁽¹⁵⁾.

5.7. Wyspecjalizowane firmy prawnicze doradzają przedsiębiorstwom i czerpią korzyści ze spraw, które mają niewiele wspólnego z wywłaszczaniem własności prywatnej. Kilka firm specjalizujących się w prawie inwestycyjnym wykorzystało wzrost liczby sporów i zdominowało rynek.

5.8. Czy ISDS jest konieczne w TTIP?

5.8.1. W przypadku TTIP trudno jest twierdzić, że inwestorzy mają powody do obaw wynikających z krajowych systemów prawnych. Zarówno UE, jak i USA posiadają dojrzałe i solidne systemy prawne. Nie ma oczywistych powodów, dla których praw związanych z BIZ nie można byłoby odpowiednio chronić przez wprowadzenie prostej zasady niedyskryminacyjnej ochrony prawnej i równego dostępu do sądów krajowych. Podobne argumenty można przytoczyć w odniesieniu do Kanady i Japonii. W przypadku gdyby egzekwowanie praw międzynarodowych poprzez negocjacje, mediację lub w sądach krajowych okazało się trudne w tych wysoce rozwiniętych demokracjach, wówczas należy rozwiązać tę kwestię przede wszystkim w ramach rozwiązywania sporów między państwami.

⁽¹⁵⁾ <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2. London School of Economics w raporcie analizującym wzór dwustronnej umowy inwestycyjnej USA z 2012 r. stwierdził, że „zakres zagadnień, w odniesieniu do których dwustronna umowa inwestycyjna USA wykracza poza kwestie regulowane prawem Zjednoczonego Królestwa, jest znaczny. Na tej podstawie i w świetle skali inwestycji Stanów Zjednoczonych w Zjednoczonym Królestwie uważamy, że istnieje znaczne ryzyko kosztów politycznych dla Zjednoczonego Królestwa wynikających z przyszłego zarzucenia lub zmiany preferowanych strategii politycznych z powodu zastrzeżeń amerykańskich inwestorów w Zjednoczonym Królestwie”.

5.8.3. Nie jest wiarygodne twierdzenie, że brak mechanizmu ISDS jest przeszkodą w inwestycjach zagranicznych. Wielkość takich inwestycji znacznie różni się w poszczególnych częściach UE. Niektóre państwa członkowskie UE, które przewidziały procedury ISDS w swych dwustronnych umowach inwestycyjnych z USA, są najmniejszymi odbiorcami amerykańskich inwestycji zagranicznych:

- wartość BIZ między USA a UE wynosi już obecnie po obu stronach ponad 2,5 bln USD (1,5 bln EUR). W samej Belgii poziom BIZ z USA jest czterokrotnie wyższy niż w Chinach,
- Brazylia, największy odbiorca BIZ w Ameryce Łacińskiej, nie ma umów inwestycyjnych, które zawierałyby postanowienia o ISDS,
- przykład Australii pokazuje, że dane państwo może, zachowując wiarygodność, wyłączyć ochronę inwestycji z umowy handlowej z jednym państwem (USA), a jednocześnie nadal przewidzieć ją w umowie z innym (Korea). Nie ma powodu, dla którego UE nie mogłaby podążyć tą samą drogą.

5.8.4. Jest bardzo wątpliwe, czy brak mechanizmu ISDS w TTIP osłabiłby zdolność UE do uwzględnienia ISDS w przyszłych dwustronnych umowach inwestycyjnych i w umowach inwestycyjnych z krajami nienależącymi do OECD, takimi jak Chiny. Chiny już zbudowały gęstą sieć ponad 130 dwustronnych umów inwestycyjnych (w tym z 26 państwami członkowskimi UE). Chęć zawarcia umowy jest równie duża w Chinach jak w UE. Bardziej wątpliwe jest, czy w interesie UE leżałoby umożliwienie chińskim przedsiębiorstwom państwowym, które są zasadniczo narzędziem chińskiego rządu, wykorzystywania ISDS do kwestionowania polityki rządów UE. Pozwoliłoby to obcemu państwu na wykorzystanie procesu, który ma być procesem handlowym, do rozwiązywania kwestii, które powinny być rozstrzygane w drodze negocjacji i dyplomacji.

5.8.5. W szczegółowej analizie opublikowanej w marcu 2015 r. przez Centrum Studiów nad Polityką Europejską, Centrum Stosunków Transatlantyckich oraz Uniwersytet im. Johna Hopkinsa stwierdzono: „Uwzględnienie w TTIP rozdziału poświęconego ochronie inwestycji, wraz z towarzyszącym mu ISDS, prawdopodobnie nie przyniesie UE znacznych korzyści gospodarczych czy politycznych. Z naszych analiz wynika także, iż włączenie takich postanowień prowadziłoby do ponoszenia przez UE znacznych kosztów gospodarczych i politycznych. Choć ważne jest, by nie popadać w przesadę, jeśli chodzi o skalę potencjalnych kosztów, nasza ogólna ocena jest taka, że koszty najprawdopodobniej przewyższą ewentualne korzyści dla UE. W związku z tym sugerowalibyśmy, że o ile wprowadzeniu ISDS nie będą towarzyszyły znaczne ustępstwa ze strony USA równoważące koszty związane z ISDS, rozsądne byłoby, aby UE rozważyła rozwiązania alternatywne”⁽¹⁶⁾.

5.9. Obecny kontekst polityczny

5.9.1. Republika Południowej Afryki, Boliwia, Ekwador, Wenezuela i Indonezja rozpoczęły proces wypowiedzenia lub stopniowego dopuszczania do wygaśnięcia obowiązujących dwustronnych umów inwestycyjnych. Pojawiają się doniesienia, że Indie również dokonują przeglądu swych umów, a Australia, po sprawie z wytoczonej przez firmę Philip Morris, oświadczyła, że nie wyrazi zgody na włączenie ISDS do żadnej przyszłej umowy.

5.9.2. Krajowa Konferencja Legislatorów Stanowych, reprezentująca wszystkie 50 organów parlamentarnych stanów USA, ogłosiła⁽¹⁷⁾, że nie poprze żadnej umowy handlowej, która przewiduje rozstrzygnięcie sporów między inwestorem a państwem, ponieważ oznacza ono ingerencję w ich zdolność jako ustawodawców stanowych do uchwalania i egzekwowania uczciwych i niedyskryminacyjnych przepisów, chroniących zdrowie publiczne, bezpieczeństwo i dobrobyt, zapewniających ochronę zdrowia i bezpieczeństwa pracowników oraz ochronę środowiska.

⁽¹⁶⁾ „Transatlantic Investment Treaty Protection”, dokument opublikowany jednocześnie na stronach internetowych Centrum Studiów nad Polityką Europejską (CEPS, www.ceps.eu) i Centrum Stosunków Transatlantyckich (CTR, <http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

⁽¹⁷⁾ <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

5.9.3. Opór wobec ISDS rośnie także w Europie, gdzie Niemcy, Austria, Grecja i Francja kwestionują prawa inwestorów określone w TTIP.

5.9.4. Głosy ostrzegawcze podnoszą się także w PE, gdzie członkowie wpływowej Komisji INTA wezwali do wyłączenia ISDS z TTIP.

5.9.5. Komitet Regionów ostrzega, że obchodzące zwykłą jurysdykcję mechanizmy rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem w ramach stosunków UE–USA wiążą się z dużym ryzykiem i dlatego nie są postrzegane za niezbędne⁽¹⁸⁾.

5.9.6. Podobne są odczucia licznych europejskich organizacji społeczeństwa obywatelskiego, które sprzeciwiają się przyjęciu ISDS w ramach TTIP. Jednym z kluczowych argumentów jest to, że inwestor, w przypadku gdy odwoła się do krajowego systemu prawnego i uzyska prawomocny wyrok, może nadal wnieść sprawę do trybunału inwestycyjnego. Trybunał ten staje się ostateczną instancją, co jest postrzegane jako zaprzeczenie idei demokracji.

6. Konsultacje publiczne KE w sprawie ochrony inwestorów oraz ISDS w TTIP

6.1. EKES przyjmuje z zadowoleniem decyzję KE o ogłoszeniu konsultacji publicznych w sprawie ISDS w TTIP. Otrzymano 143 053 odpowiedzi (po odliczeniu przypadków dwukrotnego przesłania kwestionariusza), co pokazuje skalę zainteresowania społeczeństwa. W dokumencie roboczym służb Komisji, opublikowanym w styczniu 2015 r., przedstawiono dokładną analizę treści i istoty tych publicznych odpowiedzi⁽¹⁹⁾.

6.2. Konsultacje zostały przeprowadzone w oparciu o dokument przygotowany na podstawie CETA. Niestety projekt tej umowy i projekt umowy z Singapurem nie były przedmiotem konsultacji publicznych. Jednakże fakt, że CETA, w której sprawie negocjacje już się zakończyły, została wykorzystana jako podstawa do konsultacji publicznych w momencie, gdy już nic nie można w niej zmienić, wywołał zaniepokojenie, że konsultacje odbyły się jedynie *pro forma* i miały tylko przypieczętować nową generację umów inwestycyjnych proponowanych przez UE. Obawy te nasilił jeszcze fakt, że w dokumencie konsultacyjnym skoncentrowano się na formie i sposobach wdrożenia i dokument ten nie zawierał pytania o to, czy zasada ISDS powinna zostać uwzględniona w TTIP. Celem tych konsultacji było jednak zasięgnięcie opinii zainteresowanych stron w odniesieniu do sposobów ulepszenia ISDS w ramach TTIP.

6.3. W ramach konsultacji podano niewiele nowych informacji poza tymi, które były już dostępne w aktywnie prowadzonej online debacie publicznej na temat ISDS. Konsultacje były jednak bardzo użyteczne pod tym względem, że pozwoliły powiązać różne wątki argumentacji i umożliwiły społeczeństwu obywatelskiemu bezpośrednie przedstawienie swego zdania.

6.4. Należy ubolewać, że niektórzy zwolennicy ISDS lekceważąco potraktowali odpowiedzi przesłane kolektywnie za pośrednictwem różnych platform internetowych (97 %). Wspólne przesyłanie odpowiedzi jest zgodne z zasadami konsultacji publicznych. EKES z zadowoleniem przyjmuje zapewnienie Komisji, że *wszystkie odpowiedzi zostały uwzględnione na równych zasadach*.

6.5. EKES zauważa, że mniej niż 1 % respondentów oświadczyło, że inwestuje w Stanach Zjednoczonych, ale Komitet nie uważa tego za kwestię niepokojącą. W kwestiach takich jak demokracja i suwerenne prawa państw do decydowania o własnych sprawach niezbędne i ważne są wkład i opinie jak najszerszych kręgów społeczeństwa obywatelskiego.

6.6. KE wskazała cztery obszary, w których należy rozważyć dalsze usprawnienia:

- ochrona prawa do regulacji,
- powołanie i funkcjonowanie trybunałów arbitrażowych,
- relacja między krajowymi systemami sądowymi a ISDS,
- weryfikacja decyzji wydanych w ramach ISDS za pomocą mechanizmu odwoławczego.

⁽¹⁸⁾ Opinia KR-u w sprawie TTIP, ECOS-V-063, luty 2015 r.

⁽¹⁹⁾ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Są one obszerniej omówione w dokumencie koncepcyjnym pt. „Inwestycje w TTIP i poza TTIP – droga reform”, przedstawionym przez komisarz Cecilię MALMSTRÖM Parlamentowi Europejskiemu i Radzie w maju 2015 r.

6.7. EKES wyraża zdziwienie, że podczas spotkania poświęconego dialogowi ze społeczeństwem obywatelskim w dniu 18 maja potwierdzono, iż w ramach negocjacji w sprawie umowy o wolnym handlu z Japonią stosuje się obecnie model ochrony inwestorów uzgodniony w ramach CETA. Zważywszy, że w swym dokumencie koncepcyjnym „Inwestycje w TTIP i poza TTIP – droga reform”, przedstawionym Parlamentowi dnia 6 maja, komisarz wskazała liczne fragmenty umowy CETA, które wymagają ulepszenia, Komitet wyraża zaniepokojenie faktem, że umowa ta jest nadal podstawą do negocjacji z tak istotnym partnerem światowym jak Japonia.

7. Prawo do regulacji

7.1. EKES jest zaniepokojony tym, że odpowiedź przekazana w ramach konsultacji publicznych przez Europejskie Forum Usług [European Service Forum] zawiera apel o jak najmniejszą liczbę wyjątków i ograniczeń oraz o to, by KE wykorzystwała swój mandat negocjacyjny na mocy Traktatu z Lizbony do ulepszenia i wzmocnienia, a nie osłabienia ISDS. Ich postulaty dotyczą także *nieobwarowanych zastrzeżeniami klauzul największego uprzywilejowania, traktowania narodowego i sprawiedliwego i równego traktowania; szerokiej klauzuli ochronnej, braku wyjątków dla poszczególnych sektorów, braku mechanizmów limitujących, pełnej rekompensaty za bezpośrednie i pośrednie wywłaszczenie* ⁽²⁰⁾.

7.2. ISDS jest coraz częściej wykorzystywany, by obejść krajowy system prawny i pozwać dany rząd przed prywatnym międzynarodowym trybunałem, domagając się rekompensaty z pieniędzy podatników za strategie polityczne służące interesowi publicznemu, które rzekomo ograniczają zyski. Ma to miejsce zwłaszcza w dziedzinie ochrony zdrowia i środowiska.

7.3. Ostatnie głośne przypadki, które wzmocniły sprzeciw wobec ISDS:

- Firma Philip Morris pozwała Australię w odniesieniu do opakowań papierosów, twierdząc, że nowe wymogi oznaczają dla firmy utratę wartości inwestycji w znaki towarowe i inne prawa własności intelektualnej.
- Wykorzystując postanowienia TKE, Vattenfall domaga się od Niemiec ponad 3,7 mld USD w związku z decyzją tego kraju o stopniowym wycofaniu się z produkcji energii jądrowej.
- Lone Pine pozwał Kanadę na 250 mln CAN po tym, jak prowincja Quebec wprowadziła moratorium na intensywne szczelinowanie hydrauliczne, uzasadniając je względami ochrony środowiska.
- Veolia pozwała Egipt w odniesieniu do decyzji o podwyższeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę, twierdząc, że zaszkodzi to zyskom spółki.
- Libia musiała zapłacić firmie z Kuwejtu 935 mln USD za utratę zysków z realnych i pewnych możliwości biznesowych w wyniku anulowania projektu turystycznego ⁽²¹⁾. Inwestor wyłożył na projekt jedynie 5 mln USD, a budowa się nie rozpoczęła.
- Rumunia została pozwana przez braci Micula w odniesieniu do inwestycji, jakiej ich firmy dokonały, zanim ten kraj przystąpił do UE, w odpowiedzi na rządowe zachęty do prowadzenia działalności gospodarczej. W chwili przystąpienia, aby zachować zgodność z przepisami dotyczącymi pomocy państwa, Rumunia wycofała program zachęt. Trybunał przyznał odszkodowanie w wysokości 116 000 USD wraz z odsetkami (ogółem szacunkowo 250 000 USD) za nieprzebranie zobowiązań wynikających z dwustronnej umowy inwestycyjnej. W 2014 r. DG ds. Konkurencji wydała nakaz tymczasowo zabraniający Rumunii zapłacenia odszkodowania, gdyż zostałoby ono uznane za niezgodną z prawem pomoc państwa. Mimo tego arbitrzy zezwolili firmie Micula na ubieganie się o odszkodowanie przed sądami Stanów Zjednoczonych na podstawie klauzuli odsyłającej do konwencji nowojorskiej.

⁽²⁰⁾ Odpowiedź ESF na konsultacje publiczne w sprawie ISDS, 20.6.2014.

⁽²¹⁾ <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4. Umowy inwestycyjne zakazują wszelkich ograniczeń co do repatriacji środków finansowych lub zysków. Rządy nie mogą nakładać kontroli kapitału w celu powstrzymania ataków na ich waluty lub ograniczenia przepływów krótkoterminowego kapitału spekulacyjnego w czasie kryzysu, choć MFW uważa, że taka kontrola jest niezbędnym środkiem politycznym. Żadne państwo nie ucierpiało w związku ze sprawami w ramach ISDS bardziej niż Argentyna, która musiała wypłacić ponad 500 mln USD po podjęciu decyzji o uwolnieniu kursu peso od kursu dolara amerykańskiego w 2002 r.

7.5. Klauzule wyłączające dotyczące usług publicznych zawarto w rozdziale 11 CETA (dotyczącym *transgranicznego handlu usługami*), ale nie przewidziano zwolnień ani wyłączeń dla tych usług w rozdziale 10 (dotyczącym *ochrony inwestycji*). Zasadniczo, choć ochrona inwestorów przed arbitralnymi działaniami władz państwowych musi być słuszna, to definicja *wywłaszczenia*, a zwłaszcza *wywłaszczenia pośredniego*, budzi obawy co do zdolności państw do zadecydowania o tym, by określone działania obecnie realizowane przez podmioty komercyjne były ponownie wykonywane przez państwo, z uzasadnionych powodów związanych z porządkiem publicznym. Wywłaszczenie w rozumieniu rozdziału 10 obejmuje wprowadzenie przepisów prawnych, których skutkiem jest zmniejszenie wartości prywatnego przedsiębiorstwa. Rekompensata musi odpowiadać wielkości *rzeczywistych strat*. W rezultacie przywrócenie świadczenia usług przez państwo może stać się dla państw niewykonalne z ekonomicznego punktu widzenia.

7.6. W ramach CETA dostrzeżono, że definicja pośredniego wywłaszczenia jest zbyt szeroka, i w załączniku X.11 w pkt 3 wyjaśnia się tę kwestię, wskazując cele w zakresie ochrony porządku publicznego, w przypadku których nie zachodzi pośrednie wywłaszczenie, takie jak te dotyczące zdrowia, bezpieczeństwa czy środowiska. Istnieje jednak niebezpieczeństwo, że może to być interpretowane jako zapis o charakterze wyczerpującym, umożliwiający zgłaszanie w ramach ISDS roszczeń o odszkodowanie w związku z pośrednim wywłaszczeniem w przypadku innych szerszych celów z zakresu porządku publicznego, takich jak te dotyczące polityki gospodarczej lub budżetowej czy renacjonalizacja kluczowych usług. Niezbędne jest wyjaśnienie tej kwestii.

7.7. Ogłaszając swe plany dotyczące zapobiegania nadużywaniu ISDS przez inwestorów, KE stwierdziła, że w TTIP chciałyby uwzględnić zapisy dotyczące *przeciwdziałania błahym roszczeniom*⁽²²⁾. W projekcie CETA także przewidziano przyspieszone procedury odrzucania bezpodstawnych lub błahych roszczeń. Jednakże zdefiniowanie terminu „błahy” w sposób ściśle prawny będzie ogromnie trudne i może przyczynić się do stworzenia dalszych możliwości działania dla prawników zajmujących się kwestiami dotyczącymi inwestycji.

7.8. W projekcie CETA zawarto również wyczerpującą definicję „sprawiedliwego i równego traktowania”. Definicja ta jest postrzegana jako zbyt szeroka przez przeciwników ISDS, a przez środowisko biznesu jako nie dość elastyczna. Pozostawia ona nadal trybunałowi swobodę interpretacji i brak jest elastycznego mechanizmu przeglądu.

7.9. Już sama groźba wniesienia sprawy w ramach ISDS może działać paraliżująco i zniechęcać rządy do regulacji w interesie publicznym z obawy przed sporami sądowymi oraz wynikającymi z nich karami. Na przykład rząd Nowej Zelandii wstrzymał projekt ustawy dotyczącej opakowań papierosów w oczekiwaniu na decyzję w sprawie Philip Morris przeciwko Australii.

7.10. W opracowaniu firmy prawniczej Freshfields Bruckhaus Deringer dla przedsiębiorstw wielonarodowych będących jej klientami stwierdzono, że „obecnie przedsiębiorstwa zwracają większą uwagę na potencjalne znaczenie umów inwestycyjnych, nie tylko jako ostatniej możliwości uzyskania ochrony w razie problemów, ale również jako ważnego narzędzia pozwalającego z góry ograniczyć ryzyko przy dokonywaniu inwestycji”.

7.11. Choć KE zobowiązała się do zagwarantowania, że w ramach przyszłych umów handlowych czy inwestycyjnych UE państwa nie będą mogły zostać zmuszone do uchylecia przyjętego środka, to nie uwzględnia się tu potencjalnego zagrożenia koniecznością zapłaty ogromnej kary w wypadku wniesienia sprawy o odszkodowanie w wysokości wielu miliardów dolarów.

7.12. W projekcie CETA przewidziano również, że koszty arbitrażu powinna ponosić strona przegrywająca sprawę. Oznacza to, że podmioty wnoszące błahе roszczenia będą musiały ponieść wszystkie koszty. Jednak ogromne kwoty w wypadku wielu najnowszych powództw oznaczają, że raczej nie będzie to stanowiło przeszkody dla dysponujących dużymi zasobami finansowymi wielonarodowych korporacji i wyspecjalizowanych firm prawniczych, jeżeli popatrzeć na potencjalne korzyści. Z drugiej strony średnie koszty wnoszące 4 mln USD na stronę muszą zdecydowanie zniechęcać MŚP do wnoszenia spraw w ramach ISDS.

⁽²²⁾ Notatka informacyjna KE w sprawie ISDS (akapit 8) opublikowana 3 października 2013 r.

8. Tworzenie i funkcjonowanie trybunałów arbitrażowych

8.1. Istniejący system wyjaśniono w pkt 3. Kwestia ta była szeroko dyskutowana w ramach konsultacji.

Panuje powszechna zgoda, że ISDS nie może dalej działać w obecnej formie.

8.2. Arbitrzy inwestyjni

8.2.1. Arbitrzy są wybierani do każdej sprawy przez obie strony, z których każda mianuje swego arbitra, i obie strony muszą zgodzić się co do trzeciego arbitra. Jeśli nie udaje się im to, zazwyczaj istnieje organ powołujący, który podejmuje decyzję w sprawie trzeciego arbitra – w przeciwieństwie do sędziów krajowych, którym przydziela się sprawy bez udziału stron. Arbitrzy pochodzą zwykle z ICSID i UNCITRAL i są prominentnymi przedstawicielami zawodów prawniczych; są wśród nich doświadczeni prawnicy, profesorowie, byli sędziowie. Wydaje się, że inaczej niż ma to miejsce w ramach WTO, w sprawach dotyczących innych państw na arbitrow nie wybiera się rządowych doradców ds. obrony w ramach ISDS ani rządowych negocjatorów ds. ISDS.

8.2.2. Jak podaje Corporate Europe Observatory (CEO)⁽²³⁾, wielu arbitrow pełniło funkcję doradców w innych sprawach: 50 % z nich dla inwestorów, a 10 % dla państw. Uznaje się czasem, że takie wymienianie się rolami w stosunkowo małej grupie (15 prawników działało w charakterze arbitrow w 55 % wszystkich spraw)⁽²⁴⁾ prowadzi do zawiązania się swego rodzaju wzajemnej solidarności zawodowej, co może skutkować „niezdrowymi kompromisami”⁽²⁵⁾. Wzrost liczby przypadków kwestionowania arbitrow proponowanych przez drugą stronę oznacza, że istnieją wątpliwości co do bezstronności osób, spośród których można wybierać⁽²⁶⁾.

8.3. Jest jasne, że postanowienia CETA dotyczące wyboru i postępowania arbitrow oraz przebiegu spraw, choć są przez wielu postrzegane jako lepsze w niektórych dziedzinach, nie cieszą się szerokim poparciem społeczeństwa obywatelskiego. Istnieją poważne obawy dotyczące powoływania i funkcjonowania trybunałów arbitrażowych:

- Propozycje państwa dotyczące wprowadzania regulacji w interesie publicznym mogłyby nadal podlegać powództwu o odszkodowanie, które byłoby rozpatrzone przez zespół złożony z trzech prywatnych prawników.
- Zabezpieczenia dotyczące konfliktu interesów są słabe i w niewielkim stopniu rozwiewają obawy, czy uda się uniknąć takich konfliktów w ramach ISDS. Art. X.25 CETA przewiduje, że arbitrzy muszą przestrzegać wytycznych Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników (IBA) dotyczących konfliktu interesów w arbitrażu międzynarodowym. To jednak nie rozwiązuje podstawowego problemu polegającego na tym, że konkretne osoby działają jako doradcy i jako arbitrzy dla tej samej strony w różnych sprawach, co jest najważniejszą kwestią, jeśli chodzi o konflikt interesów.
- W projekcie CETA ustalono, że zasady przejrzystości UNCITRAL mają być stosowane w odniesieniu do ujawniania informacji opinii publicznej oraz że posiedzenia będą otwarte dla publiczności. Byłoby to dobrym sposobem zwiększenia przejrzystości, jednak jego użyteczność znacznie ogranicza fakt, że trybunał dysponuje szeroką swobodą odbywania posiedzeń przy drzwiach zamkniętych i nieujawniania dokumentów.

⁽²³⁾ Corporate Europe Observatory (CEO) to niekomercyjna grupa prowadząca badania i kampanie oraz publikująca raporty na temat działań lobbystycznych przedsiębiorstw na poziomie UE (<http://corporateeurope.org/>).

⁽²⁴⁾ EPRS, *ISDS State of Play and Prospects for Reform*, 21.1.2014.

⁽²⁵⁾ „OECD Working Paper on International Investment”, nr 2012/3, s. 44–45.

⁽²⁶⁾ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement – In Search of a Roadmap*, „IIA Issues Note” nr 2, czerwiec 2013 r., s. 4.

9. Relacja między krajowymi systemami sądowymi a ISDS

9.1. BIZ to niemal wyjątkowy przypadek, gdzie indywidualna osoba może pozwać państwo do trybunału arbitrażowego na mocy prawa międzynarodowego. Prawo dotyczące praw człowieka przyznaje szczególne prawa, ale (co ma w znacznej mierze zapobiegać obchodzeniu krajowych systemów sądownictwa) osoby fizyczne mają obowiązek wyczerpania krajowych środków prawnych, zanim mogą wnieść sprawę do sądu międzynarodowego. W ramach CETA nie ma konieczności wyczerpania krajowych środków odwoławczych. Inwestorzy mają jedynie obowiązek konsultacji.

9.2. Państwa członkowskie zgłosiły kluczowe zastrzeżenia wynikające z traktatów i prawa konstytucyjnego co do ISDS w formie zapisanej w CETA i przewidywanej w ramach TTIP⁽²⁷⁾. Proponowane ulepszenia do ISDS zapisanego w dotychczasowych dwustronnych umowach inwestycyjnych nie rozwiąły tych obaw⁽²⁸⁾. W swojej polityce handlowej (art. 205 i 207 TFUE) UE musi przestrzegać zasad określonych w art. 3 TUE, Karcie praw podstawowych i innych unijnych normach prawnych.

Jednak w ramach umowy handlowej, zgodnie z którą spory inwestycyjne są rozstrzygane przez międzynarodowe procedury arbitrażowe, które nie są związane tymi przepisami, istnieje możliwość podejmowania decyzji niezgodnych z prawem UE (zob. pkt 7.3 – Micula przeciwko Rumunii).

9.3. Takie przekazanie jurysdykcji prywatnym sądom arbitrażowym niemuszającym przestrzegać zasad UE może nie być objęte postanowieniami traktatu lizbońskiego i może znacznie wykraczać poza przyznane kompetencje. ETS uzależnił możliwość ustanowienia takiej międzynarodowej jurysdykcji od braku naruszenia zasady poszanowania autonomii systemu prawnego UE oraz podziału kompetencji ustalonego w traktatach⁽²⁹⁾.

9.4. Ponieważ ISDS w ramach TTIP musi zostać określony w ramach porozumienia mieszanego, wymagana jest zgoda wszystkich 28 parlamentów państw członkowskich, by mógł on (tymczasowo) wejść w życie. Trzeba mieć na uwadze zasadę pomocniczości w związku z wykluczeniem sądów krajowych.

9.5. Nie można pominąć tego, istnieje sprzeczność między prawem UE i prawem międzynarodowym, w szczególności jeśli chodzi o monopol jurysdykcyjny ETS (art. 19 TUE oraz art. 263 i kolejne TFUE). Dowodzą tego opinia ETS w sprawie przystąpienia UE do europejskiej konwencji praw człowieka⁽³⁰⁾ oraz podejście KE apelujące o nadrzędność prawa UE w sprawie Micula przeciwko Rumunii. W art. 14.16 projektu CETA wyklucza się bezpośrednie stosowanie CETA i wymaga wprowadzenia postanowień tej umowy do prawa UE lub prawa państw członkowskich, by inwestorzy mogli się na nie powoływać. To dodatkowo komplikuje relację między systemem prawnym UE a sprawami ISDS rozstrzyganymi przez trybunały arbitrażowe.

9.6. Jeśli chodzi o stworzenie pierwszego w historii ISDS w ramach umów UE o wolnym handlu, co miałyby ogólnoświatowe skutki dla państw członkowskich i wielu obywateli UE, EKES uważa, że niezbędnie konieczne jest, aby ETS najpierw dokonał kontroli zgodności takich zapisów z prawem UE. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do podstawowych wartości UE i Karty praw podstawowych, ale również w odniesieniu do monopolu ETS-u na wykładnię prawa i do zasady pomocniczości. Dlatego też należy uzyskać i uwzględnić stosowną opinię prawną przed wejściem porozumienia w życie, a także przed jego tymczasowym wejściem w życie (art. 218 TFUE). W tym kontekście należy zauważyć, że CETA, jeśli wejdzie w życie, zawiera klauzulę przedłużonej ochrony (ang. *survival clause*) oznaczającą, że w przypadku rozwiązania umowy jej postanowienia będą obowiązywać przez 20 lat w odniesieniu do inwestycji dokonanych przed rozwiązaniem umowy.

⁽²⁷⁾ Opinia prawna *Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)*, dr Andreas Fischer-Lescano, Brema, październik 2014 r.; *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, dr Markus Krajewski, Friedrich-Alexander-Universität, Erlangen-Nürnberg, FES, październik 2014 r.; *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, prof. Siegfried Broß, Report der Abteilung Mitbestimmungsförderung, nr 4, H.Böckler Stiftung, 2015 r.

⁽²⁸⁾ Corporate Europe Observatory, *CETA: Verkaufte Demokratie*.

⁽²⁹⁾ ETS, opinia 1/91 z 14.12.1991 – EOG 1; opinia 1/00 z 18.4.2002 – wspólny europejski obszar lotniczy; opinia 1/09 z 8.3.2011 – Sąd Patentowy.

⁽³⁰⁾ Opinia ETS 2/13 z 18.12.2013.

9.7. Istnieje pilna potrzeba, by KE rozważyła, w jaki sposób postępować z obowiązującymi dwustronnymi umowami inwestycyjnymi między państwami członkowskimi UE i między państwami członkowskimi UE a państwami trzecimi, zwłaszcza krajami rozwiniętymi, takimi jak USA czy Kanada, które to umowy zawierają niezreformowane mechanizmy ISDS i na których podstawie można obecnie zakwestionować prawo państwa do regulacji i realizacji uzasadnionych polityk. Większość tych umów zawiera również klauzule przedłużonej ochrony, co jeszcze bardziej komplikuje proces ich rozwiązywania.

10. Mechanizm odwoławczy

10.1. Szerokie poparcie społeczeństwa obywatelskiego dla ustanowienia mechanizmu odwoławczego było wyraźnie widoczne w ramach konsultacji publicznych i potwierdziło się podczas zorganizowanego przez EKES wysłuchania publicznego.

10.2. Projekt CETA nie przewiduje systemu odwoławczego. Przewiduje jednak możliwość utworzenia takiego systemu. CETA zakłada przeprowadzenie w przyszłości konsultacji na temat systemów i środków odwoławczych. Przesunięcie zajęcia się tą kwestią w przyszłość sprawia, że wydaje się ona mniej ważna. Trzeba pilnie znaleźć rozwiązanie.

10.3. Zasadniczo decyzja trybunału jest ostateczna i jej rewizja lub unieważnienie są możliwe tylko w szczególnie ekstremalnych przypadkach⁽³¹⁾. Jest to sytuacja o wiele gorsza niż w jakimkolwiek krajowym systemie sądownictwa i nie rozwiewa to podstawowych obaw przedstawionych podczas konsultacji.

11. Jak zreformować system ISDS?

11.1. UNCTAD określiła pięć wariantów reformy ISDS:

- dostosowanie istniejących systemów poprzez międzynarodowe umowy inwestycyjne,
- ograniczanie dostępu inwestorów do ISDS,
- promowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów z udziałem państwa (ASR),
- wprowadzenie mechanizmu odwoławczego,
- utworzenie stałego międzynarodowego trybunału inwestycyjnego.

11.2. EKES uważa, że rozwiązania te zasługują na dalszą szczegółową analizę. KE pracowała nad pierwszymi czterema wariantami podczas określania nowego podejścia do ochrony inwestycji i ISDS w ramach przygotowywania projektu CETA i umowy o wolnym handlu UE – Singapur. Z konsultacji wynika, że głęboko zakorzenione obawy nadal się utrzymują. Komitet jest zdania, że najlepszym rozwiązaniem jest koncepcja utworzenia międzynarodowego trybunału inwestycyjnego, ponieważ przyczyni się to znacznie do zapewnienia legitymacji i przejrzystości systemu i pozwoli uzyskać większą spójność wykładni i większą trafność decyzji. W tym kontekście EKES przyjmuje z zadowoleniem wypowiedź komisarz ds. handlu z posiedzenia Komisji INTA w dniu 18 marca 2015 r.: „Wielostronny trybunał oznaczałby bardziej efektywne wykorzystanie zasobów i miałby większą legitymację”.

11.3. Jednakże zdaniem EKES-u równoległe prowadzenie negocjacji dotyczących ISDS w TTIP oraz wykonalnego w średnim okresie rozwiązania polegającego na utworzeniu międzynarodowego trybunału inwestycyjnego nie jest odpowiednim rozwiązaniem. Jeżeli uda się uzyskać porozumienie w ramach TTIP, niemal pewne jest, że stanie się ono przyjętą normą, co zniweczy perspektywy uzyskania poparcia dla międzynarodowego trybunału. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, że postanowienia TTIP nie są automatycznie przenoszone do CETA. Trzeba podkreślić, że negocjacje w sprawie CETA zostały zakończone i nie ma gwarancji, że kanadyjski rząd zgodzi się na uwzględnienie w CETA zmian uzgodnionych w kontekście TTIP.

⁽³¹⁾ Konwencja ICSID, art. 52.

11.4. Realizacja obecnej strategii oznacza dla KE, że jej pierwsze negocjacje dotyczące ochrony inwestorów mogą doprowadzić do powstania trzech różnych systemów obejmujących USA, Kanadę i Singapur. Z drugiej strony, uzyskanie jednolitego systemu wymagałoby od Komisji prowadzenia bardzo ostrych negocjacji. EKES sądzi, że w takiej sytuacji praktycznie niemożliwe byłoby uzyskanie poparcia koniecznego do ponownego nakierowania wysiłków na utworzenie międzynarodowego trybunału.

11.5. W związku z tym EKES stwierdza, że sytuacja, w której kraje ważne na arenie światowej, takie jak USA, Kanada i Japonia, są zaangażowane w równoległe rozmowy dotyczące umów handlowo-inwestycyjnych, to wyjątkowo sprzyjająca okazja do działań na rzecz utworzenia międzynarodowego trybunału inwestycyjnego. Komitet sądzi ponadto, że stwarza to też najlepsze szanse na przekonanie krajów rozwijających się, w których ochrona inwestorów jest zapewne bardziej potrzebna, do włączenia się do nowego światowego systemu.

Bruksela, dnia 27 maja 2015 r.

Przewodniczący
Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego
Henri MALOSSE

ZAŁĄCZNIK

do opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego

Następująca kontropinia, która uzyskała poparcie co najmniej jednej czwartej oddanych głosów, została odrzucona w trakcie debaty:

Skreślić cały tekst opinii i zastąpić go tekstem w brzmieniu:**1. Wnioski i zalecenia**

1.1. Bezpośrednie inwestycje zagraniczne (BIZ) są ważnym czynnikiem przyczyniającym się do wzrostu gospodarczego i zatrudnienia. Firmy, które inwestują w innym kraju, *ipso facto* podejmują szczególnego rodzaju ryzyko, ale trzeba chronić kontrahentów zagranicznych przed nieproporcjonalnym czy stanowiącym nadużycie traktowaniem przez państwo przyjmujące, w którym zainwestowali – traktowaniem takim jak bezpośrednie wyłączenie, dyskryminacja ze względu na przynależność państwową oraz niesprawiedliwe i nierówne traktowanie w porównaniu z inwestorami krajowymi. Neutralny mechanizm rozstrzygania sporów ma istotne znaczenie. Inwestycje często przewidziane są na bardzo długi okres, a sytuacja polityczna w państwach przyjmujących może ulec zmianie.

1.1.1. Międzynarodowa umowa inwestycyjna między dwoma państwami (lub regionami) funkcjonuje w kontekście prawa międzynarodowego. By była skuteczna, wymaga skutecznego, wyważonego międzynarodowego mechanizmu rozstrzygania sporów.

1.1.2. Jednak w większości międzynarodowych umów inwestycyjnych mechanizm rozstrzygania sporów oznacza, że poszczególne przedsiębiorstwa i państwa przyjmujące mają do dyspozycji procedurę rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem (ISDS)⁽¹⁾. ISDS ma charakter retrospektywny. W przeciwieństwie do procedury rozstrzygania sporów przewidzianej w ramach WTO, jeśli państwo przegra sprawę, jedyną konsekwencją jest obowiązek wypłaty odszkodowania. Państwo takie nie jest zobowiązane do uchylecia przyjętych przepisów. Inwestycje nie wchodzą w zakres kompetencji WTO, gdyż wyłączone je z negocjacji w ramach rundy dauhańskiej w 2003 r.

1.2. UE jest zarówno największym dostawcą, jak i największym odbiorcą inwestycji zagranicznych. Inwestycje leżą w żywotnym interesie unijnych przedsiębiorstw, w tym MSP. Komitet przyjmuje zatem z zadowoleniem stanowisko Komisji⁽²⁾, zgodnie z którym ISDS stanowi:

— ważne narzędzie ochrony inwestycji, a co za tym idzie, wspierania i zapewniania wzrostu gospodarczego w UE,

— skuteczny sposób egzekwowania przestrzegania zobowiązań, które nasi partnerzy handlowi uzgodnili z naszymi inwestorami w chwili podpisywania umowy.

1.2.1. W konkluzjach ze zorganizowanych przez Grupę Pracodawców EKES-u obrad okrągłego stołu z udziałem przedstawicieli biznesu, poświęconych transatlantyckiemu partnerstwu handlowo-inwestycyjnemu (TTIP), stwierdzono⁽³⁾: „Międzynarodowa umowa, taka jak TTIP, powinna stwarzać właściwe warunki pozwalające przyciągnąć w przyszłości na rynek transatlantycki wiele inwestycji. Obejmuje to przyznanie swobodnego dostępu i niedyskryminacyjne traktowanie inwestorów przez obie strony oraz ulepszenie obecnych ram ochrony inwestorów, w tym ISDS, poprzez uczynienie go bardziej dostępnym dla MSP i znalezienie właściwej równowagi między prawami inwestorów a prawami państw i samorządów lokalnych do regulacji w interesie publicznym”.

⁽¹⁾ Postanowienia o ISDS zostały zawarte w 93 % z ponad 3 250 międzynarodowych umów inwestycyjnych, które dotychczas podpisano, niemniej procedura ta została wykorzystana jedynie w mniej niż 100 przypadkach, tj. w wypadku mniej niż 3 % tych umów.

⁽²⁾ KE, *Factsheet on ISDS*, akapit 2, 3.10.2013.

⁽³⁾ Zorganizowane przez EKES obrady okrągłego stołu z udziałem przedstawicieli biznesu – wspólna deklaracja w sprawie TTIP, 16.12.2014.

1.3. Wymagająca jeszcze ratyfikacji umowa handlowa między UE a Kanadą (CETA) zawiera obszerny rozdział poświęcony ochronie inwestycji, w tym postanowienia dotyczące ISDS. Ta umowa, obok rozdziału poświęconego inwestycjom w ramach umowy o wolnym handlu między UE a Singapurem⁽¹⁾, jest pierwszą umową inwestycyjną wynegocjowaną przez UE od chwili uzyskania przez Unię kompetencji w dziedzinie inwestycji na mocy przyjętego w 2009 r. traktatu lizbońskiego. Poczyniono w niej znaczne kroki zmierzające do rozwiązania nierozstrzygniętych kwestii, niemniej ISDS musi się dalej rozwijać.

1.4. Oprócz zasady wynikającej z klauzuli największego uprzywilejowania (KNU), jak również ochrony przewidywanej zwykle przez Komisję w celu zapewnienia odszkodowania na wypadek wojny, rewolucji itp., Komitet wzywa, by ochrona inwestorów przewidziana w ramach międzynarodowej umowy inwestycyjnej, a zatem umożliwiająca wykorzystanie ISDS, ograniczała się obowiązkowo do jedynie czterech zasadniczych zabezpieczeń, tzn. do:

- zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową inwestora,
- minimalnych norm traktowania, zazwyczaj określanego jako „sprawiedliwe i równe”,
- szybkiego przyznania odpowiedniego i efektywnego odszkodowania w razie wywłaszczenia (w sposób niedyskryminujący i z zachowaniem sprawiedliwości proceduralnej),
- umożliwienia transferu środków związanych z inwestycją.

1.5. Z biegiem czasu pojawiła się pewna liczba realnych nadużyć – bądź przypadków, które się za takowe postrzega – związanych z wykorzystaniem ISDS, którymi należy się zająć. ISDS wymaga aktualizacji. Komitet z zadowoleniem przyjmuje cztery obszary, w których trzeba gruntowniej zbadać ochronę inwestorów i ISDS, wskazane przez Komisję w styczniu 2015 r. w wyniku konsultacji publicznych w sprawie ochrony inwestycji i ISDS w ramach TTIP, przeprowadzonych po jednomyślnym rozszerzeniu mandatu negocjacyjnego przez państwa członkowskie.

1.5.1. Są to:

- ochrona prawa państwa do regulacji,
- powołanie i funkcjonowanie trybunałów arbitrażowych,
- weryfikacja decyzji wydanych w ramach ISDS za pomocą mechanizmu odwoławczego,
- powiązania między ISDS a krajowymi systemami sądowymi.

1.5.2. Komitet uważa, że niezbędna jest należyta ochrona **prawa państwa do regulacji**, a wszelkie pozostałe niejasności należy wyeliminować. Jak już EKES stwierdził w swojej opinii w sprawie TTIP⁽²⁾, „zasadnicze znaczenie ma to, aby postanowienia dotyczące ISDS zaproponowane w TTIP nie stały na przeszkodzie państwom członkowskim w przyjmowaniu przepisów zgodnych z ich interesem publicznym”. Wcześniej międzynarodowe umowy inwestycyjne były sporządzane głównie w związku z koniecznością ochrony inwestycji. Zarówno CETA, jak i umowa z Singapurem zaostrzają najważniejsze definicje w celu uniknięcia nieuzasadnionych interpretacji oraz w preambule wyraźnie odwołują się do prawa państwa do regulacji. Zdaniem EKES-u kwestia ta powinna zostać teraz uwzględniona w zasadniczej treści umowy, w formie specjalnego artykułu w każdej takiej umowie.

1.5.3. Niezbędne jest, aby **arbitrzy zasiadający w trybunałach rozpatrujących sprawy ISDS** byli w pełni bezstronni i nie znajdowali się w sytuacji konfliktu interesów. Komitet apeluje, by wszyscy arbitrzy byli wybierani z listy uzgodnionej wcześniej przez strony danej umowy oraz aby ustalić jasne kwalifikacje takich arbitrów, a zwłaszcza by mieli oni odpowiednie kwalifikacje do pełnienia funkcji sędowniczych i posiadali udokumentowaną wiedzę specjalistyczną w odpowiednich dziedzinach prawa międzynarodowego.

⁽¹⁾ Ponadto wymaga ona jeszcze ratyfikacji i wciąż jest przedmiotem skargi w ETS w celu ustalenia, czy ma charakter umowy mieszanej, a zatem czy wymaga zatwierdzenia przez parlamenty wszystkich państw członkowskich.

⁽²⁾ Opinia EKES-u „Transatlantyczne stosunki handlowe a poglądy EKES-u na temat wzmocnionej współpracy i ewentualnej umowy o wolnym handlu UE-USA”, 4 czerwca 2014 r., Dz.U. C 424 z 26.11.2014, s. 9.

1.5.4. Zasadnicze znaczenie ma również mechanizm odwoławczy – postępowania sądowe bez prawa do odwołania słusznie należą do bardzo rzadkich przypadków, chociaż rozwiązanie takie występuje w obecnie obowiązujących międzynarodowych umowach inwestycyjnych. EKES odnotowuje wzmiankę o mechanizmie odwoławczym, jaka znalazła się w pierwotnych wytycznych negocjacyjnych dotyczących transatlantyckiego partnerstwa handlowo-inwestycyjnego. Krytyczne znaczenie będzie miał kształt takiego mechanizmu, w tym sposób wyznaczania jego członków, ich kwalifikacje i zasady ich wynagradzania, a także wszelkie terminy, jakie będą miały zastosowanie. Powinien on obejmować naruszenia prawa oraz błędy w ustaleniach faktycznych. Należy zawczasu rozważyć możliwość przekształcenia dwustronnego mechanizmu w wielostronny, być może na wzór Organu Apelacyjnego WTO. Tego rodzaju mechanizm będzie za sobą pociągać dodatkowe koszty, co także należy wziąć pod uwagę.

1.5.5. Trudniej będzie rozstrzygnąć relacje między **ISDS a krajowymi systemami sądowymi**. Międzynarodowe umowy inwestycyjne mają status umów międzynarodowych, a sądy krajowe mogą nie mieć kompetencji do dokonywania wykładni kwestii z zakresu prawa międzynarodowego. Nawet najlepszy system może zawieść, niemniej jednak powinno się zakazać wysuwania podwójnych roszczeń. Strony sporu powinny dokonać ostatecznego wyboru na początku postępowania albo utracić prawo do zwracania się do sądów krajowych z chwilą skorzystania z mechanizmu ISDS.

1.6. W dłuższym okresie właściwym rozwiązaniem byłby wielostronny, **międzynarodowy trybunał**. Kwestię tę należy rozwijać równoległe z pracami nad ISDS w ramach TTIP i w innych umowach. Kluczowe znaczenie ma w tym wypadku to, by nadal zapewniana była jakaś forma międzynarodowej ochrony inwestorów w trakcie negocjowania i tworzenia tego rodzaju międzynarodowego organu.

1.6.1. Ważne jest, by zapewnić masę krytyczną, która pozwoli na utworzenie międzynarodowego trybunału jako docelowego rozwiązania umożliwiającego w dłuższym okresie rozstrzyganie sporów dotyczących inwestycji. Taki międzynarodowy mechanizm odwoławczy mógłby prawdopodobnie zdobyć powszechną akceptację z uwagi na fakt powołania go w drodze konsensusu, który powinien dotyczyć ewentualnych problemów, z jakimi borykają się wszystkie nowe instytucje międzynarodowe, w tym Międzynarodowy Trybunał Karny.

1.6.2. EKES przestrzega przed stwierdzeniem, iż z uwagi na fakt, że wszyscy członkowie G-7 prowadzą obecnie negocjacje dotyczące międzynarodowych umów inwestycyjnych, państwa te samodzielnie zaczynają budowę międzynarodowego trybunału. Masę krytyczną można osiągnąć jedynie wówczas, gdy od samego początku w takie prace zaangażowany będzie o wiele szerszy wachlarz krajów, a zarazem innym zainteresowanym krajom pozostawi się możliwość przyłączenia się w wybranym przez nie stopniu i czasie.

1.6.3. Tymczasem EKES zaleca, by UE i USA zaangażowały się w dwustronny mechanizm rozstrzygnięcia sporów dotyczących inwestycji w ramach TTIP.

2. Kontekst

2.1. Komitet zauważa, że jeśli dwa państwa będą chciały wspierać stosunki gospodarcze między sobą za pośrednictwem międzynarodowej umowy inwestycyjnej, każde obieca drugiemu, że zapewni pewien standard traktowania jego inwestorów i inwestycji. Obietnice te, chętnie składane, muszą następnie przejść pełny krajowy proces ratyfikacji. W żaden sposób nie przyznają one pierwszeństwa interesom przedsiębiorstw przed prawem rządów do regulacji. W imię praworządności od rządów należy jednak wymagać wywiązania się z gwarancji, których udzielają.

2.2. Komitet dostrzega, że choć państwa negocjujące chcą wprowadzać postanowienia zmierzające do ochrony ich przedsiębiorstw przed dyskryminującymi działaniami partnerów handlowych, nierealistyczne jest oczekiwanie przez poszkodowane przedsiębiorstwa, że każdy spór powinien automatycznie być rozpatrywany na szczerej między państwowy, co wynosiłoby daną kwestię na szczybel polityczny czy dyplomatyczny.

2.2.1. Jeżeli przedsiębiorstwa miałyby zdać się na prowadzenie przez UE sporów na poziomie między państwowym, tylko bardzo nieliczne sprawy mogłyby być tak prowadzone, natomiast mniejsze przedsiębiorstwa miałyby mniejsze szanse, iż zostaną wysłuchane. Jest mało prawdopodobne, by było wiele spraw wymagających takich rozstrzygnięć między dwoma dojrzałymi demokratycznymi systemami prawnymi, lecz jeśli normą miałyby się stać międzypaństwowa procedura rozstrzygnięcia sporów, liczba potencjalnych spraw na pewno wzrosłaby, co pociągnęłoby za sobą znaczne konsekwencje dla państw, jeśli chodzi o zasoby.

2.2.2. Jak zauważyła komisarz Cecilia MALMSTRÖM⁽¹⁾ w związku z negocjacjami w sprawie TTIP, przed sądami USA nie można się powoływać na prawo międzynarodowe, a w prawie amerykańskim nie ma przepisów zakazujących dyskryminacji inwestorów zagranicznych. W innych krajach sądy krajowe mogą być w mniejszym stopniu godne zaufania.

⁽¹⁾ Parlament Europejski, 6 maja br.

2.2.3. Inwestycje nie są tożsame z handlem. W wypadku sporów dotyczących wymiany handlowej obowiązek przyjęcia na siebie wiodącej roli jednoznacznie spoczywa na państwie. Tego rodzaju spory najczęściej dotyczą określonej kategorii produktów, takiej jak banany, panele słoneczne czy wyroby włókiennicze – do głównych kwestii będących przedmiotem procedury rozstrzygnięcia sporów WTO należy dumping.

3. Ewolucja ISDS

3.1. Choć całkowita liczba spraw rozstrzyganych w ramach ISDS jest nadal niewielka ⁽¹⁾, częstotliwość uciekania się do tego mechanizmu znacznie wzrosła od 2002 r. Wzrost ten jest proporcjonalny do ogólnego wzrostu BIZ, które do 2013 r. przekroczyły na świecie 25 bilionów USD. Inwestorzy europejscy wnieśli około 50 % wszystkich pozwów, jakie pojawiły się od 2002 r. Znaczna część z nich została zainicjowana przez mniejsze lub specjalistyczne firmy ⁽²⁾. Ważne jest, by w wyniku reformy mechanizm ISDS stał się bardziej dostępny dla MŚP.

3.1.1. Z 356 znanych spraw, które już rozstrzygnięto, 25 % rozpatrzono na korzyść inwestora, a 37 % na rzecz państwa. Pozostałe zakończyły się polubownie ⁽³⁾.

3.2. Ze względu na problemy – zarówno domniemane, jak i rzeczywiste – wynikające z szeregu rozstrzygnięć w ramach ISDS na całym świecie, w tym z pewnej liczby spraw wciąż pozostających w toku, coraz znaczniejsza część opinii publicznej w UE, której przewodzą związki zawodowe, organizacje pozarządowe i inne organizacje, wyraża zaniepokojenie stosowaniem takiego mechanizmu, ponadto nasilają się głosy sprzeciwu wobec zawarcia rozdziału dotyczącego inwestycji i ISDS w TTIP.

3.3. W wypadku gdyby nie dokonano reformy ISDS ani nie włączono rozdziału o inwestycjach do TTIP, zdaniem Komitetu wcześniejsze postanowienia zawarte w 1 400 dwustronnych umowach inwestycyjnych wynegocjowanych przez poszczególne państwa członkowskie (z wyjątkiem Irlandii), a w szczególności ustalenia poczynione wcześniej z USA przez dziewięć państw członkowskich pozostałyby oczywiście nadal aktualne i zachowałyby swoją moc.

Wynik głosowania

Za:	94
Przeciw:	191
Wstrzymało się:	25

⁽¹⁾ 610 spraw do końca 2014 r.

⁽²⁾ Według doniesień Izby Gospodarczej w Sztokholmie na około 100 spraw rozstrzygniętych w latach 2006–2011, około 22 % wszczętych zostało przez MŚP; Federalny Związek Przemysłu Niemieckiego w swoich sprawozdaniach stwierdza, że około 30 % sporów prowadzonych przez firmy niemieckie zostało wszczętych przez MŚP.

⁽³⁾ KE, *Factsheet on ISDS*, 3 października 2013 r.