

Stany zawsze wygrywają

30 grudnia 2014

Marcin Wojtalik – członek zarządu Instytutu Globalnej Odpowiedzialności, kierownik programu wsparcia i rozwoju, analityk w programie rzecznictwa IGO. Jest członkiem zarządu Grupy Zagranica, przez 18 lat pracował w Polskiej Akcji Humanitarnej, działał też jako wolontariusz w Amnesty International. Szkoleniowiec oraz autor i współtwórca kilkudziesięciu artykułów i publikacji dotyczących współpracy rozwojowej i edukacji globalnej oraz polskich i międzynarodowych raportów o tej tematyce.

JUSTYNA SAMOLIŃSKA: Zaczniemy od arbitrażu. Arbitraż inwestycyjny to jedna z rzeczy, których każą nam się bać przeciwnicy TTIP, czyli paktu o wolnym handlu pomiędzy USA, a UE. O czym dokładnie mówimy?

MARCIN WOJTALIK: ISDS – Investor-State Dispute Settlement – to mechanizm, który teoretycznie ma chronić interesy inwestorów przed niesprawiedliwymi praktykami państw. W praktyce wykorzystywany jest do zupełnie innych celów – przede wszystkim do rekompensowania inwestorom utraty spodziewanych zysków w wyniku jakichkolwiek działań państwa, prowadzenia jakiegokolwiek polityki. Mówiąc „jakiegokolwiek” naprawdę mam na myśli wszystkie sektory działalności państwa, zaczynając od rynku pracy, przez ochronę środowiska, opiekę zdrowotną, edukację czy politykę fiskalną. Obserwujemy ten problem w różnych miejscach na świecie i w Europie, w tym w Polsce. Ostatnio firma zarejestrowana w Luksemburgu zapowiedziała, że przy pomocy prywatnego trybunału ISDS będzie żądała od Polski odszkodowania w wysokości 2 mld dolarów. To kwota aż pięciokrotnie przewyższa koszty inwestycji, jakie firma poniosła w naszym kraju. To przykład z Europy, jednak najczęściej takie spory toczą się pomiędzy krajami rozwiniętymi a krajami rozwijającymi się – krajami Globalnego Południa. Bardzo wyraźnie widać, że arbitraż inwestycyjny jest

jednym z najważniejszych narzędzi międzynarodowych korporacji do dyscyplinowania – szczególnie słabszych – państw. Tak, żeby działały w interesie tych korporacji.

– Czym sądy ISDS różnią się od państwowych sądów w kraju, gdzie obowiązują – powiedzmy – pewne demokratyczne standardy? Takich jak Polska?

– Gdy słyszymy słowo „trybunał”, kojarzy nam się ono z szacowną instytucją, z autorytetem. Tymczasem w przypadku ISDS mamy do czynienia ze sprywatyzowanym wymiarem sprawiedliwości, który fundamentalnie różni się od zwykłego sądownictwa, takiego jak np. polskie sądy powszechne. Zastrzeżenia dotyczą całego systemu, którego konstrukcja skutkuje tym, że trybunały te sprzyjają inwestorom, a uciążliwe czy wręcz szkodliwe są dla poszczególnych państw. Sędzia w zwykłym sądzie ma z góry ustaloną stawkę wynagrodzenia, niezależnie od tego, ile i jakie sprawy będzie prowadził. Taki sędzia nie musi zabiegać o przychylność podsądnych. ISDS natomiast opiera się na działalności prywatnych prawników – często albo prawie zawsze zatrudnionych w dużych, międzynarodowych firmach prawniczych, które specjalizują się w obsłudze tego typu sporów. Ich celem jest więc promocja arbitrażowego biznesu, a na to wpływają poszczególne decyzje sędziów. Firmy, obsługujące trybunały, reklamują się wśród inwestorów: zaskarż państwo, żeby otrzymać odszkodowanie. Ten system ciągle rośnie; pozwów jest coraz więcej i jest to coraz bardziej opłacalne ekonomicznie. Powstają całe schematy finansowania takich sporów. Np. firma, która uważa się za poszkodowaną, a nie ma pieniędzy na proces, dogaduje się z inną firmą, która finansuje spór przed ISDS w zamian za udziały w późniejszym odszkodowaniu. A im więcej jest inwestorów, tym więcej zarabiają sędziowie i ich kancelarie. Jest więc naturalna tendencja do rozszerzania jurysdykcji. Na początku każdego sporu trybunał musi osądzić, czy dana sprawa w ogóle mieści się w jego kompetencjach. Najczęściej prywatny arbiter nie orzeknie, że nie – po prostu mu się to nie opłaca. W ogromnej większości przypadków

trybunały prywatne decydują więc, że tak, zajmą się daną sprawą. Mają też skłonność do poszerzania zasad ochrony inwestycji; coraz częściej przyznają rację inwestorom w sytuacjach, w których arbitraż w ogóle nie powinien mieć miejsca.

– Jednym słowem znajdujemy się w sytuacji, w której każdy kolejny wyrok na korzyść inwestora jest reklamą dla doskonałego biznesu, jakim jest prowadzenie spraw w sądach arbitrażowych?

– Tak, w skrócie tak. Jest też problem z rozdziałem funkcji. Prawnik w jednej sprawie może być arbitrem, a w innej reprezentuje jedną ze stron. Znam sytuację, w której prawnik reprezentujący inwestora powoływał się na wyrok w innej sprawie – który sam wydał, wtedy bowiem był arbitrem. To fundamentalne pomieszanie ról daje niesamowitą przewagę na sali sądowej. Brak stałego podziału na mecenasów i sędziów prowadzi do patologii, które nie mogłyby się zdarzyć w niezawisłym sądzie powszechnym.

– A jak to wygląda od strony instytucjonalnej? Jak wygląda procedura?

– Sądy są powoływane ad hoc, kiedy pojawiają się roszczenia ze strony inwestora w stosunku do państwa. Państwo zostaje o zamiarze pozwu poinformowane, inwestor wybiera, w którym sądzie arbitrażowym odbędzie się proces. Dwa najbardziej popularne to ICSID przy Banku Światowym i UNCITRAL przy ONZ. To też jest ciekawe, że inwestor wybiera sobie sąd. W państwowym systemie to byłoby nie do pomyślenia. Powoływany jest trzyosobowy skład trybunału, gdzie każda ze stron wybiera po jednym arbitrze, a trzeciego wyznacza się wspólnie. I we wszystkich sądach powtarzają się te same nazwiska: 15 arbitrów uczestniczyło w ponad połowie prowadzonych spraw. Jeszcze lepiej widać to zjawisko, kiedy spojrzymy na pozwы o odszkodowania powyżej 4 mld dol. – wtedy okazuje się, że 75 proc. było prowadzonych przez tych samych 15 prawników.

Większość z nich to Amerykanie, jest kilku Kanadyjczyków i jeden Chilijczyk. Mówimy o specjalistach od arbitrażu inwestycyjnego, bardzo niewielkiej grupie osób, które decydują o miliardach dolarów na całym świecie. Oczywiście wielu innych aspiruje do tego grona. Zachętą, poza prestiżem, jest z pewnością fakt, że taki prawnik za godzinę swojej pracy otrzymuje do tysiąca dolarów. Selekcja jest bardzo ostra, a wejście do ścisłej elity bardzo trudne. Wynika to głównie z tego, że najpopularniejsi arbitrzy są bardzo przewidywalni – wiadomo, czy chętniej stają po stronie państw czy też inwestorów. Proszę też zauważyć, że ci prawnicy, eksperci ds. arbitrażu inwestycyjnego, w naturalny sposób są też ekspertami w sprawach, interesujących inwestora – a więc zysków, jakie mogła uzyskać korporacja. Natomiast bardzo rzadko znają się na sprawach społecznych. Patrzą wyłącznie na treść umowy inwestycyjnej, nie biorą pod uwagę konsekwencji środowiskowych czy po prostu ludzkich.

– 4 mld dolarów to ogromna kwota. Jakie są przedmioty takich sporów? Co musi zrobić państwo, żeby narazić się na takie koszty?

– Odpowiedź jest zaskakująca. Trudno uwierzyć, że coś takiego może być możliwe. Tak naprawdę każde działanie państwa, które ma wpływ na sytuację inwestora, może być przyczyną takiego pozwu. W umowach inwestycyjnych mamy zazwyczaj bardzo ogólne klauzule, które pozwalają inwestorowi na wykorzystanie praktycznie dowolnej sytuacji, jeśli jakikolwiek organ państwa swoim działaniem obniży jego zyski. Nie chodzi o sytuację, w której jakiś organ państwa wydaje decyzję odnośnie danego inwestora, który jest poszkodowany i musi się bronić. Mówimy np. o parlamencie, który ustala jakąś zmianę, dotyczącą wszystkich obywateli i wszystkie podmioty gospodarcze w danym państwie; wszyscy inni muszą się dostosować, a inwestor może złożyć pozew. Co więcej, dotyczy to również władzy sądowniczej. Jeśli sąd, dajmy na to Sąd Najwyższy wyda wyrok, który zdaniem inwestora godzi w jego obecne lub przyszłe zyski

– zagraniczny inwestor może iść do ISDS.

– Na przykład?

– Salwador wprowadził zakaz wydobywania w kopalniach odkrywkowych ze względów ekologicznych. Dotyczy całego państwa, taka generalna zasada. Inwestor poczuł się poszkodowany i pozwał Salwador, małe i bardzo biedne państwo, na 300 mln dol. Niemcy, duże i bogate państwo, też musiało się ukorzyć przed inwestorem. Pierwsza sprawa pomiędzy Vattenfall, szwedzkim producentem energii, a Niemcami, polegała na tym, że inwestor poczuł się poszkodowany z powodu podniesienia standardów czystości wody przez władze Hamburga. W efekcie Vattenfall, jako właściciel elektrowni węglowej, zużywającej dużo wody w celach przemysłowych, zostało narażone na koszt. Efekt tej sprawy był taki, że Hamburg wycofał się z decyzji, żeby nie musieć płacić odszkodowania. Widzimy więc, że nie chodzi tylko o małe, biedne kraje, w przypadku których można mieć wątpliwości co do rzetelności sądownictwa. Też bogate kraje Globalnej Północy są w tej sytuacji bezradne, mimo zakorzenionego i budzącego zaufanie systemu sprawiedliwości. Nawet Stany Zjednoczone bywają pozywane.

– A zdarza im się przegrać?

– Nigdy jeszcze się nie zdarzyło. Co też nam pokazuje, jak kuriozalne jest zabieganie o TTIP, które ma wprowadzić sądy arbitrażowe jako narzędzie do rozstrzygania sporów pomiędzy inwestorami z państw UE i USA, a innymi krajami z tej grupy. Zarówno Polska, Czechy, jak i inne kraje Unii Europejskiej, wielokrotnie już przegrywały przed ISDS, również na rzecz firm amerykańskich, a Stany Zjednoczone zawsze wygrywały. Oznacza to, że chcemy wejść w grę, gdzie strzela się do jednej bramki; jak na razie nic nie wskazuje na to, że inwestor europejski może pokonać USA w sądzie arbitrażowym.

– A jak wygląda sprawa w Polsce?

– Jak dotąd oficjalnie wiadomo o 16 takich sprawach, my

dotarliśmy do 25. Suma odszkodowań nie jest znana. Trzeba pamiętać, że umowy inwestycyjne najczęściej zawierają postanowienie, według którego sprawy toczące się przed trybunałami są tajne, jeśli jedna ze stron sobie tego zażyczy. Np. francuska firma farmaceutyczna pożywa Polskę i nie chce, żeby ta informacja dotarła do opinii publicznej – może sobie tego żądać i polskie władze mają obowiązek się do tego dostosować. Mamy konkretne przypadki, kiedy publikuje się wyroki z prywatnych trybunałów, w których ktoś czarnym mazakiem ocenzurował najciekawsze informacje – bo inwestor tak sobie zażyczył. Dlaczego inwestorzy tak robią? Przypuszczam, że nie chcą, żeby opinia publiczna, np. w Polsce, dowiedziała się, że żądają od państwa, a więc podatników, tak wysokich kwot. Oficjalnie chodzi o ochronę wrażliwych danych przedsiębiorstw, których ujawnienie mogłoby osłabić ich pozycję wobec konkurencji. Mówimy jednak o finansach publicznych, a obywatele ani media nie mają pojęcia, jakie kwoty ze wspólnych podatkach są przekazywane, jakim podmiotom i za co.

– Mamy jakiegokolwiek dane na ten temat?

– Najbardziej pełną informację na temat spraw przeciwko Polsce uzyskamy z dorocznych raportów Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa pod Ministerstwem Skarbu, która odpowiada za reprezentowanie Polski w procesach arbitrażowych. W tych sprawozdaniach możemy znaleźć np. informację o „inwestorze cypryjskim” i podaną kwotę odszkodowania. Nie ma nazwy firmy, nie ma branży – w związku z tym bez znajomości innych faktów nie jesteśmy w stanie dojść, o jaką firmę chodzi. Oczywiście, jeśli mówimy o inwestorze cypryjskim, to zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że firma pochodzi z innego kraju, a na Cyprze tylko płaci podatki.

– To może być nawet polska firma.

– Oczywiście. Wiele jest też firm, które mają siedziby w wielu krajach i które wybierają sobie, na podstawie której umowy

dwustronnej zdecydują się pozwać Polskę, kierując się oczywiście tym, która zapisy najkorzystniejsze dla inwestora. Czasem będzie to umowa Polska-Luksemburg, czasem Polska-Holandia, a czasem Polska-USA.

– A czy polskie firmy coś kiedyś wygrały przed arbitrażem inwestycyjnym?

– Przez 20 lat obowiązywania umów inwestycyjnych nigdy żadna polska firma na tym nie skorzystała. Co więcej, żadna nigdy nie próbowała korzystać z tego mechanizmu.

– Po co w takim razie Polsce umowy inwestycyjne? Jakie byłyby konsekwencje ich wypowiedzenia?

– Wypowiedzieć umowy nie tylko warto, ale też trzeba. Nawet Komisja Europejska, jeden z największych zwolenników arbitrażu inwestycyjnego na świecie, wydała stanowisko, które mówi, że umowy dwustronne pomiędzy krajami Unii Europejskiej są sprzeczne z zasadami rynku wewnętrznego. Umowy te Polska zawierała na początku czy w połowie lat 1990.; po wstąpieniu naszym do UE powinny one natychmiast przestać działać. Oczywiście dla Polski ta sytuacja jest niekorzystna, a dla zachodnich inwestorów – wręcz przeciwnie. Dlatego też kraje starej Unii nigdy nam nie zaproponują zerwania tych umów – to Polska powinna wystąpić z taką inicjatywą. Byłoby to zgodne z zasadami, panującymi w Unii Europejskiej.

– A kraje poza Unią?

– Nie ma żadnych formalnych, prawnych przeszkód, żeby te umowy wypowiedzieć. Np. umowa pomiędzy Polską a USA została zawarta w 1994 roku na 10 lat. Polska gdyby chciała, mogłaby zaproponować jej rozwiązanie. Dlaczego tak się nie dzieje? Po pierwsze, sprawa arbitrażu jest tajna i niewygodna. Żaden premier nie chce jej podnosić, przyznawać się do milionów złotych, które wypłacamy czy wypłacaliśmy zagranicznym inwestorom. Po drugie – bardzo mało jest rzetelnych ocen konsekwencji, jakie ten system przyniósł. Polscy politycy

niestety są bardziej zaangażowani w powtarzanie frazesów na temat „wolnego handlu” i sławienie paktu UE i USA, niż w zastanawianie się nad tym, w jaki sposób kontrowersje wokół TTIP wykorzystać w interesie kraju. Sądy arbitrażowe są w tej chwili istotnym tematem w krajach europejskich – to właśnie one budzą największy sprzeciw, jeśli chodzi o TTIP. Zebrano miliony podpisów, protestują rządy i parlamenty. Niemiecki minister sprawiedliwości, Heiko Mass, w październiku rozesłał do swoich odpowiedników w innych krajach UE list, w którym pisze, że ISDS nie powinny być częścią umów pomiędzy krajami, które mają rozwinięty system sądowniczy. To samo mówi minister gospodarki. Parlament francuski ostatnio wydał dokument, w którym sprzeciwia się arbitrażowi inwestycyjnemu w umowie z Kanadą. Podobne stanowisko wydały władze Austrii. Krytyka ISDS jest też bardzo mocno obecna w Parlamencie Europejskim. W Polsce natomiast w ogóle nie ma tej refleksji, czy to się nam opłaca. W sytuacji, kiedy cała UE ma podpisać TTIP, nikt nie zwróciłby uwagi na to, że Polska wypowiedziałaby umowę z USA. Zmienił się układ – nie jesteśmy już krajem rozwijającym się, jakim byliśmy w roku 1990, tylko członkiem Unii Europejskiej. Nasza sytuacja na światowym rynku powinna się zmienić. Tak się jednak nie dzieje, bo nikt w Polsce w ogóle się nad tym nie zastanawia.

– Dlaczego TTIP, a zwłaszcza proponowane zapisy o ISDS, budzą tak ogromny sprzeciw w starych krajach UE?

– Dlatego, że ISDS to główny oręż wielkich firm w walce z regulacjami wprowadzanymi przez te państwa. Bez ISDS korporacje muszą korzystać z europejskiego sądownictwa, dostępnego lokalnym firmom, a tego nie chcą, chcą mieć uprzywilejowaną pozycję. Polski inwestor, jeśli państwo polskie wpłynie jakoś negatywnie na jego sytuację, może iść do sądu i tam dochodzić swoich praw. Inwestor zagraniczny też może to zrobić, ma też dodatkową możliwość w postaci prywatnego trybunału. System ten więc de facto dyskryminuje podmioty lokalne. W tej chwili funkcjonuje to w Polsce czy w

Czechach, które mają umowy ze Stanami. Ale kraje starej Unii nie mają takich umów; nigdy ich nie miały. Dla nich sytuacja, w której to nie niemieckie czy francuskie firmy pozywają ubogie kraje Południa, tylko Niemcy czy Francja mogłyby zostać pozwane przez niezwykle silnego gracza, jakim są amerykańskie korporacje – jest niedopuszczalna. Przypomnijmy też, że zachodnioeuropejskim firmom nie otworzy się żadna nowa droga do wyłudzenia odszkodowań, bo USA zawsze wygrywają.

– Jakie znaczenie ISDS ma dla państw rozwijających się? To one zwykle są pozywane przez międzynarodowe korporacje.

– Skutki są o wiele bardziej dotkliwe niż dla państw europejskich. Nawet relatywnie niewielki wyrok w wysokości 9 mln dolarów dla kraju takiego jak Kongo był ogromnym obciążeniem, gdyż kwota odszkodowania zasądzzonego w 1997 r. stanowiła aż 2 proc. budżetu tego państwa w tym roku. Libia nie tak dawno przegrała z firmą z Kuwejtu i została ukarana odszkodowaniem w wysokości 935 mln dol. 5 mln dol. z tego wyroku to pieniądze, które firma faktycznie wydała, 30 mln – tzw. „straty moralne” korporacji, zaś 900 mln – odszkodowanie za zyski, które firma miała osiągnąć. Z milionowym odszkodowaniem zмага się też np. Egipt, który musi płacić francuskiej korporacji za podniesienie płacy minimalnej. Wzrosły bowiem koszty funkcjonowania firmy.

– Czy nie jest tak, że koszty tego systemu nie sprowadzają się do wielomilionowych odszkodowań? Gorzej, że państwa żyją w pewnym terrorze; boją się prowadzić jakąkolwiek politykę z obawy przed pozwem?

– To się nazywa „chilling effect”, czyli efekt schładzający zapał państwa do wprowadzania regulacji. Podany przeze mnie przykład podwyższania norm czystości wody pewnie nauczył Niemcy, że podejmując decyzje mające służyć ochronie środowiska, trzeba brać pod uwagę to, czy nie będziemy się borykać z wielomilionowym pozwem. To prosty mechanizm. Państwo, które raz zostało zaatakowane przez inwestorów, trzy

razy się zastanowi, zanim wprowadzi regulację, która może je narazić na kolejne koszty. Bardzo trudno udowodnić ten efekt, natomiast różni decydenci z różnych krajów deklarowali, że tak, groźba pozwów do trybunałów prywatnych zniechęca ich rządy do wprowadzania regulacji dotyczących np. polityki fiskalnej, ochrony środowiska czy rynku pracy, które w innym wypadku by wprowadzili. W ten sposób otwarcie wypowiadają się np. władze Indonezji.

– Egipt więcej nie podniesie płacy minimalnej?

– To logiczne. W dodatku działa to nie tylko na to jedno państwo, ale na wszystkie, które to widzą. Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której istnieje globalny lęk krajów rozwijających się przed regulowaniem własnych rynków pracy. Za ten terror odpowiedzialne są właśnie arbitraże inwestycyjne.

– Dziękuję za rozmowę.

Z Marcinem Wojtalikiem rozmawiała Justyna Samolińska

Źródło: Strajk.eu