

Krzysztof Załucki

Uniwersytet Opolski  
Instytut Politologii  
e-mail: kzalucki@o2.pl

## ***Investor-state dispute settlement – podstępne zagrożenie dla sprawnego działania administracji publicznej***

---

**Streszczenie.** ISDS (*investor-state dispute settlement*, znany także jako ICS – *investment court system*) to umowy mechanizm rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem. Polega on na możliwości zaskarżenia państwa przez przedsiębiorcę (inwestora) do arbitrażu wówczas, gdy państwo wydaje lub wykorzystuje przepisy ograniczające zyski przedsiębiorstwa (praktyki dyskryminujące). Arbitrami ISDS jest kilkunastu sówicie opłacanych prawników, pracujących dla wielkich kancelarii międzynarodowych, którzy niemal nigdy nie orzekają na korzyść państwa. Przedsiębiorca może żądać wysokiego odszkodowania: nie tylko zwrotu utraconych korzyści, lecz także spodziewanych zysków, których wysokości nie musi nawet drobiazgowo udowadniać. Nad mechanizmem tym nie ma żadnej sądowej czy administracyjnej kontroli, jaką przewidują krajowe systemy prawa. Niniejszy artykuł wskazuje na niebezpieczeństwa, jakie ISDS stanowi dla administracji publicznej. W praktyce bowiem państwa obawiają się finansowych konsekwencji swoich poczynań tak dalece, że ograniczają bądź modyfikują aktywność legislacyjną i faktyczną administracji, obniżają rozliczne normy i standardy, a nawet całkowicie powstrzymują się od działania w wielu istotnych sferach.

**Słowa kluczowe:** *investor-state dispute settlement*, umowy inwestycyjne, wolny handel, spory międzynarodowe, administracja publiczna, arbitraż, Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu (NAFTA), Kompleksowa Umowa Gospodarczo-Handlowa (CETA), Transatlantyckie Partnerstwo w dziedzinie Handlu i Inwestycji (TTIP)

### **1. Wprowadzenie. Administracja *lege artis*\***

Współczesna administracja to niezwykle skomplikowany mechanizm, z jednej strony oparty na wielowiekowych tradycjach i regułach działania, z drugiej zaś

odpowiadający na potrzeby i wyzwania naszych czasów. Jak wskazuje Małgorzata Stahl „administracja jest zjawiskiem prawnym, społecznym i politycznym. Do jej cech zalicza się:

1) działanie w imieniu i na rachunek państwa lub innego, odrębnego od państwa podmiotu władzy publicznej, któremu państwo przekazało część swojej władzy (imperium),

2) możliwość działania w formach władczych, zabezpieczonych możliwością zastosowania przymusu państwowego (współcześnie poszerza się sfera działań administracji wolnych od przymusu),

3) działanie w interesie publicznym (w imię „dobra wspólnego”, „dobra publicznego”, interesu społecznego),

4) polityczny charakter – cele jej działania i jego rezultaty ocenia się w kategoriach politycznych, wpływają one na kształtowanie się stosunku obywateli do podmiotów administracji,

5) działanie na podstawie ustaw i w granicach przez nie określonych (z tego względu w odniesieniu do działania administracji publicznej nie ma zastosowania zasada „co nie jest zabronione, jest dozwolone”),

6) aktywność, zwrócenie ku przyszłości, możliwość podejmowania działania z własnej inicjatywy,

7) działanie w sposób ciągły i stabilny,

8) oparcie się (z reguły) na zawodowym personelu,

9) charakter monopolistyczny (administracja, działając w ramach powierzonej jej kompetencji, występuje jako wyłączny gospodarz w określonej kategorii spraw)” [Stahl (red.) 2013: 20].

Wszystkie powyższe właściwości dobitnie wskazują, że działania administracji wpływają na życie każdego człowieka. Od administracji uciec się nie da, a nawet nie byłoby to korzystne<sup>1</sup>. Jednakże wyżej wymienione cechy w dużej

---

\* Tytuł pierwszego rozdziału, oznaczający „Administracja [wykonywana] według zasad sztuki”, wskazuje, że autor podaje tutaj modelowe cechy administracji, bez poruszania kwestii spornych oraz patologii, względnie niewydolności w jej strukturze i działaniu.

<sup>1</sup> Prostym, zrozumiałym językiem opisuje istotę i sens administracji Jan Zimmermann. Wychodząc ze słusznego (i poniekąd oczywistego) założenia, że podstawą działania administracji jest prawo administracyjne, stwierdza mianowicie: „Jeżeli człowiek wymyślił państwo, to musiał następnie wymyślić reguły i sposoby, według których to państwo funkcjonuje, i znaleźć podmioty, które będą działać w jego imieniu. To samo dotyczy każdej wspólnoty, np. wspólnoty samorządowej, choć nie może ona działać dla siebie lub na rzecz państwa. Jeżeli człowiek wymyślił państwo, to musiał określić reguły zachowania się tego państwa wobec jednostki i jednostki wobec państwa. Symetrycznie, jak wyżej, dotyczy to każdej wspólnoty. Są to stwierdzenia całkowicie oczywiste, lecz wskazują na niezwykłą wagę prawa administracyjnego, ponieważ właśnie ono, w znacznie większym stopniu niż jakakolwiek inna dziedzina prawa, dotyczy tego, o czym tu mowa. Prawo konstytucyjne reguluje tylko podstawowe reguły tych relacji, prawo karne obejmuje tylko zachowania patologiczne w skali całości, prawo cywilne, co do zasady, w ogóle tych relacji nie dotyczy.

mierze określają jej powinności wobec podmiotów poddanych administracyjnej władzy (administrowanych) i jako takie nie mogą ulegać wypaczeniom czy wrogim ingerencjom w samą ich istotę<sup>2</sup>.

Jednakże właśnie z wypełnieniem tych założeń mają trudności nawet najsilniejsze aparaty administracyjne. Dlaczego tak się dzieje? Analiza zagadnienia prowadzi do wniosku, że wynika to z naturalnej potrzeby maksymalizacji efektywności działań administracji. W poszukiwaniu odpowiednich wzorców sięgnięto do mechanizmów i sposobów działania wypracowanych oraz używanych przez przedsiębiorstwa (podmioty gospodarcze), szczególnie zaś przez duże i skuteczne koncerny międzynarodowe. Osłabia to, niestety, służebną funkcję administracji, kierując cały aparat na tory bezwzględnej sprawności w sensie formalnym<sup>3</sup>. Nie

---

Właśnie prawo administracyjne wchodzi w ich sedno i ono do samego końca, w całości i w zupełności do nich się odnosi. Gdy mowa o funkcjonowaniu państwa i prawidłowych relacjach między państwem a jednostką, to, co nie jest nim uregulowane, w istocie nie istnieje. Dlatego bardzo się pomyli ten, kto ulegnie niektórym popularnym i obiegowym opiniom i będzie traktować prawo administracyjne jako niewiele znaczący zespół reguł dobrego urzędowania, biurokracji czy tylko technicznych zasad działania w różnych dziedzinach” [zob. Zimmermann 2016: 21].

<sup>2</sup> Oczywiście bardzo wiele zależy od charakteru administracji i jej odporności na negatywne czynniki zewnętrzne. Określa się to niekiedy mianem „silnej administracji”. Podążając za Stahl, oto „cechy, jakie powinny charakteryzować silną administrację. «Silna administracja to taka, która jest demokratycznie kontrolowana i zasilana w nowe impulsy, a przede wszystkim kompetentna i dobrze poinformowana, co jest warunkiem sensownego działania oraz odpowiedzialnej administracji» (K Sobczak). Autor ten wskazuje także tendencje rozwojowe administracji, m.in. napięcia i przekształcenia w obszarze współistnienia i współdziałania zawodowej administracji z różnymi ośrodkami władzy o charakterze demokratycznym, prywatyzację funkcji i prywatyzację przedmiotową, rosnącą rolę w podejmowaniu zadań nadzwyczajnych, antykrzysowych oraz przeciwdziałających zagrożeniom, dążenie do kompatybilności systemów państwowych i porównywalności, w jakimś stopniu, zakresu szerokości zadań administracji oraz sposobów jej działania” [Stahl (red.) 2013: 21].

<sup>3</sup> Tak oto opisuje ten proces jedna ze współczesnych autorek: „W latach 80. i 90. XX w. pojawiło się (i przyjęło zwłaszcza w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, a w pewnym zakresie w większości krajów Europy Zachodniej) menedżerskie podejście do administracji publicznej, określane jako nowe publiczne zarządzanie – New Public Management. Opiera się ono na założeniu, że administracja publiczna powinna koncentrować się na osiągnięciu wyników i aby je osiągnąć powinna, zwłaszcza w zakresie, w jakim dostarcza rzeczy i usługi, stosować sposoby i mechanizmy konkurencji rynkowej (m.in. przez różne formy prywatyzacji wykonywania usług i świadczeń) w tym metod rachunku ekonomicznego, by efektywnie i oszczędnie gospodarować środkami publicznymi. Wiąże się z nim koncepcja publicznego wyboru (*the public choice movement*), prowadząca do traktowania jednostki jako klienta, konsumenta świadczonych przez administrację publiczną usług i do ograniczania działania administracji w tej sferze, jeśli takie usługi może świadczyć podmiot prywatny. Administracja publiczna powinna gwarantować odpowiedni zakres świadczeń publicznych i usług i ponosić w tym zakresie odpowiedzialność, ale nie musi ich wykonywać (świadczyć) sama. Koncepcje te zaczęto postrzegać jako niosące zagrożenie dla jakości usług świadczonych przez administrację, prowadzące do sprowadzania wszelkich wyborów publicznych do rachunku ekonomicznego i całkowitego odchodzenia od zasad państwa opiekuńczego, niekorzystne dla jednostki traktowanej bardziej jako konsument niż obywatel i w konsekwencji prowadzące do odrotu od państwa prawa w kierunku niedemokratycznym. W tej sytuacji pojawiła się tendencja

trzeba było długo czekać na koncepcje mające temu się przeciwstawić, w szczególności wspomnieć należy tzw. *public governance*<sup>4</sup>.

Działania na rzecz dobra publicznego nie da się oddzielić od administrowania, na co wskazywali już prawnicy rzymscy (m.in. wybitny Ulpian<sup>5</sup>). Nieco modyfikując i uzupełniając ten tok rozumowania, na potrzeby niniejszego artykułu administracja rozumiana będzie jako administracja publiczna. Charakteryzuje się ona tym, że „jest sprawowana przez państwo (lub przez wyodrębnione podmioty działające z upoważnienia państwa) i realizuje dobro wspólne po to, aby przynieść jakąś korzyść ogółowi (wspólnocie, państwu), albo też dba o podmioty indywidualne, reprezentując jednak interesy całego społeczeństwa lub wspólnoty lub działając ze względu na wyznawane powszechnie wartości” [Zimmermann 2016: 30]. Tak pojmowana administracja – zarządzanie państwem, także poprzez legislację, czyli tworzenie prawa – staje w obliczu licznych niebezpieczeństw. Nie ma potrzeby wymieniać ich wszystkich; wskazać można na nadmierne skomplikowanie i rozrost aparatu administracyjnego, zmienność czy niepewność przepisów (wynikającą choćby z członkostwa w organizacjach międzynarodowych), brak należytych kompetencji urzędników oraz ich niezajomość prawa etc. Są to jednak problemy niejako wewnętrzne, z którymi państwo może walczyć na swoim terytorium. Jak się jednak okazuje, mało znane zagrożenie pozostaje poza granicami, a swój początek bierze z regulacji prawa międzynarodowego. Analizie tego niebezpieczeństwa poświęcona zostanie dalsza część rozważań.

## 2. Zagadnienia ogólne

Przed przejściem do szczegółowych rozważań niezbędne jest, aby ukazać rozwój i praktykę stosowania mechanizmu *investor-state dispute settlement* (dalej:

---

do uzupełniania zasad New Public Management wartościowym lub etycznym administrowaniem, opartym na wartościach demokratycznego państwa prawnego” [Stahl 2013: 25].

<sup>4</sup> Termin ten można przetłumaczyć jako administracja publiczna z punktu widzenia społeczeństwa obywatelskiego.

<sup>5</sup> Mowa o Ulpianie Domicjuszu, znanym jako Gnaeus Domitius Annius Ulpianus (przełom II i III w. n.e.). Jak podają Digesta Justyniana [D. 1, 1, 6, 1], kierując się pojęciem korzyści podzielił on prawo na publiczne i prywatne: „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim. [...] Prawem publicznym jest to, które dotyczy ustroju państwa rzymskiego, [prawem] prywatnym to, które dotyczy korzyści jednostek, są bowiem pewne [normy] ogólnie użyteczne, pewne prywatne”. Prawo publiczne dało początek współczesnemu prawu administracyjnemu, prawo prywatne zaś – cywilnemu. W tym pierwszym korzyść rozumiana jest jako dobro państwa i jego obywateli (społeczności), w tym drugim – poszczególnych jednostek.

ISDS<sup>6</sup>). Jego historia rozpoczęła się prawdopodobnie w latach 50. XX w.<sup>7</sup> Opracowany został w dobrych intencjach – aby chronić przedsiębiorstwa z wysoko uprzemysłowionych krajów przed negatywnymi, nieprzewidywanymi skutkami inwestowania w państwach ekonomicznie i politycznie niepewnych. W szczególności miał zabezpieczać przed sytuacją, gdy wskutek działań rządu przedsiębiorca traci swój majątek znajdujący się na terytorium danego państwa (np. poprzez wywłaszczenie), względnie ponosi straty finansowe spowodowane niekorzystną dlań zmianą prawa. Jako że w tego rodzaju państwach system sądownictwa był wysoce nieefektywny i/lub skorumpowany, trudno było znaleźć jakąkolwiek inną drogę dochodzenia swoich praw. Klauzulę ISDS umieszczano zatem w umowach coraz chętniej, w szczególności tych o dużym znaczeniu gospodarczym.

W obecnym kształcie<sup>8</sup> ISDS jest częścią dwustronnych umów inwestycyjnych lub konstytuujących strefę wolnego handlu, a także podobnych umów zawierających część poświęconą inwestycjom. Klauzula ISDS pozwala inwestorom zagranicznym na skorzystanie z arbitrażu<sup>9</sup>, gdy uważają oni, że ich uprawnienia wynikające z umowy zostały naruszone przez państwo, w którym dokonali inwestycji, zaś wszelkie próby polubownego rozwiązania sytuacji nie przyniosły efektu. Orzeczenie arbitrażowe dotyczy stwierdzenia, czy faktycznie doszło do naruszenia postanowień traktatu, czy wyrządzona została tym inwestorowi szkoda, a jeśli tak – jakie należy się za nią odszkodowanie. Wydaje się to uczciwym i bezstronnym mechanizmem; niestety stwierdzenie takie dalekie jest od prawdy. Oddając głos jednemu ze znawców praktyki działania ISDS: „Mechanizm ten zasadniczo przyznaje w ten sposób korporacjom status równy rządowi i prywatyzuje system rozstrzygania sporów między krajami. Według

---

<sup>6</sup> Znany także jako *investment court system* (ICS). W języku polskim tłumaczone jako mechanizm rozstrzygania sporów inwestor – państwo.

<sup>7</sup> Tak wskazuje Monique Goyens [2014] oraz Leokadia Oręziak [Raś 2015]. Natomiast raport Komisji Europejskiej z 12 marca 2015 r. *Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS). Some facts and figures* na stronie trzeciej jako okres wprowadzania pierwszych tego typu rozwiązań podaje lata 60. XX w. [2015]. Dokładną datę wskazują Florian Stefan i Anne-Karin Grill [Austria: *Sleeping Beauty...*] – według nich pierwszy dwustronny traktat inwestycyjny zawierający klauzulę ISDS zawarto w 1959 r. między Niemcami a Pakistanem.

<sup>8</sup> Treść niniejszego akapitu oparto przede wszystkim na: *ISDS and sovereignty. The use of investor-state dispute settlement mechanisms in trade agreements and their impact on national sovereignty* [2015] (raport New Zealand Institute of Economic Research – NZIER). Wykorzystano ponadto informacje zawarte w pracach: Lise Johnson i Oleksandra Volkova [2014: 3-6]; *Still not loving ISDS: 10 reasons to oppose investors' super-rights in EU trade deals* [2014]; *Can States Still Effectively Regulate With ISDS* [2015].

<sup>9</sup> Arbitraż w prawie międzynarodowym polega – najogólniej mówiąc – na rozstrzygnięciu sporu między danymi podmiotami za sprawą orzeczenia wydanego przez jednego lub kilku (najczęściej trzech) arbitrów wybranych przez strony. Może być fakultatywny lub obligatoryjny; od decyzji zazwyczaj nie ma możliwości odwołania się.

Konferencji Narodów Zjednoczonych do spraw Handlu i Rozwoju (UNCTAD) obecnie ponad 3200 umów na całym świecie (głównie dwustronnych) zawiera mechanizm ISDS – a kolejne takie umowy są zawierane średnio co dwa tygodnie. Te prawa korporacyjne są ugruntowane zarówno w układzie NAFTA, jak i we wszystkich nowych regionalnych umowach, w tym w porozumieniach CETA i TTIP. Do chwili obecnej przedsiębiorstwa wykorzystwały mechanizm ISDS już co najmniej 600 razy, aby zakwestionować działania rządów. Większość spraw wykorzystujących mechanizm ISDS wszczęły przedsiębiorstwa z Północy przeciwko decyzjom podjętym przez kraje Południa. I korporacje wygrywają te sprawy. W raporcie UNCTAD z 2015 r. wykazano, że 60% spraw rozstrzygnięto na korzyść inwestora prywatnego, a 40% na korzyść państwa, co pokazuje, że korporacje stale i skutecznie podważają regulacje rządowe i kontrolę publiczną.

Wbrew zapewnieniom zwolenników mechanizmu ISDS, że jest to sprawiedliwy i niezależny system rozstrzygania sporów, szczegółowe badania przeprowadzone przez CEO i TNI wykazały, że elitarna grupa prawników, arbitrów i spekulantów finansowych zarabia krocie, wyszukując i aktywnie namawiając korporacje w celu pozywania rządów na całym świecie z powodu wprowadzonych nowych zasad w dziedzinie zdrowia, bezpieczeństwa, pracy oraz ochrony środowiska.

Mała grupa 15 arbitrów, pochodzących prawie wyłącznie z Europy, Kanady i USA, zarabiających nawet 1,5 mln EUR na jednej sprawie, rozstrzygała 55% wszystkich sporów [...]. Cichy rozwój potężnego międzynarodowego systemu inwestycji okazał się pułapką dla setek krajów i postawił zyski przedsiębiorstw ponad prawami człowieka i ochroną środowiska. Rozkwit tego «arbitrażu inwestycyjnego» kosztuje podatników miliardy dolarów i uniemożliwia stanowanie prawa w interesie publicznym<sup>10</sup>.

Powyższa wypowiedź brzmi niemal jak jedna z fantastycznych teorii spiskowych, lecz niestety odzwierciedla rzeczywistość. Mechanizm mający zabezpieczać słuszne interesy inwestorów przerodził się w instrument służący agresywnym korporacjom do egzekwowania poważnych kwot za realne lub prognozowane szkody wywołane – ich zdaniem – dyskryminującymi czy krzywdzącymi działaniami państw.

---

<sup>10</sup> Warto przybliżyć postać Maude Barlow: prezes Zarządu Krajowego organizacji Council of Canadians, otrzymała dwanaście doktoratów *honoris causa*, a także wiele nagród i wyróżnień, m.in. przyznaną w 2005 r. Right Livelihood Award – nagrodę nazywaną także „Alternatywnym Noblem”. Pełniła funkcję Senior Advisor on Water (Głównego Doradcy ds. Gospodarki Wodnej) przy Przewodniczącym 63. Sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Przewodziła kampanii o uznanie przez ONZ prawa dostępu do wody za jedno z praw człowieka. Jest także autorką kilkudziesięciu raportów oraz 17 książek. Od wielu dekad działa jako aktywistka w walce o sprawiedliwe traktaty handlowe w Kanadzie i na całym świecie [Barlow 2016: 6-7].

Jak można zauważyć, ISDS ma szczególne cechy, m.in.: tylko inwestor zagraniczny może wszcząć postępowanie z klauzuli ISDS, nigdy państwo; najczęściej to inwestor ma prawo do wyboru arbitrów (co z góry przesądzić może o ich bezstronności); arbitrzy nie są związani jakimkolwiek prawem, a w szczególności prawem państwa, w którym inwestycja ma miejsce – orzekają oni tylko na podstawie interpretowanych przez siebie postanowień danej umowy inwestycyjnej; najczęściej umowy te pisane są bardzo ogólnym, mało precyzyjnym językiem, co pozwala na dużą dowolność w ich wykładni. W połączeniu z brakiem drugiej instancji zamyka to drogę do podważenia interpretacji, a co za tym idzie, całego orzeczenia; w razie stwierdzenia naruszenia umowy, orzekane są odszkodowania w wysokości milionów lub nawet miliardów dolarów. Co najbardziej bulwersujące, szkoda nie musi być rzeczywista – orzec można odszkodowanie za potencjalnie utracone korzyści (zyski przyszłe, szacowane przez inwestora); od orzeczenia arbitrażowego nie przysługują żadne środki odwoławcze przewidziane prawem krajowym, a zatem *de facto* nie podlega ono jakiegokolwiek kontroli [zob. Johnson, Sachs 2016; Johnson, Volkov 2013; The Right to Regulate... 2015; Zimmermann, Schulz 2015; Lachmayer 2015].

Jak łatwo zauważyć, mechanizm ISDS stał się prawdziwym zagrożeniem dla każdego państwa, które zostało stroną umowy zawierającej taką klauzulę. W tym miejscu warto wskazać na kilka kazuśów niepozostawiających wątpliwości co do słuszności tego twierdzenia.

### **3. ISDS w praktyce, czyli jak korporacje pokonują państwa**

Lista postępowań, które rozstrzygnięto za pomocą klauzuli ISDS, jest prawdziwie imponująca. Poniżej wybrano tylko niektóre, wyróżniające się spośród innych z uwagi na aspekt finansowy lub kontrowersyjną materię (ochrona zdrowia czy środowiska naturalnego)<sup>11</sup>.

#### **3.1. Sprawa Veolia przeciwko Egiptowi**

Francuski koncern Veolia w roku 2012 zaskarżył administrację egipskiej Aleksandrii, jakoby ta naruszyła dwustronną umowę francusko-egipską w zakresie gospodarki odpadami. Aleksandria nie zgodziła się na żadaną przez Veolię

---

<sup>11</sup> Poniższe kazusy zaczerpnięto z *Verkaufte Demokratie. Wie die Regeln zum Schutz von Investoren in CETA zu einem Boom von Investorenklagen gegen Kanada und die EU führen könnten* [Eberhardt i in. 2016: 6 i nast.; zob. także Barlow 2016: 8-9].

podwyżkę opłat za odbiór odpadów, m.in. z uwagi na obowiązujące przepisy o płacy minimalnej. Ponadto przedsiębiorstwo zarzuciło miastu, że lokalna policja nie robi nic, aby uniemożliwić „masową” kradzież pojemników na śmieci, jakiej dopuszczać się mieli mieszkańcy. Orzeczenie nie zostało upublicznione, lecz według mediów kwota odszkodowania wynosiła blisko 81 mln euro.

Łatwo zauważyć, że przypadek ten dotyczy tak naprawdę kwestionowania regulacji płacy minimalnej (które zdaniem skarżącego miały pozbawić go spodziewanych zysków).

### **3.2. Sprawa Piero Foresti i inni przeciwko Republice Południowej Afryki**

Grupa inwestorów z Luksemburga i Włoch pozwała RPA w roku 2007 na łączną kwotę ponad 276 mln euro, gdyż – jak podnosili – wprowadzenie przepisów zapobiegających dyskryminacji (tzw. Black Economic Empowerment Act będący efektem programu rządu RPA wyrównywania szans czarnej ludności i zwalczania apartheidu) pozbawiło ich części należnego zysku. Miało to nastąpić za sprawą ustawy nakładającej obowiązek sprzedaży części akcji kompanii górniczych czarnoskórym inwestorom (dotąd były one wykupowane przez białych biznesmenów). Skarżący doprowadzili do zmiany prawa – przyznania nowych koncesji oraz znacznego obniżenia procentowej kwoty wymienionych udziałów.

Jak widać, nawet przepisy antydyskryminacyjne mogą być podstawą skutecznego zarzutu w trybie klauzuli ISDS.

### **3.3. Sprawa Inwestorzy przeciwko Argentynie, Grecji i Cyprawi**

Potężny kryzys finansowy lat 2001-2002 zmusił kilka państw, w tym trzy wymienione w podtytule, do znacznego obniżenia kursu swojej waluty oraz wprowadzenia regulacji cen wody i energii. Były to środki ratujące krajowe gospodarki przed finansową zapaścią. Spowodowały jednak ostrą reakcję ponad 40 koncernów z różnych państw Europy, które w drodze wygranych postępowań z klauzuli ISDS od samej tylko Argentyny otrzymały blisko 775 mln euro tytułem odszkodowania (wyłaconych do końca 2013 r.). Warto podkreślić, że skarżącymi były koncerny z siedzibą w Europie, lecz czynne na arenie międzynarodowej, jak Suez i Vivendi (Francja), Aguas de Barcelona (Hiszpania) czy Anglian Water (Wielka Brytania).



Co interesujące, skarżący nie kwestionowali konieczności podjęcia opisanych działań ratunkowych; nie zmieniło to jednak faktu, że nawet w tak skrajnie trudnej sytuacji państw-gospodarzy nie byli skłonni zrezygnować choćby z części swoich zysków.

### **3.4. Sprawa Ethyl przeciwko Kanadzie**

Amerykański koncern chemiczny Ethyl zakwestionował ustawę kanadyjską zakazującą importu benzyny zawierającej przeciwstukowy dodatek MMT<sup>12</sup>. Aktualne badania wskazywały, że należy on do grupy tzw. neurotoksyn; zakaz oparto więc na względach ochrony zdrowia i życia ludzkiego oraz środowiska. Prognozowane (nie dowiedzione) straty miały wynosić według skarżącego blisko 160 mln euro. Kanada wynegocjowała ugodę: zapłaciła ponad 10 mln euro i wycofała ustawowy zakaz.

W tym wypadku doszło do skutecznego obniżenia standardów ochrony zdrowia i środowiska, które i tak w Kanadzie od wejścia w życie NAFTA uległy drastycznemu pogorszeniu.

### **3.5. Sprawa Lone Pine przeciwko Kanadzie**

Administracja prowincji Quebec w roku 2011 zdecydowała o wprowadzeniu moratorium na tzw. szczelinowanie hydrauliczne pod dnem Rzeki Świętego Wawrzyńca (dopóki nie zostaną ukończone badania dotyczące szkodliwości dla środowiska tej metody pozyskiwania ropy naftowej i gazu). W grę wchodziło poważne skażenie wody, przeciw czemu ostro protestowały tysiące mieszkańców prowincji i całej Kanady; organizowano także dyskusje i debaty poświęcone temu problemowi. Bez wątplenia opinia społeczna miała znaczny wpływ na uchwalenie moratorium. Jednakże Lone Pine Resources Inc., kanadyjskie przedsiębiorstwo z siedzibą w Calgary, zaskarżyło na podstawie klauzuli ISDS z traktatu NAFTA omawianą decyzję administracji prowincji. Zrobiło to za pomocą swojej spółki-córki, z siedzibą w amerykańskim stanie Delaware (*notabene* znanym jako „raj podatkowy USA”) i zażądało w sumie 107 mln euro odszkodowania.

Ten ostatni kazus ma dwa szczególne aspekty: po pierwsze, postrzegany jest powszechnie nie tylko jako ominięcie przepisów o ochronie środowiska, ale też jako próba zduszenia głosu społecznego, a nawet zagrożenie dla demokracji

---

<sup>12</sup>  $(\text{CH}_3\text{C}_5\text{H}_4)\text{Mn}(\text{CO})_3$ , trikarbonylek (metylocyklopentadieno)manganowy, stosowany zamiast tetraetylołowiu.

za sprawą klauzuli ISDS. Po drugie, „sprawa ta wzbudza niepokój, ponieważ krajowe przedsiębiorstwo wykorzystuje w niej swoją zagraniczną spółkę zależną, aby pozwać rząd własnego państwa” [Barlow 2016: 9].

Wszystkie powyższe przypadki łączy jedna kwestia: byłyby możliwe do przeprowadzenia także w Unii Europejskiej na podstawie klauzul ISDS zawartych w umowach CETA oraz TTIP<sup>13</sup>.

#### 4. Zagrożenia dla administracji

Nawet pobieżna analiza wyżej przytoczonych przypadków z praktyki wyraźnie wskazuje, jak kompleksowe, choć trudne do zdefiniowania zagrożenia dla administracji stanowią umowy inwestycyjne z klauzulą ISDS. Zarządzanie państwem, regionem czy miastem wykonywane w najlepszej wierze i z troską o dobro mieszkańców w każdej chwili może spotkać się z negatywną konsekwencją w postaci żądania wysokiego odszkodowania ze strony „poszkodowanego” inwestora zagranicznego. Jest to swego rodzaju „mina” czy też pułapka, której obecność cały czas towarzyszy działaniom administracji. Jak wygląda to w praktyce w Kanadzie, w której klauzula ISDS za sprawą umowy NAFTA funkcjonuje od 1994 r., najlepiej opisze naoczny świadek i badacz zagadnienia:

W konsekwencji sporów w ramach mechanizmu ISDS zawartego w układzie NAFTA Kanada jest obecnie najczęściej pozywanym państwem wśród krajów „rozwinętych”. Pozwano ją więcej razy niż Stany Zjednoczone czy Meksyk. Spośród 80 znanych sporów inwestor przeciw państwu w ramach układu NAFTA, 37 spraw wszczęto przeciwko Kanadzie, 22 przeciw Meksykowi, a 21 przeciwko USA. [...]

Kanada zapłaciła amerykańskim przedsiębiorstwom ponad 200 mln CAD (ok. 135 mln EUR) w wyniku siedmiu przegranych spraw, a obecnie w toku nowych spraw, zagraniczni inwestorzy ubiegają się o ponad 2,6 mld CAD (ok. 1,75 mld EUR) z kanadyjskiego budżetu. Droga jest już sama obsługa prawna; dotychczas Kanada wydała ponad 65 mln CAD (ok. 45 mln EUR) na obsługę spraw związanych z układem NAFTA. Zgodnie z informacjami Kanadyjskiego Centrum Alternatyw Politycznych prawie dwie trzecie spraw przeciwko Kanadzie dotyczyło kwestii związanych z ochroną środowiska albo zarządzaniem zasobami, które rzekomo miały wpływ na zyski amerykańskich firm. [...]

Ale to prawdopodobnie tylko wierzchołek góry lodowej, ponieważ wiele nowych przepisów lub zmian w prawie nigdy nie zostaje wprowadzonych, gdyż zostają wcześniej zablokowane. Kanadyjski rząd wkrótce po zawarciu układu NAFTA wprowadził nową zasadę, w myśl której wszystkie nowe przepisy i zmiany istniejących przepisów muszą być weryfikowane

---

<sup>13</sup> Omówienie specyfiki ISDS w CETA oraz TTIP przekracza niestety ramy niniejszego opracowania. W literaturze przedmiotu podkreśla się jednak, że obie te umowy zawierają daleko bardziej rygorystyczne klauzule ISDS niż wcześniej wspomniana NAFTA [tak np. Marwedel 2015; Barlow 2016; Eberhardt i in. 2016].

przez ekspertów w dziedzinie handlu w celu potwierdzenia, że przepisów tych nie będzie można podważyć na mocy mechanizmu ISDS [Barlow 2016: 8-10].

A zatem wpływ ISDS na działania administracji państwowej można określić jako destrukcyjny, czasem nawet paraliżujący:

- znosi się lub obniża dotychczas istniejące normy czy zabezpieczenia (w prawie pracy, zabezpieczenia społecznego, rolnym, ochrony środowiska, ochrony konsumenta, konkurencji etc.),

- wszelkie zmiany legislacyjne związane z objętymi ISDS kwestiami cechuje daleko posunięta ostrożność, zaś niektóre projekty nigdy nie dochodzą do skutku,

- przeznaczane są poważne środki finansowe na dodatkowe analizy czy opinie o charakterze prewencyjnym oraz obsługę zawisłych już sporów,

- na dalszy plan schodzi działanie na rzecz dobra publicznego, górę zaś bierze ostrożność i sięganie po półśrodki.

Klauzule ISDS tak dalece mogą wpływać na funkcjonowanie państwa i zarządzanie nim, że w literaturze dyskutuje się nawet o ich niekonstytucyjności [zob. Lachmayer 2015]<sup>14</sup> oraz naruszaniu obowiązującego porządku prawnego [zob. Johnson i in. 2015]. Nie zmienia to jednak faktu, że nadal są powszechnie stosowane w prawie międzynarodowym.

## 5. Podsumowanie i wnioski

Mogłoby się wydawać, że wszelkie powyższe niedogodności, problemy i zagrożenia warto zaakceptować w imię większego dobra. Może drakońskie klauzule ISDS stawiające korporacje ponad państwami są złem koniecznym, aby zagwarantować przestrzeganie korzystnych i dobroczynnych umów? Cóż, także i tutaj nie można udzielić odpowiedzi pozytywnej. Jak pokazuje praktyka, umowy z gatunku NAFTA, TTIP czy CETA wcale nie poprawiają wskaźników gospodarczych, dobrobytu ludności czy kondycji przemysłu w słabszych państwach, które przecież powinny być ich naturalnymi beneficjentami. Faworyzują natomiast i niepomiarne umacniają silne organizmy państwowe i gospodarcze, zaś przede wszystkim – potężne międzynarodowe korporacje.

Raport *Did NAFTA Help Mexico? An Assessment After 20 Years* [Weisbrot i in. 2014], oceniający dwie dekady obowiązywania układu NAFTA z punktu widzenia najsłabszego partnera umowy, tj. Meksyku, nie pozostawia złudzeń. Po 20 latach praktycznie wszystkie wskaźniki ekonomiczne i społeczne uległy pogorszeniu, zaś kraj pogrążył się w gospodarczym kryzysie. Prawdziwym be-

---

<sup>14</sup> Całość opracowania poświęcona jest temu problemowi.

neficjentem okazały się Stany Zjednoczone, które gospodarczo niemal uzależniły od siebie słabego sąsiada. Niepoślednią rolę odegrał tu mechanizm ISDS, stojący na straży interesów wielkiego mocarstwa i jego koncernów.

Czy zatem mechanizm ISDS należy ocenić jednoznacznie negatywnie? Z punktu widzenia formalnego – nie, gdyż jest skuteczny i osiąga zakładane cele. Natomiast praktyka, a ściślej nadużywanie go i wykoślawianie jego sensu przez beneficjentów (wielkie międzynarodowe podmioty) nakazuje najwyższą ostrożność i unikanie wszelkich potencjalnie niebezpiecznych sytuacji. Jest to jednak trudne, skoro dwie największe współczesne umowy handlowe z rozbudowanymi klauzulami ISDS, wspomniane już TTIP i CETA, negocjowane były w całkowitej tajemnicy, zaś do rozmów dopuszczano tylko „ekspertów”, biznesmenów i lobbystów. Przed tego rodzaju zabiegami administracja państwa nie ma środków obrony. Jedyna szansa, że umowy z klauzulą ISDS nie wejdą w życie, np. na skutek braku ratyfikacji. W przeciwnym przypadku może się okazać, że słabszym ekonomicznie państwom pozostaje tylko desperacka defensywa z góry straconych pozycji.

## Literatura

- Barlow M., 2016, *Przeciwko TTIP, CETA i ISDS: Lekcje z Kanady*, The Ottawa: Council of Canadians.
- Can States Still Effectively Regulate With ISDS?*, 2015, Atlantic-Community.org. The Open Think Tank on Foreign Policy, [www.atlantic-community.org/-/can-states-still-effectively-regulate-with-ids](http://www.atlantic-community.org/-/can-states-still-effectively-regulate-with-ids) [dostęp: 28.02.2017].
- Eberhardt P., Redlin B., Olivet C., Verheecke L., 2016, *Verkaufte Demokratie. Wie die Regeln zum Schutz von Investoren in CETA zu einem Boom von Investorenklagen gegen Kanada und die EU führen könnten*, Corporate Europe Observatory.
- Goyens M., 2014, *ISDS: Too Flawed To Be Fixed*, [www.beuc.eu/blog/ids-too-flawed-to-be-fixed](http://www.beuc.eu/blog/ids-too-flawed-to-be-fixed) [dostęp: 28.02.2017].
- Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS). Some facts and figures*, 2015, raport Komisji Europejskiej z 12.03.2015 r., [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153046.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153046.pdf) [dostęp: 28.02.2017].
- ISDS and Sovereignty. The Use of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in Trade Agreements and Their Impact on National Sovereignty*, 2015, NZIER Report to Export New Zealand.
- Johnson L., Volkov O., 2013, Investor-State Contracts, Host-State „Commitments” and the Myth of Stability in International Law, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 24, No. 3.
- Johnson L., Volkov O., 2014, State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law, *Investment Treaty News*, Issue 1, Vol. 5: 3-6.
- Johnson L., Sachs L., Sachs J., 2015, *Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*, CCSI Policy Paper, New York: Columbia Center on Sustainable Investment.
- Johnson L., Sachs L., 2016, The Outsized Costs of Investor-State Dispute Settlement, *Insights*, Vol. 16, No. 1: 10-13.
- Lachmayer K., 2015, *Verfassungsrechtliche Probleme von Investor-State Dispute Settlements (ISDS)*, Wien: Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien und Niederösterreich.

- Marwedel M., 2015, „Reformierter” *Investitionsschutz in TTIP: Zwei Schritte voran – und gegen die Wand*, <http://verfassungsblog.de/reformierter-investitionsschutz-in-ttip-zweischritte-voran-und-gegen-die-wand> [dostęp: 28.02.2017].
- Raś L., 2015, *Prof. Leokadia Oreziak o TTIP: Umowa pomiędzy UE i USA będzie korzystna tylko dla wielkich korporacji*, <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/851265.prof-leokadia-oreziak-umowa-ttip-korzysci-dla-korporacji-isds.html> [dostęp: 28.02.2017].
- Stahl M. (red.), 2013, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Stefan F., Grill K.A., 2016, *Austria: Sleeping Beauty No More – Investor-State Dispute Settlement*, <http://roadmap2016.schoenherr.eu/austria-sleeping-beauty-no-more-investor-state-dispute-settlement> [dostęp: 28.02.2017].
- Still not Loving ISDS: 10 Reasons to Oppose Investors’ Super-Rights in EU Trade Deals, 2014, *Corporate Europe Observatory*, <https://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade> [dostęp: 28.02.2017].
- The Right to Regulate in the Trade Agreement between the EU and Canada- and Its Implications for the Agreement with the USA*, 2015, Stockholm: National Board of Trade.
- Weisbrot M., Lefebvre S., Sammut J., 2014, *Did NAFTA Help Mexico? An Assessment After 20 Years*, Washington: Center for Economic and Policy Research.
- Zimmermann J., 2016, *Prawo administracyjne*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Zimmermann O., Schulz G., 2015, *CETA als Blaupause für TTIP. Was sind die Gemeinsamkeiten und was die Unterschiede der Handelsabkommen mit Kanada und mit den USA?*, *Materialien und Texte zu TTIP*, Stand 11.03.2015, Berlin: Deutsches Kulturrat.

## **ISDS – an Insidious Threat for the Uninterrupted Operation of Public Administration**

**Summary.** The ISDS (Investor-State Dispute Settlement, also known as ICS – Investment Court System) is a contractual mechanism for the settlement of disputes between a foreign investor and a host country government. It allows an entrepreneur (an investor) to bring a case against a country (government) before a court of arbitration, should the country enact or use legislation adversely affecting the entrepreneur’s earnings (discriminatory practices). ISDS arbitrators are a group of over a dozen generously paid lawyers working for big international law firms who hardly ever rule in favor of the state. Under the ISDS, an entrepreneur can claim exorbitant damages over lost profits as well as compensation for expected profits, without even having to support the claim with strong evidence and detailed calculations. Importantly enough, domestic law systems do not provide for any judicial or administrative controls over this mechanism. The paper points out the dangers that the ISDS poses to governments and public administration, to the extent that it might impair a state’s legislative and administrative functions. This is because, fearing the financial consequences, civil servants might be tempted to dilute norms and standards or refrain from action in a number of key areas.

**Keywords:** Investor-State Dispute Settlement, investment agreements, free trade, international disputes, public administration, arbitration, North American Free Trade Agreement (NAFTA), Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)