

EURO ↑ 4,2511 +0,1%	DOLAR ↓ 3,5239 -0,8%	FRANK SZWAJCARSKI ↓ 3,7194 -0,2%	WIG20 ↓ 2483,58 -0,3%	ŚREDNIA PŁACA 4501,52 zł VII 2017 r.	SKŁADKA ZUS 1172,56 zł 2017 r.
-------------------------------------	--------------------------------------	--	---------------------------------------	---	---

BITWA O OCHRONĘ INWESTYCJI

Polska zrywa z reliktem prawnym sprzed wstąpienia do UE - wygaszamy umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji z państwami Unii.

Dania, Estonia, Łotwa, Czechy i Rumunia się zgadzają. Jednostronnie wypowiemy umowę BIT z Portugalią.

EWA IVANOVA

BIT-y (Bilateral Investment Treaty), czyli umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, to najpotężniejsza broń, z jakiej mogą skorzystać inwestorzy zagraniczni w sporach z państwem. Na ich podstawie można pozywać za nadużycia władzy: przejawy wyłączenia, dyskryminację, ale także za niekorzystne zmiany prawa, błędne zapewnienia urzędników państwowych (np. podatkowe), a nawet orzeczenia sądów. Co istotne, spory rozstrzygane są nie przed sądami krajowymi, ale przed międzynarodowymi sądami arbitrażowymi (np. w Londynie czy Sztokholmie).

Bez lawiny wypowiedzeń BIT

Rząd prowadzi poufne rozmowy w sprawie wycofywania się z BIT-ów. Z informacji „Wyborczej” wynika, że gotowość do rozwiązania umów wyraziły Dania, Estonia, Łotwa, Republika Czeska oraz Rumunia. Nie doszło do porozumienia z Portugalią, dlatego umowa ma być wypowiedziana jednostronnie. Stosowny projekt ustawy trafił już do Sejmu.

Docelowo proces rozwiązywania BIT-ów ma objąć wszystkie 23 umowy, które Polska zawarła z państwami członkowskimi UE. Jeśli BIT-y wypowiedziane będą na mocy porozumień dwustronnych, inwestorzy szybciej zostaną pozbawieni ochrony. Państwa rezygnują wówczas z tzw. sunset clauses, czyli postanowień pozwalających na ochronę inwestycji przez okres 10-20 lat po wypowiedzeniu umowy.

- W przypadku braku zgody partnerów na takie rozwiązanie konieczne będzie wypowiedzenie umów, jak ma to obecnie miejsce w odniesieniu do umowy z Portugalią - tłumaczy Tadeusz Kościński, wiceminister rozwoju.

Zdaniem naszych rozmówców to nie przypadek, że na pierwszy ogień poszedł BIT polsko-portugalski. Rząd wycofuje się z umów ostrożnie. Gdyby jako pierwszy wypowiedziano np. BIT polsko-francuski, biorąc pod uwagę relacje Warszawa - Paryż, miałbyśmy gotowy skandal. Ryzyko roszczeń portugalskich firm wobec Polski czy polskich firm wobec Portugalii jest minimalne. BIT z Portugalią nie był do-

tychczas wykorzystany, choć obowiązuje od 1993 r.

- Nie spodziewałbym się szybkiego wypowiedzenia BIT-ów łączących Polskę z Niemcami, Francją, Belgią, Luksemburgiem czy Holandią. Te kraje już dawno sygnalizowały, że nie chcą z nich rezygnować - słyszemy od naszych rozmówców. W tych przypadkach bardziej prawdopodobne jest, że polski rząd będzie czekał na jednoznaczne rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości dotyczące BIT-ów w UE.

Polska zaś będzie - zdaniem naszych rozmówców - odkładać także rozwiązanie BIT-ów z państwami, wobec których polscy inwestorzy dochodzą roszczeń na podstawie BIT-ów, czyli ze Słowacją, Rumunią i Cyprem.

Optymalizacja BIT-owska

Rząd nie obawia się, że wypowiedzenie umów spowoduje odpływ inwestycji zagranicznych czy też będzie negatywnie rzutowało na ich napływ. Eksperti nie są tego tak pewni.

- Nie ma prostego przełożenia między istnieniem BIT-ów i wzrostem inwestycji zagranicznych. Ale jest oczywiste, że inwestorzy nie podejmują chętnie działań w krajach, w których stabilność systemu prawnego i wymiaru sprawiedliwości budzi wątpliwości, a jednocześnie nie przysługują im ochrona wynikająca z BIT-ów - tłumaczy prawnik specjalizujący się w arbitrażu inwestycyjnym.

- Nie można twierdzić, że bez BIT-ów sytuacja inwestorów zagranicznych się poprawi, gdyż stracą oni dodatkową podstawę prawną dochodzenia roszczeń. I nie można zapominać, że prowadzą one do nierówności w sytuacji prawnej przedsiębiorców. Polskie firmy w Polsce są w gorszej sytuacji, bo nie mogą korzystać z BIT-ów - mówi dr Paweł Kuglarz, radca prawny, partner w kancelarii Taylor Wessing.

Wypowiedzenie BIT-ów w UE może przynieść inny efekt: przedsiębiorcy z UE zaczną inwestować w Polsce poprzez państwa, które mają podpisany BIT z Polską i któremu nie grozi wypowiedzenie. - W związku z tendencją do wypowiedziania BIT-ów w UE doradzam klientom lokowanie inwestycji poza krajami unijnymi - w państwach, które mogą gwarantować ochronę na zasadach arbitrażu inwe-



Portugalia chroniona 10 lat

Portugalia zdecydowała, że nie odstąpi od zawartego z Polską BIT-u. Dlatego inwestor taki jak portugalski Bank Millennium będzie objęty ochroną BIT-u 10 lat po wypowiedzeniu umowy. To istotne, bo sektor bankowy sygnalizował rozstrzygnięcie sporów w arbitrażu międzynarodowym w razie przyjęcia niekorzystnych dla banków zmian w polskim prawie co do kredytów frankowych.

stycyjnego. Najczęściej sugeruje USA, zwłaszcza stan Delaware, lub Szwajcarię - przyznaje prawnik specjalizujący się w inwestycjach zagranicznych.

Szczególny kontekst: Polska wyłącza bezpieczniki

Rezygnacja z BIT-ów zawartych z krajami UE nie budziaby kontrowersji, gdyby nie stopniowe wyłączenie w Polsce kolejnych bezpieczników gwarantujących praworządność. Po obezwładnieniu Trybunału Konstytucyjnego partia rządząca uderzyła przecież w niezależność sądownictwa.

- Inwestorzy nie będą mieli w tej sytuacji pewności, czy ich spory z państwem polskim będą rozstrzygane przez niezależne od rządu sądy - uważa Rafał Trzeciakowski, ekonomista Forum Odpowiedzialnego Rozwoju, think tanku założonego przez prof. Leszka Balcerowicza. Przypomina, że BIT-y chronią inwestorów zagranicznych np. przed wyłączeniem czy dyskryminującymi regulacjami.

Rezygnując z BIT-ów, Polska powołuje się na rekomendacje Komisji Europejskiej, która zarzuca, że BIT-y w UE są niezgodne z prawem unijnym: ograniczają jednolity rynek, ich przepisy często są sprzeczne, a do tego naruszają kompetencje Trybunału Sprawiedliwości UE. Tyle że w samej UE trwa spór w tej sprawie. Nie doszło do wspólnej decyzji krajów członkowskich o wzajemnej rezygnacji z BIT-ów. Dotąd wszystkie umowy z państwami UE wypowiedziały Włochy i Irlandia. Większość krajów czeka z decyzją na rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości UE. Niemiecki sąd zwrócił się bowiem do TSUE z pytaniem prejudycjalnym (wykładnię prawa), czy wykonanie wyroku wydanego na podstawie BIT-u intra-UE (wewnątrz-unijnego) nie naruszałoby postanowień traktatów.

Polska przystąpiła do postępowania, udowadniając sprzeczność umów

BIT wewnątrz UE z prawem unijnym. - To zadziwiające: polski rząd lekceważy kolejne zalecenia Komisji wydawane w ramach kontroli praworządności, nie wykonuje postanowienia tymczasowego Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Puszczy Białowieskiej, natomiast w kwestii BIT-ów wewnątrz UE zalicza się do prymusów, którzy gorliwie wykonują rekomendacje Komisji - komentują wybitni konstytucjonaliści, z którymi rozmawialiśmy.

Obawia się, że rząd rezygnuje z umów, bo wie, że dla inwestorów zagranicznych dochodzenie odpowiedzialności w ramach UE czy systemu krajowego jest mniej efektywne niż w arbitrażu.

Mniejsza ochrona inwestorów bez BIT-ów

Podziela ją ten pogląd praktycy zajmujący się arbitrażem. Ich zdaniem prawo unijne czy krajowe nie daje inwestorom porównywalnych gwarancji i poziomu ochrony co BIT-y.

- Trybunał Sprawiedliwości UE nie ma kompetencji do rozpatrywania indywidualnych skarg inwestorów przeciwko państwom. Gdyby powstał wewnętrzny sąd rozstrzygający spory na linii inwestor zagraniczny kontra państwo członkowskie i gdyby system unijny umożliwił dochodzenie

odszkodowań, to można byłoby porównywać to do poziomu ochrony zapewnianej przez BIT-y. Ale w tej chwili w UE nie ma takich mechanizmów. - tłumaczy dr Marek Jeżewski, partner i szef praktyki arbitrażu w kancelarii Kocharński Zięba & Partnerzy.

Gdyby państwo członkowskie naruszyło zobowiązania, inwestor może co najwyżej poskarżyć się Komisji, a ta może zainicjować sprawę przed Trybunałem Sprawiedliwości UE i doprowadzić do nałożenia kary na taki kraj. - Tyle że kara nie czyni zadość roszczeniom inwestora. Musi on iść do sądu kraju, który jest winny naruszenia prawa, i dochodzić tam sprawiedliwości, powołując się na ów wyrok Trybunału UE - dodaje Jeżewski.

Sądownictwo krajowe w sporze z inwestorem zagranicznym może się okazać ze swej natury mało skuteczne. Sędziowie stosują co do zasady prawo krajowe i są związani ustawami, dopóki nie zostanie stwierdzona ich niekonstytucyjność. Do wyjątków należą sytuacje, gdy sąd odmawia stosowania ustawy niezgodnej w jego ocenie z konstytucją czy międzynarodowymi standardami.

- W idealnym świecie sądy krajowe powinny być niezależne i niezależne od władzy publicznej. Na przykładzie polskiej rzeczywistości widać jednak problemy. Prokuratura Generalna reprezentująca w sporach skarb państwa w 2016 r. odnotowała skuteczność na poziomie ponad 94 proc. - zwraca uwagę dr Filip Balcerzak, adwokat z kancelarii Spaczyński, Sześciński i Wspólnicy sp.k.

Takie statystyki zachęcają przedsiębiorców zagranicznych do poszukiwania alternatywnego forum rozstrzygnięcia sporów - w pełni niezależnego od państwa, które jest zainteresowane wynikiem sporu. I takie gwarancje daje arbitraż inwestycyjny oparty na minimalnych standardach międzynarodowych. e