

**NOVÁ EURÓPSKA INVESTIČNÁ POLITIKA A JEJ DOPAD NA OSUD
BILATERÁLNYCH INVESTIČNÝCH DOHÔD ČLENSKÝCH ŠTÁTOV EÚ (1. ČASŤ)**

Mgr. Ing. Katarína Brocková, PhD.

ABSTRAKT

Deklarovaným cieľom rozšírenia spoločnej obchodnej politiky EÚ patriacej do výlučnej kompetencie EÚ o investičnú politiku, ktoré priniesla Lisabonská zmluva, malo byť posilnenie pozície EÚ v rokovaní o otázkach obchodnej politiky s kľúčovými svetovými partnermi. V skutočnosti sa tým narušilo relatívne stabilné investičné prostredie, ktoré bolo posledných 50 rokov v priestore EÚ podporené vytvorením siete početných bilaterálnych investičných zmlúv, ktorých budúcnosť sa stala v dôsledku uvedených zmien v európskej legislatíve otáznou. Úskalia postlisabonskej európskej legislatívy a ich dopad na budúcnosť existujúcich ako i novo uzatváraných medzinárodných dohôd obsahujúcich záväzky týkajúce sa ochrany investícií sú predmetom skúmania v tomto článku.

Kľúčové slová: Lisabonská zmluva, bilaterálne investičné zmluvy, komplexná európska medzinárodná investičná politika, riešenie medzinárodných investičných sporov

ABSTRACT

The expansion of the common commercial policy of the EU (which falls into its exclusive competence) by including investment policy following the entry into force of the Lisbon Treaty, was aimed at strengthening the EU's position in negotiations regarding commercial policy issues with key global players. In reality, however, it has compromised a relatively stable investment environment in Europe by subjecting a wide base of numerous bilateral investment treaties concluded in the last 50 years to an uncertain future. The pitfalls of the post-Lisbon European legislation and their impact on the future of the existing as well as newly concluded international agreements that include obligations on investment protection are analyzed in the presented article.

Key words: Treaty of Lisbon, extra-EU bilateral investment treaties, complex European international investment policy, settlement of international investment disputes

JEL: F59, K33

Úvod

Investičná politika patrí medzi najdôležitejšie determinanty ekonomického rozvoja štátu. Jedným zo zámerov Lisabonskej zmluvy bolo posilniť pozíciu Európskej únie v bilaterálnych a multilaterálnych rokovaní s tretími krajinami o otázkach súvisiacich s investičnou politikou. Pred prijatím Lisabonskej zmluvy nebola EÚ oprávnená vyjednávať štandardy na ochranu investícií, ktoré bývajú často obsahom bilaterálnych a multilaterálnych obchodných dohôd. Z tohto dôvodu mohli byť medzinárodné obchodné dohody, ktoré mali obsahovať kapitoly o podpore a ochrane investícií, pred prijatím Lisabonskej zmluvy uzatvárané len ako zmiešané dohody EÚ a jej členských štátov. Takýto postup bol však z hľadiska EÚ samotnej, ako i z hľadiska potenciálnych zmluvných partnerov, náročný – až 27 štátov mohlo predmetnú dohodu vetovať. Do výlučnej právomoci EÚ sa otázky súvisiace so zahraničnými investíciami mali dostať až začlenením investičnej politiky do spoločnej obchodnej politiky Európskej únie.

Investičné prostredie v EÚ, ako aj vo väčšine iných regiónov sveta, tvorí okrem vnútroštátnej legislatívy i široko rozvetvená sieť bilaterálnych investičných dohôd, plurilaterálnych a multilaterálnych čisto investičných alebo širšie koncipovaných obchodných dohôd obsahujúcich záväzky súvisiace s ochranou investícií.¹ V dôsledku rozšírenia výlučnej kompetencie EÚ o oblasť *priamych zahraničných investícií*, ku ktorému došlo v dôsledku prijatia Lisabonskej zmluvy, malo na jednej strane dôjsť k rozšíreniu výlučnej kompetencie EÚ o právomoc uzatvárať medzinárodné (obchodné) dohody obsahujúce i záväzky týkajúce sa ochrany priamych zahraničných investícií, na strane druhej, to však postavilo stovky bilaterálnych investičných dohôd, ktoré dovtedy uzatvorili jednotlivé členské štáty s nečlenskými štátmi EÚ, pred neistý osud. Aktuálna i budúca platnosť a opodstatnenosť takýchto dohôd sa stala predmetom mnohých akademických debát, ako i témou rozoberanou v mnohých súdnych i arbitrážnych konaniach. Regulácia ochrany zahraničných investícií sa tým stala jednou z najkontroverznejších tém v oblasti práva Európskej únie, a to najmä z hľadiska jej vzťahu k medzinárodnému investičnému právu.

Predmetom skúmania v tomto článku je analýza praktických dopadov novej platnej i pripravovanej európskej legislatívy v oblasti novej komplexnej európskej medzinárodnej investičnej politiky na existujúci medzinárodný právny rámec ochrany zahraničných investícií v EÚ. Primárnym cieľom autorky je zhodnotiť na základe právnej analýzy relevantných právnych predpisov predpokladaný osud existujúcich bilaterálnych investičných dohôd uzatvorených členskými štátmi EÚ s tretími krajinami pred vstupom Lisabonskej zmluvy do platnosti.

Pri skúmaní tohto problému sú predmetom analýzy okrem relevantných ustanovení samotnej Zmluvy o fungovaní Európskej únie i aktuálne návrhy nariadení zaoberajúcich sa predmetnou problematikou vypracované Európskou komisiou, najmä ***Návrh Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady stanovujúceho prechodnú úpravu pre bilaterálne investičné dohody medzi zmluvnými štátmi EÚ a tretími krajinami*** zo 7. júla 2010², ***Oznámenie Komisie Rade, Európskemu parlamentu, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a výboru regiónov Na ceste ku komplexnej európskej medzinárodnej investičnej politike*** zo 7. júla 2010³, ***Návrh Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady vytvárajúceho rámec pre úpravu finančnej zodpovednosti súvisiacej s riešením sporov medzi investormi a štátmi prostredníctvom tribunálov vytvorených medzinárodnými dohodami, ktorých je Európska únia zmluvnou stranou***⁴ z 21. júna 2012 a z hľadiska medzinárodnoprávneho sú relevantné i ďalej v článku analyzované vyjadrenia súdnych a rozhodcovských orgánov k niektorým z týchto otázok.

¹ Okrem takmer 3000 bilaterálnych investičných dohôd vo svete sa otázkou ochrany investícií zaoberá napríklad Zmluva o energetickej charte, NAFTA a množstvo medzinárodných dohôd o voľnom obchode

² Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries of 7 July 2010, COM(2010)344 final

³ Commission Communication "Towards a comprehensive European international investment policy" of 7 July 2010, COM (2010)343 final, str. 7, dostupné na internete: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf

⁴ EC Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is a party zo 21.06.2012 COM(2012)335 final, dostupné na:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf

1 Náčrt vybraných výziev, ktoré Lisabonská zmluva predstavuje pre medzinárodné investičné právo

1.1 Predmet úpravy bilaterálnych investičných dohôd

Dohody o podpore a vzájomnej ochrane investícií, nazývané tiež bilaterálne investičné dohody (ďalej tiež „BITS“), sú štandardnými dohodami uzatváranými medzi suverénnymi subjektmi medzinárodného práva verejného s cieľom vytvárať priaznivé podmienky pre rozvoj vzájomnej ekonomickej spolupráce⁵ a zabezpečiť vyšší stupeň právnej istoty pre investorov pochádzajúcich zo štátu, ktorý je jednou zmluvnou stranou, na území štátu, ktorý je druhou zmluvnou stranou príslušnej bilaterálnej investičnej dohody.

BITS obsahujú vzájomné garancie dodržiavania medzinárodnoprávných štandardov ochrany a zaobchádzania s investíciami zahraničných investorov pochádzajúcich zo zmluvného štátu BIT, v hostiteľskom štáte, ktorý je druhou zmluvnou stranou danej BIT. Medzi tieto medzinárodnoprávne štandardy ochrany patrí predovšetkým záväzok hostiteľského štátu nevyvlastniť zahraničnú investíciu v rozpore s medzinárodným právom, poskytnúť zahraničným investorom spravodlivé a nestranné zaobchádzanie, zabezpečiť možnosť repatriácie zisku, poskytnúť plnú ochranu a bezpečnosť, zaobchádzanie v súlade s doložkou najvyšších výhod, prípadne záväzok poskytnúť zahraničným investorom a ich investíciám zaobchádzanie v súlade s národným režimom a ďalšie štandardy ochrany. Dôležitou súčasťou investičných dohôd býva i možnosť riešenia prípadných sporov, ktoré vzniknú z porušenia ustanovení dohodnutých v predmetnej BIT, prostredníctvom medzinárodnej investičnej arbitráže. Uvedená možnosť je zabezpečená prostredníctvom štandardného inkorporovania arbitrážnych doložiek do znenia príslušných BITS, pričom za veľké pozitívum dojednaní o súhlase s arbitrážnym spôsobom riešenia potenciálnych sporov sa považuje možnosť iniciovania prípadného arbitrážneho konania priamo investorom, ktorý síce nie je zmluvnou stranou danej bilaterálnej investičnej dohody, avšak je príslušníkom druhého zmluvného štátu predmetnej BIT.

Po vstupe Lisabonskej zmluvy do platnosti 1. decembra 2009 sa ďalší osud bilaterálnych investičných zmlúv, ktoré boli uzatvárané medzi jednotlivými členskými štátmi Európskej únie s nečlenskými štátmi EÚ už od konca päťdesiatych rokov 20. storočia⁶ (ďalej len „extra-EÚ BITS“), dostal do rúk úradníkov z Európskej komisie. Napriek novej koncepcii európskej investičnej politiky, ktorú predpokladá Lisabonská zmluva, sa však k slovu dostávajú i rozhodcovia v medzinárodných investičných arbitrážnych konaniach, v ktorých práve títo pragmatici posudzujú aplikovateľnosť jednotlivých BITS napriek ich deklarovanému rozporu s právom EÚ.

1.2 Sporné body týkajúce sa obsahu rozšírenej kompetencie EÚ v oblasti investičnej politiky

Zmluva o fungovaní Európskej únie (ďalej aj „ZFEÚ“) vo svojom postlisabonskom znení predstavuje pre Európsku úniu rozšírenú právomoc konať na medzinárodnej scéne⁷,

⁵ Oznámenie na oficiálnej stránke MF SR, dostupné na <http://www.finance.gov.sk/Default.aspx?CatID=4597>

⁶ Historicky prvá BIT bola uzatvorená medzi SRN a Pakistanom 25.11.1959 (01.12.2009 bola podpísaná nová BIT medzi SRN a Pakistanom)

⁷ Druhou veľkou zmenou, ktorú priniesla Lisabonská zmluva v kontexte spoločnej obchodnej politiky je rozšírenie procedúry spolurozhodovania v súčasnosti nazývanej „riadny legislatívny postup“ v zmysle článku 294 ZFEU (V zmysle článku 289 ZFEU riadny legislatívny postup predstavuje spoločné prijatie nariadenia, smernice alebo rozhodnutia Európskym parlamentom a Radou na návrh Komisie. Tento postup je vymedzený v článku 294.) i na článok 207 ZFEU. Pred prijatím Lisabonskej zmluvy nezohrával Európsky parlament pri formovaní spoločnej

vrátane možnosti dojednávať a uzatvárať medzinárodné zmluvy obsahujúce záväzky týkajúce sa priamych zahraničných investícií, ktoré sa v rámci spoločnej obchodnej politiky dostali do výlučnej kompetencie EÚ⁸. Hoci zámerom tejto novej úpravy bolo zjavne vyriešiť kompetenčné nejasnosti, ktoré v danej oblasti existovali v predchádzajúcom znení ZFEÚ, z nižšie uvedenej analýzy bude zrejmé, že prijaté nové znenie relevantných ustanovení ZFEÚ prinieslo viac otázok ako odpovedí. V prvom rade sa ako problematické javí vymedzenie právomoci EÚ v oblasti investičnej politiky na oblasť priamych zahraničných investícií, pričom právomoc v otázkach portfóliových investícií a iných majetkových práv investorov zostáva nedoriešená. To je v priamom kontraste so štandardným rozsahom ochrany investícií zakotvenej v doteraz existujúcich BITs, ktoré zahŕňajú široké spektrum majetkových práv investorov.

V zmysle článku 207 (1) ZFEÚ:

„Spoločná obchodná politika vychádza z jednotných zásad, najmä vo vzťahu k úpravám colných sadzieb, uzavieraní colných a obchodných dohôd týkajúcich sa obchodu s tovarom a službami, k obchodným aspektom duševného vlastníctva, *priamym zahraničným investíciám*, zjednocovaniu liberalizačných opatrení, vývoznjej politike, ako aj k opatreniam na ochranu obchodu, napríklad v prípade dumpingu a subvencií. Spoločná obchodná politika sa uskutočňuje v rámci zásad a cieľov vonkajšej činnosti Únie.”

Z uvedeného ustanovenia teda vyplýva, že novo získaná výlučná kompetencia Európskej únie sa týka úpravy priamych zahraničných investícií, ktoré však nie sú ďalej v texte predmetnej zmluvy definované. Pojem „priame investície“ sa však nachádza v kapitole o pohybe kapitálu a platbách Zmluvy o ES a teraz v článkoch 63 až 66 ZFEÚ⁹. V tomto

obchodnej politiky v podstatne žiadnu úlohu. Je teda zrejmé, že rozšírením riadneho legislatívneho procesu i na otázky spoločnej obchodnej politiky výrazne posilní právomoc Európskeho parlamentu v tejto oblasti.

⁸ Článok 207 Zmluvy o fungovaní Európskej únie

⁹ Napr. Článok 63 ZFEÚ: “1. V rámci ustanovení tejto kapitoly sú zakázané všetky obmedzenia pohybu kapitálu medzi členskými štátmi navzájom a členskými štátmi a tretími krajinami.

2. V rámci ustanovení tejto kapitoly sú zakázané všetky obmedzenia platieb medzi členskými štátmi navzájom a členskými štátmi a tretími krajinami.”

Článok 64 ZFEÚ: “1. Ustanovenia článku 63 sa prijímú bez toho, aby bolo dotknuté uplatňovanie obmedzení vo vzťahu k tretím krajinám, ktoré platia vo vnútroštátnom práve alebo v práve Únie k 31. decembru 1993 z hľadiska pohybu kapitálu do tretích krajín alebo z tretích krajín týkajúcich sa priamych investícií – vrátane investícií do nehnuteľného majetku, usadenia sa, poskytovania finančných služieb alebo vstupu cenných papierov na kapitálové trhy. V prípade obmedzení podľa vnútroštátnych právnych predpisov v Bulharsku, Estónsku a Maďarsku je príslušným dátumom 31. december 1999.

2. V úsilí dosiahnuť voľný pohyb kapitálu medzi členskými štátmi a tretími krajinami v čo najväčšom rozsahu a pri rešpektovaní ostatných kapitol zmlúv, prijímú Európsky parlament a Rada v súlade s riadnym legislatívnym postupom opatrenia o pohybe kapitálu do tretích krajín a z tretích krajín v oblasti priamych investícií – vrátane investícií do nehnuteľného majetku, usadenia sa, poskytovania finančných služieb alebo prístupu cenných papierov na kapitálové trhy.

3. Odchylné od odseku 2 môže opatrenia, ktoré predstavujú krok späť v práve Únie, pokiaľ ide o liberalizáciu pohybu kapitálu do tretích krajín a z tretích krajín, ustanoviť len Rada v súlade s mimoriadnym legislatívnym postupom jednomyseľne a po porade s Európskym parlamentom.”

kontexte predmetný pojem interpretoval ESD vo viacerých prípadoch¹⁰ podľa nomenklatúry, ktorá tvorí Prílohu č. 1 Smernice o kapitálovej liberalizácii č. 88/361/EHS¹¹ z 24. júna 1988. Uvedená smernica, ktorá je z veľkej časti založená na všeobecne uznávaných definíciách MMF¹² a OECD¹³, definuje priame investície ako

„investície akejkoľvek fyzickej osoby alebo obchodného, priemyselného alebo finančného podniku, ktoré slúžia na založenie a udržanie trvalého a priameho vzťahu medzi osobou poskytujúcou kapitál a podnikateľom alebo podnikom, ktorému je tento kapitál poskytnutý s cieľom vykonávať ekonomickú aktivitu. Tento koncept preto treba chápať v jeho najširšom zmysle.“

ESD v jednom zo sporov potvrdil, že *priame investície* vyžadujú

„(...) trvalý a priamy vzťah medzi osobami poskytujúcimi kapitál a podnikmi, ktorým je tento kapitál poskytnutý s cieľom vykonávať ekonomickú aktivitu“.¹⁴

Samotná Európska komisia vo svojom Oznámení¹⁵ pod titulom „*Na ceste ku komplexnej európskej medzinárodnej investičnej politike*“ adresovanom Rade, Európskemu parlamentu, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov v časti venovanej vymedzeniu pojmov za *priame zahraničné investície* označila

„všetky zahraničné investície, ktoré slúžia na vytvorenie trvalých a priamych vzťahov s podnikom, ktorému sa poskytuje kapitál na účel vykonávania ekonomickej činnosti. Ak sa investície uskutočňujú formou podielu, na tento účel sa predpokladá, že podiely oprávňujú podielníka na účinnú účasť na riadení alebo kontrole danej spoločnosti.“

Výslovne sa v tejto súvislosti v Oznámení uvádza, že

„(...) to predstavuje rozdiel v porovnaní so zahraničnými investíciami, ktorých cieľom nie je ovplyvňovať riadenie a kontrolu podniku. Také investície, ktoré sú často krátkodobejšie a niekedy aj špekulatívnej povahy, sa bežne označujú za „portfóliové investície““¹⁶.

¹⁰ Napríklad Rozsudok z 12. decembra 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, vec C-446/04, Zb. rozh. S. I-11753, ods. 181, Rozsudok z 23. októbra 2007, *Komisía/Nemecko*, C-112/05, Zb. rozh. s. I-8995, ods.18

¹¹ Smernica dostupná na internete:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988L0361:SK:HTML>

¹² Manuál platobnej bilancie Medzinárodného menového fondu (*The IMF Balance of Payments Manual*)

¹³ Definícia OECD, podľa ktorej priama zahraničná investícia vyjadruje zámer subjektu, ktorý je rezidentom jednej ekonomiky (priamy investor), získať trvalý podiel v podniku so sídlom v inej ekonomike (podnik priamej investície). Trvalý podiel vyjadruje existenciu dlhodobého vzťahu medzi priamym investorom a podnikom priamej investície a významný stupeň vplyvu na riadenie podniku. Na určovanie existencie vzťahu priamej investície sa v súlade s medzinárodnými štandardmi používa – kritérium 10% podielu na základnom kapitáli alebo hlasovacích právach podniku.

¹⁴ Prípád C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, Rozsudok z 12.decembra 2006. Zb. rozh. S. I-11573, ods.181)

¹⁵ Oznámenie Komisie “Towards a comprehensive European international investment policy” z 7. júla 2010, COM (2010)343 final, str. 7

¹⁶ *Ibid.*

Na tomto mieste treba podotknúť, že v časti Oznámenia pod titulom „Medzinárodná zodpovednosť“ Európska komisia už deklaruje, že začlenenie priamych zahraničných investícií do spoločnej obchodnej politiky umožňuje EÚ

„(...) aby posilnila svoj záväzok byť otvoreným investičným prostredím (...), a aby pokračovala v podpore priamych i portfóliových investícií (...)“¹⁷, a „(...) v záujme zabezpečenia vonkajšej konkurencieschopnosti, jednotného zaobchádzania so všetkými investormi z EÚ a čo najväčšieho vplyvu pri rokovaniach by sa spoločná medzinárodná investičná politika mala zaoberať všetkými druhmi investícií a mala by obsiahnuť ochranu investícií.“¹⁸

Túto zrejmu nejasnosť v terminológii, a tým i v rozsahu plánovanej spoločnej investičnej politiky, sa Európska komisia snažila upresniť v aktuálnej dôvodovej správe k návrhu *Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady z 21. júna 2012 vytvárajúceho rámec na úpravu finančnej zodpovednosti súvisiacej s riešením sporov medzi investormi a štátmi prostredníctvom tribunálov vytvorených medzinárodnými dohodami, ktorých je Európska únia zmluvnou stranou*, kde už jednoznačne zahrnila do výlučnej kompetencie EÚ v rámci spoločnej obchodnej politiky *všetky* druhy investícií. V tejto správe sa vyslovene uvádza, že

„...Únia má výlučnú právomoc uzatvárať dohody zahŕňajúce všetky záležitosti týkajúce sa zahraničných investícií, to znamená tak priamych zahraničných investícií ako aj portfóliových investícií.“¹⁹

Dôvodová správa ďalej upresňuje, že výlučná právomoc týkajúca sa priamych zahraničných investícií vyplýva priamo z článku 207 ZFEÚ. Právomoc Únie týkajúca sa portfóliových investícií podľa Komisie vyplýva z článku 63 ZFEÚ²⁰. V zmysle tohto článku „sú zakázané všetky obmedzenia pohybu kapitálu medzi členskými štátmi navzájom a medzi členskými štátmi a tretími krajinami“. Článok 3(2) ZFEÚ poskytuje Únii výlučnú právomoc vo všetkých prípadoch, keď ustanoveniami medzinárodnej dohody „môžu byť dotknuté spoločné pravidlá alebo pozmenený rozsah ich pôsobnosti“. Podľa Komisie sa výlučná právomoc Únie musí vzťahovať i na portfóliové investície, nakoľko zamýšľané pravidlá, ktoré by sa bezpodmienečne týkali i portfóliových investícií, by sa mohli dotknúť spoločných pravidiel o pohybe kapitálu uvedených v článku 63 ZFEÚ.²¹ Uvedená argumentácia Európskej komisie naznačuje, že Európska únia by mala mať implicitnú vonkajšiu právomoc týkajúcu sa portfóliových investícií na základe citovaných ustanovení o voľnom pohybe kapitálu.²² Táto argumentácia však ignoruje skutočnosť, že navrhovatelia Lisabonskej zmluvy priame zahraničné investície výslovne zahrnuli do spoločnej obchodnej politiky v článku 207 ZFEÚ a nespoľahli sa na argument implicitnej externej právomoci, hoci by podľa vyššie uvedenej logiky bol rovnako aplikovateľný ako v prípade portfóliových investícií.

Na strane druhej, ako bolo už vyššie naznačené, existujúce BITs a ich dojednania týkajúce sa ochrany investícií sa štandardne vzťahujú nielen na priame zahraničné investície,

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.* - dôraz kurzívou pridaný autorkou

¹⁹ EC Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is a party zo 21.06.2012 COM(2012)335 final, Explanatory Memorandum, dostupné na: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf

²⁰ Pozri pozn. pod čiarou č. 10

²¹ *Ibid.*, str. 3

²² články 63-66 ZFEÚ

ale v prevažnej väčšine prípadov sa ochrana nimi poskytnutá týka širokého spektra investícií, vrátane portfóliových investícií a iných majetkových práv investorov. Problém vymedzenia obsahu budúcej spoločnej investičnej politiky EÚ a jej prelínania s existujúcimi extra-EÚ BITs teda začína už v samotnom definovaní predmetu ich úpravy. Vylúčenie portfóliových investícií by vskutku predstavovalo vážnu prekážku v rozvoji a implementácii komplexnej európskej medzinárodnej investičnej politiky práve kvôli tomu, že za takýchto okolností by investičné dohody uzatvárané EÚ, ktoré by vylučovali portfóliové investície, poskytovali podstatne nižší stupeň ochrany pre investorov než štandardné BITs a teda by nemohli ani plnohodnotne nahradiť existujúce BITs uzatvorené členskými štátmi EÚ.

Ponúka sa i otázka, či členské štáty EÚ úplne stratia v budúcnosti kompetenciu uzatvárať dohody týkajúce sa ochrany investícií, a ak áno, či budú takéto dohody uzatvárané výlučne Európskou úniou alebo i za účasti členských štátov. Z vyššie citovaných vyjadrení Európskej komisie však možno vyvodit' zreteľnú tendenciu pripraviť si argumentačnú pôdu práve pre výlučnú právomoc Európskej únie uzatvárať v budúcnosti medzinárodné zmluvy zahŕňajúce pravidlá vstupu a ochrany všetkých druhov investícií.

Praktické implikácie tohto problému v roku 2009 v jednom zo svojich rozhodnutí zvažoval aj Ústavný súd SRN, ktorý sa vyjadril v prospech predpokladu, že „priame zahraničné investície“ zahŕňajú len investície slúžiace na získanie kontrolného vplyvu v podniku. To znamená, že v prípade výlučnej právomoci EÚ vzťahujúcej sa len na tento typ investícií, by investičné dohody, ktoré by zahŕňali i iné druhy majetku vrátane portfóliových investícií, museli byť uzatvárané ako zmiešané dohody.²³

Ďalším diskutovaným bodom z hľadiska samotného obsahu spoločnej investičnej politiky a jej prelínania so štandardným obsahom bilaterálnych investičných dohôd je otázka kompetencie Európskej únie vyjednávať popri podmienkach vstupu investícií do priestoru EÚ i štandardy na ochranu investícií, napríklad podmienky vyvlastnenia a ďalšej ochrany investícií najmä pred regulačnými zásahmi hostiteľského štátu. Faktom je, že vyššie citovaný článok 207 ZFEÚ neobsahuje výslovne ustanovenie o ochrane investícií a ponecháva preto otázku obsahu výlučnej kompetencie EÚ v oblasti investičnej politiky otvorenú. Podľa názoru niektorých autorov sa však článok 207 ZFEÚ vzťahuje nielen na otázky liberalizácie investičných tokov, ale i na ich ochranu.²⁴ Podľa niektorých autorov sa tento článok vzťahuje na všetky štandardné typy ochrany investícií vrátane opatrení týkajúcich sa vyvlastnenia.²⁵ V odbornej literatúre sa však môžeme stretnúť i s protichodným argumentom, podľa ktorého článok 345 ZFEÚ vylučuje právomoc EÚ uzatvárať dohody obsahujúce záväzky týkajúce sa napríklad vyvlastnenia, nakoľko v zmysle uvedeného článku je úprava vlastníckych vzťahov uplatňovaných v jednotlivých členských štátoch ponechaná na vnútornú reguláciu daným členským štátom. Tento názor však nie je všeobecne zdieľaný a predpokladá sa, že sa s týmto názorom stotožňuje aj Európska komisia²⁶, že citované ustanovenie by nemalo byť prekážkou právomoci EÚ uzatvárať investičné dohody, ktoré podmieňujú vyvlastnenie splnením určitých podmienok, a to

²³ Ústavný súd SRN, Lisabonská zmluva, Rozsudok z 30. júna 2009, dostupné na internete: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, para. 379

²⁴ BUNGENBERG, M: 'Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon', (2010) European Yearbook of International Economic Law 1, 123, 126

²⁵ KRAJEWSKI, M: The Reform of the Common Commercial Policy, dostupné na: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201012/20101207ATT07788/20101207ATT07788EN.pdf>

²⁶ EC Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is a party zo 21.06.2012 COM(2012)335 final, Explanatory Memorandum, str. 4

najmä zabezpečením nediskriminačného postupu a uhradením náležitej kompenzácie, avšak nemajú priamo vplyv na úpravu vlastníckych vzťahov v signatárskych štátoch.

Na podporu tohto tvrdenia, že článok 207 ZFEÚ sa obmedzuje len na problematiku vstupu investícií na trh EÚ, a preto neposkytuje žiadnu bázu pre prijatie záväzkov na ochranu týchto investícií po ich vstupe na európsky trh, sa ponúka argument, že v zmysle ustanovenia predchádzajúceho článku 206 ZFEÚ Únia prispieva k

„...postupnému zrušovaniu obmedzení medzinárodného obchodu a priamych zahraničných investícií...“,

ktoré možno vykladať tak, že zrušenie obmedzení priamych zahraničných investícií sa má vzťahovať na tzv. predvstupové obmedzenia týkajúce sa podmienok vstupu, nie avšak na povstupové štandardy ochrany investícií.²⁷ Vzhľadom na to, že hlavným cieľom zahnutia investičnej politiky do výlučnej kompetencie EÚ je zabezpečiť lepšiu východiskovú pozíciu pre EÚ v budúcich rokovaníach o otázkach súvisiacich s investíciami so silnými svetovými partnermi, obmedzenie tejto kompetencie výlučne na otázky spojené so vstupom zahraničných investícií na európsky trh a vice versa bez možnosti dohodnúť zároveň záväzky týkajúce sa ochrany takýchto investícií, by bolo kontraproduktívne. Európska komisia, vedomá si týchto námietok, vo svojom aktuálnom dokumente z júna 2012 prezentuje názor, podľa ktorého výlučná kompetencia Európskej únie sa vzťahuje na všetky štandardy ochrany investícií bežne obsiahnuté v medzinárodnoprávných inštrumentoch na ochranu investícií, ktorými sú v súčasnosti najmä bilaterálne investičné dohody, vrátane podmienok na vyvlastnenie.²⁸ Argumentuje pritom rozhodovacou praxou Európskeho súdneho dvora, ktorý opakovane potvrdil vo svojich stanoviskách, že právomoc Únie v otázkach spoločnej obchodnej politiky zahŕňa i preberanie záväzkov týkajúcich sa obdobia po vstupe tovaru alebo služby na európsky trh, a to aj v prípadoch, keď si členské štáty zachovali možnosť prijímať v tejto oblasti vnútorné predpisy.^{29 30}

Z vyššie načrtnutých problémov je zjavné, že názory Európskej komisie a jednotlivých členských štátov na presné vymedzenie obsahu spoločnej investičnej politiky, ktorá má byť súčasťou spoločnej obchodnej politiky EÚ, nemožno v tomto štádiu jednoznačne označiť za konvergentné. Zostáva teda otázkou, do akej miery využije Európsky parlament svoje rozšírené právomoci pri formovaní novej komplexnej európskej medzinárodnej investičnej politiky a v akej podobe budú aktuálne návrhy Európskej komisie týkajúce sa upresnenia obsahu

²⁷ KRAJEWSKI, M: The Reform of the Common Commercial Policy, str. 18, dostupné na: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201012/20101207ATT07788/20101207ATT07788EN.pdf>

²⁸ EC Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is a party zo 21.06.2012 COM(2012)335 final, Explanatory Memorandum, str. 3

²⁹ napríklad Posudok Európskeho súdneho dvora č. 1/94 [1994] ECR I-5267, odseky 29, 32, 33

³⁰ Na doplnenie treba uviesť, že Európska komisia, naopak, problém exisujúcich BITs uzatvorených členskými štátmi EÚ vidí v tom, že tieto neobsahujú žiadne konkrétne záväzky voči tretím krajinám, pokiaľ ide o podmienky vstupu na trh, a to ani jedným smerom. (Oznámenie Komisie “Na ceste ku komplexnej európskej medzinárodnej investičnej politike” z 7. júla 2010, COM (2010)343 final, str. 4, dostupné na internete: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf) Podľa Európskej komisie Európska únia začala postupne vyplňať túto medzeru týkajúcu sa problematiky „vstupu“ a „prepustenia“ na trh, a to prostredníctvom multilaterálnych i bilaterálnych dohôd na úrovni EÚ, ktoré sa týkajú prístupu na trh s investíciami a liberalizácie investícií.

spoločnej investičnej politiky v konečnom znení prijaté. Možno takmer s istotou predpokladať, že rozsah názorových rozdielov v otázke interpretácie načrtnutých sporných ustanovení si vyžiada i účasť Európskeho súdneho dvora pri riešení novovzniknutých kompetenčných otázok. O tom, v akom časovom horizonte budú tieto s konečnou platnosťou vyriešené a čo to bude znamenať pre európsku investičnú politiku v praxi, možno v tomto štádiu viesť len dohady.

(Pokračovanie v budúcom čísle.)

POUŽITÁ LITERATÚRA:

KNIHY A MONOGRAFIE:

1. BROWNLIE, I. (2008): *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 2008. 784 s. ISBN 978-0-19-921770-0.
2. DOLZER, R. – SCHREUER, CH. (2008): *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008. 433 s. ISBN 978-0-19-921176-0.

ČLÁNKY:

1. BUNGENBERG, M: 'Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon', (2010) in C.Hermann-J.P.Terhechte (eds): *European Yearbook of International Economic Law 2010* (2010), s. 123, 126.
2. KRAJEWSKI, M: *The Reform of the Common Commercial Policy*, str. 18, dostupné na: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201012/20101207ATT07788/20101207ATT07788EN.pdf>
3. LAVRANOS, N.: *Member States' BITs: Lost in Transition?*, Návrh príspevku na Medzinárodnú konferenciu Seminario de Investigadores Del Centro de Estudios Politicos y Constitucionales konanej dňa 18.10.2011, dostupné na internete: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1935625
4. SHAN, W. – ZHAN, S.: The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. (2010) In: *The European Journal of International Law*, Vol. 21, č. 4, dostupné na internete: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/4/1049.full.pdf+html>

OFICIÁLNE DOKUMENTY:

1. *Commission Communication "Towards a comprehensive European international investment policy"* of 7 July 2010, COM (2010)343 final, str. 7, dostupné na internete: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf
2. *Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries* of 7 July 2010, COM(2010)344 final
3. *Commission Staff Working Document: Capital Movements and Investments in the EU* (Commission Services' Paper on Market Monitoring), Brussels, 3.1.2012, SWD(2012) 6 final, dostupné na internete: http://ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/20120203_market-monitoring_en.pdf
4. *EC Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is a party* zo 21.06.2012 COM(2012)335 final, dostupné na: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf
5. *EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader* (Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy), The Transnational Institute on behalf of the Investment Working Group of the Seattle to Brussels Network,

Amsterdam, Júl 2010, dostupné na internete:

<http://corporateeurope.org/sites/default/files/S2b%20investment%20reader%20-%2050%20pages!.pdf>

6. *European Parliament Resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy* (2010/2203(INI)), dostupné na internete:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=EN&ring=A7-2011-0070>
7. *Informácia Európskeho parlamentu*, dostupné na:
<http://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/content/20110509IPR18971/html/Bilateral-investment-treaties-limiting-the-Commission's-authority>
8. *Konvencia ICSID*, článok 67
9. *Manuál platobnej bilancie Medzinárodného menového fondu* (The IMF Balance of Payments Manual)
10. *Návrh Európskej komisie na Rozhodnutie Rady o autorizácii podpisu a predbežnom uplatňovaní Dohody o voľnom obchode medzi Európskou úniou a jej členskými štátmi a Kórejskou republikou*, na str. 4, dokument EK COM(2010)136
11. *Text Dohody o voľnom obchode medzi EÚ a jej členskými štátmi a Kórejskou republikou*, dostupná na: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2011:127:SOM:EN:HTML>
12. *Viedenský dohovor o medzinárodnom zmluvnom práve z roku 1969* (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties)
13. *Zmluva o Európskej únii*
14. *Zmluva o fungovaní Európskej únie*

CITOVANÉ SPORY:

1. *Posudok Európskeho súdneho dvora č. 1/94 [1994] ECR I-5267*, odseky 29, 32, 33
2. *Prípad C-205/06, Komisia v. Rakúsko* 2009 E.C.R. I-1301; *Prípad C-249/06, Komisia v. Švédsko* 2009 E.C.R. I-1335, najmä ods. 26, 27, 30 a 33; *Prípad C-118/07, Komisia v. Fínsko* 2009 E.C.R. I-10889.
3. *Prípad C-264/09, Komisia v Slovenská republika*, rozsudok z 15. septembra 2011, dostupné na internete: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-264/09>
4. *Rozsudok ESD z 12. decembra 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation*, vec C-446/04, Zb. rozh. S. I-11753, ods. 181, *Rozsudok z 23. októbra 2007, Komisia/Nemecko*, C-112/05, Zb. rozh. s. I-8995, ods. 18
5. *Rozsudok Ústavného súdu SRN*, Lisabonská zmluva, *Rozsudok z 30. júna 2009*, dostupné na internete:
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, para. 379
6. *Stanovisko Generálneho advokáta Tizzano v prípade Open Skies*, prípad C-466/98 *Komisia v. Spojené kráľovstvo* (2002), ECR I-9427, ods. 113, dostupné na internete:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CC0466:EN:PDF>

KONTAKT

Ing. Mgr. Katarína Brocková, PhD.
Katedra medzinárodného práva
Fakulta medzinárodných vzťahov
Ekonomická univerzita v Bratislave
Dolnozemska cesta 1/B
85235 Bratislava
E-mail: katarina.brockova@euba.sk