

Transatlantická dohoda - výzva menom ISDS

V priebehu posledného polroka sa na najrôznejších fórach množia aktivity a podujatia zamerané na podporu uzatvorenia dohody o voľnom obchode medzi EÚ a USA, oficiálne nazývanej TTIP alebo „Zmluva o transatlantickom partnerstve v oblasti obchodu a investícií“. Nie je nijakým prekvapením, že organizátori a protagonisti týchto podujatí patria medzi tých, ktorí sú za úspech rokovaní viac alebo menej zodpovední - respektíve majú oň objektívny záujem.



Európska komisia a jej zastupiteľské úrady v členských štátoch, veľvyslanectvá USA a zástupcovia veľkobiznisu. Pripomína to trochu pokus o oneskorený protiútok pod vplyvom kritickej - a ako sa zdá - doteraz i úspešnej kampane zo strany odporcov dohody, ktorým sa zatiaľ podarilo získať rozhodujúcu časť verejnej mienky na svoju stranu. Zdá sa, že protagonisti partnerstva zo začiatku s niečím, ako je verejná mienka, zjavne nepočítali. Očakávali, že rokovania a ani ich cieľ nevzbudia väčší záujem a ani nebude potrebné uchýliť sa k veľmi problematickým aktivitám v oblasti PR. Argumenty v prospech dohody nie sú príliš presvedčivé a preto obhajoba stojí neustále na veľmi tenkom ľade. Pravdepodobným dôvodom takejto nepredvídanosti boli doterajšie pozitívne skúsenosti v prípravu a uzatváraním iných podobných dohôd, ktoré naozaj nevzbudili väčšiu pozornosť a prešli alebo prechádzajú pomerne hladko. V poslednej dobe to bola najmä dohoda o obchode a investíciách medzi EÚ a Kanadou a príprava takejto dohody medzi EÚ a Japonskom. Kompetentní politici ale evidentne podcenili obrovský emotívny náboj, ktorý je, právom alebo neprávom, systematicky spájaný so Spojenými štátmi. Preto všetko, čo sa týka USA, vyvoláva omnoho väčšiu pozornosť ako v prípade iných štátov a regiónov. Odporcovia, najmä najrôznejšie mimovládne organizácie, preto naštartovali svoju kampan ako prví, pričom mali výhodu omnoho presvedčivejších argumentov. Okrem toho si protagonisti uvedomili nutnosť začať oslovovať občanov až v najnevhodnejšej chvíli, keď sa na program dňa dostala najproblematickejšia časť dohody zameraná na ochranu investícií, tzv. ISDS (Investor State Dispute Settlement). Rokovanie o tomto mechanizme vyvolalo takú vlnu odporu, že Európska komisia sa v snahe upokojiť situáciu rozhodla navrhnúť riešenie formou verejnej

konzultácie, špeciálne venovanej ISDS.

Verejná konzultácia už bola síce dávnejšie uzatvorená, ale Európska komisia sa akosi neponáhla s oficiálnym zverejnením výsledkov. Inštitúciám, ako je Európsky parlament alebo Európsky hospodársky a sociálny výbor (EHSV), prípadne iným významným zainteresovaným stranám, musí ale komisia poskytnúť na požiadanie príslušné informácie. Tak sa napríklad členovia študijnej skupiny EHSV, ktorá pripravuje k časti ISDS osobitný materiál, dozvedeli, že podľa očakávania mechanizmus urovnávania sporov medzi investorom a štátom podporujú najrôznejšie podnikateľské organizácie, ale drvivá väčšina respondentom ho tvrdo odmieta (viď. nižšie).

Čo je ISDS?

Veľmi stručne povedané, nástroj ISDS sú súkromné arbitráže, kde rozhodujú traja advokáti súkromného sektoru a v prípade, ak je ISDS súčasťou bilaterálnej dohody o investíciách, sú ich rozhodnutia nadradené rozsudkom normálnych súdov. Určité informácie o podstate ISDS sme už poskytli v niektorých predchádzajúcich príspevkoch[1]. Poznatky o doterajších skúsenostiach z fungovania tohto mechanizmu v rámci iných bilaterálnych dohôd, ako i argumenty jeho obhajcov a odporcov, sú veľmi dobre spracované a vyhodnotené v už spomenutom pracovnom materiáli pre budúce stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru venovanému téme ISDS a najzaujímavejšie z nich uvádzam v nasledujúcich riadkoch.

Zo všeobecného hľadiska opodstatnením existencie mechanizmu ISDS je vytvorenie určitých základných povinností strán týkajúcich sa zahraničných investícií poskytnutím záruk, že vlády budú dodržiavať najmä zásady, ako sú:

- nediskriminovať a zabezpečiť spravodlivé a rovnaké zaobchádzanie,
- zákaz priameho alebo nepriameho vyvlastnenia bez náhrady.

Existencia ISDS je vo veľkej miere založená na argumente, že poskytuje depolitizovaný neutrálny priestor na riešenie sporov medzi investormi a vládou. V skutočnosti ale ide o opravný prostriedok, ktorý je dostupný iba zahraničným a nadnárodným korporáciám využívajúcich cezhraničnú dcérsku spoločnosť. Na druhej strane, dotknuté komunity, občania, domáci podnikatelia a vlády nemôžu tento mechanizmus využiť a to je iba jeden aspekt jeho veľkej nevyváženosti. Arbitri rokujú na neverejných zasadaniach, sú vymenovaní ad hoc a nezodpovedajú sa žiadnym voličom. Ich rozhodnutia sú konečné a nepodliehajú žiadnemu odvolaciemu konaniu. Ak si to obidve strany sporu želajú, konanie ISDS môže byť úplne tajné a to i v prípade, ak sa spor týka oblastí verejného záujmu.

Štatistiky

Z údajov, ktoré zverejnila Európska komisia, vyplýva, že členské štáty EÚ uzavreli od 50. rokov minulého storočia vyše 1400 bilaterálnych investičných zmlúv a prakticky všetky počítajú s podobným mechanizmom ako je ISDS. Na druhej strane, len deväť zo súčasných členských krajín EÚ má bilaterálne investičné zmluvy s USA (Bulharsko, Česká republika, Estónsko, Chorvátsko, Litva, Lotyšsko, Poľsko, Rumunsko a Slovensko). Objem priamych zahraničných investícií (PZI) z USA do týchto deviatich členských štátov ale predstavuje iba 1% celkových PZI Spojených štátov v EÚ. Pokiaľ ide o priame investície týchto štátov v USA, je to len 0,1% celkového stavu PZI v Spojených štátoch. Znamená to nielen to, že ekonomicky i politicky najvýznamnejší členovia EÚ nemajú bilaterálnu investičnú zmluvu s USA, ale i to, že na drvivú väčšinu amerických investícií v EÚ (a naopak) sa mechanizmus ISDS nevzťahuje a napriek tomu vzájomný obchod i investičné toky prekvitajú!

Náklady

Priemerné náklady na rozhodcovské konanie sú 4 milióny US \$ pre jednu stranu, z čoho približne 82% sú poplatky za právne služby. Toto už samo osebe vylučuje možnosť, najmä v prípade neistého výsledku, aby mechanizmus použila menšia firma. Tribunály ale doteraz vo všeobecnosti nepožadovali od investora zaplatať náklady štátu, a to bez ohľadu na výsledok. Je to nepochybne ďalší fakt potvrdzujúci nevyrovnanosť celého systému.

Argumenty v prospech ISDS

Rokovací mandát EK, ktorý v roku 2012 podporilo vtedy 27 členských štátov, zahŕňa cieľ dosiahnuť mechanizmus ISDS. Má to byť „efektívny a moderný mechanizmus urovnávania sporov“. Pozícia EK[2] je, že ISDS predstavuje:

- dôležitý nástroj na ochranu investícií, teda na podporovanie a zabezpečenie hospodárskeho rastu v EÚ,
- účinný spôsob na presadenie záväzkov, na ktorých sa naši obchodní partneri dohodnú s našimi investormi pri podpise investičných zmlúv s EÚ.

Potrebu mechanizmu ISDS v prípade TTIP silno podporuje podnikateľská sféra na oboch stranách Atlantického oceánu, ktorá ju vníma ako základnú záruku pre prichádzajúcich investorov. Tvrdí sa, že vďaka dostupnosti prostriedkov nápravy prostredníctvom ISDS sa posilňuje vierohodnosť investičných zmlúv, pretože štáty majú silnejšiu motiváciu dodržať svoje zmluvné záväzky. Mechanizmus ISDS sa preto považuje za mechanizmus presadzovania, ktorým sa podporuje dodržiavanie, a tiež za prostriedok na odškodnenie obetí pri škodách spôsobených porušením ustanovení investičnej zmluvy. Osobitne dôležité to môže byť v prípadoch, keď môže byť domáce urovnávanie sporov zaujaté, napr. v dôsledku nedostatočnej inštitucionálnej sily a/alebo korupcie. V zásade sa tieto argumenty používajú v súvislosti s bilaterálnymi investičnými zmluvami s rozvojovými krajinami alebo s krajinami v procese transformácie. Zástancovia mechanizmu ISDS často poukazujú na obojstranné prínosy pre štát a aj pre investorov. Argumentujú, že poskytuje záruku investorom, že s ich žalobami sa bude zaobchádzať nestranne, a zároveň, že krajinám umožňuje prilákať zahraničné investície, ktoré by inak mohla odradiť zlá správa vecí verejných.

Argumenty proti ISDS

Podpora ISDS zo strany podnikateľskej sféry ale nenachádza odozvu u iných kľúčových vrstvách občianskej spoločnosti. Veľmi zreteľne sa to odzrkadlilo v odpovediach na Verejnú konzultáciu EK o spôsoboch ochrany investorov a ISDS, ktorá sa začala v marci 2014. Bolo prijatých až 149 399 odpovedí, z ktorých drvivá väčšina bola proti ISDS.

Na obidvoch stranách Atlantického oceánu vyjadrili silnú opozíciu spotrebiteľské organizácie (vrátane BUEC a Transatlantického spotrebiteľského dialógu – TACD), odborové zväzy (vrátane ETUC, AFLCIO a Medzinárodnej konfederácie odborových zväzov – ITUC), environmentálne organizácie (ako napríklad Sierra Club a European Environmental Bureau), Európska aliancia verejného zdravia (EPHA) a mnohé mimovládne organizácie.

Podľa zhodného názoru odporcov, systém ISDS poskytuje nadnárodnému kapitálu právne postavenie rovnocenné zvrchovanému štátu. Od skromných začiatkov, keď bol tento mechanizmus navrhnutý

s cieľom pomáhať zahraničným investorom získať náhradu za priame vyvlastnenie súkromného majetku vládami rozvojových štátov s nedostatočne fungujúcimi súdnymi systémami, sa rozrástol na nedemokratický mechanizmus,

- ktorým sa zásadne posúva rovnováha síl medzi investormi, štátmi a inými dotknutými stranami,
- ktorým sa uprednostňujú korporáčne práva pred právom vlád regulovať a zvrchovaným právom štátov určovať svoje vlastné záležitosti,
- ktorý je diskriminačný a uprednostňuje zahraničných investorov pred ich domácimi náprotivkami.

Chápanie konceptu „vyvlastnenia“ sa rozšírilo o opatrenia rovnajúce sa vyvlastneniu, nepriamemu a regulačnému vyvlastneniu. V dôsledku toho dochádza pri arbitrážach súvisiacich s ISDS k uznávaniu nárokov proti akémukoľvek opatreniu štátu, ktoré by mohlo mať vplyv na zisky, budúce zisky alebo primerané očakávania ziskov, aj keď politika alebo opatrenie má všeobecnú povahu a nevzťahuje sa na konkrétnu investíciu.

Nedávne ostro sledované konania posilnili opozíciu proti ISDS, ako napríklad:

- tabakový gigant Philip Morris žaluje Uruguaj a Austráliu za zdravotné varovania na balíčkoch cigariet, pričom tvrdí, že ho oberajú o hodnotu jeho investícií do obchodných značiek a iného duševného vlastníctva,
- švédka spoločnosť Vattenfall využíva ustanovenia Zmluvy o energetickej charte, keď žiada vyše 3,7 miliardy USD od Nemecka za rozhodnutie postupne vyradiť jadrovú energiu,
- Lone Pine žaluje Kanadu o 250 miliónov CAD, potom čo provincia Quebec z dôvodu environmentálnych obáv zaviedla moratórium na hydraulické štiepenie, francúzska spoločnosť Veolia žaluje egyptskú vládu za jej rozhodnutie zvýšiť minimálnu mzdu z dôvodu, že to poškodí zisky spoločnosti,
- holandská spoločnosť Achmea začala vo februári 2013 konanie proti slovenskej vláde, aby zablokovala návrh právnych predpisov, na základe ktorých by sa zriadila jedna verejná zdravotná poisťovňa. Táto žaloba o náhradu na základe zákona, ktorý ešte nebol prijatý a z ktorého danej spoločnosti nevyplynuli žiadne škody, predstavuje preventívne konanie na zablokovanie budúcej legislatívy,
- Poľsku bolo nariadené zaplatiť 16,3 milióna USD plus úroky a poplatky agro-obchodnej spoločnosti Cargill z dôvodu kvót, ktoré krajina musela zaviesť v rámci príprav na svoje pristúpenie k spoločnej poľnohospodárskej politike (SPP) EÚ.[3]

V investičných zmluvách sú zakázané akékoľvek obmedzenia repatriácie prostriedkov alebo ziskov. Vlády nesmú zaviesť kontroly kapitálu, ktorými by zastavili útoky na svoje meny alebo obmedzili toky horúcich peňazí v kríze, aj keď Medzinárodný menový fond (MMF) tvrdí, že takéto kontroly sú nevyhnutným politickým opatrením. Žiadny iný štát nezasiahli konania ISDS viac ako Argentínu, ktorej bolo nariadené zaplatiť vyše 500 miliónov USD z dôvodu jej rozhodnutia v roku 2002 oddeliť peso od amerického dolára.

Podľa správy London School of Economics, ktorá bola vypracovaná pre vládu Spojeného kráľovstva[4], sa uvádza, že „konkrétne oblasti, v ktorých bilaterálna investičná zmluva Spojených štátov presahuje právo Spojeného kráľovstva, sú značné. Z týchto dôvodov a vzhľadom na rozsah investícií Spojených štátov v Spojenom kráľovstve sa domnievame, že existuje značné riziko politických nákladov pre Spojené kráľovstvo, ktoré vyplýva z opustenia alebo modifikácie budúcich preferovaných politík z dôvodu námietok investorov zo Spojených štátov v Spojenom kráľovstve“.

Obavy podnikateľského sektoru z dôsledkov nezačlenenia ISDS do TTIP vážne spochybňujú nasledujúce skutočnosti:

Dnešný objem priamych zahraničných investícií presahuje sumu 2,5 bilióna USD (1,5 bilióna EUR) v Spojených štátoch a aj v EÚ a preto nemožno vierohodne tvrdiť, že neexistencia mechanizmu ISDS medzi EÚ a Spojenými štátmi je prekážkou pre prichádzajúce investície.

Podobný príklad poskytuje Brazília, ktorá je najväčším príjemcom priamych zahraničných investícií v Latinskej Amerike a pritom nemá žiadne investičné dohody, ktoré by obsahovali ustanovenie o ISDS.

Podobne je mimoriadne otázne, či by neexistencia ustanovenia o mechanizme ISDS v TTIP oslabil schopnosť EÚ začleniť ustanovenie o ISDS do budúcich bilaterálnych investičných dohôd s krajinami mimo OECD, ako je Čína. Čína už má vytvorenú hustú sieť viac ako 130 bilaterálnych investičných zmlúv, ktorými sa agresívne stará o svoje spoločnosti v zahraničí. Túžba Číny po dohode je rovnako silná ako v EÚ. Ešte otáznejšie je, či by bolo v záujme EÚ umožniť čínskym štátnym podnikom, ktoré sú v podstate predĺženou rukou čínskej vlády, využívať mechanizmus ISDS na napadnutie vládnej politiky. Zahraničnej krajine by to umožnilo využiť to, čo má byť obchodný proces, na angažovanie sa v niečom, čo by sa malo riešiť rokovaním a diplomaciou.

Austrália ukázala, že krajina môže vierohodne vylúčiť ustanovenie o ochrane investícií z obchodnej dohody s jednou krajinou (Spojené štáty) a potom ho zahrnúť do dohody s inou krajinou (Kórea). Nie je dôvod, prečo by EÚ nemohla postupovať podobne. Južná Afrika, Bolívia, Ekvádor, Venezuela a Indonézia začali rušiť alebo postupne rušia existujúce bilaterálne investičné zmluvy. India údajne tiež reviduje svoje zmluvy a Austrália v dôsledku prípadu Philip Morris oznámila, že nebude súhlasiť so začlenením doložky o ISDS do žiadnych budúcich dohôd.

Odmietanie mechanizmu ISDS narastá aj v Európe v krajinách, ako napr. Nemecko, Rakúsko, Holandsko a Francúzsko, ktoré spochybňujú práva investorov v TTIP.

Najpozoruhodnejšie je však pravdepodobne to, čo novozvolený predseda Európskej komisie napísal vo svojich politických usmerneniach pre ďalšiu EK: „Ako predseda Komisie chcem tiež veľmi jasne povedať, že voľnému obchodu neobetujem bezpečnosť Európy, zdravotné a sociálne normy a normy ochrany údajov či našu kultúrnu rozmanitosť. Pre mňa ako predsedu Komisie je nedotknuteľná najmä bezpečnosť potravín, ktoré jeme, a ochrana osobných údajov Európanov. Neakceptujem ani to, že jurisdikcia súdov v členských štátoch EÚ by mala byť obmedzená osobitnými režimami investorských sporov. Aj v tejto súvislosti sa musia uplatňovať zásady právneho štátu a zásada rovnosti pred zákonom.“

Záver

Domnievam sa, že uvedené príklady dosť jasne ukazujú prečo sú argumenty odporcov ISDS presvedčivejšie a, prečo začlenenie tohto mechanizmu do Transatlantickej dohody (ak vôbec niekedy bude podpísaná a nadobudne účinnosť) vzbudzuje oprávnené obavy u všetkých, ktorí z neho nemajú možnosť profitovať. Ďalším, veľmi negatívnym aspektom navrhovaného systému je skutočnosť, že pod investíciami sa nerozumejú iba reálne vstupy do ekonomiky štátov, ale i čisto špekulatívne investície, ktoré nemajú za následok vytvorenie pracovných miest a ktorých objem narastá obrovským tempom. Za „investície“ sú takto považované i nákupy štátnych dlhopisov s výhľadom ich neskoršieho odpredaja za omnoho vyššiu cenu. Ideálnou korisťou sú v tomto prípade krajiny postihnuté hospodárskou krízou, ktorých cena obligácií výrazne poklesla z dôvodu nízkeho ratingu. Obyvateľstvo týchto krajín potom vlastne platí dvakrát za problémy, ktoré vôbec nespôsobili: najprv prostredníctvom najrôznejších nanútených „úsporných opatrení“ štátu a potom ďalším

ochudobnením štátneho rozpočtu zapríčineného povinnosťou odkúpiť vlastné dlhopisy za vysokú cenu. V súčasnosti je najtypickejším príkladom dôsledkov takýchto excesov špekulatívneho kapitálu Argentína, ktorej z tohto dôvodu opätovne hrozí hospodársky kolaps. O takýchto „investíciách“ ale žiaden obhajca ISDS nahlas nehovorí...

Podľa vyššie uvedených výsledkov verejnej konzultácie by ISDS mala byť jednoznačne odmietnutá. Je ale zrejmé, že tomu tak nebude, pretože Európska komisia nemá vo zvyku systematicky zohľadňovať výsledky verejných konzultácií: najlepším príkladom je minuloročná konzultácia k problematike nekalých obchodných praktík, kde drvivá väčšina respondentov žiadala reguláciu a zákaz uplatňovania týchto praktík zo zákona, ale napriek tomu sa EK priklonila k jednoznačne minoritnému stanovisku sektoru obchodu požadujúceho „samoreguláciu“. Ako sa zdá, zámerom verejných konzultácií je najmä natahovanie času a upokojenie napätia s cieľom presadiť pôvodný zámer neskôr. Tento krát je v hre príliš veľa, pretože ak by sa podarilo presadiť ISDS v rámci TTIP, musel by sa tým inšpirovať celý svet pretože medzi EÚ a USA prebieha 50% všetkých obchodných výmen. Tým by sa vlastne presadila myšlienka Multilaterálnej dohody o investíciách, odmietnutej v roku 1998.

RNDr. Igor Šarmír, PhD.
december 2014

[1] <http://www.sppk.sk/?pl=172&article=5306>, <http://www.sppk.sk/?pl=172&article=4814>

[2] EK - Prehľad o ISDS - odsek 2 - 3. októbra 2013.

[3] Ďalšie konkrétne príklady zneužívania mechanizmu ISDS sú uvedené na <http://www.sppk.sk/?pl=172&article=5306>

[4] Costs and Benefits of an EU-USA Investment Protection Treaty (Náklady a prínosy Zmluvy o ochrane investícií medzi EÚ a USA). Vláda Spojeného kráľovstva.