

Univerzita Karlova
Právnická fakulta

Mgr. David Štamberk

Investiční politika Evropské unie
-
ochrana přímých zahraničních investic

Disertační práce

Školitel autora disertační práce: prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

Katedra evropského práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 1. srpna 2016

Prohlašuji, že předloženou disertační práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Mgr. David Štamberk
Autor disertační práce

Investiční politika Evropské unie - ochrana přímých zahraničních investic

Anotace

Jednou ze změn, které s sebou přinesla Lisabonská smlouva, je výslovné zařazení přímých zahraničních investic a jejich ochrany do společné obchodní politiky Evropské unie. Ta je jednou z oblastí výlučných pravomocí EU. Evropská unie následně přistoupila ke sjednávání dvoustranných dohod upravujících mimo jiné i investiční problematiku. Nevyhnula se přitom ani kontroverzím a negativní publicitě, která provázela a provází zejména TTIP a CETA. Tato práce si klade za cíl analyzovat investiční politiku EU a vzájemnou interakci jejích orgánů s členskými státy, jakož i třetími subjekty. Po obecném úvodu do problematiky mezinárodního práva ochrany investic a práva EU (kapitoly II. a III.) je věnována pozornost problematice ochrany zahraničních investic na vnitřním trhu. Tento režim je následně srovnáván s režimem DPOI (kapitola IV.). Pozornost je pak upřena směrem k vnějším vztahům EU na poli ochrany investic. Její pravomoc je podrobena bližší analýze (kapitola V.) a jsou též rozebírány dosavadní výsledky snah Komise a EU jako takové (kapitola VI.). Děje se tak i s ohledem na možné dopady zahraničních investic z hlediska ochrany lidských práv a životního prostředí v hostitelském státě.

Klíčová slova

dohody o podpoře ochraně investic, investiční dohody, Evropská unie, právo EU, investiční arbitráž, investiční politika EU, intraunijní dohody o ochraně investic, intraunijní arbitráže, společná obchodní politika, přímé zahraniční investice, portfoliové investice, Smlouva o Energetické chartě, CETA, TTIP, vyvlastnění, doložka nejvyšších výhod, národní zacházení, spravedlivé a rovnoprávné zacházení, volný pohyb kapitálu, svoboda usazování, ICSID, UNCITRAL, Investiční soudní systém

Investment Policy of the European Union - protection of foreign direct investment

Abstract

One of the changes brought about by the Lisbon Treaty is the explicit inclusion of foreign direct investment and its protection in the common commercial policy of the European Union. This is one of the areas of exclusive competence of the EU. The European Union has subsequently stated negotiating bilateral agreements governing, inter alia, investment issues. However, it has not been spared from controversy and negative publicity that has been accompanying especially the TTIP and the CETA. This work aims to analyse the investment policy of the EU and mutual interaction of its institutions with the Member States and third parties. After general introduction to the topic of international investment law and EU law (chapters II. and III.), it is devoted to the issue of protection of foreign investment in the internal market. Its regime is then compared with the BIT regime (chapter IV.). Attention is then focussed towards the EU's external relations in the field of investment protection. Its competence is subjected to further analysis (chapter V.) and current results of efforts of the Commission and the EU as such are also discussed (chapter VI.). It is so in the light of possible impacts of foreign investment in terms of protection of human rights and environment in the host State.

Keywords

bilateral investment treaties, international investment agreements, BITs, IIAs, European Union, EU law, investment treaty arbitration, EU investment policy, intra-EU BITs, intra-EU arbitration, common commercial policy, foreign direct investment, FDI, portfolio investment, Energy Charter Treaty, ECT, CETA, TTIP, expropriation, most favoured nation, national treatment, fair and equitable treatment, free movement of capital, freedom of establishment, ICSID, UNCITRAL, Investment Court System

Obsah

I. Úvod.....	1
II. Mezinárodní právo a ochrana investic	3
II.1 Nástup moderních DPOI	11
II.2 Obsah DPOI	18
II.2.1 Název dohody a vymezení jejího účelu.....	19
II.2.2 Vymezení pojmů a působnost	20
II.2.3 Podmínky vstupu zahraničních investorů.....	23
II.2.4 Základní standardy zacházení se zahraničními investicemi a investory	24
II.2.5 Volný převod plateb souvisejících s investicí	29
II.2.6 Vyvlastnění.....	30
II.2.7 Provozní a jiné podmínky.....	31
II.2.8 Újmy v důsledku ozbrojeného konfliktu nebo vnitřních nepokojů.....	31
II.2.9 Výjimky, změny a ukončení DPOI.....	32
II.2.10 Rozhodování sporů.....	33
II.3 Judikatura a progresivní rozvoj mezinárodního práva ochrany investic	35
II.3.1 Od spravedlivého a rovnoprávného zacházení k principu transparentnosti a předvídatelnosti	36
II.3.2 Ochrana před vyvlastněním	38
II.4 Spory z DPOI - institucionální a procesní aspekty.....	40
III. Evropské právo a ochrana investic.....	50
III.1 Vývoj evropského práva	50
III.1.1 Evropské společenství uhlí a oceli.....	51
III.1.2 Neúspěch evropského obranného společenství a Evropského politického společenství	52
III.1.3 Evropské hospodářské společenství a Evropské společenství pro atomovou energii	53
III.1.4 Evropská unie	64
III.2 Ochrana zahraničních investic na vnitřním trhu	89
I.1.1 Volný pohyb kapitálu.....	91
I.1.2 Svoboda usazování	96
I.1.3 Obecné zásady práva EU	98
I.1.4 Procesním zajištění řešení sporů z investic v právu EU.....	117
II. Srovnání ochrany investic dle práva EU a prostřednictvím DPOI.....	132
III. Ochrana zahraničních investic ve vztahu ke třetím zemím	135
III.1 Stav před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy.....	136
III.1.1 Extraunijní DPOI v judikatuře SDEU	138
III.1.2 Minimální platforma pro investice pro dohody EU o volném obchodu.....	142
III.1.3 Intraunijní DPOI	143
III.1.4 Shrnutí	148
III.2 Stav po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy	150
III.2.1 Význam pojmu „přímá zahraniční investice“	153
III.2.2 Různé přístupy k nové pravomoci EU.....	156
III.2.3 Právní postavení stávajících DPOI uzavřených členskými státy	165
IV. Uzavírání nových DPOI Evropskou unií.....	172
IV.1 Volba mezi bilaterálním nebo multilaterálním přístupem	173
IV.2 Samostatné DPOI v. Komplexní dohody.....	174
IV.3 Výběr partnerských zemí	175

IV.4 Podrobnost úpravy a obsahová stránka dohod.....	177
IV.4.1 Rozsah ochrany.....	179
IV.4.2 Standardy zacházení a ochrany	181
IV.4.3 Odpovědnost a řešení sporů.....	184
IV.4.4 Investice v širším kontextu	208
V. Závěr	223
Seznam použitých zkratk	227
Přehled literatury.....	231
Knižní publikace	231
Články a individuální studie.....	232
Institucionální zprávy.....	236
Judikatura	238
Další zdroje	243
Shrnutí	243
Summary.....	246

I. Úvod

Jednou ze změn, které s sebou přinesla Lisabonská smlouva, je též výslovné zařazení přímých zahraničních investic a jejich ochrany do společné obchodní politiky Evropské unie (čl. 206 a 207 Smlouvy o fungování Evropské unie, SFEU), která je jednou z oblastí výlučných pravomocí EU (čl. 3 odst. 1 písm. e) SFEU). Ta tak získala jednak pravomoc přijímat legislativu upravující přístup zahraničních investorů na vnitřní trh (čl. 2 odst. 1 SFEU), jakož i, a to především, pravomoc sjednávat a uzavírat dohody o podpoře a vzájemné ochraně investic (DPOI) se třetími zeměmi (čl. 207 a 218 SFEU).

Ochrana přímých zahraničních investic je ovšem tradičně, a to nejenom v Evropě, založena na systému dvojstranných dohod uzavíraných mezi jednotlivými státy. Do přijetí Lisabonské smlouvy členské státy uzavřely těchto dohod víc než 1200, a to nejen se třetími zeměmi, ale i mezi sebou navzájem. Tento systém během více než padesáti let své existence a postupného organického růstu a vývoje mnohokrát prokázal svou funkčnost. V současném globalizovaném světě jsou samozřejmě přísun zahraničního kapitálu a možnost domácích investorů realizovat své projekty v zahraničí klíčové pro dosahování ekonomického blahobytu a rozvoje. Toto platí ve všech zemích, malých středních i velkých, ty evropské nevyjímaje.

Evropské unii nezbyvá za této situace při prosazování své nové pravomoci než překonávat jistou míru opatrnosti až nedůvěry ze strany vlastních členských států a měnit

dosavadní paradigma mezinárodního práva ochrany investic. Děje se tomu tak navíc v období zvýšené ekonomické a politické nestability, která ve světě a v Evropě panuje.

Tato práce si klade za cíl studovat dynamiku nově nastavovaných vztahů mezi EU, členskými státy a partnery z řad třetích zemí v oblasti ochrany zahraničních investic na výše nastíněném ekonomickém a politickém pozadí.

Při tom se bude třeba zabývat otázkou, nakolik jsou členské státy skutečně připraveny vyklidit pole působnosti unijním institucím v této pro jejich ekonomiky zcela zásadní oblasti. Další otázkou je, nakolik jsou instituce EU schopny nahradit aktivitu jednotlivých členských států a zajistit na jedné straně atraktivitu vnitřního trhu EU pro zahraniční investory a na straně druhé patřičný standard ochrany investic plynoucích z Evropské unie do třetích zemí. Rovněž je třeba zabývat se problémem, institucionálního zajištění řešení sporů, které vzejdou z DPOI uzavíraných Evropskou unií. Tyto spory jsou tradičně řešeny v rámci rozhodčího řízení, které na jednu stranu poskytuje investorům záruky nezávislosti na hostitelském státu a na druhou stranu je flexibilní a umožňuje stanovení principů a postupů řízení tak, aby mohly být zároveň chráněny oprávněné zájmy těchto států. Jednou z nejvýznamnějších mezinárodních institucí poskytující zázemí pro řešení takovýchto sporů je Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (ICSID) působící při Světové bance. Evropská unie ovšem není jeho členem a bez patřičné změny Washingtonské úmluvy¹ (Úmluva ICSID) se jím ani stát nemůže, neboť k ní mohou

¹ Washingtonská úmluva o řešení investičních sporů mezi státy a příslušníky z druhých států z 18. 3. 1965

přístupovat pouze státy². Tato skutečnost komplikuje pozici EU při uzavírání DPOI a bude vyžadovat adekvátní řešení.

Rovněž je nutné zabývat se současným statusem a dalším osudem DPOI uzavřených jednotlivými členskými státy ještě před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost. Tuto analýzu je třeba provést jednak z hlediska mezinárodního práva a dále též z hlediska práva EU. Takovéto DPOI existují jak mezi členskými státy EU a třetími zeměmi (extraunijní DPOI), tak i mezi členskými státy navzájem (intraunijní DPOI). Výše uvedená analýza tak bude muset být v tomto ohledu diferencovaná.

Práce si bude konečně všimnout dopadů rozvoje investiční politiky Evropské unie na otázky sociální a environmentální. Bude tak hodnoceno, v jaké míře tato přispívá ke vzniku dlouhodobě společensky a environmentálně udržitelných investic.

II. Mezinárodní právo a ochrana investic

Jak evropská integrace, tak i mezinárodní ochrana přímých zahraničních investic jsou projevy obdobných trendů, tj. internacionalizace, resp. europeizace, společenského života. Není proto překvapením, že k rozvoji mezinárodního práva ochrany investic docházelo ve stejném období jako k rozvoji práva evropského.

Počátky projektu evropské integrace lze časově zařadit do období po druhé světové válce s tím, že předpoklady jeho realizace byly dány již předchozím společenským vývojem. Obdobně i k rozvoji mezinárodního práva ochrany investic došlo až v období po druhé

² Článek 67 Úmluvy ICSID.

světové válce. Ani v jeho případě však nelze mít za to, že by se DPOI manifestovaly z ničeho. I jejich příchod byl podmíněn dosavadním společenským vývojem. Jak již bylo řečeno, jsou ve své podstatě projevem internacionalizace společenského života, a to především po stránce ekonomické. Předpoklady jejich vzniku a následného uplatnění je proto třeba spojovat s nástupem právě tohoto fenoménu.

Jeho základy byly položeny již v 19. století, kdy jej v politické rovině umožnil konec napoleonských válek a na něj navazující období relativního klidu v Evropě, v rovině technologické nástup průmyslové revoluce, která jednak vytvořila poptávku po dovážených surovinách a dále s sebou přinesla nové možnosti jejich přepravy, a konečně v rovině ideologické nástup liberální ekonomické teorie, která se stavěla proti ochranářským opatřením jednotlivých států a zasazovala se o rozvoj mezinárodního obchodu. Takto postupně začaly být mezi státy uzavírány dohody o přátelství, obchodu a plavbě (dohody FCN, Friendship – Commerce – Navigation). Průkopníky v tomto ohledu se staly nově konstituované Spojené státy americké³, které se touto formou snažily etablovat jako plnohodnotný člen mezinárodního společenství, a Spojené království⁴, v jehož případě se jednalo o projev postavení světového hegemonu mezinárodního obchodu a mořeplavby. Dalšími státy, které měly své programy dohod FCN byly například Itálie, Japonsko, Kolumbie, Lotyšsko, Německo, Nizozemí a SSSR⁵.

Dohody FCN měly velmi široké pole působnosti a obsahovaly zejména ustanovení týkající se diplomatických a konzulárních styků. Typické pro ně bylo, že kromě vzájemného závazku „věčného míru a přátelství“ obsahovaly, pokud se jedná o aktivity soukromých osob, doložku nejvyšších výhod a v určité míře i doložku národního

3 První takto uzavřenou dohodou FCN byla pravděpodobně Dohoda o přátelství a obchodu mezi Spojenými státy americkými a Francií ze dne 6. února 1778 (blíže viz BUNGENBERG, Marc, Jörn GRIEBEL, Stephan HOBE, August REINISCH a Yun-I KIM. *International investment law*. First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2015. ISBN 34-066-3419-2, s. 155 a 156).

4 Blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 156.

5 *Ibid.*

zacházení⁶. Již v dohodách FCN se tak objevovaly instituty typické pro pozdější DPOI. Jejich chronickým nedostatkem naopak byla nedostatečná úprava způsobu řešení sporů z nich vzešlých. První dohody FCN dokonce jako legitimní způsob řešení takovýchto sporů připouštěly v krajním případě uchýlení se k válce. Například Všeobecná dohoda o přátelství, obchodu a konzulárních výsadách mezi Salvadorem a Spojenými státy americkými ze dne 6. prosince 1870 ve svém článku 37 stanovila:

„Pokud by, naneštěstí, některý z článků této smlouvy měl být porušen nebo nedodržen [...], žádná ze Smluvních stran nenařídí ani nepovolí akty odvety, ani druhé Smluvní straně nevyhlásí válku, dokud ta Smluvní strana, která se považuje za dotčenou, nepředloží druhé Smluvní straně prohlášení o takovýchto újmách nebo škodách [...], nepožádá o spravedlnost a zadostiučinění a tato žádost nebude odmítnuta.“⁷.

Dohody FCN také nutně nereflektovaly veškerá pravidla mezinárodního zvykového práva vztahující se k ochraně cizinců a jejich majetku. Typicky nebyl obsažen závazek zdržet se svévolných nebo nepřiměřených zásahů do investice, který lze považovat za základní konstitutivní prvek mezinárodního minimálního standardu zacházení s investicí⁸⁹.

Nebývalý rozvoj, který mezinárodní obchod a investice zaznamenaly v 19. století, byl otřesen sérií událostí, k nimž došlo v první polovině století dvacátého. Vypuknutí první

6 SCHONARD, Pascal. *La Protection internationale des investissements étrangers: Quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil?* [online]. In: . Paris, 2005, s. 93 [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.ena.fr/content/download/2832/45760/version/1/file/Schonard.pdf> [cit. 2016-07-27].

7 Převzato z SHAN, Wenhua a Jinyuan SU. *China and international investment law: twenty years of ICSID membership*. Leiden, Netherlands: Brill Nijhoff, 2015. ISBN 978-90-04-27963-6. Do českého jazyka přeloženo autorem práce.

8 Nutno ovšem podotknout, že i samotný tento standard byl až do rozhodnutí ve věcech *Neer Claim* a *Roberts Claim* (1926) předmětem kontroverzí (viz níže).

9 Viz SHAN, Wenhua a Jinyuan SU, *op. cit.*, s. 131.

světové války, ruská revoluce 1917, krach na Newyorské burze a následující světová hospodářská krize, to vše vedlo v konečném důsledku ke zhroucení dosavadní světové finanční architektury a spolu s ní i systému zahraničních investic. Neuspokojivá ekonomická situace a neschopnost dosavadních politických struktur čelit kvalitativně zcela novým problémům vytvořily podhoubí pro šíření radikálních ideologií otevřeně odmítajících dosavadní pořádky. Z hlediska ochrany zahraničních investic byl v tomto ohledu samozřejmě nejzhoubnější komunismus, jenž otevřeně hlásal třídní boj a odstranění soukromého vlastnictví výrobních prostředků, tedy i zahraničních investic.

Škody způsobené první světovou válkou a vlna vyvlastňování nejenom v SSSR, ale i v řadě zemí Latinské Ameriky¹⁰, vedly ke vzniku celé řady mezinárodních investičních sporů. Dosavadní nepříliš rozvinutý systém jejich ochrany byl tak poprvé podroben rozsáhlé zátěžové zkoušce. Zásadní problém, s nímž se rozhodčí soudy a smíšené komise musely při řešení těchto sporů vyrovnávat, byla výše naznačená nedostatečnost právního rámce. Systém zásad a pravidel mezinárodního práva ochrany investic nebyl v té době nikterak zvláště rozvinutý. Často nezbývalo než uchýlit se k obecným zásadám mezinárodního práva, zejména těch týkajících se práv cizinců.

Tyto zásady ovšem nemohly být pro potřeby ochrany investic zcela vyhovující. Progresivní rozvoj mezinárodního investičního práva se ukázal být naprostou nezbytností. V rámci debat k této problematice začaly postupně krystalizovat dva protichůdné přístupy. První z nich zastávaný především rozvinutými státy - vývozci kapitálu spočíval ve formulování mezinárodního minimálního standardu zacházení s mezinárodními investicemi. Tento měl mít přednost před ustanoveními vnitrostátního práva hostitelského státu, která by s ním nebyla v souladu. Zahraničním investorům by tak poskytoval vyšší standard ochrany, než jaký by měli investoři domácí. Oproti tomu

10 Viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 158.

rozvojové státy - dovozci kapitálu považovaly za spravedlivý a pro potřeby ochrany přímých zahraničních investic zcela dostačující národní standard zacházení¹¹.

Vzhledem k jednoznačné politické, ekonomické a do určité míry i intelektuální převaze rozvinutých států postupně převládla jimi podporovaná koncepce mezinárodního minimálního standardu. Rozhodčími soudy byla aprobována ve věcech *Neer Claim*¹² a *Roberts Claim*¹³, které se v tomto ohledu staly precedentem. Koncept porušení mezinárodního minimálního standardu byl takto formulován následovně:

„Správnost (korektnost) státních zásahů by měla být posuzována dle mezinárodního standardu [...]. Zacházení s cizincem, aby představovalo porušení mezinárodní povinnosti (mezinárodní delikt) musí dosáhnout míry pobouření, zlého úmyslu, úmyslného zanedbání povinnosti, nebo nedostatečnosti jednání státu, které je tak moc pod úrovní mezinárodních standardů, že každý rozumný člověk by ihned rozpoznal jeho nedostatečnost. Není podstatné, zda nedostatečnost plyne z vadného provedení právních norem nebo ze skutečnosti, že právní řád státu neumožňuje úřadům vyhovět mezinárodnímu standardu.“¹⁴

Období bezprostředně následující po druhé světové válce zprvu nepřálo většímu rozvoji mezinárodního práva ochrany investic. Nebyla tak přijata žádná mnohostranná dohoda

11 Blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 158 - 159, a SALACUSE, Jeswald W. *The law of investment treaties*. Second edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015. ISBN 9780198703976, s. 72 - 86).

12 *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, October 15, 1926. Rozhodnutí k dispozici na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf [cit. 2016-07-27].

13 *Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States*, November 2, 1926. Rozhodnutí k dispozici na: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/77-81.pdf [cit. 2016-07-27].

14 KALIŠ, Roman. Mezinárodní minimální standard zacházení s mezinárodní investicí. In: COFOLA 2011: the Conference Proceedings [online]. 1. edition. Brno, s. 11 [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Kalis_Roman_5978.pdf [cit. 2016-07-27].

o podpoře a ochraně investic, jež by mohla být protějškem Všeobecné dohody o clech a obchodu (GATT), byť o iniciativy v tomto směru rozhodně nebyla nouze. Vesměs přicházely ze strany nevládních organizací, jež tak navazovaly na dosavadní mnohostranné diplomatické úsilí, které však pravidelně končilo neúspěchem¹⁵. Lze zmínit především Asociaci mezinárodního práva (*International Law Association*), jež roku 1948 publikovala svůj Návrh Statutů Rozhodčího tribunálu pro zahraniční investice a Soudu zahraničních investic (*Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investment Court*). Pozadu nezůstala ani Mezinárodní obchodní komora (ICC), jež o rok později zveřejnila svůj návrh Mezinárodního kodexu spravedlivého zacházení pro zahraniční investice (*International Code of Fair Treatment for Foreign Investments*)¹⁶. Zvolený přístup byl novátorský přinejmenším ve dvou ohledech. Oproti dosavadním dohodám FCN se vyznačoval svou multilaterálností a dále též oddělením ochrany zahraničních investic od problematiky mezinárodního obchodu, jenž již v té době byl regulován výše zmíněnou GATT.

Aktivita déle přicházela především z Německa, jehož zahraniční investice byly značně postiženy majetkovým vyrovnáním následků druhé světové války. Organizace německých podnikatelů zvaná Společnost pro prosazování ochrany zahraničních investic vedená Hermannem Absem, pozdějším předsedou představenstva Deutsche Bank, představila svůj návrh Mezinárodní úmluvy o vzájemné ochraně práv soukromého vlastnictví v cizích zemích. Stalo se tak již v roce 1957, tj. dva roky před uzavřením první dvoustranné DPOI v historii, jejíž stranou se stalo nikoli náhodou opět Německo.

Návrh obsahoval mimo jiné v článku IV záruky svobodné hospodářské a podnikatelské činnosti na nediskriminačním základě mezi státními příslušníky hostitelského státu a cizími státními příslušníky, včetně ustanovení na ochranu proti opatřením nepřiměřeně

15 Lze zmínit iniciativu Společnosti národů z roku 1928, Ženevskou konferenci z roku 1947, Havanskou konferenci z roku 1948 a Bogotskou konferenci z roku 1948. Převzato z SHAN, Wenhua a Jinyuan SU, *op. cit.*, s. 131.

16 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/73-volume-3.pdf> [cit. 2016-07-27].

bránícím podnikatelské činnosti, jako je vybírání neadekvátních daní. Článek V. stanovil výjimky ze svobody podnikatelské činnosti týkající se odvětví zásadního významu pro hostitelský stát (např. veřejné služby). Článek VI obsahoval záruku, že investice nebude vyvlastněna po dobu 30 let od jejího uskutečnění. Vyvlastnění bylo dále v článku VII podmíněno poskytnutím zadostiučinění. Článek VIII pak potvrzoval, že všechny tyto záruky by se uplatňovaly i v době války mezi některými ze smluvních států, a to pouze s výhradou práva kontroly daného majetku během konfliktu¹⁷.

Na takto ambiciózní projekt ovšem mezinárodní společenství nebylo připraveno, a tento tak byl odsouzen k neúspěchu. V reakci na to Hermannem Abs spojil své síly s bývalým generálním prokurátorem Spojeného království Lordem Hartley Shawcrossem a společně původní návrh přepracovali. Výsledkem byl Abs-Shawcrossův návrh Úmluvy o zahraničních investicích¹⁸ z roku 1959, jehož smyslem podle slov jeho autorů bylo zopakovat „*co je považováno za základní zásady mezinárodního práva, pokud jde o nakládání s majetkem, právy a zájmy cizinců*“¹⁹. Návrh tak obsahoval mimo jiné záruku spravedlivého a rovnoprávného zacházení, oproti návrhu z roku 1957 poněkud jemnější formu ochrany před vyvlastněním, zastřešující doložku (*umbrella clause*) a úpravu způsobu řešení sporů z úmluvy vzešlých. Návrh již v článku VII odst. 2 připouštěl možnost, aby samotní investoři žalovali hostitelský stát, byť toto bylo podmíněno *ad hoc* podřízením se jurisdikci rozhodčího soudu ze strany daného státu. Abs-Shawcrossův návrh byl sice méně ambiciózní než návrh z roku 1957, naděje které vzbuzovalo jeho projednávání na půdě Organizace pro Evropskou hospodářskou spolupráci, se však přesto nenaplnily a návrh nebyl přijat. Posloužil ovšem jako vzor pro další iniciativy

17 Viz SHAN, Wenhua a Jinyuan SU, *op. cit.*, s. 132.

18 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf> [cit. 2016-07-27].

19 Převzato z BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 163.

o multilaterální řešení, zejména pak pro návrh připravovaný přímo na půdě Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD, viz níže), a pro řadu dvoustranných DPOI.

V 60. letech minulého století úsilí o multilaterální řešení pokračovalo. Lze zmínit například návrh Úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmy způsobené cizincům (1961) vypracovaný profesory Harvardské univerzity Luisem Sohnem a Richardem Baxterem. Ani tento však nebyl přijat, byť do značné míry odrážel tehdejší stav mezinárodního práva²⁰. Dále probíhaly snahy v tomto ohledu na půdě OECD, která v roce 1962 představila svůj návrh Dohody o ochraně zahraničního majetku²¹²². Ani ty sice nevedly k přijetí mnohostranné dohody, staly se však podobně jako Abs-Shawcrossův návrh z roku 1959 inspiračním zdrojem pro DPOI řady členských států OECD.

V době, kdy probíhaly práce na návrhu OECD, se do hledání mnohostranného řešení ochrany zahraničních investic vložil další hráč, a to konkrétně Světová banka. Poučena chronickými neúspěchy o nalezení konsenzu o otázkách hmotněprávních, rozhodla se směřovat své úsilí k vytvoření univerzální platformy pro řešení sporů z investic. Touto platformou se stalo Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (ICSID), jakožto jedna z členských organizací Skupiny Světové banky, jejímž hlavním cílem je usnadňovat smírčí a rozhodčí řešení sporů ze zahraničních investic. ICSID bylo založeno Úmluvou o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států z roku 1965, tzv. Washingtonská úmluva (Úmluva ICSID). ICSID samo nevede arbitráže, ale poskytuje administrativní zázemí pro jejich zahájení a průběh (blíže k fungování ICSID viz kapitola II.4). Zaměření Úmluvy ICSID na institucionální stránku ochrany přímých zahraničních investic přinesl Světové bance na tomto poli nebyvalý úspěch. Signatáři této úmluvy

20 Blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 167-170.

21 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z:
<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf> [cit. 2016-07-27].

22 Blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 170-175.

se staly jak rozvinuté, tak i rozvojové státy, což umožnilo vytvoření členské základny čítající 147 států²³.

V 50. a 60. letech minulého století vzešla ze strany nevládních organizací, mezinárodních institucí a samotných států řada iniciativ za přijetí mnohostranné úmluvy o ochraně přímých zahraničních investic. Plnohodnotný protějšek GATT se však v dané době přijmout nepodařilo. Zůstalo proto pouze u institucionálního zajištění řešení sporů ze zahraničních investic v podobě ICSID. Nepřijaté návrhy úmluv hmotněprávního charakteru však neupadly v zapomnění. Naopak byly hojně využívány jako inspirační zdroj pro programy dvoustranných DPOI, jimiž jednotlivé státy vyplnily prázdný prostor, který se nepodařilo zaplnit na multilaterální bázi.

II.1 Nástup moderních DPOI

V první dekádě po druhé světové válce ještě nebyly dvoustranné DPOI uzavírány. Jejich úlohu tak musely do určité míry suplovat staré dohody FCN, jež v té době byly mnohdy stále účinné²⁴, nebo dokonce byly nově uzavírány²⁵.

Další standardy byly přijímány pouze ve formě *soft law* jakožto rezoluce Valného shromáždění OSN. Prostřednictvím nich bylo potvrzeno omezení možnosti vyvlastnění zásadami a podmínkami vyplývajícími z mezinárodního práva, zejména pak požadavkem

23 Viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 176.

24 Viz například stále platná smlouva o přátelství, obchodu a plavbě mezi Francií a Brazílií ze dne 8. ledna 1826. Dostupné z: <http://www.diplomatie.gouv.fr/pacte/> [cit. 2016-07-27], ŠTURMA, Pavel a Vladimír BALAŠ. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*, s. 7. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012. ISBN 978-80-87146-55-2..

25 Viz například smlouva o přátelství, obchodu a plavbě mezi Spojenými státy americkými a Nikaraguou ze dne 21. ledna 1956, nebo smlouva o přátelství, obchodu a plavbě mezi Spojenými státy americkými a Íránem ze dne 15. srpna 1955

odpovídající náhrady²⁶. Někteří autoři sice v těchto rezolucích spatřovali obecné *opinio iuris*, jakožto jeden z konstitutivních znaků mezinárodního obyčeje²⁷. Dovožovali tak zejména s ohledem na jednoznačnou většinu, již v těchto případech Valné shromáždění OSN obvykle rozhodovalo. Tyto úvahy je potom vedly k závěrům o závazném charakteru formulovaných standardů. Všeobecný konsenzus mezi státy a na základě něj dovozované *opinio iuris* však záhy vzaly za své v důsledku probíhající dekolonizace a s ní souvisejícím vznikem nových států - bývalých kolonií, které často neuznávaly jakoukoli majetkovou odpovědnost vůči bývalým kolonistům. Tyto státy přitom brzy na Valném shromáždění OSN převládly a vymohly si přijetí rezolucí, které lépe odpovídaly jejich potřebám^{28,29,30}. Tak bylo stvrzeno, že žádné pravidlo mezinárodního práva nemůže omezit právo státu provést vyvlastnění.

Ačkoli byla v rámci mezinárodně právní teorie i praxe³¹ snaha udržet koncept výše uvedeného mezinárodního obyčeje, vyhovujícího zejména rozvinutým státům, bylo více než zřejmé, že se dosavadní model podpory a ochrany investic přežil. Bylo třeba rozvinout systém nový. Jeho základním stavebním kamenem se staly specializované dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic (DPOI) uzavírané zejména, nikoli však výhradně, mezi rozvinutými státy - vývozci kapitálu a rozvojovými státy - příjemci

26 Viz článek I. odst. 4. rezoluce A/RES/1803 (XVII) ze dne 14. prosince 1962 o trvalé svrchovanosti nad přírodními zdroji. Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> [cit. 2016-07-27].

27 Viz poznámka pod čarou č. 6

28 Rezoluce Valného shromáždění OSN A/RES/S-6/3201, Deklarace o zřízení nového mezinárodního ekonomického řádu. Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm> [cit. 2016-07-27].

29 Rezoluce Valného shromáždění OSN A/RES/S-6/3202, Akční program o zřízení nového mezinárodního ekonomického řádu. Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.un-documents.net/s6r3202.htm> [cit. 2016-07-27].

30 Rezoluce Valného shromáždění OSN A/RES/29/3281, Charta ekonomických práv a povinností států, zejména pak její článek II. odst. 2. Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm> [cit. 2016-07-27].

31 Viz rozhodčí nález ve věci Kuwait v Aminoil ze dne 24. března 1982. Shrnutí případu dostupné v anglickém jazyce z: http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf [cit. 2016-07-27].

kapitálu. První DPOI byly uzavírány již v době, kdy teprve nabývaly na intenzitě výše popsané kontroverze principiálního charakteru³². Když pak tyto vedly ke krizi dosavadního systému, představovaly již DPOI zavedený, byť praxí ještě ne příliš prověřený, nástroj podpory a ochrany přímých zahraničních investic. Díky tomu mohly posloužit k obnovení právní jistoty investorů na mezinárodní úrovni a zaznamenaly rychlý rozvoj. Leben³³ k tomuto poznamenává:

„Co bylo rozvojovými zeměmi zavrženo v rámci mezinárodních institucí, bylo jimi poskytnuto v rámci dvoustranných vztahů.“³⁴

Jak již bylo zmíněno výše, mělo Německo, vzhledem k důsledkům poválečného vypořádání pro své zahraniční investice, eminentní zájem na budování moderního systému jejich ochrany na smluvní bázi. Nehodlalo se přitom spoléhat pouze na multilaterální řešení, jehož realizace se již tehdy jevila přinejmenším nejistá. Paralelně se svými snahami na tomto poli (viz kapitola II. výše) proto připravilo program DPOI.

První moderní DPOI na světě byla uzavřena mezi Německem a Pákistánem dne 25. listopadu 1959³⁵. Obsahovala již mimo jiné záruku plné ochrany a bezpečnosti a zákaz diskriminace na základě cizího vlastnictví nebo vlivu, byť tento se nevztahoval na právní úpravu hostitelského státu platnou v době nabytí účinnosti dohody. Dále též upravovala ochranu před vyvlastněním a obsahovala i doložku nejvyšších výhod, pokud jde o náhrady ztrát na investici vzniklých v důsledku války, jiného ozbrojeného konfliktu,

32 Jako první na světě byla podepsána dne 25. listopadu 1959 DPOI mezi Pákistánem a Německem. Dostupné v anglickém jazyce z: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/78/treaty/1732> [cit. 2016-07-27].

33 Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? (Journée d'étude). In: *Actes de la Journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales*. Paříž: Padone, 1999, s. 264. ISBN 2-233-00358-6.

34 Převzato z SCHONARD, Pascal, *op. cit.*, s. 9.

35 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf [cit. 2016-07-27].

revoluce nebo vzpoury. Byl garantován volný převod investovaného kapitálu a výnosů z něj, jakož i možnost postoupení pohledávek. Obsažena byla též zastřešující doložka. Výhrada výhodnější úpravy (*without prejudice clause*) byla též zakotvena, obdobně jako tomu bylo v případě Abs-Shawcrossova návrhu. Případné spory o výklad a aplikaci dohody měly být se souhlasem obou smluvních států předkládány Mezinárodnímu soudnímu dvoru. Bez takového souhlasu měl tyto spory řešit rozhodčí soud. DPOI mezi Německem a Pákistánem, stejně jako další rané DPOI, naopak nepamatovala na řešení sporů mezi investory a hostitelskými státy. Takováto úprava se stala pravidelnou součástí DPOI až na samém sklonku 60. let minulého století. Překvapivější však bylo to, že nebylo upraveno ani spravedlivé a rovnoprávné zacházení se zahraničními investory a jejich investicemi, neboť doložky tohoto druhu se běžně vyskytovaly například již v dohodách FCN uzavíraných po druhé světové válce Spojenými státy americkými a byly též obsaženy v Abs-Shawcrossově návrhu, jakož i návrhu OECD (viz kapitola II.1 výše).

V nadcházejících letech se připojily další rozvinuté státy se svými programy DPOI, mezi nimi Francie (1960), Švýcarsko (1960), Nizozemí (1963), Itálie (1964), Belgicko-lucemburská hospodářská unie (1964), Švédsko (1965), Dánsko (1965), Norsko (1966), Spojené království (1975), Rakousko (1976), Japonsko (1977), Spojené státy americké (1977)³⁶. Důvodem postupného odklonu jednotlivých států od dohod FCN a jejich příklonu k DPOI byl na jedné straně neúspěch většiny snah o nalezení multilaterálního řešení mezinárodní ochrany investic a na straně druhé relativní úspěch GATT. Bylo tedy zřejmé, že potřeba dvoustranné úpravy mezinárodního obchodu nebyla nadále tak vysoká. Uzavírané DPOI proto byly stručnější a více zaměřené na problematiku ochrany

36 Převzato z BUNGENBERG, Marc, Jörn GRIEBEL, Stephan HOBE, August REINISCH a Yun-I KIM. *International investment law*. First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2015. ISBN 34-066-3419-2, s. 154.

zahraničních investic, byť se zejména první z nich leckdy dotýkaly i jiných problémů³⁷³⁸. Jejich stručnost a úzké zaměření činily jejich sjednávání podstatně snazším. Tento proces byl standardizován tím, že rozvinuté státy vypracovaly své vzorové DPOI, na základě nichž pak realizovaly své programy DPOI zejména ve vztahu k rozvojovým státům. Ty se těchto programů účastnily s cílem zajistit si prostřednictvím cizího kapitálu, know-how a technologií vlastní hospodářský rozvoj. Většina vzorových DPOI vychází z návrhu OECD Dohody o ochraně zahraničního majetku³⁹⁴⁰. Díky tomu jsou jednotlivé DPOI po obsahové stránce dosti konzistentní.

Jak již bylo zmíněno výše, první DPOI nepřipouštěly řešení sporů z nich vzešlých mezi investorem a hostitelským státem cestou mezinárodní arbitráže. První DPOI, která takovouto úpravu obsahovala, byla uzavřena mezi Nizozemskem a Indonésií v roce 1968⁴¹. Jednalo se ovšem podobně jako v případě Abs-Shawcrossova návrhu a návrhu OECD Dohody o ochraně zahraničního majetku o nedokonalou formu založení pravomoci ICSID. Předmětná DPOI totiž nadále počítala s formálním souhlasem hostitelského státu s arbitráží nebo dohodovacím řízením, byť mu zároveň ukládala povinnost jej udělit. První DPOI umožňující, aby investor na základě ní bez dalšího

37 Samotná DPOI Německo-Pákistán (1959) v článku 10 stanovila, že obě smluvní strany spolu budou vzájemně spolupracovat při podpoře vzájemné výměny a využití vědeckých a technických poznatků a rozvoji vzdělávacích zařízení zejména v zájmu zvýšení produktivity a zlepšení životní úrovně na jejich územích (přeloženo autorem, v anglickém jazyce dostupné z:

http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf) [cit. 2016-07-27].

38 Dle příkladem mohou být první švýcarské DPOI, které se označovaly jako smlouvy o obchodu, ochraně investic a technické spolupráci, nebo první nizozemské DPOI označované jako dohody o hospodářské spolupráci.

39 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z:

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf> [cit. 2016-07-27].

40 Blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 170-175.

41 Úplné znění v anglickém a francouzském jazyce dostupné z:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/97/treaty/1987> [cit. 2016-07-27].

zahájil mezinárodní arbitráž vůči hostitelskému státu, byla uzavřena až o rok později mezi Itálií a Čadem⁴².

Vlna vyvlastňování, k níž došlo na přelomu 60. a 70. let minulého století přiměla další státy, aby zahájily vlastní programy DPOI. Dokonce i státy východního bloku s centrálně řízeným hospodářstvím v čele se SSSR se postupně k uzavírání DPOI připojily. Některá ujednání pro DPOI typická však pro ně nebyla zcela přijatelná. Jednalo se například o doložku národního zacházení a především pak samozřejmě o ustanovení umožňující investorům řešit spory s hostitelskými státy cestou mezinárodní arbitráže. Tyto státy většinou uplatnění těchto doložek plně nevyklučovaly, značně však omezovaly rozsah jejich působnosti. Například DPOI Spojené Království-Čína (1986)⁴³ problematiku řešení sporů s investory upravovala v článku 7 odst. 1 následovně:

„Spor mezi státním příslušníkem nebo společností jedné ze Smluvních stran a druhou Smluvní stranou týkající se výše náhrady, který nebyl vyřešen smírně po uplynutí doby šesti měsíců od písemného oznámení takového sporu, bude postoupen k mezinárodní arbitráži.“⁴⁴ (přeloženo autorem práce).

Nutno ovšem podotknout, že DPOI, které Čína uzavřela později, již co do úpravy řešení sporů z investic nijak nevybočují.

Dalším milníkem ve vývoji mezinárodního investičního práva představoval rozpad východního bloku a na něj navazující vznik nových tržních ekonomik v regionu střední a východní Evropy v první polovině 90. let minulého století. Paralelně s tím docházelo

42 Úplné znění v italském jazyce dostupné z:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/39/treaty/826> [cit. 2016-07-27].

43 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/793> [cit. 2016-07-27].

44 Blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 181.

ke změnám přístupu některých zemí Latinské Ameriky, které též začaly ve větší míře podnikat kroky ke zvýšení své atraktivity pro zahraniční investory. Oba uvedené trendy vyústily ve hromadné uzavírání nových DPOI, a umožnily tak jednoznačně nejplodnější období v tomto směru vůbec. Jak uvádí profesor Vandavelde⁴⁵: „*Zatímco za třicet let mezi roky 1959 a 1989 bylo uzavřeno méně než čtyři sta DPOI, během dalších 15 let bylo uzavřeno okolo dvou tisíc DPOI.*“⁴⁶ (přeloženo autorem z anglického originálu).

Postupně též začaly být uzavírány mnohostranné úmluvy, jež obsahovali ujednání týkající se ochrany investic. Takto byla ještě v 90. letech minulého století uzavřena Severoamerická dohoda o volném obchodu⁴⁷ (NAFTA, 1992) a Smlouva o Energetické chartě⁴⁸ (ECT, 1994). Obnovena byla též iniciativa na půdě OECD, když v roce 1995 započala jednání o návrhu Mnohostranné dohody o investicích. Samotná volba OECD, tj. mezinárodní organizace tvořené prakticky pouze vyspělými státy, jako platformy pro realizaci projektu Mnohostranné dohody o investicích se však ukázala jako problematická. Rozvojové státy se právem obávaly, že takto budou postaveny před *fait accompli* bez možnosti reálně ovlivnit jeho obsah. Po rozsáhlé kritice z jejich řad, jakož i ze strany nevládních organizací byl tento projekt roku 1998 opuštěn, a OECD tak na tomto poli stihl již druhý neúspěch⁴⁹. S příchodem 21. století byly uzavřeny další vícestranné mezinárodní smlouvy týkající se problematiky ochrany investic. Lze zmínit Dominikánsko–středoamerickou smlouvu o volném obchodu⁵⁰ (CAFTA-DR, 2004),

45 VANDEVELDE, Kenneth. *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*. Oxford University Press, 2010. ISBN 0199888140, s. 64.

46 Převzato z BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 181.

47 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z:
<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement> [cit. 2016-07-27].

48 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z:
<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> [cit. 2016-07-27].

49 Blíže viz VANDEVELDE, Kenneth., *op. cit.*, s. 69-70.

50 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z:
[http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic\(CAFTA\).pdf](http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic(CAFTA).pdf) [cit. 2016-07-27].

Všeobecnou investiční dohodu ASEAN⁵¹ (ACIA, 2009), Dohodou o zřízení zóny volného obchodu ASEAN-Austrálie-Nový Zéland⁵² (2009), Dohodu mezi vládou Japonska, vládou Korejské republiky a vládou Čínské lidové republiky k podpoře, usnadnění a ochraně investic⁵³ (2012), Všeobecnou hospodářskou a obchodní dohodu⁵⁴ mezi EU a Kanadou (CETA, 2014, doposud nenabyla účinnosti) a Dohodu o Transpacifickém partnerství⁵⁵ (2016, doposud nenabyla účinnosti).

K dnešnímu dni tak Konference OSN o obchodu a rozvoji (*United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD) eviduje 2926 uzavřených DPOI, z nichž 2281 je stále účinných⁵⁶. Státy s nejrozsáhlejší sítí DPOI jsou Německo (130 účinných DPOI), Čína (130 uzavřených DPOI, z toho 101 účinných), Švýcarsko (128 uzavřených DPOI, z toho 113 účinných) a Spojené království (100 uzavřených DPOI, z toho 95 účinných)⁵⁷.

II.2 Obsah DPOI

I přes vysoký počet DPOI uzavíraných mezi různými státy, byly tyto obvykle sjednávány na základě obdobných vzorů, a lze tak vysledovat řadu jejich společných rysů a jejich

51 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: <http://investasean.asean.org/index.php/page/view/asean-free-trade-area-agreements/view/757/newsid/871/the-asean-comprehensive-investment-agreement.html> [cit. 2016-07-27].

52 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/ASEAN-Australia-NZ.pdf> [cit. 2016-07-27].

53 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2012/5/pdfs/0513_01_01.pdf [cit. 2016-07-27].

54 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [cit. 2016-07-27].

55 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: <https://ustr.gov/tpp/#text> [cit. 2016-07-27].

56 Data dostupná z: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> [cit. 2016-07-27].

57 Převzato z BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 182.

vývoj v čase. DPOI se během posledních šesti dekad díky tomuto společnému základu vyvinuli v ucelený vnitřně soudržný a integrovaný systém ochrany zahraničních investic.

Základní kostra většiny moderních DPOI je tvořena deseti základními tématy. Jimi jsou:

- název dohody a vymezení jejího účelu,
- vymezení pojmů a působnost,
- podmínky vstupu zahraničních investorů,
- základní standardy zacházení se zahraničními investicemi a investory,
- peněžní převody,
- vyvlastnění,
- provozní a jiné podmínky,
- újmy způsobené ozbrojenými konflikty a vnitřními nepokoji,
- výjimky z dohody a její změny a ukončení,
- rozhodování sporů.

II.2.1 Název dohody a vymezení jejího účelu

DPOI ve svém názvu obvykle specifikuje svůj předmět a dále, pokud se jedná o dvoustrannou DPOI, identifikuje své strany, např. „*Dohoda mezi Českou republikou a Jemenskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic*“. Pokud se jedná o mnohostrannou DPOI, označení stran z pochopitelných důvodů chybí, např. „*Smlouva o Energetické chartě*“. Na název bezprostředně navazuje preambule, jež specifikuje účel, za jakým smluvní strany danou DPOI uzavřely. Účel je typicky vyjádřen jako přání „*rozvíjet vzájemnou hospodářskou spolupráci ku vzájemnému prospěchu*“, „*vytvořit a*

udržovat příznivé podmínky pro investice investorů jednoho státu na území druhého státu“, „*podnítit podnikatelskou iniciativu v této oblasti“* atd. atp.

Ani název DPOI ani její preambule neobsahují závazné normy, z nichž by účastníkům přímo vyplývaly konkrétní práva a povinnosti. Přesto ale nejsou z tohoto hlediska zcela bez významu, protože se uplatňují při výkladu závazných ustanovení dané DPOI tak, jak to vyplývá z článku 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Ten stanoví následující:

„Smlouva musí být vykládána v dobré víře, v souladu s obvyklým významem, který je dáván výrazům ve smlouvě v jejich celkové souvislosti, a rovněž s přihlédnutím k předmětu a účelu smlouvy.“ (podtržení provedeno autorem práce).

Toto ostatně bylo aprobováno judikaturou rozhodčích soudů⁵⁸.

II.2.2 Vymezení pojmů a působnost

Vymezení pojmů jako investice, investor, území, státní příslušník, společnost, podnik, fyzická osoba, právnická osoba nebo výnosy jsou klíčové z hlediska vymezení subjektů

58 Např. v rozhodčím nálezu ze dne 3. října 2006, LG&E Enery Corp. a další v. Argentinská republika, ICSID sp. zn. ARB/02/1, bod 124, se uvádí:

„Vzhledem k souvislostem, za nichž Argentina a Spojené státy zahrnuly standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení, a jeho předmětu a účelu, si Tribunál v Preambuly Dohody všímá, že obě země ujednaly, že "spravedlivé a rovnoprávné zacházení s investicí je žádoucí v zájmu udržení stabilního rámce pro investice a maximálně efektivního využívání ekonomických zdrojů". Při uzavírání Dvoustranné dohody jako celku, strany chtěly "podpořit větší hospodářskou spolupráci" a "stimulovat tok soukromého kapitálu a hospodářský rozvoj smluvních stran". Ve světle takto stanovených cílů, musí Tribunál uzavřít, že stabilita právního a obchodního rámce je podstatným prvkem spravedlivého a rovnoprávného zacházení v této věci za

a právních vztahů, jež požívají ochrany dle DPOI. Nacházejí se obvykle na samotném začátku jejího normativního textu. Z podstaty věci vyplývá, že pouze investoři pocházející ze smluvního státu, jejichž investice se nachází na území jiného smluvního státu, požívají ochrany dle DPOI.

Při vymezování působnosti DPOI smluvní státy zohledňují čtyři hlavní kritéria. Jsou jimi (i) forma investice, (ii) oblast její hospodářské realizace, (iii) doba její realizace a (iv) vztah investora k jinému smluvnímu státu.

Většina DPOI vymezuje pojem investice poměrně široce. Tento pojem se vztahuje na majetkové hodnoty všeho druhu, ať už hmotné či nehmotné povahy, bez ohledu na jejich formu. Užití demonstrativních výčtů forem investice jakož i často přítomné výslovné ujištění, že jakákoli změna formy majetkových hodnot nemá vliv na jejich povahu jakožto investice⁵⁹, umožňuje pružně reagovat na rychle se měnící ekonomické podmínky a kreativitu investorů.

V souvislosti s vymezením pojmu investice často bývá vznášena otázka časové působnosti DPOI, konkrétně její nepravá retroaktivita. Rozvojové státy se povětšinou snažily omezit časovou působnost DPOI až na následně realizované investice nebo alespoň na investice, které nebyly započaty nepoměrně dlouhou dobu před uzavřením DPOI⁶⁰. Argumentují přitom povahou DPOI jakožto nástroje, jenž má podpořit rozvoj

předpokladu, že nepředstavuje žádné nebezpečí pro existenci samotného hostitelského státu.“ (přeloženo autorem práce).

Dostupné v anglickém jazyce z:

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_En&caseId=C208 [cit. 2016-07-27].

59 Viz např. čl. 1 odst. 1 Dohody mezi Českou republikou a Jemenskou republikou o ochraně a vzájemné podpoře investic ze dne 20. března 2008

60 Např. čl. 2 odst. 3 Dohoda mezi vládou Spojeného království Velké Británie a Severního Irska a vládou Indonéské republiky o podpoře a ochraně investic ze dne 27. dubna 1976 stanoví: „*Ustanovení této dohody se nebudou žádným způsobem vztahovat na práva a povinnosti obou Smluvních stran ohledně investic realizovaných před 10. lednem 1967.*“ (přeloženo autorem, převzato z SALACUSE, Jeswald W. *The law of*

nových investičních aktivit mezi smluvními stranami, nikoli retroaktivně poskytovat privilegia investicím již realizovaným. Dále uvádějí, že by jejich vlády s dřívějšími investicemi nemusely souhlasit, pokud by v dané době mohly rozumně předpokládat, že se na ně v budoucnu bude vztahovat režim DPOI. Rozvinuté státy - vývozci kapitálu se z pochopitelných důvodů snaží vztahovat pojem investice dle DPOI i na investiční aktivity ji předcházející. Většina DPOI rozšiřuje svou časovou působnost v případě investic, jež požívaly ochrany dle těchto DPOI, i na určité časové období po jejich zániku. Takovéto investice tak těží z ochrany DPOI typicky ještě patnáct až dvacet let po jejím zániku.

Určování investorů, na které se režim DPOI vztahuje, se děje na základě stanovení jejich vazby na některý ze smluvních států odlišný od státu hostitelského. V případě fyzických osob nebývá určování tohoto vztahu nijak komplikované. DPOI v tomto ohledu vychází z poměrně jasně definovaných a v konkrétním případě jednoduše ověřitelných kategorií státní příslušnosti a občanství. Ke složitějším situacím v tomto ohledu dochází u právnických osob. Tyto mohou být vytvářeny zcela účelově v konkrétních státech, aniž by jejich formální příslušnost k těmto státům byla podložena reálnými ekonomickými vazbami. Mohou dokonce takto vytvářet i složité nadnárodní koncernové struktury s ne zcela transparentními majetkovými vazbami, čímž se problém určení jejich státní příslušnosti dále komplikuje. Dle Salacuse⁶¹ lze v tomto ohledu rozlišovat tři základní typové případy: (1) společnosti provozované ve smluvním státě příslušníky třetích států, (2) společnosti provozované ve třetím státě příslušníky smluvního státu, (3) společnosti s podstatnou účastí příslušníků třetích států. Nutno podotknout, že problém dle bodů 1 a 3 nastává i v případě, že se nejedná o příslušníky třetích států, ale o příslušníky

investment treaties. Second edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015. ISBN 9780198703976, s. 144).

61 SALACUSE, Jeswald W. , *op. cit.*, s. 145.

hostitelského státu. Problém dle bodu 2 naopak nevzniká v případě, že smluvním státem, o jehož příslušníky se jedná, je stát hostitelský.

Aby mohla právnická osoba využít ochrany dle DPOI, musí obvykle (1) být založena podle práva smluvního státu⁶², (2) mít sídlo nebo hlavní místo podnikání ve smluvním státě⁶³ nebo (3) být ovládána příslušníky smluvního státu nebo mít podstatou účast těchto příslušníků⁶⁴. Některé DPOI splnění uvedených kritérií vyžadují kumulativně v různých kombinacích⁶⁵. Pozitivní vymezení pojmu investor je někdy doplněno o negativní doložku umožňující odepřít za stanovených podmínek ochrany dle DPOI některým investorům⁶⁶.

II.2.3 Podmínky vstupu zahraničních investorů

Pravidelnou součástí DPOI jsou ustanovení týkající se podmínek vstupu a usazování zahraničních investorů na území hostitelského státu. DPOI zásadně neposkytují

62 Užití tohoto kritéria je typické pro DPOI Dánska, Nizozemska, Spojeného království a Spojených států amerických; viz např. čl. 1 odst. 1 písm. b) Dohody mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 22. října 1991.

63 Užití tohoto kritéria je typické pro DPOI Belgicko-lucemburské hospodářské unie, Německa a Švédska; viz např. čl. 1 odst. 3 Dohody mezi Českou republikou a Spolkovou republikou Německo o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 2. října 1990.

64 Užití tohoto kritéria je typické pro DPOI Nizozemska, Švédska nebo Švýcarska; viz např. čl. 1 odst. 1 písm. c) Dohody mezi Českou republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. října 1990.

65 Viz např. čl. 1 odst. 1 písm. b) Dohody mezi Českou republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. října 1990 nebo čl. 1 odst. 2 písm. b) Dohody mezi Českou republikou a Švédským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic.

66 Viz např. čl. 1 odst. 2 písm. b) Dohody mezi Českou republikou a Švédským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic nebo čl. 22 Dohody mezi vládou Japonska, vládou Korejské republiky a vládou Čínské lidové republiky k podpoře, usnadnění a ochraně investic; úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2012/5/pdfs/0513_01_01.pdf [cit. 2016-07-27].

investorům jiného smluvního státu možnost vstupu a usazení za tak liberálních podmínek jako to činí právo EU, které garantuje svobodu usazování a volný pohyb kapitálu jako základní svobody, na nichž vnitřním trhu EU založen⁶⁷ (blíže viz kapitola III.2). Většina DPOI umožňuje hostitelskému státu ukládat investorům podmínky pro vstup. Tyto obvykle spočívají v tzv. výkonnostních požadavcích (*performance requirements*) nebo investičních opatřeních souvisejících s obchodem (*trade-related investment measures, TRIMs*). Pomocí nich lze investora druhé smluvní strany omezovat v jeho obchodních vztazích například co do množství zboží, které doveze, nebo mu ukládat povinnost nákupu určitého množství zboží místní provenience. Rovněž mu lze klást požadavky týkající se exportu.

O omezení takovýchto ujednání se zasazuje WTO, jež jim čelí jakožto opatřením omezujícím mezinárodní obchod prostřednictvím Dohody o investičních opatřeních souvisejících s obchodem⁶⁸. Rovněž některé státy zahrnuly do jimi sjednávaných DPOI ustanovení omezující možnost ukládat výkonnostní požadavky a investiční opatření souvisejících s obchodem. Jako typický příklad v tomto ohledu bývají uváděny Spojené státy americké⁶⁹, postupuje tak ovšem i Česká republika⁷⁰.

II.2.4 Základní standardy zacházení se zahraničními investicemi a

67 Viz čl. 49 a násl. a čl. 63 a násl. SFEU.

68 Úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf (naposledy zobrazeno 20. března 2016) [cit. 2016-07-27].

69 Viz např. čl. 1106 NAFTA nebo čl. VI Smlouvy mezi Vládou Spojených států amerických a Vládou Albánské republiky o podpoře a vzájemné ochraně investic; úplné znění v anglickém jazyce dostupné z: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=243281 [cit. 2016-07-27].

70 Viz např. čl. 3 odst. 3 Dohody mezi Českou republikou a Státem Kuvajt o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 08. ledna 1996

investory

Zacházení se zahraničními investory a jejich investicemi DPOI regulují souborem standardů. Tyto lze dále členit. Podle metody zakotvení rozlišujeme standardy absolutní a relativní. Absolutní standardy zacházení jsou legislativně-technicky konstruovány tak, aby byly bez dalšího samostatně uplatnitelné. Jsou tedy v tomto ohledu komplexní a soběstačné. Jako absolutní standardy zacházení jsou v DPOI pravidelně konstruovány záruky spravedlivého a rovnoprávného zacházení, ochrana před vyvlastněním, záruka volného převodu plateb souvisejících s investicí, plná ochrana a bezpečnost, zákaz výkonnostních požadavků. Relativní standardy jsou naopak založeny na metodě odkazu, kdy standard sám nemůže sám o sobě obstát a počítá se svou konkretizací prostřednictvím norem, které nejsou jeho přímou součástí. Jako příklad lze uvést doložky národního zacházení a nejvyšších výhod nebo zastřešující doložku.

Podle rozsahu uplatnění můžeme standardy zacházení dále členit na generální a speciální. Generální standardy se uplatňují obecně na všechny zahraniční investory a jejich investice ve všech fázích jejich realizace. Jsou tedy tvořeny normami, jejichž hypotéza obsahuje pouze obecné podmínky aplikace režimu DPOI. Speciální standardy se naopak uplatní pouze při splnění dalších podmínek, které se sice při realizaci zahraniční investice pravidelně vyskytují, nejsou však sami o sobě nezbytné pro uplatnění obecného režimu DPOI.

II.2.4.1 Spravedlivé a rovnoprávné zacházení

Standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení je jako absolutní generální standard přítomen prakticky ve všech platných DPOI. Tyto se sice na něj obvykle výslovně odvolávají, nijak jej ale blíže nedefinují⁷¹. Vágnost formulace pak samozřejmě otevírá

71 Viz např. čl. 2 odst. 2 Dohody mezi Českou republikou a Jemenskou republikou o ochraně a vzájemné podpoře investic ze dne 20. března 2008

prostor pro nejrůznější interpretace. Toho hojně využívá nejenom doktrína a judikatura rozhodčích soudů, která tento standard rozsáhle elaboruje (viz kapitola II.3.1). Tvrzeného porušení standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení se s téměř železnou pravidelností dovolávají i samotní investoři v odůvodnění svých návrhů na zahájení mezinárodní arbitráže.

II.2.4.2 Plná ochrana a bezpečnost

Dalším široce rozšířeným absolutním generálním standardem zacházení je standard plné (též stálé) ochrany a bezpečnosti. I jeho přesný význam DPOI obvykle ponechávají výkladu a nijak jej blíže nevymezují⁷². Judikatura postupně potvrdila, že na základě něj není možné činit hostitelský stát odpovědný za jakoukoli újmu, jež investice, resp. investor, utrpí, a uplatnila přitom koncept náležité péče (*due diligence*)⁷³. hostitelský stát tak mohl být činěn odpovědným za vzniklou újmu pouze v případě, že v řízení byl konstatován nedostatek náležité péče na jeho straně. Při vymezování pojmu náležité péče doktrína a judikatura rozhodčích soudů⁷⁴ často odkazovala na profesora A. V. Freemana,

72 Viz *Ibid.*

73 Viz např. rozhodčí nález ze dne 21. června 1990, Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID sp. zn. ARB/87/3, bod 50: „Podle názoru tohoto Rozhodčího soudu, by přidání slov jako „stálá“ nebo „plná“ k posílení požadovaných standardů „ochrany a bezpečnosti“, mohlo důvodně ukazovat na záměr Stran vyžadovat v rámci jejich smluvního vztahu vyšší standard „náležité péče“ než „minimální standard“ obecného mezinárodního práva. Ale podstata jak závazku, tak i z něj plynoucí odpovědnosti zůstává nezměněna, neboť přidaná slova „stálá“ nebo „plná“ nejsou sama o sobě dostačující k učinění závěru, že Strany zamýšlely přeměnit svůj vzájemný závazek v „objektivní odpovědnost“.“; přeloženo autorem z anglického originálu; dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> [cit. 2016-07-27].

74 Viz např. rozhodčí nález ze dne 21. června 1990, Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID sp. zn. ARB/87/3, bod 77.

jenž tento pojem ve svých přednáškách na Haagské akademii mezinárodního práva vymezil následovně:

„Náležitá péče není ničím víc a ničím méně než přiměřená preventivní opatření, jež lze od dobře spravované vlády za obdobných okolností očekávat.“⁷⁵

Hostitelský stát tak může být činěn odpovědným, pokud nepřijme přiměřená opatření, aby ochránil investici před takovými hrozbami, jako jsou útoky lupičů nebo násilí ze strany policie a jiných bezpečnostních složek⁷⁶.

II.2.4.3 Svévolná nebo diskriminační opatření

Jako absolutní a generální standard zacházení též DPOI pravidelně garantují, že hostitelský stát nebude žádnými svévolnými nebo diskriminačními opatřeními omezovat řízení, provoz, využívání, rozšiřování nebo možnost dispozice s investicí⁷⁷. Uplatnění této záruky záleží vždy na konkrétních okolnostech případu. Je však třeba poznamenat, že

⁷⁵ Převzato z KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, SNF Professor of International Law and International Economic Law. *International Investment Law Text, Cases and Materials*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013. ISBN 9781781003114, s. 321; z anglického originálu přeloženo autorem práce.

⁷⁶ Viz SALACUSE, Jeswald W. , *op. cit.*, s. 148.

⁷⁷ Článek II odst 2 písm. b) Dohody mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 22. října 1991.

užitý výraz „svévolné“, někdy též „nepřiměřené“, dává hostitelskému státu značný prostor pro přijímání opatření, která považuje za nezbytná.

II.2.4.4 Mezinárodní minimální standard zacházení s investicí

Některé DPOI obsahují ujištění, že investici v žádném případě nebude přiznáno horší zacházení, než je v souladu s mezinárodním právem⁷⁸. Význam takového ujednání je přinejmenším trojí. V první řadě se smluvní státy výslovně přihlásí k minimálnímu mezinárodnímu standardu zacházení s mezinárodní investicí tak, jak je formulován doktrínou a judikaturou rozhodčích soudů⁷⁹. Tím jej dále stvrdí a zvýší tím právní jistotu ve vzájemných vztazích a ve vztazích s investory. Dále se toto ujednání uplatní při systematickém výkladu ostatních ustanovení DPOI, kdy je takto výslovně vyloučeno, aby interpretací a následnou aplikací jednotlivých ustanovení DPOI došlo k odchýlení se od mezinárodního minimálního standardu zacházení v neprospěch investora. Za třetí se mezinárodní minimální standard zacházení s investicí uplatní v případech, kdy DPOI určitý problém neupravuje nebo je její úprava mezerovitá.

V této souvislosti je ovšem třeba podotknout, že aplikovatelnost ujednání tohoto typu je ztížena neutuchajícími polemikami o existenci a obsahu mezinárodního minimálního standardu zacházení s investicí⁸⁰.

II.2.4.5 Zastřešující doložka

Do DPOI bývá pravidelně vkládána i tzv. zastřešující doložka (*umbrella clause*), pomocí níž se ochranný režim DPOI rozšíří na závazky, které hostitelskému státu vyplývají

78 Článek II odst 2 písm. a) téže dohody.

79 K polemice ohledně obecného mezinárodního standardu zacházení viz kapitola II.

80 K tomuto blíže viz kapitola II. a zde citovaná literatura

ve vztahu ke konkrétnímu investorovi nikoli přímo z textu dané DPOI, ale z jiných jeho právních aktů a jednání. Na základě zastřešující doložky se tak porušením DPOI stává i porušení smluv, které hostitelský stát uzavřel s investorem. Tím je postavení investora notně posíleno, protože proti takovému jednání hostitelského státu může brojit cestou mezinárodní arbitráže, zatímco jinak by byl odkázán na obecné soudy hostitelského státu. Ty by přitom věc posuzovaly podle práva hostitelského státu, nikoli prizmatem DPOI.

II.2.4.6 Doložka národního zacházení a/nebo nejvyšších výhod

Rozvinuté státy - vývozci kapitálu vždy usilovaly o to, aby své investory a jejich investice ochránily před diskriminací na základě státní příslušnosti. Ochrana před diskriminací oproti investorům hostitelského státu je zajišťována prostřednictvím doložky národního zacházení, která hostitelskému státu ukládá, aby investory jiného smluvního státu neznevýhodňoval oproti investorům domácím. Ochrana před diskriminací oproti investorům ze třetích zemí je zase zajišťována prostřednictvím doložky nejvyšších výhod, která zajišťuje, aby se investorům jiného smluvního státu nedostávalo od hostitelského státu horšího zacházení, než jaké uplatňuje vůči investorům ze třetích zemí.

Doložky národního zacházení a nejvyšších výhod lze uplatňovat samostatně nebo ve vzájemné kombinaci⁸¹.

II.2.5 Volný převod plateb souvisejících s investicí

Předpokladem úspěšné realizace každé investice je možnost provádění plateb, a to včetně těch zahraničních. Bez této možnosti by investoři nemohly své investici zajistit potřebné finanční prostředky, převádět generované zisky ani vstupovat do obchodních vztahů

81 Viz např. čl. 4 odst. 1 Dohody mezi Českou republikou a Státem Kuvajt o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 8. ledna 1996

se svými dodavateli a odběrateli. Proto se rozvinuté státy při sjednávání DPOI vždy zasazovaly o to, aby jejich investoři měli v tomto ohledu co nejvolnější pole působnosti. Oproti tomu rozvojové státy se vůči takovéto liberalizaci stavěly poměrně rezervovaně. Vedla je k tomu obava ze zranitelnosti vlastní měny, nevyrovnané platební bilance a potřeba schraňovat cizí měny pro nákup nezbytného zahraničního zboží a služeb. Rozvojové státy často podrobují směnitelnost svých měn řadě legislativních a administrativních omezení, a nebyly ochotny z tohoto prostřednictvím DPOI ustupovat. Prosazovaly proto omezené zakotvení tohoto práva s řadou výjimek. Volný převod plateb souvisejících s investicí je tak často jedním z nejožehavějších témat při sjednávání DPOI. Relevantní ustanovení DPOI se obvykle dotýkají pěti témat, a to (1) obecného zakotvení práva investorů provádět převody plateb, (2) vymezení druhů plateb, jichž se toto právo týká, (3) určení měny pro provádění plateb, (4) určení směnného kurzu a (5) lhůty, v níž musí hostitelský stát provedení platby umožnit.

II.2.6 Vyvlastnění

Jak již bylo nastíněno výše (kapitola II.1), stala se problematika vyvlastnění a podmínek jeho provádění v průběhu procesu dekolonizace předmětem značných kontroverzí mezi rozvinutými zeměmi a rozvojovými zeměmi. DPOI se v tomto ohledu staly nástrojem pro obnovení právní jistoty investorů. Úprava podmínek vyvlastnění se tak i přes odpor některých rozvojových států stala ústředním bodem valné většiny DPOI a zůstává jím dodnes.

Zahraníční investice takto jsou chráněny před znárodněním, vyvlastněním a jinými přímými nebo nepřímými opatřeními se stejným účinkem jako znárodnění nebo vyvlastnění. Tato ochrana ovšem nebývá absolutní a DPOI umožňují hostitelskému státu přistoupit k vyvlastnění za stanovených podmínek. Vyvlastnění lze takto provést (1)

ve veřejném zájmu, (2) na nediskriminačním základě, (3) za spravedlivou náhradu a u většiny DPOI též (4) s možností soudního přezkumu⁸².

Uvedené kontroverze ovlivnily obsah jednotlivých DPOI, a ty se tak mohou lišit v konkrétních detailech realizace výše uvedeného vzorce ochrany před vyvlastněním. Některé jsou více ochranářské, jiné méně. Toto se obzvláště projevuje, pokud jde o způsob určení náhrady za vyvlastnění. Většina DPOI v tomto vychází, v různých obměnách, z tzv. Hullovy formule „okamžité přiměřené a účinné náhrady“. Význam jednotlivých slov tuto formuli tvořící přitom dále pro své potřeby rozvádí⁸³.

II.2.7 Provozní a jiné podmínky

Většina DPOI dále upravuje podmínky pro provozování investice. Těmito jsou jednak zákaz nebo omezení výkonnostních požadavků a investičních opatření souvisejících s obchodem a dále též např. úprava podmínek pro zaměstnávání cizích státních příslušníků a pro jejich vstup a působení v hostitelském státu. Ani v tomto ohledu nebývají DPOI tak liberální jako je právo EU zaručující volný pohyb pracovníků na vnitřním trhu⁸⁴. Přístup DPOI je založen na příslibu vstřícného přístupu hostitelského státu, ovšem v mezích a za podmínek stanovených jeho právním řádem pro pobyt cizinců⁸⁵.

II.2.8 Újmy v důsledku ozbrojeného konfliktu nebo vnitřních

82 Viz např. čl. 6 odst. 1 písm. a) Dohody mezi Českou republikou a Státem Kuvajt o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 8. ledna 1996.

83 Viz *Ibid.*

84 Čl. 3 odst. 2 L-SEU; čl. 4 odst. 2 písm. a) a články 20, 26 a 45–48 SFEU.

85 Např. Dohoda mezi Českou republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. října 1990 v článku 3 odst. 2 in fine k tomuto stanoví: „Každá smluvní strana bude podporovat, kdykoli to bude třeba, vydání potřebných povolení týkajících se činnosti poradců a jiných odborníků cizí státní příslušnosti.“.

nepokojů

DPOI pravidelně upravují i problematiku kompenzací újmy vzniklé investorovi v souvislosti s ozbrojenými konflikty a vnitřními nepokoji probíhajícími v hostitelském státu. Ani toto právo ovšem není absolutní. Obvykle je koncipováno s užitím doložky národního zacházení a případně též doložky nejvyšších výhod⁸⁶.

II.2.9 Výjimky, změny a ukončení DPOI

Podmínky jednotlivých států se vzájemně liší. Je proto přirozené, že se úměrně tomu liší i jednotlivé DPOI, byť v základu jsou často podobné. Pravidelně se vyskytují i případy, kdy obecný režim DPOI nelze z různých důvodů a vzhledem k zájmům konkrétního státu vztáhnout na určitou oblast jinak do působnosti DPOI spadající⁸⁷. Správné pochopení rozsahu působnosti a významu těchto výjimek je přitom klíčové nejen pro kvalifikované rozhodování rozhodčích soudů, ale i samotných investorů ve fázi přípravy investice.

Žádná DPOI není uzavírána jako obsahově neměnný trvalý dokument. Většina DPOI proto upravuje podmínky, při jejichž splnění mohou být jednostranně ukončeny.

⁸⁶ Viz např. čl. 4 Dohody mezi Českou republikou a Jemenskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 20. března 2008; k této problematice též rozhodčí nález ze dne 21. června 1990, Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID sp. zn. ARB/87/3; dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf> [cit. 2016-07-27].

⁸⁷ Např. článek 11 odst. 2 Dohody mezi Českou republikou a Argentinskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 27. září 1996 stanoví: „Ustanovení této dohody se nevztahují na investice uskutečněné na území druhé smluvní strany fyzickými osobami majícími státní příslušnost první smluvní strany, jestliže tyto osoby v době investování měly bydliště na území druhé smluvní strany po dobu delší než dva roky, s výjimkou případů, kdy je prokázáno, že investice byla připuštěna na toto území ze zahraničí.“

Například Dohoda mezi Českou republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 5. října 1990 k tomuto v článku 12 stanoví:

„1. Tato Dohoda vstoupí v platnost dnem, kde se obě smluvní strany navzájem uvědomí, že jsou splněny ústavní požadavky pro uzavírání mezinárodních dohod a jejich vstup v platnost a zůstane v platnosti po dobu deseti let. Pokud nebude písemně oznámeno vypovězení Dohody šest měsíců před uplynutím této doby, platnost Dohody se považuje za prodlouženou ve stejném rozsahu na období pěti let a tento postup se bude stále opakovat.

2. V případě výpovědi této Dohody zůstávají ustanovení článků 1 až 11 nadále v platnosti pro investice uskutečněné před datem výpovědi a to po dobu deseti let.“

Některé DPOI upravují i postup pro svou změnu.

II.2.10 Rozhodování sporů

Výše popsáný obsah DPOI pokrývá všechny základní okruhy problémů, jež zahraniční investoři v souvislosti se svými investicemi řeší. Ve spojení s navazující judikaturou a doktrínou jsou tak DPOI způsobilé být dostatečným hmotněprávním základem ochrany zahraničních investic. Klíčovou otázkou však zůstává zajištění jejich dodržování, a to především ve vztazích mezi hostitelskými státy a investory. Vzhledem k principu svrchované rovnosti je z hlediska mezinárodního práva nepřijatelné, aby byl hostitelský stát podřízen jurisdikci soudů jiného státu, u kterých by jej investor mohl případně žalovat. Z hlediska investorů je zase nepřijatelné, aby jejich spory s hostitelským státem rozhodovaly jeho vlastní soudy. Investoři samotní navíc nepožívají z hlediska obecného mezinárodního práva právní subjektivity, v důsledku čehož zásadně nemohou uplatňovat

svá práva u mezinárodních soudních institucí přímo, ale musejí se spoléhat na ochranu, kterou jim zprostředkuje jejich domovský stát.

Je zřejmé, že tento stav nemohl být pro potřeby ochrany přímých zahraničních investic vyhovující. Základním problémem při budování mezinárodního režimu ochrany investic tak bylo vytvoření zvláštního dostatečně účinného mechanismu rozhodování sporů. Jím se v případě mezinárodního investičního práva stala zejména mezinárodní arbitráž, a to jak pro řešení (i) sporů mezi smluvními státy, tak i (ii) sporů mezi investory a hostitelskými státy.

V případě prvně zmíněných sporů DPOI obvykle ukládají řešit spory nejprve vzájemným jednáním a v případě jejich selhání prostřednictvím *ad hoc* arbitráže. Ve druhém případě bývá pravidelně předpokládáno též řešení sporů s pomocí stálých rozhodčích institucí, jako je ICSID. Uzavřením DPOI tak smluvní státy zároveň dávají potřebný souhlas k založení příslušnosti takovéto instituce. Byť tedy DPOI předpokládá, že se investor nejprve pokusí spor s hostitelským státem řešit smírně a využije prostředků, které mu k ochraně jeho zájmů nabízí právo hostitelského státu, investor nakonec má možnost domoci se vydání právně závazného rozhodčího nálezu i proti vůli hostitelského státu. Může takto postupovat nezávisle na svém domovském státě nebo dokonce proti jeho vůli.

Takto silné postavení investorů - soukromých subjektů, byť není zcela unikátní⁸⁸, je z hlediska mezinárodního práva výjimečné povahy. Výše v kapitole věnované historii mezinárodního práva ochrany investic bylo upozorňováno na to, s jakými obtížemi se rodil režim mezinárodní ochrany investic. Bylo mimo jiné poukazováno na skutečnost, že nebylo možné přijmout vícestrannou dohodu o podpoře a ochraně investic jakožto protějšek GATT. Je proto namístě nyní uvést, že postavení soukromých subjektů postižených porušováním práva mezinárodního obchodu ze strany jednotlivých států není

88 Viz možnost jednotlivců podávat stížnosti k Evropskému soudu pro lidská práva na porušení lidských práv a základních svobod zaručených Evropskou úmluvou o lidských právech a jejími protokoly.

zdaleka tak privilegované. WTO neumožňuje jednotlivcům hájit svá práva na mezinárodní úrovni přímo⁸⁹.

Pokud se investoři uchylují k mezinárodním arbitrážím jakožto způsobu řešení sporů z investic, nečiní tak samozřejmě proto, aby dosáhly akademického výroku o odpovědnosti hostitelského státu. Jejich hlavním motivem je dosažení účinné kompenzace újmy, kterou jejich investice utrpěla. Mezinárodní arbitráž se v tomto ohledu ukázala být poměrně účinným prostředkem. Byť většina DPOI nijak detailně neupravuje výši kompenzace a podmínky pro vznik nároku na ní, rozhodčí soudy na základě zásad obecného mezinárodního práva rozvinuly bohatou judikaturu k tomuto tématu. Nebály se pak ani přisuzovat investorům na kompenzacích poměrně vysoké částky, které povětšinou byly hostitelskými státy skutečně uhrazeny. Tím se rozhodčí soudy zasadily nejenom o *effet utile* režimu DPOI. Díky poměrně obsáhlým a fundovaným odůvodněním svých nálezů, byť bohužel ne vždy zveřejňovaným, dokázaly rozvinout poměrně bohatou judikaturu a postaraly se tak o progresivní rozvoj mezinárodního investičního práva.

II.3 Judikatura a progresivní rozvoj mezinárodního práva ochrany investic

Mezinárodní právo ochrany investic má s evropským právem kromě svých mezinárodně právních kořenů společný též akcent na svůj progresivní rozvoj prostřednictvím rozhodovací činnosti soudních, resp. rozhodčích, orgánů. Tento jeho charakteristický rys je podobně jako v případě evropského práva přirozeným důsledkem značné obecnosti normativních textů DPOI. Na rozdíl od evropského práva navíc mezinárodní právo ochrany investic nemá propracovaný mechanismus konkretizace smluvního práva prostřednictvím normativních právních aktů na základě smluvního práva přijímaných

89 SALACUSE, Jeswald W. , *op. cit.*, s. 153.

k tomu ustanovenými orgány (obdobu sekundárního evropského práva)⁹⁰. Progresivní rozvoj mezinárodního práva ochrany investic rozhodčími soudy prostřednictvím jejich judikatury vzešlé z investičních sporů je tak životní potřebou tohoto právního odvětví. Tento jev je ostatně třeba považovat z hlediska mezinárodního práva za legitimní, neboť je aprobován článkem 38 odst. 1 písm. d) statutu Mezinárodního soudního dvora ze dne 26. června 1945.

Judikatura tak postupně začala mezinárodní právo ochrany investic rozvíjet, tříbit, vyplňovat jeho případné mezery a tím je konstitucionalizovat jakožto samostatný právní obor. Zvyšovala se tím i úroveň právní jistoty investorů a standard jejich ochrany. Bylo tomu tak tím spíše, že rozhodčí soudy nezřídka při svém výkladu DPOI jejich ochrannou funkci zohledňovaly a dále ji umocňovaly.

Níže uvedené pojednání si neklade za cíl detailně popsat vývoj režimu DPOI prostřednictvím judikatury rozhodčích soudů. To by zdaleka přesahovalo potřeby této práce, která je primárně věnována jinému tématu. Smyslem níže uvedeného je na konkrétních příkladech ukázat, jakým způsobem rozhodčí soudy s normativními texty DPOI pracovaly.

II.3.1 Od spravedlivého a rovnoprávného zacházení k principu transparentnosti a předvídatelnosti

Předmětem soudního dotváření práva se stal například princip spravedlivého a rovnoprávného zacházení. Ve věci *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*⁹¹

⁹⁰ Jistou obdobou, byť podstatně méně rozvinutou, na poli mezinárodního práva ochrany investic je možnost konkretizace jednotlivých ustanovení DPOI prostřednictvím společných deklarací smluvních států.

⁹¹ Rozhodčí nález ze dne 30. srpna 2000, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>

na základě něj rozhodčí soud dovedl požadavek transparentnosti, předvídatelnosti a právní jistoty vůči investorům. Byla formulována povinnost hostitelského státu zajistit transparentní a předvídatelný rámec pro zahraniční investice. Za neslučitelný s touto povinností pak byl označen postup obce, do níž byla investice směřována a která investorovi odmítla vydat stavební povolení, ačkoli federální vláda již v tomto smyslu poskytla investorovi své záruky.

Ve věci *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*⁹² byl tento přístup dále rozšířen. Bylo konstatováno, že s ohledem na princip spravedlivého a rovnoprávného zacházení mohl investor legitimně očekávat, že pravidla vztahující se na jím prováděnou investici budou dána a že chování státu ve vztahu k takto vytvořenému rámci zůstane „koherentní“ a „stabilní“.

Na druhou stranu ovšem nemůže být uplatňování zásady předvídatelnosti bezbřehé, protože by v extrémním případě zahrnovalo povinnost státu zmrazit svůj právní řád. Hostitelským státům nemůže být odpírána možnost pružně reagovat na hospodářské, sociální a politické změny, a to i prostřednictvím odpovídajících kroků v oblasti legislativy. Tento zájem hostitelských států byl zohledněn ve věci *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*⁹³. Rozhodčí soud se v odůvodnění svého rozhodnutí vyjádřil v tomto smyslu:

„Vlády při výkonu své regulační pravomoci často mění své zákony a nařízení v reakci na ekonomické poměry nebo změny v politických, ekonomických či sociálních prioritách [...] tyto změny mohou způsobit, že se jisté aktivity stanou méně výnosnými nebo dokonce

92 Rozhodčí nález ze dne 29. května 2003, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

93 Rozhodčí nález ze dne 1. listopadu 1999, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0057.pdf>

nerentabilními [...]. Takovéto změny nelze souhrnně označit za porušení mezinárodního práva.“⁹⁴.

Podobné stanovisko rozhodčí soud zaujal též ve věci *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*⁹⁵.

Protipólem výše uvedeného zmrazení právního řádu hostitelského státu v důsledku jeho závazků z DPOI by bylo vynětí veškerých změn právního režimu dotčené investice z působnosti DPOI. Ani takovýto přístup zjevně nemůže obstát. Ve výše citovaném rozhodnutí ve věci *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*⁹⁶ bylo shledáno, že vyhlášením přírodního parku v místě investice, v jehož důsledku bylo investorovi zabráněno v jejím plnohodnotném využívání, došlo k porušení principu rovného a spravedlivého zacházení. Stalo se tak navzdory skutečnosti, že článek 1114 NAFTA, podle níž bylo ve věci rozhodováno, hostitelskému státu umožňuje, aby zajistil provádění investiční aktivity způsobem citlivým k životnímu prostředí. Dosavadní záruky federální vlády totiž dle rozhodčího soudu jasně ukazovaly, že hostitelský stát byl přesvědčen, že projekt je v souladu s požadavky ochrany životního prostředí.

II.3.2 Ochrana před vyvlastněním

Další zásadou elaborovanou judikaturou byla ochrana proti vyvlastnění. Ta byla postupně rozšiřována nejenom na případy přímého vyvlastnění na základě správního nebo obdobného rozhodnutí, o jejichž povaze z hlediska DPOI nebylo pochyb. Od 80. let

94 HAVRÁNEK, Ondřej a Daniel WEINHOLD. NĚKTERÉ OTÁZKY DOHOD O OCHRANĚ A VZÁJEMNÉ PODPOŘE INVESTIC. *EPRAVO.CZ* [online]. 2005 [cit. 2016-01-17]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/nektere-otazky-dohod-o-ochrane-a-vzajemne-podpore-investic-36031.html>

95 Rozhodčí náleze ze dne 16. prosince 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>

96 Odstavec 96 a násl. rozhodnutí dle poznámky pod čarou č. 91.

minulého století se v judikatuře rozhodčích senátů etabloval koncept tzv. nepřímého vyvlastnění. Novátorským se v tomto smyslu stal přístup Tribunálu pro řešení nároků mezi Íránem a USA (Iran–United States Claims Tribunal, IUSCT) ve svém rozhodnutí ve věci *Starrett Housing v. Iran*⁹⁷. Ten rozhodl, že z hlediska vzniku povinnosti poskytnout náhradu za vyvlastnění není rozhodující předmět, ale účinek opatření. Opatření s účinky rovnajícími se přímému vyvlastnění bylo třeba posuzovat obdobně. Jen tak bylo možné předejít tomu, aby se hostitelský stát vyhýbal plnění svých povinností vůči investorům s vyvlastněním souvisejících. K tomu mohlo snadno docházet uplatňováním různých regulačních zásahů a opatření se srovnatelnými účinky, aniž by investorovi formálně odnímal vlastnická práva k investici, tj. nepřímým vyvlastňováním. K nepřímému vyvlastnění může docházet například prostřednictvím konfiskačního zdanění, odmítnutí přístupu k infrastruktuře či nezbytným surovinám nebo zavedením nepřiměřených regulatorních režimů⁹⁸, bezdůvodným odmítnutím obnovit licenci po jejím vypršení⁹⁹, či zákazem reexportu výrobního zařízení, opatřením závažným způsobem rušícím řízení a kontrolu podniku nebo odejmutím licence opravňující

97 Viz SCHONARD, Pascal. *La Protection internationale des investissements étrangers: Quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil?* [online]. In: . Paris, 2005, s. 93 [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: <http://www.ena.fr/content/download/2832/45760/version/1/file/Schonard.pdf>

98 Viz rozhodčí nález ve věci *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* ze dne 16. prosince 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Dostupné v anglickém jazyce z:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>

99 Viz rozhodčí nález ve věci *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* ze dne 29. května 2003, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Dostupné v anglickém jazyce z:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

k podnikání. V obecné rovině pak platí, že vyvlastněno může být nejen vlastnické právo ale i práva smluvní.

II.4 Spory z DPOI - institucionální a procesní aspekty

Spory z DPOI lze rozlišovat podle subjektů do dvou základních skupin. Jednak se jedná o případné spory mezi stranami DPOI, tj. účastnickými státy, druhou skupinu pak tvoří spory mezi investory a hostitelskými státy.

DPOI pravidelně počítají s řešením obou druhů sporů prostřednictvím mezinárodní arbitráže. Obsahují proto rozhodčí doložku pro každý druh zvlášť. Za příklad si můžeme vzít Dohodu mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 6. května 2009 (DPOI ČR-Kanada). Ta obsahuje pro řešení sporů mezi smluvními stranami ve svém článku XII rozhodčí doložku následujícího znění:

„1. Jakákoli spor mezi smluvními stranami týkající se výkladu nebo provádění této dohody bude, bude-li to možné, vyřešen přátelsky konzultacemi.

2. Pokud spor nemůže být vyřešen konzultacemi, bude na žádost jedné ze smluvních stran předložen rozhodčímu soudu k rozhodnutí.

3. Rozhodčí soud bude ustaven pro každý spor. Do dvou měsíců od obdržení žádosti o rozhodčí řízení diplomatickou cestou, každá smluvní strana jmenuje jednoho člena rozhodčího soudu. Tito dva členové poté vyberou občana třetího státu, který po schválení

oběma smluvními stranami bude jmenován předsedou rozhodčího soudu. Předseda bude jmenován do dvou měsíců ode dne jmenování ostatních dvou členů rozhodčího soudu.

4. Pokud nezbytná jmenování nebyla provedena ve lhůtách uvedených v odstavci 3 tohoto článku, kterákoli ze smluvních stran může, pokud není dohodnuto jinak, požádat předsedu Mezinárodního soudního dvora, aby provedl nezbytná jmenování. Je-li předseda občanem některé smluvní strany nebo mu jiné okolnosti brání ve výkonu takové funkce, bude požádán o provedení nezbytných jmenování místopředseda. Pokud by byl místopředseda občanem některé smluvní strany nebo by mu ve výkonu takové funkce bránila jiná okolnost, bude vyzván k provedení nezbytných jmenování služebně nejstarší člen Mezinárodního soudního dvora, který není občanem žádné ze smluvních stran.

5. Rozhodčí soud určí vlastní jednací pravidla. Rozhodčí soud přijímá svá rozhodnutí většinou hlasů. Takové rozhodnutí je závazné pro obě smluvní strany. Pokud není dohodnuto jinak, rozhodnutí rozhodčího soudu bude vydáno do šesti měsíců od jmenování předsedy podle odstavce 3 nebo 4 tohoto článku.“.

Jedná se o klasický příklad rozhodčí doložky pro řešení sporů mezi smluvními stranami. Toto spočívá, po předchozím pokusu o nalezení smírného řešení prostřednictvím konzultací, v *ad hoc* arbitráži. Je však třeba poznamenat, že ke sporům mezi smluvními stranami DPOI obvykle nedochází a autorovy této práce není znám jediný případ, jenž by vyústil v mezinárodní arbitráž.

Mnohem častější, a Česká republika je toho bohužel příkladem, jsou spory mezi zahraničními investory a hostitelskými státy. I tyto mají být standardně v případě nemožnosti přátelského urovnání řešeny cestou mezinárodní arbitráže. Ta pro zahraniční investory představuje záruku depolitizace řízení a dodržování rovnosti stran. Z hlediska investorů je totiž jen stěží přijatelné, aby v investičních sporech rozhodovaly soudy hostitelského státu, které by jinak byly příslušné. To platí zejména v zemích, kde není

v dostatečné míře zajištěno reálné fungování právního státu a jeho institucí. Z těchto důvodů též DPOI obvykle neobsahují ani požadavek předchozího marného vyčerpání vnitrostátních prostředků nápravy. Zahraniční investor se tak po marném pokusu o smírné urovnání věci může bez dalšího uchýlit k investiční arbitráži.

Vzhledem k tomu, že jsou spory mezi investory a hostitelskými státy podstatně častější než mezi smluvními stranami DPOI, nabízí praxe mezinárodního práva ochrany investic v případě prvně zmíněných poněkud širší a propracovanější paletu možností. To odráží i rozhodčí doložka obsažená v článku X výše zmiňované DPOI ČR-Kanada:

„2. Pokud spor nebyl přátelsky vyřešen do šesti měsíců ode dne zahájení sporu, může jej investor předložit rozhodčímu řízení.

3. V takovém případě bude spor řešen buď v souladu s:

- (a) Rozhodčími pravidly Komise Organizace spojených národů pro mezinárodní právo obchodní (UNCITRAL), přijatých rezolucí 31/98 Valného shromáždění Organizace spojených národů dne 15. prosince 1976;*
- (b) pravidly Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, podepsané ve Washingtonu ze dne 18. března 1965 (dále jen „Úmluva ICSID“), jestliže je tato úmluva pro obě smluvní strany závazná; nebo*
- (c) Pravidly upravujícími dodatečnou možnost řízení u Sekretariátu Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (dále jen „Dodatková pravidla ICSID“),*

za předpokladu, že buď smluvní strana, která je stranou sporu, nebo smluvní strana investora, ale nikoli obě, je stranou Úmluvy ICSID.“.

Na mezinárodním poli se tak jako jeden z klíčových nástrojů pro řešení investičních sporů etablovala Úmluva ICSID a jí zřízené Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic. Pravomoc ICSID je upravena v článku 25 odst. 1 Úmluvy ICSID:

„Soudní pravomoc Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu, o němž strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku. Pokud strany vyslovily souhlas, nemůže žádná z nich jednostranně svůj souhlas odvolat.“.

Z tohoto ustanovení tedy vyplývá, že směrodatný z hlediska možnosti využití ICSID je až souhlas mezi investorem a hostitelským státem o tomto. Shodná vůle stran DPOI, jejímž vyjádřením je i její rozhodčí doložka upravující možnost investorů předložit věc ICSID, tak formálně vzato nepostačuje. Nutno ovšem říci, že toto je do značné míry relativizováno skutečností, že DPOI standardně obsahují prohlášení smluvních států o souhlasu s řešením investičních sporů cestou investiční arbitráže (tedy i před ICSID) při dodržení postupů DPOI stanovených. Výše zmiňovaná DPOI ČR-Kanada tak například činí v článku X odst. 7. Hostitelské státy tak podmíněně vyjadřují svůj generální souhlas s investičními arbitrážemi. V případě investorů pak stačí, aby jej vyjádřili samotným podáním žaloby.

Režim Úmluvy ICSID je výjimečný především institucionálním zázemím, jež ICSID pro řešení investičních sporů nabízí. Generální tajemník ICSID, jemuž v tomto asistuje Sekretariát, činí potřebné úkony pro ustavování rozhodčích soudů a řádný průběh řízení. Ještě podstatnější deviza režimu Úmluvy ICSID spočívá v míře, v níž vylučuje z hlediska investorů nepatřičný vliv ze strany právních řádů, soudů nebo jiných orgánů států. Jedná

se totiž o soběstačný (*self-contained*) procesní systém. Jak *lex arbitri* (právní úprava řízení) se tak uplatní pouze Úmluva ICSID, další předpisy na základě ní přijaté a mezinárodní právo jako takové. Vyloučeno je naopak uplatnění relevantní (procesní) úpravy státu sídla arbitráže (*lex loci arbitri*), jež se jinak běžně uplatňuje, nelze-li se opřít o soběstačný procesní systém. Soběstačnost režimu Úmluvy ICSID se dále projevuje zejména při přezkumu a výkonu rozhodčích nálezů. Přezkum rozhodčích nálezů je upraven v článku 52 Úmluvy ICSID. Ten ve svém odstavci 1 taxativně vyjmenovává možné důvody pro zrušení rozhodčího nálezu. Tyto jsou následující:

- rozhodčí soud nebyl řádně ustaven,
- rozhodčí soud zjevně překročil své pravomoci,
- došlo ke korupci některého ze členů rozhodčího soudu,
- došlo k vážnému odklonu od základního pravidla postupu,
- rozhodčí nálezu neuvádí důvody, na nichž je založen.

Jedná se vesměs o závažné vady samotného nálezu nebo řízení jeho vydání předcházejícího. Možnost přezkumu je tak značně omezena, neboť ten nelze mimo rámec Úmluvy ICSID provádět (čl. 53 odst. 1 Úmluvy ICSID). Žádost o zrušení rozhodčího nálezu může podat každá ze stran řízení, jež jeho vydání předcházelo. O žádosti pak rozhoduje tříčlenný *ad hoc* výbor.

Úmluva ICSID dále pamatuje i na výkon rozhodčích nálezů na základě ní vydaných. Ten je upraven v jejím článku 54, jenž v odstavci 1 stanoví:

„Každý smluvní stát uzná rozhodčí nálezu vydaný podle této Úmluvy jako závazný a bude na svém území vymáhat plnění peněžních závazků uložených v rozhodčím nálezu, jakoby to bylo konečné rozhodnutí soudu v tomto státě. Smluvní stát s federálním uspořádáním může vymáhat takovéto rozhodnutí u svých federálních soudů nebo jejich prostřednictvím

a může stanovit, že tyto soudy budou nakládat s rozhodčím nálezem, jako by se jednalo o konečné rozhodnutí soudů vlastního státu.“

Výkon nálezů se pak dále řídí právními předpisy účinnými ve státě, na jehož území je výkon prováděn (čl. 54 odst. 3 Úmluvy ICSID). Toto však nelze chápat tak, že by Úmluva ICSID otvírala prostor pro přezkum rozhodčích nálezů na základě ní vydaných dle procesních předpisů pro výkon rozhodnutí soudu daného státu. I nadále platí to, co bylo uvedeno výše, tj. že jejich přezkumu nelze mimo rámec Úmluvy ICSID provádět. Zásadně se tedy počítá s automatickým výkonem.

Úmluva ICSID je progresivní, i pokud jde o zajištění transparentnosti investičních arbitráží. V soukromých rozhodčích řízeních se v hojné míře uplatňuje zásada důvěrnosti, na základě níž jsou tato neveřejná a rozhodčí nálezy bývají zveřejňovány pouze se souhlasem všech účastníků řízení. Vzhledem k povaze věcí v nich projednávaných toto lze považovat za adekvátní. Jedná se totiž o soukromých právech jednotlivců, na nichž není veřejný zájem a často bývají projednávány i citlivé informace, jež jsou předmětem obchodního tajemství. Povaha investičních arbitráží je však v tomto diametrálně odlišná, neboť ty často mívají citelný dopad na veřejné finance. Zájem veřejnosti na tom, aby se mohla seznámit s důvody případného odsouzení hostitelského státu je tedy nasnadě. Úmluva ICSID sice přímo nederoguje zásadu důvěrnosti. Zveřejňování rozhodčích nálezů na základě ní vydaných je tak nadále možné pouze se souhlasem účastníků řízení. I bez tohoto souhlasu však ICSID zveřejňuje výňatky z právního odůvodnění rozhodčího soudu (pravidlo 48 odst. 4 Jednacího řádu pro rozhodčí řízení (Rozhodčích pravidel ICSID) v platném znění). Pravidelně též informuje o průběhu jednotlivých řízení.

Pravidlo 37 Rozhodčích pravidel ICSID v platném znění rovněž upravuje institut *amicus curiae* jinak typický pro anglo-americkou právní kulturu. Prostřednictvím něj může rozhodčímu soudu podat své vyjádření ke skutkovým i právním otázkám subjekt, který není stranou sporu a jinak v řízení nevystupuje. Je přítom na rozhodčím soudu, zda toto

připustí, či nikoli. Právě institutu *amicus curiae* v řadě případů využila Evropská komise, aby prezentovala svá stanoviska týkající se práva EU a jeho vztahu k režimu DPOI.

Od roku 1978 navíc při ICSID působí tzv. Dodatečná služba (*Additional Facility*), která je určena pro vedení sporů, jež nelze vést podle samotné Úmluvy ICSID. Spory mezi státem a příslušníkem jiného státu mohou být takto řešeny, pokud (i) se jedná o investiční spory mezi stranami, z nichž jedna není členským státem ICSID nebo příslušníkem takového státu, nebo (ii) o spory, které nevzešly přímo z investice mezi stranami, z nichž alespoň jedna je členským státem ICSID nebo příslušníkem takového státu (čl. 2 Pravidel Dodatečné služby ICSID). Vzhledem k tomu, že tyto spory nespadají do působnosti Úmluvy ICSID, neuplatní se na tato řízení ani její výše popsaný soběstačný procesní rámec. Řízení proto budou zasazena jako *ad hoc* arbitráže do právního rámce procesních pravidel státu, v němž budou probíhat (čl. 3 Pravidel Dodatečné služby ICSID).

Vedle výše popsaných možností řešení sporů mezi investory a hostitelskými státy v rámci institucionálního zázemí ICSID též DPOI obvykle počítají s možností vedení těchto řízení jakožto *ad hoc* arbitráží, které se většinou řídí Rozhodčími pravidly UNCITRAL. Některé DPOI pak počítají i s možností využití institucionálního zázemí předních rozhodčích institucí jako je Mezinárodní rozhodčí soud ICC nebo Rozhodčí institut Stockholmské obchodní komory, které se pak řídí jejich pravidly. V žádném z výše uvedených případů se však nejedná o soběstačný procesní systém. Všechny tyto arbitráže budou proto probíhat v mezích právního rámce státu sídla rozhodčího soudu, a budou tak mít obdobný režim jako běžné soukromé rozhodčí řízení. Nálezy takto vydané budou moci být přezkoumávány soudy tohoto státu za podmínek předpokládaných jeho vnitrostátním právem.

Pro výkon rozhodčích nálezů v jiných státech nebude samozřejmě možné využít výše popsaného režimu Úmluvy ICSID. Ve většině případů se tak uplatní Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (Newyorská úmluva) z 10. června 1958. Ta však

umožňuje, aby dotčený stát odepřel uznání a výkon rozhodčího nálezu za podmínek stanovených v jejím článku V:

„1. Uznání a výkon nálezu mohou být odepřeny na žádost strany, proti níž je nález uplatňován, pouze tehdy, když tato strana prokáže příslušnému orgánu země, v níž je žádáno o uznání a výkon:

a) že strany dohody zmíněné v čl. II byly podle zákona, který se na ně vztahuje, nezpůsobilé k jednání nebo že zmíněná dohoda není platná podle práva, jemuž strany tuto dohodu podrobily, nebo, v nedostatku odkazu v tomto směru, podle práva země, kde nález byl vydán; nebo

b) že strana, proti níž je nález uplatňován, nebyla řádně vyrozuměna o ustanovení rozhodce nebo o rozhodčím řízení nebo nemohla z jakýchkoliv jiných důvodů uplatnit své požadavky; nebo

c) že nález se týká sporu, pro který nebyla uzavřena rozhodčí smlouva nebo který není v mezích rozhodčí doložky, nebo že nález obsahuje rozhodnutí přesahující dosah úmluvy o rozhodci nebo rozhodčí doložky; mohou-li však být části rozhodčího nálezu ve věcech podrobených rozhodčímu řízení odděleny od části nálezu jednajících o věcech, které mu

nejsou podrobeny, ta část nálezu, která obsahuje rozhodnutí o věcech podrobených rozhodčímu řízení, může být uznána a vykonána; nebo

d) že složení rozhodčího soudu nebo rozhodčí řízení nebylo v souladu s ujednáním stran, nebo nebylo-li takového ujednání, že nebylo v souladu se zákony země, kde se rozhodčí řízení konalo; nebo

e) že nález se dosud nestal pro strany závazným nebo byl zrušen nebo že jeho výkon byl odložen příslušným orgánem země, v níž nebo podle jejíhož právního řádu byl vydán.

2. Uznání a výkon rozhodčího nálezu mohou být také odepřeny, jestliže příslušný orgán země, kde se žádá o uznání a výkon, zjistí:

a) že předmět sporu nemůže být předmětem rozhodčího řízení podle práva této země; nebo

b) že uznání nebo výkon nálezu by byl v rozporu s veřejným pořádkem této země.“.

Odstavec 1 výše uvedeného ustanovení vyjmenovává důvody odepření spočívající ve vadách a nedostacích vyplývajících z dosavadního průběhu sporu. Toto je přitom hodnoceno z hlediska právního režimu na tyto otázky se vztahujícího, nikoli z hlediska právního řádu dožádaného státu. V tomto směru tedy nemají soudy dožádaného státu příliš velký prostor pro uvážení a strany sporu mohou v zásadě předvídat, jak o případných námitkách těchto vad rozhodnou. Jiná je však situace v případě čl. V odstavec 2 Newyorské úmluvy. Toto ustanovení umožňuje dožádanému státu konfrontovat rozhodčí nález s vlastním právem (čl. V odst 2 písm. a) Newyorské úmluvy) a dále též posuzovat jeho uznání a výkon z hlediska základních zásad společenského a státního zřízení (veřejný pořádek, čl. V odst 2 písm. b) Newyorské úmluvy). Prostor, který

tato ustanovení otevírají pro ingerenci vnitrostátního práva dožádaného státu a jeho soudů, je zřejmý.

I Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) již přijala svá Pravidla transparentnosti v rozhodčích řízeních mezi investory a státy vedených na základě mezinárodních smluv (*UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, dále jen „Pravidla transparentnosti“). Tato vstoupila v platnost dne 1. dubna 2014. Na DPOI uzavřené před tímto datem se proto uplatní pouze, pokud si to strany takovéto DPOI dohodnou¹⁰⁰. V úvahu rovněž přichází možnost, aby si toto dohodly s účinky pro konkrétní řízení strany sporu. V případě DPOI uzavřených v době platnosti Pravidel transparentnosti se tato uplatní vždy, když dané rozhodčí řízení bude probíhat podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL, ledaže daná DPOI stanoví jinak. Pravidla transparentnosti mohou být uplatňována též v arbitrážích, jež probíhají podle jiných rozhodčích pravidel, nebo se dokonce jedná o rozhodčí řízení *ad hoc*. V takovýchto

¹⁰⁰ Pro tyto účely byla v roce 2014 přijata Úmluva OSN o transparentnosti v rozhodčích řízeních mezi investory a státy vedených na základě mezinárodních smluv (Mauricijská úmluva o transparentnosti). Jí se smluvní státy zavazují uplatňovat Pravidla transparentnosti i v případě řízení na základě DPOI mezi nimi sjednaných před 1. dubnem 2014. Doposud však nevstoupila v platnost.

případech to však samozřejmě bude možné pouze na základě ustanovení dotčené DPOI nebo dohody stran sporu.

Pravidla transparentnosti upravují jednak právo veřejnosti na přístup k dokumentům projednávaným v rámci řízení a dále veřejnost jednání rozhodčích soudů. V tomto dále stanoví výjimky z důvodu ochrany utajovaných informací a obchodního tajemství.

Pravidla transparentnosti rovněž upravují institut *amicus curiae*, o němž již bylo pojednáno výše v souvislosti s podobnou úpravou Rozhodčích pravidel ICSID.

III. Evropské právo a ochrana investic

III.1 Vývoj evropského práva

Jak bylo popsáno výše, je rozvoj mezinárodního investičního práva projevem obdobných trendů jako fenomén evropské integrace. I její počátky tak sahají do období po 2. světové válce s tím, že potřebné podhoubí bylo připravováno ještě v dobách dřívějších.

Myšlenka politického sjednocení evropského kontinentu nebyla ve 20. století nijak nová. Pravidelně v tomto kontextu bývá zmiňován již odkaz Karla Velikého a jeho korunovace za císaře říše římské, francouzský právník Pierre Dubois a jeho návrh z počátku 14. století vytvořit mezinárodní koncil pro řešení sporů na kontinentě, návrh Jiřího z Poděbrad na vytvoření mírové unie křesťanských států nebo díla evropských humanistů¹⁰¹. Moderní podobu těmto myšlenkám dalo osvícenství a jeho univerzalizmus. Idea politického

101 Blíže viz např. <https://www.euroskop.cz/8974/sekce/projekty-sjednocene-evropy/> [cit. 2016-07-27].

sjednocení starého kontinentu se pak prolínala jednotlivými politickými ideologickými proudy, jako byl liberalismus či socialismus.

19. století a první polovina století dvacátého však sjednocení Evropy příliš nepřály, protože se v tomto období ve zvýšené míře politicky prosazoval nacionalismus a jeho koncept suverénního národního státu. Není sice namístě nacionalismus vnímat v tomto ohledu pouze negativně. Byly to právě aspirace národů starého kontinentu, které rozložily staré struktury multietnických mocností. Ty jakožto představitelky starých pořádků v žádném případě nemohly přispět k budování nové sjednocené Evropy. Naopak si ji mezi sebe aktivně dělily. Zejména první polovina 20. století však Evropě jasně ukázala úskalí přílišného akcentu na národní otázky. Nacionalismus bezpochyby sehrál podstatnou roli při rozněcování první světové války a v případě té druhé byl ve své extrémní podobě přímo oficiální ideologií agresorů¹⁰².

Nadnárodní koncepce evropské integrace se tak stala přirozenou odpovědí evropských národů na prožitá traumata obou válečných konfliktů. Zpustošené západoevropské státy též prostřednictvím ní hledaly své nové místo v rodícím se bipolárním světě. Reagovaly tak též na zdvihající se železnou oponu a nebezpečí sovětské agrese či komunistických revolucí.

III.1.1 Evropské společenství uhlí a oceli

V poválečném období platilo uhlí a ocel stále za klíčové komodity, jak z hlediska ekonomického, tak i z hlediska vojenského. Francie se již ve 20. letech 20. století

102 Blíže viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA. *EU law: text, cases, and materials*. Sixth edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. ISBN 978-0-19-871492-7, s. 2-3.

pokusila kontrolou produkce uhlí a oceli v okupovaném Porýní pacifikovat Německo. V tomto však zjevně selhala, a bylo tak zřejmé, že tentokrát bude třeba volit jiný přístup.

Na základě Schumanovy deklarace z 9. května 1950¹⁰³ Francie, SRN, Itálie, Belgie, Nizozemsko a Lucembursko založily Evropského společenství uhlí a oceli (ESUO). Smlouva o založení organizace byla podepsána v Paříži dne 18. dubna 1951, a to na 50 let. V platnost vstoupila dne 23. července 1952. Francie byla k podepsání tzv. Pařížské smlouvy motivována především vidinou kontroly německé produkce a tím i zamezení nekontrolovanému znovuvybrojení SRN. SRN a Itálie zase jako poražené státy 2. světové války viděly v evropské integraci příležitost pro svou politickou rehabilitaci na mezinárodní scéně. Státy Beneluxu si slibovaly rozvoj mezinárodního obchodu a vyšší hospodářský růst. Takto bylo vytvořeno nejenom ESUO jakožto první z integračních uskupení, jež později daly vzniknout Evropské unii, ale i tvrdé integrační jádro, které víceméně přetrvalo dodnes.

Pařížská smlouva zavedla společný trh s uhlím a ocelí, odstranila cla a množství omezení, která bránila volnému pohybu těchto produktů, a odstranila diskriminační opatření a státní podpory, kterými by členské státy zvýhodňovaly svou domácí produkci. Řízení výroby těchto komodit probíhalo pod kontrolou Vysokého úřadu, kterému původně předsedal přesvědčený federalista Jean Monnet.

III.1.2 Neúspěch evropského obranného společenství a Evropského politického společenství

Projekt evropské integrace byl od počátku experimentem svého druhu. Není proto divu, že se proto setkával nejenom s úspěchy, ale i s odporem a z toho pramenícími neúspěchy. Tento odpor nepřicházel jenom ze strany států stojících mimo výše zmíněné tvrdé jádro,

103 Blíže viz http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_cs.htm (poslední náhled 8. 4. 2016)

zejména pak Spojeného království, které se odmítlo podřídit nadnárodním institucím, byť mu myšlenka společného trhu nebyla cizí. Projekt nejednou narazil i v zakládajících členských státech. Je namístě v tomto ohledu zmínit Evropské politické společenství (EPS) a Evropské obranné společenství (EOS).

Poté, co bylo úspěšně založeno ESUO, které mělo zajistit mír a stabilitu v Evropě především prostředky ekonomickými, obrátila se pozornost přímo na problematiku vojenskou. Francie se bránila znovuvybrojení SRN a její integraci do struktur NATO, na což naopak apelovaly Spojené státy americké kvůli vzrůstajícímu nebezpečí sovětské agrese. Jako alternativní řešení navrhla Francie v tzv. Plevenově plánu vznik EOS a společné evropské armády, jíž by se účastnila i SRN. Existence evropské armády ovšem předpokládala i společnou zahraniční politiku. Proto byl projekt EOS doplněn o Evropské politické společenství.

Projekt EPS představoval rázný krok ke vzniku evropské federace. Předpokládal zřízení dvoukomorového parlamentu s rozsáhlými legislativními pravomocemi, kde by jedna komora byla volena přímo a druhé sestávala ze členů jmenovaných národními parlamenty. Měla vzniknout též tzv. Výkonná rada, evropská vláda odpovědná parlamentu. Projektu se dostalo kladného přijetí na půdě Shromáždění ESUO¹⁰⁴. Odpor však vzbuzoval u představitelů jednotlivých členských států, a to zejména kvůli silnému postavení evropské legislativy. Jeho osud pak zpečetilo odmítnutí francouzského Národního shromáždění v roce 1954 dát souhlas k ratifikaci Smlouvy o EOS. Politická a vojenská větev evropské integrace tak v 50. letech minulého století selhala.

III.1.3 Evropské hospodářské společenství a Evropské společenství

104 Viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 4.

pro atomovou energii

III.1.3.1 Vznik a základní koncepce

V roce 1955 byla k tomu uspořádána v italské Messině konference ministrů šesti členských států ESUO. Společným jmenovatelem se stalo budování společného trhu, a vývoj se tak dále ubíral směrem k hlubší a širší spolupráci ekonomické, byť politické motivy nadále zůstávaly v pozadí. Následně byla zveřejněna zpráva Spaakova výboru, jež obsahovala i plán projektů Evropského společenství pro atomovou energii (Euratom) a Evropského hospodářského společenství (EHS). Roku 1957 pak byly podepsány tzv. Římské smlouvy tato společenství zakládající, tentokrát na dobu neurčitou. Členská základna zůstala stejná jako v případě ESUO. Smyslem EHS bylo vytvoření společného trhu. Euratom měl sloužit jako platforma pro evropskou spolupráci při mírovém využívání atomové energie, jež tehdy byla vnímána jako klíčové odvětví pro hospodářství evropských států v blízké budoucnosti.

Budování společného trhu mělo proběhnout postupně v průběhu přechodného období. Spočívalo v odstranění překážek obchodu, jako byla cla zvyšující cenu dovozu nebo kvóty omezující množství dováženého zboží nebo služeb. Měl být též zaveden společný celní tarif. Pro řádné fungování společného trhu byla klíčová realizace tzv. čtyř základních svobod, tj. volného pohybu zboží, volného pohybu služeb, volného pohybu pracovníků a volného pohybu kapitálu. Římské úmluvy dále obsahovaly ustanovení chránící společný trh proti protisoutěžnímu jednání soukromých subjektů a nedovoleným zásahům ze strany členských států. Byly též koncipovány tak, aby napomohly sblížení z hlediska fungování společného trhu relevantních politik členských států. Takto byly

zavedeny tři společné politiky, nadnárodní v tom smyslu, že EHS obdrželo výlučnou pravomoc v těchto třech oblastech (doprava, zemědělství, obchodní politika).

Společenství od počátku sdílela Parlamentní shromáždění a Soudní dvůr jako společné instituce. Naopak Rada ministrů, jakožto orgán reprezentující členské státy, ani Komise, jakožto exekutivní orgán, zpočátku sdíleny nebyly. Až na základě tzv. Slučovací smlouvy z roku 1965 byly tyto instituce spojeny a sdíleny všemi třemi Společenstvími. Evropská komise byla koncipována jako exekutivní orgán zodpovědný za naplňování cílů zakládajících smluv a za dohled nad dodržováním práva EU. Náležela jí též legislativní iniciativa. O jejích návrzích pak příslušelo rozhodovat Radě složené z příslušných ministrů jednotlivých členských států. Architekti Římských smluv se poučili z neúspěchu projektu EPS a nepřipustili silný „parlament“ jakožto evropský legislativní orgán. Parlamentnímu shromáždění byla přisouzena pouze konzultativní role, a to pouze v případech, kdy to primární právo výslovně předpokládalo.

Společenství jako mezinárodní organizace byla vytvořena mezinárodními smlouvami uzavřenými mezi jednotlivými členskými státy. Od většiny jiných mezinárodních organizací se však odlišovala zejména tím, že se jednalo o integrační uskupení organizované na základě principu supranacionality, jemuž ustoupil jinak pro mezinárodní právo typický princip svrchované rovnosti a z něj plynoucí mezivládní princip fungování. Dosavadní mezinárodní organizace mezivládního charakteru zásadně nemohly členským státům vnucovat svou vůli. Byly tedy spíše platformou pro realizaci společných zájmů členských států na dobrovolné bázi. Nadnárodní povaha Společenství ale znamenala, že tato nebyla koncipována jako pouhý souhrn členských států. Společenství měla vlastní zájmy a vůli projevovanou svými orgány s autonomním postavením. Tato vůle mohla být vytvářena nezávisle na členských státech (Komise, Soudní dvůr) či na principu většiny (Rada), tedy i proti vůli členských států, které byly takto přijatými rozhodnutími přesto

vázány. Tento v dané době revoluční přístup se dále projevoval zejména v těchto aspektech:

1) Komunitární právo tvořilo samostatný a svébytným systémem práva, jehož normy mohly být přímo použitelné na právní poměry jednotlivců. Dostala-li se přímo použitelná norma komunitárního práva do aplikační kolize s normou vnitrostátní, měla před ní aplikační přednost.

2) Realizace soudní ochrany příslušela Soudnímu dvoru. Vnitrostátní soudy aplikovaly komunitární právo jako své vlastní právo.

3) Společenství postupně získala své vlastní zdroje příjmů¹⁰⁵.

Profesor Hahn k povaze Společenství a komunitárního práva, resp. později EU a jejího práva, uvádí: „[B]yla svými členy obdařena schopností vytvářet (sekundární) právo, které může nejenom zavazovat smluvní strany, ale dokonce proniká závojem jejich vlastních právních řádů“¹⁰⁶. Členské státy byly nicméně prostřednictvím svých zástupců v Radě přímo zapojeny do procesu tvorby sekundárního práva. Nelze tak hovořit o tom, že by jim v důsledku jejich členství ve Společenstvích bylo vnucováno „cizí“ právo, na jehož tvorbě se nepodílely.

III.1.3.2 Od Římských smluv k Jednotnému evropskému aktu

Zakládající smlouvy daly Společenstvím právní rámec, který bez zásadních změn přetrval téměř třicet let. Přesto však nelze mít za to, že by se ve vývoji evropské integrace jednalo o hluché období. Daný právní rámec v 60. a 70. letech prošel řadou zatěžkávacích

105 Viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 7.

106 Viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 672, přeloženo autorem z anglického originálu.

zkoušek, které prakticky prověřily jeho funkčnost. Několikrát též přispěly k jeho úpravám de facto, které nebyly nutně provázeny formální úpravou příslušných ustanovení zakládajících smluv.

III.1.3.3 Ústupky mezivládnímu pojetí

Docházelo mimo jiné ke střetům organizačních pojetí fungování Společenství. Zejména francouzský prezident Charles de Gaulle vedený národními zájmy svého státu se zasazoval o příklon k mezivládní koncepci fungování Společenství. Francie se tím dostávala do střetů nejenom s Komisí, ale i s ostatními členskými státy, což v konečném důsledku vedlo k uplatňování politiky prázdné židle z její strany v období od června 1965 do ledna 1966. Politická krize vyvolaná nedostatkem součinnosti klíčového členského státu byla překonána až tzv. Lucemburským kompromisem, který byť politické povahy měl přímé důsledky z hlediska primárního práva. Jeho smyslem bylo vyloučení pravidel většinového hlasování v Radě. Platilo podle něj, že *„jedná-li se o životně důležité zájmy jedné nebo více zemí, snaží se členové Rady dojít k řešení, které bude moci být přijato všemi při dodržování jejich společných zájmů“*¹⁰⁷. Šlo tedy o jednoznačný ústup od principu supranacionality, který neodpovídal primárnímu právu.

V 70. letech byla rovněž na základě tzv. Davignonovy zprávy zavedena praxe čtvrtletního setkávání ministrů zahraničních věcí členských států za účelem koordinace zahraničních politik, tzv. Evropská politická spolupráce. Ta sice usnadnila koordinované prosazování zájmů Společenství na mezinárodním poli, zejména pak v mezinárodních organizacích, ve kterých byly zastoupeny členské státy. Jednalo se ovšem zároveň o další de facto posílení mezivládního principu fungování Společenství. Roku 1974 byla též zřízena Evropská rada jakožto platforma pro pravidelné setkávání hlav členských států a předsedy

107 Viz <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=URISERV%3Axy0025> [cit. 2016-07-27].

Komise. Toto bezpochyby umožnilo lépe artikulovat další směřování projektu. I zde se však jednalo o další posílení mezivládního principu na úkor supranacionality.

Členské státy si našly i způsob jak ovlivňovat prováděcí sekundární legislativu z dílny Komise způsobem zakládajícími smlouvami původně nepředvídaným. Dosáhly toho prostřednictvím praxe tzv. komitologie. Přijímání prováděcích podzákonných norem je pravidelně v systému normotvorby členských států delegováno na exekutivu. Evropská exekutiva, tj. Komise, k tomuto využívá expertních výborů, v nichž jsou zastoupeni odborníci z jednotlivých členských států, povětšinou státní zaměstnanci. Prostřednictvím nich je již ve fázi přípravy prováděcí legislativy hledán konsenzus mezi Evropskou komisí a členskými státy. Tyto výbory také mohou předložit věc Radě, považují-li to za nezbytné. Jedná se tedy ve své podstatě nejenom o mechanismus, prostřednictvím něž může Komise při přípravě prováděcí legislativy komunikovat s členskými státy, ale zároveň i o nástroj kontroly Komise ze strany členských států.

III.1.3.4 Kroky k posílení nadnárodní povahy

Na druhou stranu se ale objevovaly i tendence směřující naopak k posílení nadnárodní povahy Společenství. Roku 1976 byly zavedeny přímé volby do Parlamentního shromáždění, které se již v té době nazývalo Evropský parlament, byť tato změna názvu ještě nebyla posvěcena patřičnými změnami primárního práva. Již v roce 1969 navíc byly posíleny pravomoci Evropského parlamentu v rozpočtových otázkách a bylo dosaženo dohody ohledně vlastních finančních zdrojů Společenství. Tím došlo k výraznému posílení postavení Společenství po finanční stránce. Prointegrační iniciativa dále přicházela ze strany Evropského soudního dvora. Ten tak činil pomocí širokého teleologického výkladu komunitárního práva. Soudní dvůr takto elaboroval mimo jiné

zásady přímého účinku¹⁰⁸ a přednosti¹⁰⁹ komunitárního práva, a učinil tak jeho fungování podstatně efektivnějším.

III.1.3.5 Severní rozšíření

Projekt Společenství byl v tomto období také jednoznačně úspěšnější, než poněkud méně ambiciózní a méně novátorský konkurenční projekt Evropského společenství volného obchodu (ESVO) soustředěný kolem Spojeného království. Společenství měla oproti ESVO v tomto období výhodu větší ekonomické síly a vyššího růstu HDP. I z hlediska geografického bylo jejich postavení nesporně lepší. Území členských států Společenství bylo nejenom větší, ale takto vytvořený celek byl rovněž podstatně souvislejší a lépe soustředěný. Celní unie EHS završená roku 1968 tak byla ve svém fungování podstatně efektivnější než volná integrace, kterou nabízelo ESVO. Toto si brzy uvědomil samotný vůdčí stát ESVO, Spojené království. Svou první žádost o členství proto předložil již v roce 1961. Tu ale následně vetoval francouzský prezident de Gaulle a situace se opakovala v roce 1967 při druhé britské žádosti, v obou případech navzdory kladnému stanovisku ostatních členských států. Podmínky se změnily až na samém konci 60. let, kdy se k moci ve Francii dostal Georges Pompidou. Společenství se tak poprvé otevřela novým členským státům. Jimi měly být Spojené království, Dánsko, Irsko a Norsko (tzv. severní rozšíření). V Norsku bylo ovšem toto odmítnuto v referendu, a tato země tedy nakonec členství nezískala.

III.1.3.6 Jižní rozšíření

Po rozšíření severním následovalo v první polovině 80. let též rozšíření jižní, tentokrát o země znatelně ekonomicky slabší. První vstoupilo Řecko roku 1981, a stalo se tak

108 Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. února 1963 van Gend en Loos, 26/62, Recueil, s. I-1.

109 Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1964 Costa v. ENEL, 6/64, Recueil, s. 593.

nejchudším členským státem. Roku 1985 pak následovalo Španělsko a Portugalsko. Nutno podotknout, že ani tentokrát se to neobešlo bez počátečního odporu ze strany Francie, která se obávala konkurence těchto států v oblasti zemědělství. Za účelem usnadnění integrace těchto zemí byly zřízeny tzv. Integrované programy pro Středomoří, z nichž mohly kromě nově příchozích čerpat i stávající středomořské členské státy, tj. Francie a Itálie.

III.1.3.7 Evropský měnový systém

Řádné fungování společného trhu potenciálně ohrožovaly fluktuace kurzů měn jednotlivých členských států. Proto se po oživení spolupráce na evropské úrovni na konci 60. let pozornost logicky upřela i na tuto problematiku. Takto byl v roce 1970 představen Wernerův plán měnové spolupráce. Ten předpokládal dosažení tzv. hospodářské a měnové unie, jejíž atributy definoval jako neodvolatelně konvertibilní měny, volný pohyb kapitálu a pevně stanovené směnné kurzy, případně jednotná měna. Tohoto mělo být dosaženo ve třech fázích do roku 1980. Zhatila jej však hned v úvodu krize bretton-woodského měnového systému z roku 1971 a na ni navazující měnový protekcionismus jednotlivých států. Západ sklouzl k uplatňování systém plovoucích kurzů. Aby byl omezen rušivý vliv kolísání měn, byla roku 1971 členskými státy Mezinárodního měnového fondu sjednána Washingtonská dohoda zavádějící tzv. „měnový tunel“. Ten měl spočívat v uplatňování fluktuačního pásma v rozmezí $\pm 4,5\%$ parity dané měny k americkému dolaru. Iniciativa Společenství pak šla v tomto směru ještě dále. Měnový tunel doplnila o „hada v tunelu“. Měny členských států se tak měly pohybovat nejenom ve výše popsaném fluktuačním pásmu vůči dolaru (tunelu). Napříště neměly fluktuovat ani vzájemně ve větším rozmezí než $\pm 2,25\%$ od své vzájemné parity. Nutno podotknout, že i tento systém byl stále velmi nestabilní a podléhal mezinárodním spekulacím. To vedlo k tzv. „rychlé smrti hada“, kdy během dvou let kvůli ropné krizi,

rozdílnosti politik a oslabení dolaru ztratil mnoho ze svých složek a zůstala z něj víceméně jen zóna německé marky zahrnující Německo, Dánsko a země Beneluxu¹¹⁰.

V roce 1977 Roy Jenkins, britský předseda Evropské komise, navrhl ve Florencii vytvoření Evropského měnového systému (EMS), jenž byl spuštěn o dva roky později. EMS byl koncipován jako systém fluktuací měn členských států vůči ECU¹¹¹. Dále počítal s nezávislostí centrálních bank členských států, Evropským fondem pro měnovou spolupráci (EFMS) a konvergencí hospodářských politik členských států. Tento systém se stal předstupněm pro zavedení společné měny euro a předpokladem budování vnitřního trhu.

III.1.3.8 Stagnace projektu a východiska z ní

Vzhledem k výše popsanému vývoji začalo být koncem 70. let minulého století zřejmé, že se dosavadní právní rámec primárního práva přežil a byla nutná jeho reforma. Projekt evropské integrace tehdy vstoupil do období stagnace, kdy zejména Komise čelila značným obtížím při prosazování svých návrhů v Radě. Problém byl popisován od poloviny 70. let v několika zprávách, lze takto zmínit Tidemansovu zprávu z let 1974-5 nebo tzv. zprávu „Tří moudrých mužů“ z roku 1979¹¹². Lék měl přitom spočívat v posílení nadnárodního charakteru projektu. Roku 1985 rozhodla Evropská rada

110 Viz *Cesta k euru: jedna měna pro jednu Evropu*. Lucemburk: Úřad pro úřední publikace Evropských společenství, 2007, s. 3.

111 Evropská měnová jednotka (European Currency Unit, ECU, ₤) byla košová měnová jednotka zemí Evropských společenství sloužící k zúčtování mezinárodních operací.

112 Viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 7.

v Miláně o uspořádání mezivládní konference k otázce reformy primárního práva. Na základě toho byl následně vypracován Jednotný evropský akt.

III.1.3.9 Jednotný evropský akt

Jednotný evropský akt byl podepsán dvanácti členskými státy Evropských společenství roku 1986 a vstoupil v platnost o rok později. Stála za ním do značné míry iniciativa tehdejšího předsedy Evropské komise Jacquesa Delorse, který si přál znovu nastartovat proces evropské integrace po letech euroskepticizmu, které následovaly po ropných šocích ze 70. let. Jednotným evropským aktem byla provedena podstatná revize zakládajících smluv. Jejím smyslem bylo jednak přizpůsobit právní rámec fungování evropských institucí tehdejší realitě a dále též otevřít cestu k dosažení vnitřního trhu, jakožto kvalitativně nové fáze vývoje společného trhu.

III.1.3.9.1 Institucionální změny

Nejpodstatnější institucionální změnou bylo posílení postavení Evropského parlamentu. Ten až doposud plnil především roli konzultativního orgánu, a to navíc pouze v případech výslovně předpokládaných primárním právem. Přijímání sekundární legislativy tak v zásadě předpokládalo interakci pouze dvou institucí, Komise, která návrhy připravovala a celý proces tak zahajovala, a Rady složené ze zástupců členských států, která o jejich přijetí rozhodovala. Jednotný evropský akt ale zavedl legislativní postup spolupráce (kooperace), který Evropskému parlamentu v případech, kdy se uplatňoval, umožňoval podstatně širší zapojení. Evropský parlament totiž mohl zablokovat přijetí legislativního návrhu v případech, kdy pro svůj postoj získal určitou podporu v Radě. Nový legislativní postup byl tedy postaven na interakci nikoli dvou, ale tří hráčů, byť Evropský parlament zůstal nejslabším z nich. Vzpomeneme-li, že právě silné postavení parlamentního orgánu bylo jedním z důvodů neúspěchu EPS/EOP a že právě tato zkušenost určila

fungování komunitární normotvorby na další desetiletí, jednalo se v pravém slova smyslu o změnu paradigmatu.

Jednotný evropský akt také aproboval dosavadní praxi pravidelných zasedání hlav členských států v Evropské radě, jakož i praxi komitologie a poskytl právní rámec Evropské politické spolupráci. Poskytl také právní základ pro vytvoření Soudu prvního stupně (dnešní Tribunál).

III.1.3.9.2 Změny materiální povahy

Pro vybudování vnitřního trhu do konce roku 1992, jak si členské státy předsevzaly, bylo mimo jiné důležité odstranit zbývající netarifní překážky volného pohybu zboží, služeb, osob a kapitálu. Nestačilo přitom pouze existenci takovýchto překážek zakázat (tzv. negativní integrace). Bylo zapotřebí též aktivně na evropské úrovni přijímat legislativu, která by vedla k odstranění nekompatibilit právních regulací na vnitrostátní úrovni (tzv. pozitivní integrace). Rozdílnost právní regulace jednotlivých členských států totiž v praxi bránila plné realizaci čtyř základních svobod panujících na společném trhu. Hrozilo totiž například, že zboží splňující standardy vyžadované v jednom členském státě nebude splňovat standardy jiného členského státu, a nebude jej tak možné v tomto státě legálně obchodovat. Vývozce v takovém případě musel nést dodatečné náklady na přizpůsobení vyváženého zboží standardům přijímajícího členského státu, nebo od vývozu zcela upustit.

Jako řešení tohoto problému byla zvolena metoda harmonizace. Ta spočívala v přijímání legislativy (většinou směrnic) na evropské úrovni. Tato legislativa ovšem neměla plně nahradit regulaci členských států regulací evropskou. Jejím smyslem bylo stanovení základních parametrů, které měla regulace jednotlivých členských států splňovat s tím, že volba konkrétního způsobu dosažení těchto parametrů byla ponechána na členských státech. Takto harmonizovaná vnitrostátní legislativa již musela být uznávána ostatními

členskými státy a tyto nemohly na základě odlišností své platné úpravy bránit realizaci čtyř základních svobod společného trhu.

Do přijetí Jednotného evropského aktu byly výše popsané předpisy sekundárního práva přijímány Radou na základě jednomyslnosti, kterou nebylo vždy jednoduché dosáhnout. Jednotný evropský akt však nově pro tyto případy zavedl výše zmiňovaný postup spolupráce. V Radě tak napříště stačilo dosažení kvalifikované většiny a do procesu byl zapojen i Evropský parlament.

Jednotný evropský akt také rozšířil pravomoc Společenství na oblasti, jako byl hospodářská a měnová unie, ekonomická a sociální soudržnost, sociální politiky, ochrana životního prostředí nebo výzkum a technický rozvoj. Nutno poznamenat, že i toto bylo v některých případech spíše aprobováním již dříve existujícího faktického stavu, jak si jej vynutila praxe fungování společného trhu.

III.1.3.9.3 Shrnutí

Jednotný evropský akt byl bezpochyby novým impulzem pro vývoj projektu evropské integrace. Na jednu stranu přizpůsobil základní právní rámec Evropských společenství realitě fungování evropských institucí. Zároveň otevřel dveře k budování vnitřního trhu a hospodářské a měnové unie, a tím i Evropské unie jako takové.

III.1.4 Evropská unie

Jednotný evropský akt vytyčením cíle vybudování vnitřního trhu nastartoval procesy, které v následujících letech vedly k přijetí celé řady právních a jiných opatření. Ani jejich implementací však projekt evropské integrace nedosáhl v žádném případě své konečné podoby. Přesně v duchu „stále užšího svazku mezi národy Evropy“ naopak takto vyvstala potřeba dalšího rozvoje. Fungování vnitřního trhu si žádalo stabilní řešení měnové

otázky. Bylo proto nezbytné pokročit s budováním hospodářské a měnové unie. Rovněž vyvstala potřeba intenzivnějšího působení Evropských společenství v otázkách souvisejících s volným pohybem zboží, služeb, osob a kapitálu, jako byla problematika životní prostředí, rozvoje transevropských sítí, ochrany zdraví, vzdělávání a odborné přípravy, kultury, ochrany spotřebitele, energetiky a cestovního ruchu. Stále naléhavěji se ukazovala potřeba užší spolupráce i v jiných než primárně hospodářských oblastech. Jejich komunitarizace se však ukázala být velmi citlivou záležitostí, protože jejich nezávislé spravování bylo členskými státy vnímáno jako základ jejich suverenity a státnosti. Jednání o dalších změnách primárního práva se tak stala velmi náročnými a komplikovanými.

III.1.4.1 Maastrichtská smlouva

Výše popsané kontroverze měla řešit Maastrichtská smlouva, jež byla uzavřena členskými státy Evropských společenství roku 1992 a vstoupila v platnost 1. listopadu 1993. Učinila tak založením Evropské unie jakožto nadstavbové struktury Evropských společenství. Ta napříště tvořila její tzv. první (nadmárodní) pilíř. Evropské hospodářské společenství bylo při této příležitosti jakožto jeho nejpodstatnější komponenta přejmenováno na Evropské společenství. Byla tomu tak s ohledem na rozšíření jeho působnosti i do nikoli ryze ekonomických oblastí. Evropská unie ovšem měla spočívat ještě na dalších dvou pilířích, které však nebyly organizovány podle principu supranacionality, ale měly být svou povahou mezivládní. Toto hybridní řešení umožnilo překonat odpor členských států k prohloubení integrace v oblastech, které vnímaly jako obzvláště citlivé z hlediska své suverenity.

Takovouto oblastí byla jednak společná zahraniční a bezpečnostní politika, jež vycházela z dosavadní Evropské politické spolupráce a byla upravena v rámci druhého pilíře EU. Další takovou oblastí byla spravedlnost a vnitřní věci, jež představovala tzv. třetí pilíř EU. V architektuře těchto pilířů dominovaly instituce určené k artikulování společných zájmů a postojů členských států, tj. Evropská rada a Rada ministrů. Naopak v ní neměly

příliš prostoru instituce reprezentující zájmy integrace, tj. Komise, SDEU a Evropský parlament.

III.1.4.1.1 Institucionální změny

Maastrichtská smlouva pokračovala v trendu posilování postavení Evropského parlamentu. Dosavadní postupy pro přijímání evropské sekundární legislativy doplnila o postup spolurozhodování. Při uplatnění tohoto postupu měl Evropský parlament možnost zablokovat přijetí legislativního návrhu, a stával se tak rovnocenným partnerem Rady. Ve vztahu k Evropské komisi bylo jeho postavení posíleno jednak tím, že mohl bránit jmenování nové Komise a získal též právo požadovat po Komisi, aby předložila návrh jím specifikované právní úpravy. Dalším projevem rostoucího významu Evropského parlamentu a zároveň nově zaváděného konceptu občanství EU bylo zřízení úřadu Evropského veřejného ochránce práv voleného Evropským parlamentem.

Vzhledem k nutnosti zabezpečit fungování hospodářské a měnové unie po institucionální stránce obsahovala Maastrichtská smlouva též ustanovení věnovaná Evropské centrální bance a Evropskému systému centrálních bank.

III.1.4.1.2 Změny materiální povahy

Pokud se jedná o změny v materiálním právu, zavedla Maastrichtská smlouva, jak již bylo zmíněno výše, institut občanství EU. Toto nebylo koncipováno jako náhrada

občanství členských států, ale jako jeho jistá nadstavba. Jako základní vymezení jeho obsahu lze poskytnout tento výčet:

- zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti v případech, na něž se Smlouva vztahuje,
- právo svobodně se pohybovat a pobývat na území EU,
- právo volit a být volen ve volbách do Evropského parlamentu a v obecních volbách,
- právo na diplomatickou a konzulární ochranu kterékoli země EU,
- petiční právo k Evropskému parlamentu a právo vznášet stížnosti u Evropského veřejného ochránce práv,
- právo obracet se na instituce EU a obdržet odpověď v jednom z úředních jazyků EU,
- právo na přístup za určitých podmínek k dokumentům Evropského parlamentu, Evropské komise a Rady,
- právo na rovný přístup k veřejné službě EU¹¹³.

Aby byly dále zmírněny obavy členských států z přílišného posílení Evropské unie na jejich úkor byl též jako jedna ze základních zásad fungování EU výslovně zakotven princip subsidiarity¹¹⁴. Ten byl přitom pro Evropské společenství vymezen v článku 3b SES vymezen takto:

„V oblastech, které nespádají do jeho výlučné pravomoci, vyvíjí v souladu se zásadou subsidiarity Společenství činnost pouze tehdy a do té míry, pokud sledovaných cílů

113 Viz blíže http://ec.europa.eu/justice/citizen/index_cs.htm [cit. 2016-07-27].

114 Viz článek B SEU.

nemůže být dosaženo uspokojivě na úrovni členských států, a proto, z důvodu jejich rozsahu či účinků, jich může být lépe dosaženo na úrovni Společenství.“.

EU měla tedy vykonávat pravomoci, jež sdílela s členskými státy, pouze v případech, kdy byla schopna jednat účinněji než tyto členské státy na své úrovni¹¹⁵.

Ke změnám materiálního práva muselo rovněž dojít vzhledem k projektu hospodářské a měnové unie, jež navazovala na vytvoření vnitřního trhu a představovala další kvalitativně vyšší stupeň hospodářské integrace. HMU spočívala na

- koordinaci tvorby hospodářské politiky mezi členskými státy,
- koordinaci fiskálních politik, zejména prostřednictvím omezování veřejného zadlužení a schodku,
- nezávislou měnovou politiku Evropské centrální banky (ECB),
- jednotnou měnu a eurozónu¹¹⁶.

Měla být vytvořena postupně ve třech etapách, přičemž Maastrichtská smlouva k tomuto stanovila harmonogram. Takto byl připraven základní itinerář pro zavedení společné měny euro. Rovněž byla rozšířena působnost ES v oblastech jako kultura, ochrana životního prostředí, ochrana veřejného zdraví, ochrana spotřebitele, transevropské sítě nebo rozvojová spolupráce.

III.1.4.1.3 Společná zahraniční a bezpečnostní politika

Společná zahraniční a bezpečnostní politika zahrnovala všechny oblasti zahraniční a bezpečnostní politiky včetně budoucího vymezení rámce společné obranné politiky, která

115 Viz blíže <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=URISERV%3Aai0017> [cit. 2016-07-27].

116 Viz http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/emu/index_cs.htm [cit. 2016-07-27].

časem měla případně vést ke společné obraně. Maastrichtská smlouva vymezila cíle SZBP, a to

- chránit společné hodnoty, základní zájmy a nezávislost Unie,
- posilovat bezpečnost Unie a jejích členských států ve všech formách,
- zachovávat mír a posilovat mezinárodní bezpečnost v souladu se zásadami Charty OSN, jakož i se zásadami Helsinského závěrečného aktu a cíli Pařížské charty,
- podporovat mezinárodní spolupráci,
- rozvíjet a upevňovat demokracii a právní stát, jakož i dodržování lidských práv a základních svobod¹¹⁷.

Jak už bylo uvedeno výše, byl druhý pilíř EU svou povahou mezivládní a supranacionální přístup se při jeho realizaci příliš neuplatnil. Pro dosahování cílů SZBP měly členské státy povinnost se v rámci Rady navzájem informovat a konzultovat všechny záležitosti zahraniční a bezpečnostní politiky obecného zájmu, aby koordinací své činnosti zajistily co možná nejúčinnější uplatňování svého společného vlivu. Evropská rada vymezovala zásady a obecné směry společné zahraniční a bezpečnostní politiky. Rada pak přijímala rozhodnutí nezbytná pro vymezení a provádění společné zahraniční a bezpečnostní politiky na základě obecných směrů přijatých Evropskou radou. Měla přitom dbát na jednotu, spojitost a účinnost postupu EU. Komise měla být plně zapojena do prací v oblasti společné zahraniční a bezpečnostní politiky. Evropským parlamentem měl být o problematice SZBP informován a měla s ním být konzultována hlavní hlediska a základní možnosti společné zahraniční a bezpečnostní politiky¹¹⁸.

III.1.4.1.4 Spravedlnost a vnitřní věci

Podobně jako SZBP i tzv. třetí pilíř EU původně nazývaný Spravedlnost a vnitřní věci byl při sjednávání Maastrichtské smlouvy vnímán členskými státy jako natolik citlivý

117 Článek J.1 SEU.

118 Článek J.8 SEU.

z hlediska jejich suverenity, že nebyla ochota spravovat je podle zásad SES. Avšak jak ukázal následující vývoj, měnil se postoj členských států v tomto ohledu oproti SZBP poněkud rychleji. Již Amsterodamská smlouva tak mohl komunitarizovat, tj. zařadit do režimu prvního pilíře, azylovou politiku, přistěhovaleckou politiku a politiku vůči státním příslušníkům třetích zemí, jež původně spadaly pod třetí pilíř. V období mezi Amsterodamskou a Lisabonskou smlouvou do třetího pilíře spadala problematika potírání kriminality, soudní, celní a policejní spolupráce včetně budování systému výměny informací v celé EU v rámci Evropského policejního úřadu (Europol). Lisabonská smlouva pak pilířovou strukturu zcela opustila a tato problematika se tak přestala řídit zvláštními pravidly a podléhá standardním nadnárodním rozhodovacím postupům.

III.1.4.1.5 Shrnutí

Maastrichtskou smlouvou evropská integrace s definitivní platností přestala být převážně hospodářský projekt. V jistém smyslu tedy přispěla k naplnění očekávání otců zakladatelů nakloněných myšlenk federalizmu, kteří předpokládali, že sblížení národů Evropy prostřednictvím budování společného trhu dříve nebo později povede k integraci politické a případné federalizaci Evropy. Tento pokrok, který Maastrichtská smlouva evropskému projektu přinesla, musel ovšem být vykoupen celou řadou kompromisů. Jejich cílem bylo snížit obavy z příliš silné Unie ohrožující postavení členských států. To v konečném důsledku znamenalo jistou asymetričnost projektu, propůjčení komunitárních institucí mezivládním pilířům EU a existenci řady výjimek pro jednotlivé členské státy (tzv. proměnlivá geometrie EU)¹¹⁹. Zvolené řešení vyvolalo obavy z další soudržnosti projektu a jeho právního řádu¹²⁰. Flexibilita tohoto řešení se ovšem ukázala jako natolik přitažlivá, že se tento přístup začal pravidelně uplatňovat i v dalším vývoji

119 Příklady tohoto jevu jsou možnost ponechaná Spojenému království a Dánsku rozhodnout se později, zda vstoupí do třetí etapy hospodářské a měnové unie, výjimky Spojeného království ze sociální politiky, výjimky Dánska ohledně nabývání objektů určených k celoročnímu bydlení, výjimky z obranné politiky pro neutrální státy a státy, jež nebyly plnými členy Západoevropské unie.

120 Blíže viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 13.

EU. Začalo se hovořit o modelu integrace *à la carte* (podle jídelníčku) nebo o vícerychlostní Evropě.

III.1.4.2 Pád železné opony a rozšiřování územní působnosti *acquis communautaire*

Pád železné opony a konec bipolárního světa otevřely dveře k dalšímu rozšiřování Evropských společenství, resp. Evropské unie. Znovusjednocením Německa došlo roku 1990 k integraci dosavadní Německé demokratické republiky bez nárůstu počtu členských států. Roku 1994 se režim volného pohybu zboží, služeb, osob a kapitálu panující na vnitřním trhu EU rozšířil prostřednictvím Evropského hospodářského prostoru (EHP) i na tři ze čtyř zemí ESVO, a to konkrétně na Norsko, Island a Lichtenštejnsko. Čtvrtý člen, Švýcarsko, se sice k EHP nakonec nepřipojil vzhledem k odmítavému postoji svých občanů vyjádřenému v referendu. Vyjednal si však v tomto ohledu vlastní režim prostřednictvím bilaterálních dohod. Roku 1995 se EU rozšířila o neutrální evropské státy z dob studené války, tj. Švédsko, Finsko a Rakousko. V průběhu 90. let si též podala přihlášku k členství v EU valná část postkomunistických zemí střední a východní Evropy. Bylo stále více zřejmé, že EU spěla k největšímu rozšíření ve své historii, a to navíc o státy, které si prošly zkušeností komunistické totality a v dané době teprve budovaly vlastní demokratické instituce a tržní ekonomiky.

Nebylo to však pouze územní rozšiřování EU, co generovalo potřebu dalších reforem. Prohlubování integrace po věčné stránce rozvířilo v 90. letech debaty o demokratické legitimitě projektu. Rovněž nově vybudovaný druhý a třetí pilíř EU si žádaly úpravy na základě praktických zkušeností s jejich fungováním. Právě tyto otázky přitom převládly na mezivládní konferenci, jež byla k řešení výše uvedeného svolána. Příprava

institucí EU na nadcházející východní rozšíření proto byla odložena na pozdější dobu, a stala se tak předmětem až pozdější Niceské smlouvy.

III.1.4.3 Amsterodamská smlouva

III.1.4.3.1 Institucionální změny

Amsterodamská smlouva byla podepsána roku 1997 a nabyla účinnosti dne 1. května 1999. Pokud se jedná o reformy institucionálního práva, bylo již výše naznačeno, že původní očekávání byla v tomto ohledu poměrně vysoká vzhledem k potřebě připravit instituce na východní rozšíření a vzhledem nutnosti řešit otázku legitimacy evropského projektu. Otázky demokratické legitimacy EU byly přitom úzce spjaty s rozvíjeným konceptem evropského občanství.

Amsterodamská smlouva v první řadě přinesla zjednodušení legislativního postupu spolurozhodování a výrazně rozšířila jeho pole působnosti. Tím došlo k dalšímu posílení postavení jediné instituce EU volené přímo jejími občany, Evropského parlamentu. Dříve uplatňovaný postup spolupráce, který ve své době rovněž sloužil k posílení postavení Evropského parlamentu, byl naopak vzhledem k tomuto téměř opuštěn a zůstal zachován pouze ve věcech hospodářské a měnové unie. Rovněž byl napříště požadován souhlas Evropského parlamentu se jmenováním předsedy Komise. Rozhodování v Radě na základě jednomyslnosti bylo omezeno jen na velmi citlivá témata, jako byly otázky daňové.

Dále byla výslovně zakotvena zásada otevřenosti a politické transparentnosti, když článek 1 druhý pododstavec A-SEU napříště zněl: „*Tato smlouva představuje novou etapu v procesu vytváření stále užšího svazku mezi národy Evropy, v němž jsou rozhodnutí přijímána co nejotevřeněji a co nejbliže občanovi.*“. Mezi cíle EU dle článku 2 A-SEU nově patřila vysoká úroveň zaměstnanosti a rozvíjení EU jako prostoru svobody, bezpečnosti a práva. Napříště bylo výslovně potvrzeno, že EU „*je založena na zásadách*

svobody, demokracie, právního státu a dodržování lidských práv a základních svobod, zásadách, které jsou společné členským státům“¹²¹. Dodržování těchto zásad pak bylo podmínkou pro členství v EU. V případě závažného a trvajících porušení zásad demokracie, právního státu a lidských práv členským státem mohla Rada rozhodnout o pozastavení některých práv takového státu dle zakládajících smluv¹²².

III.1.4.3.2 Změny materiální povahy

Pokud se jedná o změny materiálního práva, i tentokrát došlo podobně jako při předchozích změnách primárního práva k rozšíření pravomocí a působnosti Společenství. Nově bylo například výslovně stanoveno, že Společenství může přijímat vhodná opatření k boji proti diskriminaci na základě pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženského vyznání nebo světového názoru, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace¹²³. Do SES byla rovněž vložena nová hlava věnovaná problematice zaměstnanosti. Ustanovení týkající se sociální politiky, veřejného zdraví a ochrany spotřebitele byla změněna. Byla též upravena užší spolupráce mezi některými členskými státy, jež měla být přípustná jako poslední možnost v případech, kdy cílů zakládajících smluv nebylo možné dosáhnout použitím příslušných postupů v nich obsažených.

III.1.4.3.3 Společná zahraniční a bezpečnostní politiky

Změny zavedené Amsterodamskou smlouvou ve druhém pilíři EU nebyly nijak revoluční. Generálnímu tajemníkovi Rady byla napříště svěřena funkce vysokého představitele pro společnou zahraniční a bezpečnostní politiku¹²⁴. Společně s předsedy Rady a Komise tak měl dát „jméno a tvář“ evropské zahraniční politice. Rada pak získala

121 Článek 6 odst. 1 A-SEU.

122 Článek 7 odst. 2 A-SEU.

123 Článek 6a A-SES.

124 Článek 18 odst. 3 A-SEU.

pravomoc uzavírat mezinárodní dohody nutné k provádění společné zahraniční a bezpečnostní politiky.

III.1.4.3.4 Policejní a justiční spolupráci v trestních věcech

K podstatnějším změnám došlo ve třetím pilíři. Celá vízová, azylová a přistěhovalecká politika a jiné politiky týkající se volného pohybu osob byly začleněny do hlavy IV A-SES, a došlo tak k jejich komunitarizaci. Schengenské *acquis* upravující prostor, na kterém mohou osoby překračovat hranice smluvních států, aniž by musely projít hraniční kontrolou, bylo na základě Amsterodamské smlouvy začleněno do právního rámce Evropské unie jakožto součást *acquis communautaire*. Zbývající část třetího pilíře byla přejmenována na „Policejní a justiční spolupráci v trestních věcech“. Smyslem třetího pilíře bylo poskytovat občanům EU vysokou úroveň ochrany v prostoru svobody, bezpečnosti a práva rozvíjením společného postupu členských států v oblasti policejní a justiční spolupráce v trestních věcech a předcházením a potíráním rasismu a xenofobie¹²⁵. Těchto cílů mělo být dosahováno prostřednictvím právních nástrojů specifických pro třetí pilíř, jimiž byly společné postoje, rámcová rozhodnutí, rozhodnutí a úmluvy¹²⁶. Pravomoc SDEU rozhodovat ve věcech třetího pilíře byl dána, nicméně jeho postavení bylo slabší, než tomu bylo v případě prvního pilíře EU¹²⁷.

III.1.4.3.5 Shrnutí

Budeme-li Amsterodamskou smlouvu hodnotit z hlediska očekávání, která se s její přípravou původně pojila, jedná se spíše o zklamání. Dílčí kroky k posílení legitimacy EU a jejích institucí, které Amsterodamská smlouva přinesla, rozhodně nemohly být dostačující. To jednoznačně potvrdil následující vývoj, kdy byly otázky legitimacy

125 Článek 29 A-SEU.

126 Článek 34 odst. 2 A-SEU.

127 Článek 35 A-SEU.

opakovaně vznášeny. Na přípravu evropských institucí na nadcházející východní rozšíření pak Amsterodamská smlouva prakticky úplně rezignovala.

Amsterodamská smlouva ale přesto k dalšímu vývoji evropské integrace jistě přispěla. Jednak nastolila trend postupné eroze Maastrichtskou smlouvou zavedené pilířové struktury EU, a to především pokud se jedná o třetí pilíř. Dále též rozvíjela koncept užší spolupráce mezi některými členskými státy. Ten byl do té doby přijímán spíše rezervovaně a byla zdůrazňována jeho rizika spočívající ve ztrátě jednoty. Amsterodamská smlouva tak přispěla k legitimizaci tohoto trendu.

III.1.4.4 Niceská smlouva

Niceská smlouva byla podepsána dne 26. února 2001 a vstoupila v platnost dne 1. února 2003. Důvodem jejího vzniku v relativně brzkém sledu za Amsterodamskou smlouvou byla skutečnost, že posledně zmíněná nepřipravila institucionální rámec EU na nadcházející východní rozšíření. Ten byl původně koncipován pro šest zakládajících členských států. Členská základna EU se postupným rozšiřováním rozrostla na patnáct členských států a nyní měla pojmout dalších více než deset členských států. Bylo tak zapotřebí především nově upravit rozdělení hlasů a způsob počítání kvalifikované většiny v Radě, aby se předešlo paralýze této instituce. Rovněž bylo nutné stanovit počet křesel v Evropském parlamentu připadajících na jednotlivé členské státy. V neposlední řadě se též mělo jednat o budoucím složení Komise. Ve všech případech se jednalo o citlivá témata, která měla bezprostřední dopad na rovnováhu vlivu velkých, středních a malých členských států na chod evropských institucí.

III.1.4.4.1 Institucionální změny

Pokud se jedná o distribuci hlasů v Radě, požadovalo Německo, aby se nárůst jeho populace po znovusjednocení odrazil ve vyšším počtu hlasů v Radě. Tyto snahy ovšem narazily na rezolutní odpor Francie, která se dovolávala symbolického významu

zachování parity mezi ní a Německem. Evropská komise navrhla nahradit stávající systém váženého hlasování systémem dvojí většiny, jenž by k přijetí rozhodnutí vyžadoval naplnění požadavku většiny členských států s tím, že tyto státy by dále musely představovat většinu obyvatel EU. Tento návrh byl rovněž odmítnut Francií z obdobných důvodů. Nalezené kompromisní řešení spočívalo v potřebě dosáhnout dvojí většiny, tj. většiny členských států a stanovené většiny odevzdaných hlasů, s tím, že kterýkoli členský stát mohl požádat, aby bylo potvrzeno, že hlasy odevzdané pro návrh představovaly alespoň 62 % celkového počtu obyvatel EU.

Niceská smlouva dále upravovala zvýšení počtu křesel v Evropském parlamentu po rozšíření, a to až na 732. Jednalo se tedy o navýšení oproti limitu předpokládanému Amsterodamskou smlouvou.

Aby se nesnížila akceschopnost Evropské komise, bylo zapotřebí předejít dalšímu zvyšování počtu komisařů, ke kterému by jinak došlo bez dalšího nárůstem počtu členských států. Niceská smlouva v tomto ohledu vzhledem k citlivosti otázky nepřinesla konečné řešení, byť se na základě ní Německo, Francie, Spojené království, Itálie a Španělsko vzdaly svého druhého komisaře. Otevřela nicméně dveře ke snižování počtu komisařů prostřednictvím jednomyslně přijatého rozhodnutí Rady. Rada přitom měla určit počet komisařů a pravidla systému rotace mezi jednotlivými členskými státy tak, aby Komise odrážela demografické a geografické rozložení členských států.

Niceská smlouva rovněž zasáhla do architektury evropského soudnictví. Umožnila, aby byly k Soudu prvního stupně (dnešní Tribunál) připojovány specializované soudní komory. Ty měly vykonávat soudní pravomoc v některých zvláštních oblastech, jako byly spory v oblasti veřejné služby EU nebo otázky duševního vlastnictví. Rovněž přinesla nová pravidla pro užší spolupráci mezi některými členskými státy. Za svého druhu přípravu na přijetí nových členských států bylo možné považovat i doplnění sankčního mechanismu pozastavení některých práv členského státu zavedeného Amsterodamskou smlouvou o mechanismus preventivní. Rada tak mohla napříště

rozhodovat již o existenci zřejmého nebezpečí, že některý členský stát závažně poruší zásady demokracie, právního státu a lidských práv, a podat tomuto členskému státu vhodná doporučení¹²⁸.

III.1.4.4.2 Listina základních práv EU

Nelze však zapomínat, že i samotná Evropská unie musela řešit problém nedostatku demokratické legitimacy. Evropská rada proto rozhodla v roce 1999 o vypracování katalogu základních práv EU. Tento úkol byl svěřen tzv. Konventu složenému z představitelů Evropského parlamentu, parlamentů členských států a zástupců vlád členských států. Konvent připravil návrh textu Listiny základních práv EU (LZP). Ten byl vzápětí aprobován Evropským parlamentem, který se vyslovil ve prospěch jeho začlenění do smluvního rámce EU. To ostatně odpovídalo celkové koncepci dokumentu. Ten však byl přesto nakonec pouze připojen k Niceské smlouvě jakožto nezávazná politická deklaráce.

III.1.4.4.3 Shrnutí

Niceská smlouva nebyla připravována s vizí rozsáhlých koncepčních změn, jež by posunuly projekt evropské integrace kvalitativně dále. Jejím primárním úkolem bylo Evropskou unii připravit na nadcházející rozšíření. V tomto směru Niceská smlouva splnila zadání. Bylo ale zároveň zřejmé, že řada pro další vývoj klíčových otázek zůstala nedotčena. O tom ostatně vypovídá Prohlášení 23 o budoucnosti Unie připojené k Niceské smlouvě, jež volalo po „hlubší a širší debatě o budoucnosti Evropské unie“. Prohlášení konkrétně zmiňovalo tyto problémové okruhy: vymezení pravomocí mezi EU a členskými státy, status Listiny základních práv, zjednodušení zakládajících smluv a roli

128 Článek 7 odst. 1 N-SEU.

národních parlamentů¹²⁹. Ani Niceská smlouva tedy nemohla být poslední ze série smluv reformujících primární právo EU.

III.1.4.5 Východní rozšíření

Východní rozšíření představovalo co do počtu nově příchozích členských států největší rozšíření v dějinách evropské integrace. Celkem do něj bylo zahrnuto 12 států, převážně náležejících k bývalému východnímu bloku, které se ekonomicky nemohly dosavadním 15 členských státům rovnat. Navíc se vesměs jednalo o státy s poměrně krátkou zkušeností s budováním demokratického právního státu. Přípravy na jejich přijetí tedy musely být jak na straně EU, tak i na straně samotných kandidátských zemí podstatně důkladnější, než tomu bylo při předchozích rozšířeních.

Klíčovou roli v tomto ohledu sehrála tzv. Kodaňská kritéria, která byla stanovena Evropskou radou v červnu 1993. Je možné je rozdělit na

- politická kritéria: institucionální stabilita, která zaručuje demokracii, právní stát, lidská práva a respektování a ochranu menšin
- ekonomická kritéria: existence funkčního tržního hospodářství, stejně jako schopnost odolat konkurenčnímu tlaku a tržním silám v rámci EU
- kritéria přijetí *acquis communautaire*: schopnost převzít závazky spojené s členstvím, včetně dodržování cílů politické, hospodářské a měnové unie¹³⁰.

Naplnění těchto kritérií vyžadovalo po všech kandidátských zemích rozsáhlé reformy fungování státu a ekonomiky. Obzvláště náročným se ukázalo pro Bulharsko a Rumunsko. Přistoupení těchto zemí proto bylo odloženo, a východní rozšíření tak

129 Viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 17.

130 Viz http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/index_en.htm [cit. 21-04-2016].

proběhlo ve dvou fázích. První fáze čítající Českou republiku, Estonsko, Kypr, Litvu, Lotyšsko, Maďarsko, Maltu, Polsko, Slovensko a Slovinsko proběhla 1. května 2004. Druhá fáze pak proběhla k 1. lednu 2007.

III.1.4.6 Smlouva o Ústavě pro Evropu

Práce na Smlouvě o Ústavě pro Evropu započaly na základě Laekenského prohlášení Evropské rady o budoucnosti Evropské unie ze dne 15. prosince 2001. V něm se Evropská rada přiklonila ke komplexnějšímu pojetí reformy, než pro jakou poskytovalo podklad Prohlášení 23 o budoucnosti Unie připojené k Niceské smlouvě. Aby posílila legitimitu takto rozsáhlého podniku, upřednostnila též pro přípravu dokumentu otevřený a reprezentativní model Konventu, jak byl již uplatněn při přípravě Listiny základních práv Evropské unie. Na základě toho byl ustanoven Konvent o budoucnosti Evropy, v jehož čele stanul bývalý francouzský prezident Valéry Giscard d'Estaing. Konvent se dále skládal ze dvou členů parlamentu (obecně jedním za vládnoucí stranu a jeden z řad opozice) každého členského státu a kandidátských zemí, 16 poslanců Evropského parlamentu, 2 zástupců Evropské komise a jednoho zástupce jednotlivých vlád. Jeho zasedání přitom byla veřejná.

Konvent využil síly svého mandátu a začal pracovat na Smlouvě o Ústavě pro Evropu, byť samotné Laekenské prohlášení pojem ústavy prakticky nezmiňovalo¹³¹. Její návrh představil roku 2003. Na následné mezivládní konferenci se ovšem jednání zadrhla zejména, pokud šlo o úpravu rozhodování kvalifikovanou většinou v Radě. Konečné znění Smlouvy o Ústavě pro Evropu tak bylo dohodnuto a podepsáno až v roce 2004.

Největší komplikace však měla mít Smlouva o Ústavě pro Evropu teprve před sebou. Osm členských států se totiž rozhodlo uspořádat k otázce její ratifikace referendum. Tím do hry vstoupil těžko předvídatelný hlas lidu, a to se nakonec ukázalo být fatální.

131 Viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 18.

Po odmítavých referendech ve Francii a Nizozemsku se proces ratifikace dostal do krize. Nastalo „období reflexe“, během nějž byla ustavena „skupina moudrých“¹³² složená z evropských politiků - bývalých premiérů, ministrů a členů Evropské komise. Ti navrhli uspořádat novou mezivládní konferenci, která by připravila novou reformní smlouvu. Ta by sice obsahově vycházela ze Smlouvy o Ústavě pro Evropu, ale na rozdíl od ní by stávající smlouvy nenahrazovala, ale pouze měnila a doplňovala. Rovněž se vyvarovala zavádění terminologie evokující znaky státnosti, včetně samotného termínu „ústava“. Tento návrh byl aprobován Evropskou radou v červnu 2007¹³³. Otevřela se tak cesta k přijetí Lisabonské smlouvy.

III.1.4.7 Lisabonská smlouva

Lisabonská smlouva, původně nazývaná „Reformní smlouva“, byla vypracována ve druhé polovině roku 2007 a vstoupila v platnost 1. prosince 2009. Při její přípravě se již nevedly žádné obsáhlé diskuze o jejím obsahu, neboť v tomto směru vycházela z projektu Smlouvy o Ústavě pro Evropu, a závěry Konventu o budoucnosti Evropy tak byly nadále relevantní¹³⁴. Evropská unie již v té době čítala 27 členských států, protože

132 MAHONY, Honor. Select group of politicians to tackle EU constitution. In: *EUobserver* [online]. Brusel, 2006 [cit. 2016-04-21]. Dostupné z: <https://euobserver.com/institutional/22527>

133 *Presidency Conclusions of the Brussels European Council (21/22 June 2007)* [online]. In: . Brusel, 2006 [cit. 2016-04-21]. Dostupné z:

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf

134 Toto nemohlo být ovšem otevřeně přiznáváno, protože zde bylo riziko vzniku odporu proti ožívování již jednou odmítnutých ustanovení Smlouvy o Ústavě pro Evropu.

k 1. lednu 2007 byla přístupem Rumunska a Bulharska uzavřena druhá fáze východního rozšíření.

III.1.4.7.1 Základní koncepce

Na rozdíl od Smlouvy o Ústavě pro Evropu Lisabonská smlouva nenahrazovala dosavadní Smlouvy, ale pouze je obsáhle reformovala. Článek 1 Lisabonské smlouvy mění Smlouvu o Evropské unii (Maastrichtská smlouva) a článek 2 Lisabonské smlouvy mění Smlouvu o založení Evropského společenství (původně Římská smlouva z roku 1957), která při té příležitosti byla přejmenována na „Smlouvu o fungování Evropské unie“. Výraz „Společenství“ Lisabonská smlouva nahradila výrazem „Unie“. Článek 1 odst. 2 věta první SFEU zní: „*Tato smlouva a Smlouva o Evropské unii představují smlouvy, na nichž je Unie založena.*“¹³⁵. Evropská unie tak nahradila Evropské společenství a je jeho nástupkyní¹³⁶. Tím též byla opuštěna dosavadní pilířová struktura EU, byť nadále existují zvláštní pravidla pro SZBP. SFEU i L-SEU mají stejnou právní sílu¹³⁷. Stejnou právní sílu má dle článku 6 odst. 1 L-SEU též Listina základních práv Evropské unie, která se tak na základě Lisabonské smlouvy stala právně závaznou.

III.1.4.7.2 Přehled změn

a) Silnější a soudržnější EU

Při analýze změn zavedených Lisabonskou smlouvou lze učinit závěr, že tyto sledují tři základní cíle. První z nich se dá charakterizovat jako „*silnější a soudržnější EU*“. K tomu by měly přispět nově Lisabonskou smlouvou vytvořené funkce. Tou je v první řadě funkce předsedy Evropské rady, který je volen členskými státy na dva a půl roku s možností jednoho znovuzvolení. Předseda Evropské rady vede její jednání, zajišťuje přípravu a kontinuitu jednání, napomáhá k dosažení soudržnosti a konsensu uvnitř ní a po každém jejím zasedání předkládá zprávu Evropskému parlamentu. Rovněž zajišťuje vnější

135 Obdobně článek 1 L-SEU.

136 Článek 1 L-SEU.

137 Článek 1 L-SEU.

zastupování EU. V záležitostech společné zahraniční a bezpečnostní politiky tak činí společně s vysokým představitelem EU pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku, na mezinárodních summitech obvykle společně s předsedou Evropské komise¹³⁸. Evropská rada samotná získala na základě Lisabonské smlouvy s definitivní platností status instituce EU.

Další novou funkcí vytvořenou Lisabonskou smlouvou k zefektivnění fungování evropské diplomacie je funkce vysokého představitele Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku. Ta byla původně Smlouvou o Ústavě pro Evropu nazývána „ministr zahraničních věcí Unie“, ale toto označení bylo vypuštěno zejména kvůli námitkám ze strany Spojeného království. Funkce vysokého představitele Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku spojila do jedné dosavadní funkce evropského komisaře pro vnější vztahy, vysokého představitele pro SZBP a funkce, které v oblasti zahraniční politiky zastávaly členské státy v rámci svých předsednictví v Radě. Vysoký představitel Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku předsedá Radě pro zahraniční věci a zároveň je místopředsedou Evropské komise. Vysoký představitel Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku má k dispozici Evropskou službu pro vnější činnost, jež představuje diplomatický sbor EU.

Lisabonská smlouva rovněž podnikla kroky k rozvoji společné obranné politiky EU. Dle článku 2 odst. 4 SFEU má „Unie [...] v souladu s ustanoveními Smlouvy o Evropské unii pravomoc vymezovat a provádět společnou zahraniční a bezpečnostní politiku včetně postupného vymezení společné obranné politiky.“. Takto by měla být realizována doložka vzájemné pomoci obsažená v článku 42 odst. 7 L-SEU:

„Pokud se členský stát stane na svém území cílem ozbrojeného napadení, poskytnou mu ostatní členské státy pomoc a podporu všemi prostředky, které jsou v jejich moci,

¹³⁸ Bližší viz <http://www.consilium.europa.eu/cs/european-council/president/role/> [cit. 23-04-2016].

v souladu s článkem 51 Charty Organizace spojených národů. Tím není dotčena zvláštní povaha bezpečnostní a obranné politiky některých členských států.“

Členské státy se také mohou zapojit do tzv. „stále strukturované spolupráce“, jež by měla být platformou pro užší spolupráci některých členských států ve vojenských otázkách.

b) Efektivnější rozhodování

Další z cílů změn zavedených Lisabonskou smlouvou by se dal označit jako „*efektivnější rozhodování*“. Jeho naplnění spočívalo ve zjednodušení rozhodovacích procedur Evropské unie a z toho plynoucího posílení její akceschopnosti. Z tohoto důvodu Lisabonská smlouva v řadě oblastí nahradila jednomyslné rozhodování v Radě rozhodováním na základě kvalifikované většiny¹³⁹. To je tak v současné době standardním hlasovacím postupem v téměř všech oblastech vyjma citlivé problematiky daňové a SZBP. S účinností od 1. listopadu 2014 se navíc uplatňuje nová definice kvalifikované většiny. Podle ní se uplatňuje tzv. „pravidlo dvojí většiny“, kdy je zapotřebí, aby pro návrh hlasovalo alespoň 55 % členských států, které představují alespoň 65 % občanů EU. Pokud však Rada ministrů rozhoduje o návrhu, který nebyl předložen Komisí nebo vysokým představitelem Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku, vyžaduje se většina 72 % členských států a požadavek obyvatelstva zůstává stejný. Blokační menšinu musí tvořit nejméně 4 členské státy, které představují více než 35 % obyvatelstva EU. Síla jednotlivých členských států v Radě se tak již neodvíjí od sjednaného počtu hlasů na něj připadajících, ale od počtu jeho obyvatel. Až do 31. března 2017 se však v tomto ohledu uplatňuje přechodné období, jež členským státům

¹³⁹ Mezi oblasti, kde je nově rozhodováno a základě kvalifikované většiny, patří doprava, zdravotnictví, duševní vlastnictví, sociální zabezpečení pro pracovní imigranty, změna struktury Eurojustu a Europolu, energetika, naléhavá finanční pomoc třetím zemím, sport, občanské a trestní právo, policejní a soudní spolupráce a volba předsedy Evropské rady.

umožňuje formálně požádat o užití dosavadního pravidla zavedeného Niceskou smlouvou (viz výše).

Lisabonská smlouva původně počítala se zeštíhlením Evropské komise. Aby si tento výkonný orgán EU zachoval svou akceschopnost i s narůstajícím počtem členských států, počítalo se se snížením počtu komisařů pod počet členských států. Jeden komisař by tak připadal na dvě třetiny členských států, mezi nimiž by se uplatňoval systém rotace. Od těchto kroků bylo nicméně upuštěno v rámci vstřícných kroků vůči Irsku po prvním neúspěšném referendu o Lisabonské smlouvě v tomto členském státě. Druhé irské referendum pak již bylo úspěšné.

c) Zvýšení transparentnosti a demokratické odpovědnosti

Dalším cílem změn zavedených Lisabonskou smlouvou bylo *zvýšení transparentnosti a demokratické odpovědnosti*. V rámci těchto snah došlo k rozšíření uplatňování legislativního postupu spolurozhodování, který se tak stal standardním způsobem přijímání sekundární legislativy. Lisabonská smlouva jej proto přejmenovala na „řádný legislativní postup“. Dále byla v článku 11 odst. 4 L-SEU upravena lidová iniciativa. Nejméně jeden milion občanů EU pocházejících z podstatného počtu členských států se tak může ujmout iniciativy a vyzvat Evropskou komisi, aby v rámci svých pravomocí předložila vhodný návrh k otázkám, k nimž je podle mínění těchto občanů nezbytné přijetí právního aktu EU pro účely provedení Smluv. Za účelem zvýšení transparentnosti legislativních postupů EU bylo též článkem 16 odst. 8 L-SEU stanoveno, že Rada zasedá veřejně, pokud projednává návrh legislativního aktu a hlasuje o něm. V zájmu zvýšení demokratické legitimacy fungování EU též Lisabonská smlouva upravila postavení

národních parlamentů. Ty mohou při kontrole legislativních návrhů vystupovat v zájmu dodržování principu subsidiarity¹⁴⁰.

d) Rozdělení pravomocí mezi EU a členské státy

Rozdělení pravomocí mezi EU a členské státy vždy probíhalo na základě principu svěřených pravomocí. Článek 5 odst. 2 L-SEU jej nyní upravuje takto:

„Podle zásady svěřených pravomocí jedná Unie pouze v mezích pravomocí svěřených jí ve Smlouvách členskými státy pro dosažení cílů stanovených ve Smlouvách. Pravomoci, které nejsou Smlouvami Unii svěřeny, náležejí členským státům.“

Obecně tedy platí, že EU má pouze ty pravomoci, které jsou jí členskými státy svěřeny. Konkrétní vymezení jednotlivých pravomocí na základě této zásady bylo ovšem tradičně zdrojem rozepří nejenom *de lege ferenda*, ale bohužel i *de lege lata*, což je z hlediska právní jistoty podstatně problematictější. Součástí reformních snah, jež vyvrcholily přijetím Lisabonské smlouvy, proto bylo i jednoznačnější vymezení pravomocí.

Lisabonská smlouvy rozlišuje tři základní kategorie pravomocí EU:

- výlučné (pouze EU může vytvářet a přijímat právně závazné akty a členské státy tak mohou činit pouze tehdy, jsou-li k tomu EU zmocněny nebo provádějí-li akty EU¹⁴¹),
- sdílené (v této oblasti mohou vytvářet a přijímat právně závazné akty EU i členské státy; členské státy vykonávají svou pravomoc v rozsahu, v jakém ji EU

¹⁴⁰ Blíže viz Lisabonská smlouva - Změny v rozhodování po institucionální reformě. *EurActiv.cz* [online]. EU-Media, s.r.o., 2013 [cit. 2016-04-22]. ISSN 1803-2486. Dostupné z:

<http://www.euractiv.cz/evropske-institute/link-dossier/lisabonska-smlouva-zmeny-v-rozhodovani-po-institucionalni-reforme-000056>.

¹⁴¹ Článek 2 odst. 1 SFEU.

nevykonala; členské státy opět vykonávají svou pravomoc v rozsahu, v jakém se EU rozhodla svou pravomoc přestat vykonávat¹⁴²) a

- podpůrné, koordinační a doplňkové (EU má pravomoc provádět činnosti, jimiž podporuje, koordinuje nebo doplňuje činnosti členských států, aniž by přitom v těchto oblastech nahrazovala jejich pravomoc¹⁴³).

EU má dle článku 3 odst. 1 SFEU *výlučnou pravomoc* v oblastech:

- celní unie,
- stanovení pravidel hospodářské soutěže nezbytných pro fungování vnitřního trhu,
- měnová politika pro členské státy, jejichž měnou je euro,
- zachování biologických mořských zdrojů v rámci společné rybářské politiky,
- společná obchodní politika.

Ve výlučné pravomoci EU je rovněž uzavírání mezinárodních smluv, pokud je jejich uzavření stanoveno legislativním aktem EU nebo je nezbytné k tomu, aby EU mohla vykonávat svou vnitřní pravomoc, nebo pokud její uzavření může ovlivnit společná pravidla či změnit jejich působnost¹⁴⁴.

Sdílené pravomoci jsou sběrnou kategorií, do níž pravomoc svěřená EU spadá, pokud není stanoveno jinak. Výčet svěřených pravomocí podaný článkem 4 odst. 2 SFEU je

142 Článek 2 odst. 2 SFEU.

143 Článek 2 odst. 5 SFEU.

144 Článek 3 odst. 2 SFEU.

proto toliko demonstrativní. Sdílená pravomoc EU a členských států se uplatňuje v těchto hlavních oblastech:

- vnitřní trh,
- sociální politika, pokud jde o hlediska vymezená v SFEU,
- hospodářská, sociální a územní soudržnost,
- zemědělství a rybolov, vyjma zachování biologických mořských zdrojů,
- životní prostředí,
- ochrana spotřebitele,
- doprava,
- transevropské sítě,
- energetika,
- prostor svobody, bezpečnosti a práva,
- společné otázky bezpečnosti v oblasti veřejného zdraví, pokud jde o hlediska vymezená v SFEU.

Specifická pravidla se nicméně uplatňují v rámci této kategorie v oblasti výzkumu, technologického rozvoje a vesmíru a oblasti rozvojové spolupráce a humanitární pomoci, kde výkon pravomoci EU nesmí členským státům bránit ve výkonu jejich pravomoci.

Unie má pravomoc provádět činnosti, jimiž *podporuje, koordinuje nebo doplňuje* činnosti členských států. Oblasti těchto činností na evropské úrovni jsou

- ochrana a zlepšování lidského zdraví,
- průmysl,
- kultura,
- cestovní ruch,
- všeobecné vzdělávání, odborné vzdělávání, mládež a sport,
- civilní ochrana,

- správní spolupráce.

Pro tuto práci je z hlediska vymezení pravomocí EU významné, že problematika přímých zahraničních investic byla Lisabonskou smlouvou výslovně zahrnuta do společné obchodní politiky EU¹⁴⁵. Ta je přitom dle článku 3 odst. 1 písm. e) SFEU oblastí, kde má EU výlučnou pravomoc.

III.1.4.7.3 Shrnutí

Lisabonská smlouva byla koncipována jako dokument, který měl zachránit výsledky práce Konventu o budoucnosti Evropy a politický kapitál vložený do přijetí Smlouvy o Ústavě pro Evropu. Pokud by Lisabonská smlouva následovala její osud, Evropa by byla vržena do politické krize, jejíž vyústění by se dalo jen stěží předvídat. Situace byla navíc dále komplikována celosvětově nepříliš dobrou ekonomickou situací a zvláště pak finančními obtížemi některých členských států. Ty zejména v případě Řecka zašly až na samotnou hranici státního bankrotu. Řada klíčových politických aktérů navíc skutečně věřila, že reformy zavedené Lisabonskou smlouvou byly tím nejlepším, čeho bylo možné v politické realitě Evropy dosáhnout¹⁴⁶. Představa znovuotevření pandoriny skříňky náročných jednání o novém pojetí reformy proto nebyla povětšinou vnímána jako jakkoli lákavá. Úspěšná ratifikace Lisabonské smlouvy proto byla na oficiální úrovni vnímána s jednoznačnou úlevou.

To však neznamená, že by ustaly polemiky provázející již Smlouvu o Ústavě pro Evropu. Pokračovaly a pokračují tak mimo jiné kontroverze, zda bylo namíste pouštět se do tak komplexní reformy primárního práva nebo zda tato reforma nebyla příliš federalistická, či naopak příliš mezivládní. Je třeba s politováním konstatovat, že ve světle posledního vývoje a zejména pak výsledku britského referenda o vystoupení z EU se zdá, že právní rámec, jenž Lisabonská smlouva dala EU, se neosvědčí. Vývoj s největší

145 Článek 207 odst. 1 SFEU.

146 Viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 22.

pravděpodobností spěje k podstatné revizi samotného přístupu k evropské integraci. Tento bude muset být založen na jejím podstatně flexibilnějším pojetí, jež bude počítat s větší mírou volnosti členských států co do rozsahu svého zapojení do projektu. Něco takového si ale bude opět žádat revizi zakládajících smluv.

III.2 Ochrana zahraničních investic na vnitřním trhu

V této kapitole se blíže podíváme, jakou ochranu poskytuje právo EU investorům provádějícím přeshraniční investice v rámci vnitřního trhu. Půjde tedy o ochranu investic v případě, že tyto směřují z jednoho členského státu do druhého. Analýzu tohoto druhu komplikuje skutečnost, že zakládající smlouvy EU sice upravují materii relevantní z hlediska ochrany zahraničních investic, nečiní tak však příliš systematicky. Je tomu tak z toho důvodu, že tyto smlouvy na rozdíl od klasických DPOI nejsou na tuto problematiku primárně zaměřeny a nemají a priori zakládat specializovaný režim ochrany investic. Jejich cílem v tomto ohledu je především vytvoření právního rámce pro řádné fungování vnitřního trhu. Jeho základní vymezení je podáno v článku 26 odst. 2 SFEU:

„Vnitřní trh zahrnuje prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v souladu s ustanoveními Smluv.“

Vnitřní trh má tedy zásadně fungovat jako jeden celek, na němž jsou odstraněny vnitřní bariéry, a je tak umožněna realizace čtyř základních svobod, tj. volného pohybu zboží, volného pohybu osob, volného pohybu služeb a volného pohybu kapitálu. Všechny tyto svobody se v té či oné míře dotýkají i problematiky investic na vnitřním trhu a jejich ochrany. Podstatný je však z tohoto hlediska především volný pohyb kapitálu a svoboda usazování, jakožto jedna z kategorií volného pohybu osob. Volný pohyb kapitálu je přitom právem EU pojímán dosti široce. Netýká se totiž pouze kapitálu *stricto sensu*, tj. investic přímých, portfoliových a případně dalších, k jejichž ochraně především DPOI slouží (čl. 63 odst. 1 SFEU). Nad rámec tohoto se též vztahuje na běžné platby za zboží

a služby, a funguje tak v korelaci se svobodami jich se týkajícími (čl. 63 odst. 2 SFEU). Svoboda usazování spočívá v právem EU garantovaném přístupu osob samostatně výdělečně činných nebo vykonávajících svobodná povolání a právnických osob legálně působících v jednom členském státě k výkonu hospodářských činností stále a nepřetržitě v jiném členském státě. Svoboda usazování zahrnuje kromě přístupu k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkonu i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 54 druhého pododstavce SFEU (čl. 49 druhý pododstavec SFEU).

Ani zbylé svobody (volný pohyb zboží, volný pohyb služeb a volný pohyb osob nad rámec svobody usazování) nejsou zcela bez významu z hlediska ochrany investic. I ony jsou důležité pro zajištění jejich ekonomického fungování na vnitřním trhu. Jejich souvislost v tomto ohledu je však již natolik vzdálená, že právní režim vytvořený k jejich realizaci není namístě považovat za režim chránící investice. Budou proto pro účely dalšího rozboru pominuty.

Jak poukazuje Fecák¹⁴⁷, jsou z hlediska ochrany zahraničních investic na vnitřním trhu významné i některé obecné zásady práva EU. Ty byly postupně formulovány v judikatuře SDEU především na základě abstrakce právních řádů jednotlivých členských států. Významnou skupinu v rámci nich pak tvoří základní práva, jež jsou obvykle ve členských státech ústavně garantována. Těm se již v souvislosti s přijetím Lisabonské smlouvy

147 FECÁK, Tomáš. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo Evropské unie*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-982-3, s. 88 až 99.

dostalo obdobné ochrany i v rámci práva EU, neboť na základě ní byla Listina základních práv EU včleněna do primárního práva.

Konečně je třeba v souvislosti s ochranou zahraničních investic věnovat pozornost i procesnímu zajištění řešení sporů z investic. Právo EU přitom nepočítá s možností zahraničních investorů zahajovat investiční arbitráže, jak to obvykle činí DPOI.

I.1.1 Volný pohyb kapitálu

Volný pohyb kapitálu je jakožto jedna ze čtyř základních svobod vnitřního trhu upraven v článcích 63 až 66 SFEU. Zakládající smlouvy přitom nijak pohyb kapitálu nedefinují. SDEU nicméně ve své rozhodovací činnosti v tomto odkazuje na demonstrativní výčet obsažený v dnes již neplatné směrnici 88/361/EHS¹⁴⁸. Takto potom v konkrétních věcech posuzuje, zda je namístě aplikovat ustanovení o volném pohybu kapitálu, aniž by v tomto poskytl obecnější definici.

Již v úvodu k tomuto tématu je třeba uvést, že úprava volného pohybu kapitálu prošla v průběhu budování projektu evropské integrace dosti podstatným vývojem. V jeho počátcích tak byla ze všech čtyř svobod pravděpodobně nejméně progresivní, což dobře ilustruje již samotné, dosti opatrné, znění tehdejšího čl. 67 odst. 1 SEHS:

„Členské státy mezi sebou v průběhu přechodného období postupně odstraní v míře nutné pro náležité fungování společného trhu všechna omezení pohybu kapitálu, který náleží

¹⁴⁸ Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy.

rezidentům členských států, jakož i veškerou diskriminaci na základě státní příslušnosti nebo bydliště stran anebo umístění příslušné investice.“.

Samotné toto ustanovení vzhledem ke způsobu, jak bylo formulováno, mohlo jen stěží založit subjektivní práva jednotlivcům. Nebylo proto překvapením, že SDEU ve věci *Casati*¹⁴⁹ ohledně přímé aplikovatelnosti článku 67 odst. 1 SEHS konstatoval:

„Mezi pohyby kapitálu a hospodářskou a měnovou politikou členských států je nicméně úzký vztah. V současné době je nesporné, že by zcela volný pohyb kapitálu mohl ohrozit hospodářskou politiku některého z členských států nebo vytvořit nerovnováhu v jeho platební bilanci, a tím narušit řádné fungování společného trhu.

Z těchto důvodů se článek 67 odst. 1 odlišuje od ustanovení o volném pohybu zboží, osob a služeb v tom smyslu, že existuje pouze povinnost liberalizovat pohyby kapitálu „v míře nutné pro náležité fungování společného trhu“. Rozsah toho omezení, jež zůstalo účinné i po uplynutí přechodného období, se liší v čase a závisí na posouzení požadavků společného trhu a na hodnocení jak výhod, tak i rizik, jež by liberalizace mohla pro tento znamenat, s ohledem na stupeň, jehož dosáhl, a zejména na úroveň integrace dosažené v záležitostech, v nichž jsou pohyby kapitálu zvláště významné.“.

Volný pohyb kapitálu tak byl koncipován jako svoboda, jež měla být realizována v té míře, aby nebránila realizaci ostatních svobod, a tím náležitému fungování společného trhu. Liberalizace byla tímto způsobem završena přijetím směrnice 88/361/EHS¹⁵⁰, která ve svém článku 1 stanovila, že členské státy zruší omezení pohybu kapitálu mezi

149 Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. listopadu 1981 ve věci 203/80, body 9 a 10.

150 Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy

rezidenty členských států. Předpokládala tak zásadně již plnou liberalizaci pohybů kapitálu.

Následně došlo na základě Maastrichtské smlouvy k podstatné revizi relevantních ustanovení zakládajících smluv. Volný pohyb kapitálu je od té doby vymezen takto:

„V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.“ (čl. 63 odst. 1 SFEU).

Tomuto ustanovení byl na rozdíl od předchozí úpravy volného pohybu kapitálu přiznán SDEU přímý účinek¹⁵¹. Ve své současné podobě tak volný pohyb kapitálu v řadě ohledů předčí zbylé tři svobody vnitřního trhu. Zejména se na rozdíl od nich jeho režim neuplatní pouze na pohyby v rámci EU mezi jednotlivými členskými státy. Jak vyplývá z výše uvedené generální klauzule, je zásadně koncipován jako svoboda, jež se uplatní i v případě pohybů kapitálu mezi členskými státy a třetími zeměmi. Děje se tak sice s výhradou určitých omezení, jež se při ryze intraunijních situacích neuplatní. Přesto ale tato koncepce volného pohybu kapitálu předpokládá podstatnou míru otevřenosti EU pro investory ze třetích zemí, jakož i možnost evropských investorů umísťovat své investice mimo EU, aniž by jim v tom mělo být ze strany EU nebo členských států bráněno. Režim volného pohybu kapitálu se tak nepřekrývá pouze s režimem intraunijních DPOI, ale i s režimem DPOI extraunijních.

Jak již bylo naznačeno výše, předpokládá úprava volného pohybu kapitálu i výslovné výjimky z této svobody. Ty lze přitom členit podle toho, zda se uplatňují na pohyby

151 Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. prosince 2008, Trestní řízení proti L.E. Sanz de Lera, R. Díaz Jiménez a F. Kapanoglu (C-163/94, C-165/94 a C-250/94, Recueil I-04821).

kapitálu jak v rámci EU, tak i ve vztahu ke třetím zemím, nebo pouze v případě druhých zmíněných.

Obecné výslovné výjimky jsou zakotveny v článku 65 SFEU. Není tak dotčeno právo členských států

- uplatňovat příslušná ustanovení svých daňových předpisů, která rozlišují mezi daňovými poplatníky podle místa bydliště nebo podle místa, kde je jejich kapitál investován,
- učinit všechna nezbytná opatření, jež by zabránila porušování vnitrostátních právních předpisů, zejména v oblasti daňového práva a dohledu nad finančními institucemi, nebo stanovit postupy pro ohlašování pohybu kapitálu pro účely správní či statistické, nebo učinit opatření odůvodněná veřejným pořádkem či veřejnou bezpečností.

Takovéto opatření a postupy členských států však nesmějí představovat ani prostředek svévolné diskriminace, ani zastřené omezování volného pohybu kapitálu a plateb.

Výslovné výjimky pro pohyby kapitálu ve vztahu ke třetím zemím potom vyplývají z článků 64, 65 odst. 4, 66 a 75 SFEU. V první řadě je tak článkem 64 odst. 1 zajištěna možnost dalšího uplatňování starých omezení vůči třetím zemím, která existovala před vstupem v platnost Maastrichtské smlouvy, resp. k 31. prosinci 1993 a k 31. prosinci 1999 v případě Bulharska, Estonska a Maďarska. Tato klauzule (tzv. *grandfathering clause*) pochopitelně plynutím času postupně ztrácí na významu.

Nová omezení volného pohybu kapitálu ve vztahu ke třetím zemím může přijímat pouze Rada zvláštním legislativním postupem jednomyslně po konzultaci s Evropským parlamentem (čl. 64 odst. 3 SFEU). Byť jsou tedy opatření k realizaci volného pohybu

kapitálu zásadně přijímána řádným legislativním postupem (čl. 64 odst. 2 SFEU), uplatní se v tomto případě mezivládní způsob fungování EU.

Nebudou-li přijata opatření omezující volný pohyb kapitálu podle čl. 64 odst. 3 SFEU, může Komise na žádost členského státu rozhodnout, že se omezující daňová opatření přijatá tímto členským státem vůči jedné nebo více třetím zemím považují za slučitelná se zakládajícími smlouvami. Neprijme-li Komise rozhodnutí do tří měsíců od žádosti dotčeného členského státu, může tak učinit Rada na základě jednomyslnosti. Takovéto rozhodnutí Komise nebo Rady však musí být vždy odůvodněno některým z cílů Unie a musí být slučitelné s řádným fungováním vnitřního trhu.

V článku 66 SFEU je dále pamatováno na ochranu řádného fungování hospodářské a měnové unie. Za výjimečných situací, kdy pohyb kapitálu do či ze třetích zemí způsobuje nebo hrozí způsobit jejímu fungování vážné poruchy, může Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropskou centrální bankou na dobu nepřekračující šest měsíců přijmout ochranná opatření vůči třetím zemím. Toto by však mělo být vždy *ultima ratio* reálně v úvahu připadajících způsobů řešení takovýchto obtíží.

Poslední výslovné omezení volného pohybu kapitálu není obsaženo v samotné kapitole tuto svobodu upravující. Vyplývá z navazujících ustanovení upravujících prostor svobody, bezpečnosti a práva. Článek 75 SFEU tak poskytuje právní základ pro přijímání správních opatření Radou na návrh Komise týkajících se pohybu kapitálu a plateb v rámci předcházení terorismu a souvisejícím činnostem a boje proti nim. Takovýmito správními opatřeními mohou být zejména zmrazení peněžních prostředků, finančních aktiv nebo

hospodářských výhod, které náležejí fyzickým nebo právnickým osobám, skupinám nebo nestátním útvarům, jsou jimi vlastněny nebo jsou v jejich v držbě.

I.1.2 Svoboda usazování

Základní vymezení svobody usazování poskytuje čl. 49 SFEU, jenž stanoví:

„V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území jiného členského státu. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu usazenými na území jiného členského státu.

Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 54 druhého

pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak.“.

Článek 54 SFEU navíc rozšiřuje působnost svobody usazování i na právnické osoby pocházející z jednotlivých členských států:

„Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, jež mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Unie, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států.

Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.“.

Článek 49 SFEU byl SDEU přiznán přímý účinek již v 70. letech minulého století¹⁵².

Usazování lze podle jeho formy členit do dvou základních forem. V první řadě se jedná o usazování, jež je vykonáváno prostým výkonem samostatné výdělečné činnosti bez zřizování společností, poboček či jiných podobných struktur sloužících k výkonu samostatné výdělečné činnosti. Tato forma usazování není zahraniční investicí v pravém slova smyslu. Tou je až druhá forma usazování spočívající ve zřizování a řízení podniků.

Článek 49 pododstavec první SFEU zakazuje omezení obou forem usazování státních příslušníků členských států. Pododstavec druhý téhož článku pak při výkonu svobody usazování zaručuje státním příslušníkům ostatních členských států stejné podmínky, jaké vyplývají z vnitrostátního práva pro příslušníky daného státu. V terminologii

¹⁵² Rozsudek Soudního dvora ze dne 21. června 1974, ve věci *Jean Reyners proti Belgickému státu*, 203/80, ECLI:EU:C:1974:68.

mezinárodního práva ochrany investic je tedy zaručeno národní zacházení jak v předinvestiční fázi (zřizování podniků), tak i ve fázi postinvestiční (řízení podniků).

I v případě svobody usazování je zakládajícími smlouvami pamatováno na výjimky z jejího uplatnění. První z nich se týká činností, které jsou v příslušném členském státě spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci (čl. 51 pododstavec první SFEU). Nutno ovšem poznamenat, že význam této výjimky z hlediska přímých zahraničních investic je nevelký. Evropský parlament a Rada mohou dále řádným legislativním postupem rozhodnout, že na určité druhy činností se ustanovení o svobodě usazování nepoužijí (čl. 51 pododstavec druhý SFEU).

Další omezení svobody usazování mohou být dle čl. 52 SFEU odůvodněny veřejným pořádkem, veřejnou bezpečností a ochranou zdraví. Evropský parlament a Rada nicméně mohou řádným legislativním postupem vydávat směrnice ke koordinaci předpisů, které z výše uvedených důvodů stanoví zvláštní režim pro cizí státní příslušníky.

Řádným legislativním postupem jsou po konzultaci s Hospodářským a sociálním výborem přijímány i směrnice k realizaci svobody usazování. Článek 50 odst. 2 SFEU přitom obsahuje seznam priorit, jichž má být takto dosahováno.

I.1.3 Obecné zásady práva EU

Obecné zásady práva EU představují normativní vyjádření hodnot, na nichž je tento právní řád postaven. Tvoří proto jeho jakousi kostru, jež musí být respektována jak při tvorbě dalších norem práva EU (zejména práva sekundárního), tak při jejich následném výkladu a aplikaci. V opačném případě by totiž byla ohrožena samotná integrita právního řádu EU. Samotné obecné zásady práva EU ale nejsou nutně vzájemně plně souladné, neboť v praxi často dochází k případům, kdy jedna hodnota musí ustoupit druhé (např. zájem na právní jistotě a ochraně legitimních očekávání musí ustoupit potřebě adekvátně

reagovat prostředky práva, včetně normotvorby, na měnící se společenskou situaci). V demokratické společnosti respektující základní práva je však nepřijatelné, aby ve jménu jedné hodnoty byla zcela obětována hodnota jiná. Otevírá se tak prostor především pro vrcholné orgány soudní moci, aby svou judikaturou jednotlivé hodnoty vyvažovaly, a postupně tak zpřesňovaly pole působnosti jednotlivých obecných zásad.

Výjimkou v tomto ohledu nebyl ani SDEU. Ten se navíc musel zejména v počátcích projektu evropské integrace vypořádávat s nedostatkem normativních textů práva EU, na základě jejichž abstrakce by mohl existenci jednotlivých obecných zásad konstatovat. Hojně proto jako své inspirační zdroje používal právní řády členských států, z nichž tyto obecné zásady extrahoval jakožto obecně platné v právu EU. Dalším inspiračním zdrojem pro něj bylo samozřejmě právo mezinárodní, a to včetně práva jiných mezinárodních organizací. Ve věcech základních práv, jež pochopitelně tvoří významnou podmnožinu obecných zásad práva EU, se tak inspiroval zejména judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Další zásady SDEU dovozoval z povahy EU jakožto společenství práva (např. zásadu právní jistoty a ochrany legitimních očekávání, zásadu proporcionality, právo na efektivní soudní ochranu, řádnou správu¹⁵³).

Právě potřeba řešit otázku ochrany základních práv v rámci práva EU se stala zásadní hybnou silou rozvoje judikatury SDEU věnované obecným zásadám. Právo EU totiž dlouho nemělo vlastní katalog základních práv požívající nejvyšší právní síly tak, jak je tomu běžně v právních řádech jednotlivých členských států. Za takových okolností byla ovšem pro nejvyšší soudy členských států, zejména pak pro soudy ústavní, nepřijatelná zásada přednosti práva EU, resp. v dané době práva komunitárního, před vnitrostátním právem členských států, a to včetně práva ústavního¹⁵⁴. Aby SDEU zamezil jejich aktivní

153 Blíže viz SVOBODA, Pavel. *Úvod do evropského práva*. 4. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2011. Beckovy mezioborové učebnice. ISBN 978-80-7400-334-9, s. 91 a 92.

154 Viz judikatura *Solange* německého Spolkového ústavního soudu; blíže BECK, Gunnar. The German Constitutional Court versus the EU: self assertion in theory and submission in practice – Euro Aid and Financial Guarantees. Part 1. *Eutopia law* [online]. 2011 [cit. 2016-07-13]. Dostupné z: <https://eutopialaw.com/2011/10/24/%E2%80%9Cthe-german-constitutional-court->

opozici proti své judikatuře zásadu přednosti aplikující, musel v rámci práva EU zajistit obdobný standard ochrany základních práv, jakého se jim dostávalo v právních řádech jednotlivých členských států.

Při výše zmíněném nedostatku normativních textů v rámci evropského práva, zejména pak jakéhokoli katalogu základních práv, přistoupil k výše zmiňované extrakci z právních řádů členských států při zohledňování judikatury Evropského soudu pro lidská práva.

[versus-the-eu-self-assertion-in-theory-and-submission-in-practice-%E2%80%93-euro-aid-and-financial-guarantees-part-1/](#).

K ochraně základních lidských práv se SDEU výslovně přihlásil roku 1969 ve věci *Stauder*, když k tomuto v odůvodnění svého rozsudku uvedl:

„Takto vyložené sporné ustanovení neobsahuje nic, co by mohlo ohrozit základní práva osoby zakotvená v obecných zásadách práva Společenství, jehož dodržování Soudní dvůr zajišťuje.“¹⁵⁵.

Tento přístup SDEU dále rozvíjel o rok později ve věci *International Handelsgesellschaft*, kde v odůvodnění svého rozsudku uvedl:

„Dodržování základních práv je nedílnou součástí obecných zásad práva chráněného Soudním dvorem. Ochrana těchto práv, jež je inspirovaná ústavními tradicemi společnými členskými státy, musí být zajištěna v rámci struktury a cílů Společenství.“¹⁵⁶.

Konečně ve věci *Nold* SDEU potvrdil výše uvedenou judikaturu a shrnul svůj výše popsaný přístup k formulaci obecných zásad práva EU:

„Jak již Soudní dvůr potvrdil, tvoří základní práva nedílnou součást obecných zásad práva chráněného Soudním dvorem.“

Zajišťování ochrany těchto práv vyžaduje, aby se Soudní dvůr inspiroval ústavními tradicemi společnými členskými státy, a nemůže proto připustit opatření neslučitelná se základními právy uznávanými a chráněnými ústavami těchto států.

Mezinárodní nástroje týkající se ochrany lidských práv, na kterých se členské státy podílely nebo ke kterým přistoupily, mohou rovněž poskytnout údaje, jež je vhodné zohlednit v rámci práva Společenství.“¹⁵⁷.

Je třeba uvést, že iniciativa SDEU na poli lidských práv slavila úspěch, neboť se tím skutečně otupily hroty opozice ze strany ústavních soudů členských států vůči přednosti práva EU. Základním právům jakožto významné podmnožině obecných zásad práva EU se navíc později dostalo zakotvení na úrovni primárního práva. Členské státy tak přijaly za svou myšlenku ochrany základních práv na úrovni EU, byť původní jejich záměr v začátcích projektu evropské integrace takový zřejmě nebyl.

Listina základních práv EU obsahově čerpá zejména z Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, Deklaraci základních práv a svobod, kterou v roce 1989 přijal Evropský parlament, judikatury SDEU a prostřednictvím ní z obdobných katalogů tvořících ústavní pořádek jednotlivých členských států. Ze základních práv a svobod v ní zakotvených jsou z hlediska ochrany zahraničních investic významné zejména svoboda podnikání (čl. 16 LZP), právo na vlastnictví (čl. 17 LZP), právo na uspokojivé správní řízení (čl. 41 LZP) a právo na účinné odvolací řízení a na nestranný soudní proces (čl. 47 LZP).

Základní práva však nejsou jediné obecné zásady, jež SDEU formuloval jakožto součást práva EU. Vedle nich tak existují další, jež tvoří nutně natolik ucelenou skupinu a nebyly nikdy uspořádány do systematického katalogu. Jejich vyčerpávající výčet tak prakticky není možné poskytnout. Pro účely této práce by však mělo být dostačující zmínit alespoň ty, jež se přímo dotýkají problematiky ochrany investic. Lze tak uvést zejména zásadu proporcionality a zásadu právní jistoty a ochrany legitimních očekávání. Dále je též vzhledem k majetkové podstatě investic klíčová ochrana práva vlastnit majetek, jež je v současné době zakotvena v článku 17 LZP. Neméně podstatné je

155 Rozsudek Soudního dvora ze dne 12. listopadu 1969, ve věci *Erich Stauder proti Stadt Ulm – Sozialamt*, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57, bod 7.

156 Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. prosince 1970, ve věci *Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, bod 4.

157 Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. května 1974, ve věci *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung proti Komisi Evropských společností*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, bod 13.

provedení práva na spravedlivý proces (kapitola VI. LZP). O něm bude pojednáno v samostatné kapitole věnované problematice procesního zajištění řešení sporů z investic v rámci práva EU.

1.1.3.1 Zásada proporcionality

Jak uvádí Svoboda¹⁵⁸, má zásada proporcionality hned trojí obsah. Lze ji posuzovat jednak z hlediska činnosti samotné EU, dále též z hlediska činnosti jejich členských států a konečně z hlediska jednotlivců.

Z hlediska činnosti EU zakotvuje zásadu proporcionality čl. 5 odst. 4 L-SEU následovně:

„Podle zásady proporcionality nepřekročí obsah ani forma činnosti Unie rámec toho, co je nezbytné pro dosažení cílů Smluv.“

Proporcionalita tedy v tomto případě znamená, že intervence EU nesmějí přesáhnout to, co je k dosažení stanoveného cíle zakládajících smluv vhodné a nutné. K tomuto je třeba poznamenat, že SDEU k přezkumu opatření EU z hlediska jejich proporcionality přistupuje poněkud benevolentněji, než je tomu v případě členských států (viz níže). Aplikuje totiž tzv. test *zjevné nevhodnosti* (manifestly inappropriate). Fecák¹⁵⁹ jako příklad tohoto uvádí rozhodnutí SDEU ve věci *Fedesa*, v němž se SDEU k této problematice vyjádřil následovně:

Co se týče soudního přezkumu uvedených podmínek, je však třeba upřesnit, že zákonodárce Společenství má v oblasti společné zemědělské politiky diskreční pravomoc, která odpovídá politické odpovědnosti, kterou mu články 40 a 43 Smlouvy svěřují.

158 SVOBODA, Pavel, *op. cit.*, s. 35 a 36.

159 FECÁK, Tomáš, *op. cit.*, s. 93.

V důsledku toho, pouze zjevná nevhodnost opatření přijatého v této oblasti s ohledem na cíl, jež příslušný orgán zamýšlí sledovat, může ovlivnit legalitu takového opatření (viz zejména rozsudek ze dne 11. července 1989 *Schraeder*, body 21 a 22, 265/87, Rec. s. 2237).“ (podtržení provedeno autorem práce)¹⁶⁰.

Z hlediska opatření členských států se zásada proporcionality uplatní v případech, kdy již existuje právní úprava EU, ale zároveň je dán prostor ve formě výjimek z této úpravy k ochraně zájmů členských států. Typickým příkladem tohoto jsou výjimky ze čtyř základních svobod vnitřního trhu. Jestliže členský stát hodlá výjimek využít k přijetí opatření omezujícího některou ze svobod, podléhá tato opatření testu proporcionality, tj. vhodnosti a nutnosti. SDEU přitom při tomto testu zkoumá, zda ochrany daného zájmu členského státu nebylo možné dosáhnout méně omezujícím opatřením. Tento přístup vychází z judikatury ve věci *Cassis de Dijon*¹⁶¹ a SDEU se k němu výslovně přihlásil například ve svém rozhodnutí ve věci *Eurim*¹⁶². Kritérium méně omezující alternativy (*less restrictive alternative*) je zjevně podstatně přísnější než výše popsané kritérium *zjevné nevhodnosti* uplatňující se v případě opatření EU.

Z hlediska jednotlivců pak lze dle zásady proporcionality omezení uplatnit jen tehdy, jsou-li nezbytná a pokud jsou v obecném zájmu uznaném Unii nebo reagují na potřebu chránit práva a svobody druhých (čl. 52 odst. 1 LZZP). Jednotlivce tedy není možné omezovat více než je nezbytné ve společenském zájmu. Zásada proporcionality tak v tomto směru koresponduje se zákazem svévolných opatření, jenž se pravidelně objevuje v DPOI (viz kapitola II.2.4.3 výše)¹⁶³. Rozhodčí soudy při výkladu a uplatňování tohoto

160 Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 13. listopadu 1990, ve věci *The Queen proti Minister of Agriculture, Fisheries and Food a Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa a další.*, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, bod 14.

161 Rozsudek Soudního dvora ze dne 16. dubna 1991, ve věci *Rewe-Zentral AG proti Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

162 Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 13. listopadu 1990, ve věci *Freistaat Bayern proti Eurim-Pharm GmbH.*, C-347/89, ECLI:EU:C:1991:148, bod 27.

163 K testu proporcionality v investičních sporech blíže viz BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 801.

standardu tíhnout spíše k pro hostitelské státy benevolentnějšímu pojetí. To se tak blíží spíše přístupu SDEU k testu proporcionality opatření EU. Nutno ovšem uvést, že znění jednotlivých DPOI i judikatura rozhodčích soudů se v tomto ohledu mohou lišit.

1.1.3.2 Zásada právní jistoty a ochrany legitimních očekávání

Zásada právní jistoty vyplývá z povahy EU jakožto společenství práva. Jedná se rovněž o důležitou zásadu mezinárodního práva a práva jednotlivých členských států. SDEU ji ve své judikatuře jako obecnou zásadu práva EU uznává již od 60. let minulého století¹⁶⁴. K její podstatě přitom uvádí:

*„Je namístě připomenout, že zásada právní jistoty je základní zásadou práva Společenství, která vyžaduje zejména, aby právní úprava byla jasná a přesná, tak aby procesní subjekty mohly jednoznačně rozpoznat svá práva a povinnosti a postupovat podle toho (viz rozsudky ze dne 9. července 1981, *Gondrand Frères a Garancini*, 169/80, *Recueil*, s. 1931, a ze dne 13. února 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, *Recueil*, s. I-431, bod 27).*

Jelikož však každé právní normě je vlastní určitý stupeň nejistoty, pokud jde o její smysl a působnost, je třeba se v rámci takové žaloby, jako je žaloba v projednávané věci, ve které Belgické království zakládá své body žalobního důvodu z hlavní části na hypotetických situacích, omezit na posouzení, zda dotčený právní akt je stížen takovou

164 CHALMERS, Damian. *European Union law: text and materials*. New York: Cambridge University Press, 2006. ISBN 9780521527415, s. 454.

nejasností, že tento členský stát nemůže s dostatečnou jistotou odstranit případné pochybnosti o působnosti nebo smyslu napadeného nařízení.“¹⁶⁵.

Ve své podstatě je tedy založena na požadavku jasnosti a přesnosti právní úpravy dosahující té míry, že její adresáti mohou předvídat svá práva a povinnosti a s dostatečnou jistotou odstranit případné pochybnosti v tomto ohledu¹⁶⁶. SDEU přitom klade, pokud jde o zásadu právní jistoty zvýšený důraz na oblast finanční a daňovou¹⁶⁷.

Tento požadavek se vztahuje nejenom na samotné právo EU, ale i na legislativu členských států toto právo implementujících¹⁶⁸.

Součástí zásady právní jistoty je i zákaz retroaktivity založený na požadavku, aby časová působnost předpisu nepředcházela okamžiku jeho zveřejnění¹⁶⁹. Právní akty EU tedy mají zásadně působit jen do budoucna. SDEU ovšem tuto zásadu neuplatňuje bezvýjimečně, jak ukázal ve věci *People's Mojahedin Organization of Iran*:

„Z judikatury totiž vyplývá, že když je akt zrušen pro formální nebo procesní vady, jak je tomu v projednávaném případě, má dotýčný orgán právo znovu přijmout stejný akt, tentokrát při dodržení dotčených formálních a procesních pravidel, a dokonce tomuto

165 Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. dubna 2005, *Belgie v. Komise*, C-110/03, Sb. rozh. s. I-2801, body 30 a 31.

166 Blíže ke komponentám zásady právní jistoty viz TOMÁŠEK, Michal, Vladimír TÝČ a Jiří MALENOVSKÝ. *Právo Evropské unie*, s. 105. Praha: Leges, 2013. Student (Leges). ISBN 978-80-87576-53-3.

167 Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 9. července 1981, *Administration des douanes v. Société anonyme Gondrand Frères and Société anonyme Garancini*, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171, bod 17; Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 13. února 1996, *AGebroeders van Es Douane Agenten BV proti Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-143/93, ECLI:EU:C:1996:45, bod 27.

168 KACZOROWSKA, Alina. *European Union law*. London: Routledge-Cavendish, 2009, s. 232. ISBN 978-0-415-44798-0.

169 Rozsudek Soudu prvního stupně (čtvrtého senátu) ze dne 22. ledna 1997, *Opel Austria GmbH proti Radě Evropské unie*, T-115/94, ECLI:EU:T:1997:3, bod 132.

*aktu přiznat zpětný účinek, pokud je to nezbytné pro uskutečnění sledovaného cíle obecného zájmu a pokud je náležitě respektováno legitimní očekávání dotčených osob (rozsudky Soudního dvora ze dne 30. září 1982, *Amylum v. Rada*, 108/81, *Recueil*, s. 3107, body 4 až 17, a ze dne 13. listopadu 1990, *Fedesa a další*, C-331/88, *Recueil*, s. I-4023, body 45 až 47; rozsudek Soudu ze dne 17. října 1991, *de Compte v. Parlament*, T-26/89, *Recueil*, s. II-781, bod 66).“¹⁷⁰ (podtržení provedeno autorem práce).*

Retroaktivita tedy může být přípustná tehdy, je-li to (i) nezbytné pro naplnění účelu předmětného opatření založeném na cíli obecného zájmu a (ii) pokud jsou náležitě respektována legitimní očekávání dotčených osob. Je to právě v souvislosti s retroaktivitou opatření EU, kdy se SDEU nejčastěji zabýval otázkou ochrany legitimních očekávání.

Dále byla tato problematika SDEU rozebírána i v souvislosti s očekáváními vyvolanými legislativou EU. V takovýchto případech lze za legitimní považovat pouze takové očekávání, jež norma EU skutečně vyvolala¹⁷¹. Jako typický příklad tohoto bývá uváděno rozhodování SDEU ve věci mléčných kvót¹⁷². SDEU takto mimo jiné uvedl:

„Skutečností zůstává, že pokud takový výrobce, jako je tomu v projednávané věci, byl opatřením Společenství podporován, aby na omezenou dobu v obecném zájmu a za odměnu pozastavil uvádění na trh, mohl legitimně očekávat, že po vypršení svého

¹⁷⁰ Rozsudek Soudu prvního stupně (sedmého senátu) ze dne 23. října 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran proti Radě Evropské unie*, T-256/07, ECLI:EU:T:2008:46, bod 65.

¹⁷¹ SVOBODA, Pavel, *op. cit.*, s. 91.

¹⁷² FECÁK, Tomáš, *op. cit.*, s. 95.

závazku nebude podléhat omezením, které na něj konkrétně dopadají právě proto, že využil možností nabízených předpisy Společenství.“¹⁷³.

Předmětem legitimního očekávání může být i pouhá administrativní praxe nebo tolerování nějakého postupu, pokud neodporuje platné právní úpravě a neobnáší výkon posuzovací pravomoci. Není tak nutné, aby se toto očekávání zakládalo na sdělení obecné povahy. Vyplývá to z judikatury SDEU ve věci *MCI, Inc.*:

„Za těchto okolností oznamující strany měly právo legitimně očekávat, že jejich sdělení ze dne 27. června 2000 bude postačovat k tomu, aby byla věc uzavřena, v souladu s dřívější veřejně známou administrativní praxí Komise a při neexistenci jakéhokoli sdělení o opaku z její strany. V této souvislosti judikatura Soudního dvora v rozporu s tvrzením Komise potvrzuje, že pouhá administrativní praxe nebo tolerování nějakého postupu, pokud neodporuje platné právní úpravě a neobnáší výkon posuzovací pravomoci, může u dotčených osob vyvolávat legitimní očekávání, aniž by tudíž bylo nutné, aby se toto očekávání zakládalo na sdělení obecné povahy (rozsudek Soudního dvora ze dne 1. října 1987, Spojené království v. Komise, C-84/85, Recueil, s. 3765; rozsudky Ferriere San Carlo v. Komise a Fingruth, bod 71 výše; usnesení předsedy Soudního dvora ze dne 10. června 1988, Sofrimport v. Komise, C-152/88 R, Recueil, s. 2931).“¹⁷⁴

Ochrana legitimních očekávání se v obdobném rozsahu vztahuje i na opatření členských států implementující právo EU¹⁷⁵. Jak zásada právní jistoty, tak i zásada ochrany

173 Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. dubna 1988, *J. Mulder proti Minister van Landbouw en Visserij*, 120/86, ECLI:EU:C:1988:213; Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. dubna 1988, *Georg von Deetzen proti Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 170/86, ECLI:EU:C:1988:214.

174 Rozsudek Soudu prvního stupně (druhého senátu) ze dne 28. září 2004, *MCI, Inc. proti Komisi Evropských společenství*, T-310/00, ECLI:EU:T:2004:275.

175 Rozsudek Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 20. června 2002, *Gerard Mulligan a další proti Minister for Agriculture and Food, Ireland a Attorney General*, C 313/99, ECLI:EU:C:2002:386; Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne

legitimních očekávání má své vyjádření i v mezinárodním právu ochrany investic, kde bývá investory uplatňována a rozhodčími soudy aplikována zejména v rámci standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení¹⁷⁶.

1.1.3.3 Právo vlastnit majetek

Právo vlastnit majetek je jedním ze základních práv chráněných ústavami členských států EU, jakož i na mezinárodní úrovni. Jako takové se poměrně záhy stalo předmětem pozornosti rozebírané judikatury SDEU týkající se ochrany základních práv jakožto obecných zásad práva EU. Výše uvedené rozhodnutí ve věci *Nold*¹⁷⁷, které položilo základy doktríně SDEU ochrany základních práv se týkalo právě ochrany vlastnictví.

Té se tak brzy dostalo ochrany ze strany SDEU. Je však třeba říci, že SDEU v tomto ohledu vždy zaujímal poměrně opatrný přístup. Zdůrazňoval totiž, že vlastnické právo není absolutní, ale je třeba jej vnímat ve světle jeho společenské funkce¹⁷⁸. V postoji SDEU se v tomto bezpochyby odráží starost, aby rozsáhlá ochrana soukromého

15. července 2004, *Willy Gerekens a Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola proti État du grand-duché de Luxembourg*, C-459/02, Sb. rozh. 2004 I-07315, ECLI:EU:C:2004:454.

176 POTESTA, Michele. Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. In: *3rd Biennial Global Conference* [online]. Society of International Economic Law (SIEL), 2012 [cit. 2016-07-17]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2102771> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2102771>

177 Viz pozn. pod čarou č. 157.

178 Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. května 1974, ve věci *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung proti Komisi Evropských společenství*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, bod 14.

vlastnictví nebyla na překážku realizace cílů EU, v dané době především budování společného trhu. SDEU tento svůj postoj shrnul následovně:

*„Dle ustálené judikatury jak právo vlastnit majetek, tak i svoboda výkonu povolání jsou součástí obecných zásad práva Společenství. Tyto zásady však nejsou absolutní, ale je třeba na ně nahlížet ve vztahu k jejich společenské funkci. Výkon práva vlastnit majetek a svobody výkonu povolání proto může být omezen, zejména v souvislosti se společnou organizací trhu, pokud tato omezení skutečně odpovídají cílům obecného zájmu sledovaným Společenstvím a nepředstavují ve vztahu k sledovanému cíli nepřiměřený a netolerovatelný zásah poškozující samotnou podstatu zaručených práv [...]“*¹⁷⁹ (překlad proveden autorem práce).

Důsledkem výše uvedeného je, že SDEU ve své rozhodovací praxi téměř porušení práva vlastnit majetek nekonstatuje.

Fecák¹⁸⁰ takto uvádí pouze jediné rozhodnutí SDEU, které navíc není nijak zvlášť relevantní z hlediska ochrany zahraničních investic¹⁸¹. Naopak lze citovat řadu rozsudků, v nichž SDEU porušení práva vlastnit majetek neshledal. Toto právo tak například neporušovalo nařízení, jež měnilo pravidla pro alokaci kvót pro dovoz banánů a v jehož důsledku němečtí dovozci ztratili zhruba 30 % ze svého dosavadního tržního podílu¹⁸². Právo vlastnit majetek neporušovalo ani zabavení dvou letadel v rámci sankcí uvalených

¹⁷⁹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. října 1995, ve věci *The Queen proti Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte National Federation of Fishermen's Organisations a dalších a Federation of Highlands and Islands Fishermen a dalších.*, C-44/94, ECLI:EU:C:1995:325, bod 55.

¹⁸⁰ FECÁK, Tomáš, *op. cit.*, s. 96.

¹⁸¹ Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 3. září 2008, ve věci *Yassin Abdullah Kadi a Al Barakaat International Foundation proti Radě Evropské unie a Komise Evropských společenství*, spojené věci C-402/05 P a C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

¹⁸² Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. října 1994, ve věci *Spolková republika Německo proti Radě Evropské unie*, C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367.

proti Svazové republice Jugoslávie (Srbsko a Černá hora) Radou bezpečnosti OSN. Letadla přitom nebyla zabavena přímo společností, na kterou měly tyto sankce dopadnout, ale turecké letecké společnosti, jež je měla v pronájmu. Ta přitom nájemné poukazovala na obstavený účet, takže nemohlo docházet k obohacování jugoslávského vlastníka¹⁸³

SDEU tedy na jedné straně přiznal právu vlastnit majetek ochranu jakožto obecné zásadě práva EU. Na druhou stranu ovšem v tomto směru uplatnil poměrně restriktivní přístup, a ponechal tak orgánům EU a členských států implementujících evropskou legislativu diskreční pravomoc v dosti velkém rozsahu. Svůj přístup, jak se zdá, nezmění ani v souvislosti se zakotvením tohoto práva v článku 17 LZP. Ve srovnání s judikaturou rozhodčích soudů aplikujících režim DPOI je tak přístup SDEU znatelně méně příznivý pro investory-soukromé vlastníky, zejména pak, pokud se jedná o tzv. nepřímé vyvlastnění.

I.1.3.3.1 Odpovědnost EU za škodu způsobenou jednotlivci

V kontextu ochrany práva vlastnit majetek je podstatné zabývat se též otázkou odpovědnosti EU za škodu způsobenou jednotlivci. Právním základem tohoto institutu je článek 340 SFEU, jež se dotýká jak problematiky smluvní odpovědnosti, tak i problematik mimosmluvní odpovědnosti za škodu.

Smluvní odpovědnost dopadá na porušení soukromoprávních smluv, jejichž je EU stranou. Právo EU nemá komplexní úpravu smluvního práva. Článek 340 SFEU proto v tomto ohledu představuje pouze blanketní normu odkazující na právo rozhodné pro příslušnou smlouvu, aniž by toto blíže specifikoval. Vzhledem k výše uvedenému deficitu právní úpravy na úrovni práva EU jím bude pravidelně vnitrostátní právo jednoho

183 Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. července 1996, ve věci *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS proti Minister for Transport, Energy and Communications a dalším*, C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312.

ze členských států určené buď přímo předmětnou smlouvou, nebo na základě kolizní normy. Stejně tak i případné spory budou rozhodovány příslušnými soudy daného členského státu. Výjimku v tomto ohledu představuje především úprava postavení personálu EU, jež je jak po hmotněprávní, tak i po procesní stránce zajištěna na evropské úrovni.

Z hlediska ochrany zahraničních investic je však nepoměrně důležitější institut mimosmluvní odpovědnosti EU za škodu. Tato je obecně zakotvena v článku 340 SFEU:

„V případě mimosmluvní odpovědnosti nahradí Unie v souladu s obecnými zásadami společnými právním řádům členských států škody způsobené jejími orgány nebo jejími zaměstnanci při výkonu jejich funkce.“

V tomto případě neodkazuje článek 340 SFEU na konkrétně určitelné právo, jako je tomu v případě smluvní odpovědnosti. Odkaz na obecné zásady společné právním řádům

členských států poskytuje velmi široké pole působnosti pro SDEU, aby institut mimosmluvní odpovědnosti svou judikaturou blíže vymezil.

Předpoklady vzniku odpovědnosti EU za škodu jsou:

- dostatečně zjevné porušení normy práva EU mající za cíl přiznání práv jednotlivci nebo nepřímo chránící jeho zájmy,
- vznik škody,
- příčinná souvislost mezi škodou a porušením normy EU¹⁸⁴.

Porušeno může být nejenom ustanovení primárního práva, ale i práva sekundárního nebo např. obecná zásada práva EU. Podstatné ovšem je, že má za cíl přiznat jednotlivci práva nebo nepřímo chránit jeho zájmy. Toto lze v zásadě ztotožnit s podmínkami přímého účinku normy EU. První podmínku tedy za současného stavu judikatury SDEU splňují jak ustanovení zakládajících smluv o svobodě usazování, tak i o volném pohybu kapitálu. SDEU ovšem pro přiznání nároku na náhradu škody nestačí, že došlo k porušení práva EU. Toto porušení musí být dostatečně zjevné (*sufficiently flagrant violation*)¹⁸⁵. Měřítkem toho, zda se v daném případě jedná o dostatečně zjevné porušení práva EU, je nepřímo míra uvážení daná příslušnému orgánu EU. Čím větší je jeho míra uvážení, tím méně pravděpodobné je, že případné porušení práva EU na jeho straně bude možné označit za dostatečně zjevné ve smyslu výše uvedeném. SDEU tento svůj přístup shrnul ve věci *Holcim* následovně:

„Vznik mimosmluvní odpovědnosti Společenství je vázán na splnění souboru podmínek, mezi něž patří, jedná-li se o protiprávnost právního aktu, existence dostatečně závažného

184 Viz např. rozsudek Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 8. května 2003, *T. Port GmbH & Co. KG proti Komisi Evropských společenství*, C-122/01 P, ECLI:EU:C:2003:259.

185 Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. prosince 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt proti Radě Evropských společenství*, 5/71, ECLI:EU:C:1971:116, bod 11.

porušení právní normy, jejímž předmětem je přiznání práv jednotlivcům. Co se týče této podmínky, je rozhodujícím kritériem pro posouzení toho, zda porušení práva Společenství je dostatečně závažné, kritérium zjevného a závažného nedodržení mezi posuzovací pravomoci orgánem Společenství. Pokud tento orgán disponuje pouze značně omezeným, nebo dokonce nedisponuje žádným prostorem pro uvážení, prosté porušení práva Společenství může postačovat k prokázání existence dostatečně závažného porušení (výše uvedený rozsudek *Bergaderm a Goupil v. Komise*, body 43 a 44).¹⁸⁶

Ke splnění výše uvedené podmínky proto stačí jakékoli porušení práva EU v případech, kdy orgánu EU nebyla dána žádná diskreční pravomoc nebo tato byla značně omezena¹⁸⁷. Je přitom nerozhodné, zda se jedná o porušení normativního či individuálního aktu EU¹⁸⁸.

I.1.3.3.2 Odpovědnost členského státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením práva EU

Při uvádění v život práva EU je nezastupitelná role členských států. Z hlediska jednotlivce by tedy bylo nedostačující, pokud by se mohl domáhat náhrady škody mu vzniklé porušením tohoto práva pouze vůči EU samotné. *Effet utile* práva EU tak

186 Rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) ze dne 19. dubna 2007, *Holcim (Deutschland) AG proti Komisi Evropských společenství*, C-282/05 P, ECLI:EU:C:2007:226, bod 47.

187 Rozsudek Soudního dvora ze dne 10. prosince 2002, *Komise Evropských společenství proti Camar Srl a Tico Srl*, C-312/00 P, ECLI:EU:C:2002:736, bod 54.

188 Rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) ze dne 19. dubna 2007, *Holcim (Deutschland) AG proti Komisi Evropských společenství*, C-282/05 P, ECLI:EU:C:2007:226, bod 48.

vyžaduje možnost činit odpovědnými i samotné členské státy. Zakládající smlouvy však na toto výslovně nepamatují.

SDEU byl s tímto problémem konfrontován ve věci *Francovich*, v níž formuloval zásadu odpovědnosti členských států následovně:

*„31 Je třeba v první řadě připomenout, že Smlouva o EHS vytvořila svůj vlastní právní řád integrovaný do právních řádů členských států, který jsou jejich soudy povinny aplikovat a jehož subjekty jsou nejenom členské státy, ale rovněž jejich státní příslušníci, a že tak, jako zatěžuje jednotlivce, je též právo Společenství určeno k zakládání práv, která vstupují do jejich právní sféry. Tato vznikají nejenom, když jsou výslovně přiznány Smlouvou, ale také z důvodu povinností, které Smlouva ukládá jednoznačným způsobem jak jednotlivcům, tak i členským státům a orgánům Společenství (viz rozsudek ze dne 5. února 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Recueil* s. 3, a rozsudek ze dne 15. července 1964, *Costa*, 6/64, *Recueil* s. 1141).*

*32 Je rovněž třeba připomenout, že jak vyplývá z ustálené judikatury, že náleží příslušným vnitrostátním soudům v rámci svých pravomocí uplatňovat ustanovení práva Společenství, zajišťovat plný účinek těchto norem a chránit práva, která přiznávají jednotlivcům viz zejména rozsudek ze dne 9. března 1978, *Simmenthal*, bod 16, 106/77, *Recueil* s. 629, a rozsudek ze dne 19. června 1990, *Factortame*, bod 19, C-213/89, *Recueil* s. I-2433).*

33 Je namístě konstatovat, že by byla plná účinnost norem Společenství zpochybněna a ochrana práv, jež přiznávají, oslabena, pokud by jednotlivci neměli možnost získat

náhradu, když jsou jejich práva poškozena porušením práva Společenství přičitatelným členskému státu.

34 Možnost náhrady uložené členskému státu je zásadní především, pokud je jako v projednávaném případě plná účinnost norem Společenství podmíněna jednáním

ze strany státu, a jednotlivci tak nemohou při nedostatku takového jednání uplatňovat před vnitrostátními soudy práva, která jsou jim přiznána právem Společenství.

35 Z toho vyplývá, že zásada odpovědnosti státu za škody způsobené jednotlivcům porušeními práva Společenství, která jsou jim přičitatelná, je vlastní systému Smlouvy.“¹⁸⁹ (přeloženo autorem práce z francouzského znění).

Pokud se jedná o hmotněprávní podmínky vzniku odpovědnosti členského státu za škodu, jsou tyto v zásadě stejné jako v případě výše popsané odpovědnosti EU. Z judikatury SDEU je zřejmá snaha o obdobný přístup k oběma institutům¹⁹⁰.

Jako typické případy dostatečně zjevného porušení normy práva EU mající za cíl přiznání práv jednotlivci nebo nepřímou ochranou jeho zájmy bývají v případě členských států uváděny:

- neprovedení směrnice¹⁹¹,
- špatné provedení směrnice¹⁹²,
- přijetí předpisu odporujícího Smlouvám nebo ponechání v platnosti takového předpisu¹⁹³,
- ignorování ustálené judikatury¹⁹⁴, byť jen k analogickým ustanovením¹⁹⁵,
- nesprávný výklad práva EU vnitrostátním soudem, ale jen jako důsledek porušení povinnosti předložit předběžnou otázku¹⁹⁶,
- veřejný výkon úředníka přičitatelný státu¹⁹⁷¹⁹⁸.

Je tak zřejmé, že k odpovědnosti členského státu může vést porušení způsobené v zásadě kterýmkoli jeho orgánem včetně orgánů moci zákonodárné a soudní.

I.1.4 Procesním zajištění řešení sporů z investic v právu EU

Jedním z charakteristických rysů mezinárodního práva ochrany investic je skutečnost, že předpokládá možnost jednotlivců - zahraničních investorů uplatňovat svá práva na základě DPOI nabytá přímo cestou mezinárodní investiční arbitráže. Tito se tak nemusí spoléhat na vnitrostátní soudy hostitelského státu, které jsou do značné míry vyřazeny z rozhodování investičních sporů (přinejmenším v případě zahraničních investorů ze země, která má s hostitelským státem uzavřenou DPOI). Jedná se ve své podstatě o dosti radikální přístup. Na poli mezinárodního práva totiž stále do značné míry platí axiom, podle nějž jednotlivci nejsou plnohodnotným subjektem mezinárodního práva, a proto zásadně nemohou svá práva uplatňovat u mezinárodních soudních orgánů přímo. I pravděpodobně v evropském kontextu nejvýznamnější výjimka z této zásady, řízení o stížnosti na porušení Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod před Evropským soudem pro lidská práva (ESLP), předpokládá předchozí vyčerpání vnitrostátních prostředků nápravy.

1.1.4.1 Výklad práva EU - institut předběžné otázky

Právo EU je v tomto směru podstatně umírněnější. S jistou mírou nadsázky by se dokonce dalo říci, že k věci přistupuje opačným způsobem. Předpokládá totiž, že ve věcech jednotlivců budou rozhodovat a právo EU aplikovat příslušné soudy jednotlivých členských států. To ale v žádném případě neznamená, že by jednotlivci byli, pokud jde

o jejich subjektivní práva přiznaná právem EU, vydání na milost a nemilost členským státům.

Bez ohledu na výše uvedené totiž platí, že monopol na konečný výklad práva EU má nadále SDEU. Toto je v praxi zajištěno především institutem tzv. předběžných otázek. Ten je upraven článkem 267 SFEU takto:

„Soudní dvůr Evropské unie má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se:

a) výkladu Smluv,

b) platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie.

Vyvstane-li taková otázka před soudem členského státu, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku, požádat Soudní dvůr Evropské unie o rozhodnutí o této otázce.

Vyvstane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, jehož rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr Evropské unie.

Vyvstane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, které se týká osoby ve vazbě, rozhodne Soudní dvůr Evropské unie v co nejkratší lhůtě.“

Nejedná se v žádném případě o specifické řízení o opravném prostředku, jehož by mohly strany sporu (jednotlivci) využít. Předložení je naopak plně v rukou příslušného vnitrostátního soudu, který v konkrétní věci potřebuje od SDEU objasnit určitou otázku

práva EU (výklad). SDEU však nemůže danou věc rozhodnout sám, neboť aplikace vyložené normy je již opět v rukou vnitrostátního soudu. Řízení o předběžné otázce je tak založeno na vzájemné spolupráci vnitrostátních soudů se SDEU, při níž se obě zúčastněné instituce vzájemně potřebují k naplnění úlohy jim svěřené.

Předmětem řízení o předběžné otázce je výklad konkrétní normy práva EU a případně též platnost předpisu EU. V prvním případě se může jednat prakticky o kterýkoli pramen práva EU. Druhý případ, prohlašování neplatnosti, je již omezen v tom smyslu, že není možné rozhodovat o platnosti ustanovení primárního práva a dřívějšího rozhodnutí SDEU.

Z hlediska vnitrostátních soudů rozlišuje čl. 267 SFEU dvě modelové situace. První obecný případ spočívá v možnosti každého soudu členského státu¹⁹⁹ předložit předběžnou otázku. Je tedy na vnitrostátním soudu, aby vyhodnotil, zda je pro rozhodnutí v jím projednávané věci nezbytné posouzení otázky práva EU, a předběžnou otázku případně položil. Tato možnost je dána všem soudům členského státu včetně soudů prvního stupně. Vnitrostátní právo jim v tomto nemůže nijak bránit.

Druhá modelová situace se týká v první řadě soudů poslední instance, kteréžto mají přímo povinnost předběžnou otázku podat, vyvstane-li v řízení před nimi otázka výkladu práva EU. Povinnost podat předběžnou otázku dále mají i ostatní vnitrostátní soudy, pokud se jedná o otázku neplatnosti sekundárního aktu EU. O ní totiž může rozhodovat výlučně SDEU²⁰⁰. Pokud tedy vnitrostátní soud hodlá založit své rozhodnutí na tomto

199 K pojmu „soud členského státu“ blíže viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 466 až 469.

200 Rozsudek Soudního dvora ze dne 22. října 1987, *Foto-Frost proti Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, bod 20.

konstatování, musí nejprve takto zajistit prohlášení příslušného aktu EU za neplatný ze strany SDEU.

Porušení povinnosti předložit předběžnou otázku by bylo jednak porušením práva EU. V případě, že by takto došlo ke vzniku škody, odpovídal by za ni daný členský stát (viz kapitola III.2.2.3.2 výše) V případě, že by se v daném členském státě nejednalo o ojedinělý excés, ale o dlouhodobou praxi, bylo by namístě, aby Komise zahájila na základě tohoto postup dle čl. 258 SFEU a členský stát byl případně postižen. Navíc by se však bezpochyby jednalo o porušení práva účastníků řízení před soudem členského státu na spravedlivý proces - odnětí zákonného soudce, jímž je i soudce unijní (čl. 6 EÚLP a čl. 47 LZP). Toto by mohlo být důvodem k podávání stížností k ústavnímu soudu daného členského státu a ESLP pro porušení tohoto základního práva.

Povinnost předložit předběžnou otázku je však relativizována judikaturou SDEU ve věci *CILFIT*²⁰¹, jíž byla formulována doktrína *acte clair* a *acte éclairé*.

SDEU v bodech 12 až 14 svého rozsudku v této věci uvádí:

„12 Položenou otázkou se Corte di Cassazione ptá, zda přesto může být za určitých okolností povinnost stanovená článkem 177 třetím pododstavcem omezena.

13 V této souvislosti je namístě připomenout, že Soudní dvůr prohlásil ve svém rozsudku ze dne 27. března 1963 (spojené věci 28 až 30/62, Da Costa, Recueil s. 75), že ačkoli poslední pododstavec ukládá bez jakéhokoli omezení soudům členského státu, jejichž rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, obrátit se na Soudní dvůr s každou otázkou výkladu před nimi vznesenou, autorita výkladu jím poskytnutého dle čl. 177 může nicméně učinit tuto povinnost bezdůvodnou a zbavit ji tak

²⁰¹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 6. října 1982, *Srl CILFIT a Lanificio di Gavardo SpA proti Ministero della sanità*, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

jejího obsahu. Je tomu tak zejména, když je vznesená otázka obsahově totožná s otázkou, která již byla předmětem rozhodnutí o předběžné otázce v obdobné věci (podtržení provedeno autorem práce).

14 Stejný účinek, pokud jde o omezení povinnosti uložené článkem 177 třetím pododstavcem, může vyplývat z ustálené judikatury Soudního dvora řešící předmětnou právní otázku, ať už bude povaha řízení, z nichž tato judikatura vzešla, jakákoli, a to i v případě, že nebudou zcela identické řešené otázky (podtržení provedeno autorem práce).

15 Nadále však platí, že i za všech těchto okolností zůstává plně zachována svoboda vnitrostátních soudů, včetně těch uvedených v článku 177 třetím pododstavci, předložit věc Soudnímu dvoru, pokud to považují za vhodné.“

Takto byla SDEU formulována doktrína *acte éclairé*, jakožto aktu, jehož výklad byl již ze strany SDEU dostatečně vyjasněn, a předkládání další předběžné otázky již není opodstatněné.

SDEU však ve svém rozboru pokračoval dále v bodech 16 až 19 svého rozhodnutí:

„16 Správné uplatňování práva Společenství může být natolik jednoznačné, že nezůstává žádná důvodná pochybnost o způsobu řešení položené otázky. Než vnitrostátní soud dospěje k závěru, že takováto situace nastala, musí se přesvědčit, že se záležitost jeví stejně jednoznačnou rovněž soudům ostatních členských států a Soudnímu dvoru. Pouze

jsou-li splněny tyto podmínky, může vnitrostátní soud upustit od předložení této otázky Soudnímu dvoru a vyřešit ji na svou vlastní odpovědnost.

17 Existence takovéto možnosti musí být nicméně hodnocena na základě charakteristik práva Společenství a zvláštních obtíží spojených s jeho výkladem.

18 Je třeba v první řadě zohlednit, že jsou texty práva Společenství vypracovávány v několika jazycích a že různé jazykové verze jsou stejně platné. Výklad ustanovení práva Společenství tak předpokládá srovnání jazykových verzí.

19 Dále je třeba poznamenat i v případě přesné shody jazykových verzí, že právo Společenství používá terminologii, která je mu vlastní. Dále je vhodné zdůraznit, že právní pojmy nemají nezbytně stejný obsah v právu Společenství a v různých vnitrostátních právech.“

SDEU takto formuloval doktrínu *acte clair* jakožto aktu, jenž je sám o sobě dostatečně jasný a jako takový by se měl jevit nejenom příslušnému vnitrostátnímu soudu, ale i soudům ostatních členských států a SDEU.

Oba výše uvedené případy jsou výjimkou z jinak kategoricky formulované povinnosti vnitrostátních soudů poslední instance předkládat předběžné otázky týkající se výkladu práva EU. SDEU tímto přispěl k posunu modelu vzájemné spolupráce SDEU a

vnitrostátních soudů k modelu precedenčnímu. Přenesl tak větší míru odpovědnosti na soudy členských států.

1.1.4.2 Inkorporace práva EU do právních řádů členských států

Skutečnost, že aplikace práva EU primárně je (přínejmenším ve věcech jednotlivců) svěřena soudům členských států a tyto přitom postupují podle procesních předpisů svého státu, představuje potenciální riziko pro *effet utile* práva EU. Sám tento právní řád to do jisté míry kompenzuje základními zásadami své inkorporace do právních řádů členských států. Procesní nedostatečnost je tak vynahrazována asertivním způsobem fungování norem práva EU v rámci vnitrostátních právních řádů. Toto je postaveno na zásadách jejich přímého účinku a přednosti před vnitrostátními normami. Obě tyto zásady jsou ve své ucelené podobě formulovány v judikatuře SDEU. Samotné primární právo je výslovně nezakotvuje²⁰².

1.1.4.2.1 Přímý účinek

Přímý účinek znamená, že normy práva EU jsou způsobilé založit práva a povinnosti jednotlivcům přímo jakožto normy evropské bez nutnosti jejich promítnutí do vnitrostátního práva. Jednotlivci se jich tak mohou dovolávat v řízeních před orgány členského státu včetně orgánů soudních. Přímý účinek SDEU dovedl ve svém rozsudku ve věci *Van Gend & Loos*²⁰³. Zásadní přínos tohoto judikátu přitom spočívá především ve způsobu, jakým zásadu přímého účinku pojal. Vyšel ze samostatnosti práva EU a jeho

202 Zásada přednosti není takto zakotvena vůbec a spočívá plně na judikatuře SDEU. Pokusy o promítnutí této judikatury do primárního práva sice proběhly, nebyly však úspěšné (viz čl. I-6 Smlouvy o Ústavě pro Evropu). Nutno však podotknout, že tento neúspěch nic nezměnil na dosavadním stavu judikatury SDEU, a zásada přednosti práva EU a její status v rámci něj zůstávají plně zachovány. Přímá použitelnost ve všech členských státech je článkem 288 SFEU zakotvena pouze, pokud se jedná o nařízení.

203 Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. února 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos proti Nederlandse administratie der belastingen*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

zvláštní povahy. Zásada přímého účinku tak byla zakotvena přímo na základě práva EU nezávisle na právních řádech členských států tuto problematiku upravující (včetně a v daném kontextu především norem ústavních) a relevantní judikatuře jejich soudů, včetně ústavních soudů. SDEU se tak pasoval do role jediného orgánu, který může podávat její konečný výklad. Důvody, které pro takovéto zakotvení zásady přímého účinku SDEU podal, shrnuje Svoboda²⁰⁴ následovně:

- cílem Smluv je vytvoření jednotného trhu, jenž se přímo dotýká nejen států, ale i jednotlivců,
- preambule Smluv jsou adresovány netoliko vládám členských států, ale rovněž jejich národům,
- mechanismy EU se dotýkají nejenom států, ale i jejich státních příslušníků,
- jednotlivci se nepřímo podílejí na rozhodovacím procesu prostřednictvím Evropského parlamentu a Hospodářského a sociálního výboru,
- řízení o předběžné otázce dokazuje, že jednotlivci se mohou dovolávat práva EU před vnitrostátními soudy,
- právo EU zakládá jednotlivcům práva, jež musejí vnitrostátní soudy chránit,
- aspekt přenosu pravomocí: některé pravomoci členských států byly nahrazeny pravomocemi EU, což implikuje, že právních aktů založených na přenesených pravomocích mají možnost se dovolat i státní příslušníci členských států bez ohledu na jejich formální charakter (např. to, že konkrétní ustanovení je formálně adresováno členským státům).

Jak již bylo naznačeno výše v kapitole III.2.1 v rámci pojednání o povaze ustanovení SFEU o volném pohybu kapitálu, neuplatní se zásada přímého účinku absolutně. SDEU ve své judikatuře formuloval dvě obecné podmínky přímého účinku normy práva EU, a to (i) její dostatečná jasnost a přesnost a (ii) bezpodmínečnost (schopnost vyvolat právní účinky bez prováděcího opatření). Judikatura SDEU formulující zásadu přímého účinku

204 SVOBODA, Pavel, *op. cit.*, s. 145.

postupně diferencovala její působnost a uplatnění pro jednotlivé prameny práva EU. Postupně byl takto přiznáván přímý účinek konkrétním ustanovením zakládajících smluv. Byly formulovány podmínky přímého účinku obecných zásad práva EU. Rovněž byl přímý účinek potvrzen v případě aktů sekundárního práva, zejména nařízení. V případě rozhodnutí je diferencováno podle určení adresátů tohoto aktu. Přímý účinek mohou mít za určitých okolností i směrnice. V tomto ohledu je pak obzvláště významné rozlišování mezi horizontálním přímým účinkem (ve vztazích mezi jednotlivci) a vertikálním přímým účinkem (ve vztazích mezi státem a jednotlivcem).

Bližší rozbor výše nastíněného způsobu uplatňování zásady přímého účinku by překračoval potřeby této práce. Lze proto v tomto odkázat na odbornou literaturu věnovanou této tématice²⁰⁵. Pro ochranu zahraničních investic na vnitřním trhu je v tomto ohledu podstatné, že, jak bylo výše rozebráno, je jak čl. 49 SFEU upravující svobodu usazování, tak i současná úprava volného pohybu kapitálu (čl. 63 SFEU) přímo použitelná. Z hlediska DPOI, jež bude EU v budoucnu uzavírat se třetími zeměmi (viz níže), je důležité, že i vnější dohody EU mohou mít přímý účinek, splňují-li výše uvedené podmínky pro jeho uplatnění²⁰⁶.

Effet utile práva EU dále podporuje jeho tzv. nepřímý účinek. Ten doplňuje výše popsanou zásadu přímého účinku a spočívá v povinnosti eurokonformního výkladu vnitrostátního práva. Byl formulován opět SDEU, a to ve věci *Von Colson*²⁰⁷. Významu nabývá zejména v případě norem práva EU, jež nejsou přímo použitelné. Ty na základě

205 TICHÝ, Luboš. *Evropské právo*. 5., přeprac. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014. Academia iuris (C.H. Beck). ISBN 978-80-7400-546-6; SVOBODA, Pavel, *op. cit.*, s. 145 až 155; CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 184 až 224; TOMÁŠEK, Michal, *op. cit.*, s. 65 až 75.

206 Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. září 1987, *Meryem Demirel proti Stadt Schwäbisch Gmünd*, 12/86, ECLI:EU:C:1987:400, bod 14.

207 Rozsudek Soudního dvora ze dne 10. dubna 1984, *Sabine von Colson a Elisabeth Kamann proti Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

něj mají být zohledněny při výkladu vnitrostátního práva tak, aby toto, je-li to možné, neodporovalo právu EU.

I.1.4.2.2 Přednost

Druhou zásadou působící společně se zásadou přímého účinku je zásada přednosti práva EU. Ta se uplatní v případě, že je třeba činit v konkrétní věci volbu mezi aplikací normy práva EU a vnitrostátní normy. Jedná se tedy o případy, kdy je určitá vnitrostátní norma neslučitelná s normou evropskou. V takovém případě má být dána přednost poslední jmenované. Zásada přednosti byla formulována ve věci *Costa*²⁰⁸. SDEU ve svém rozhodnutí opět vyšel z potřeby zajistit *effet utile* práva EU. Přímý účinek práva EU by totiž toto nebyl schopen sám zajistit, pokud by orgány členských států mohly místo přímo uplatnitelné normy práva EU aplikovat s ní neslučitelnou normu vnitrostátní. Aby bylo zajištěno, že se jednotlivci budou moci dovolávat svých subjektivních práv vyplývajících z práva EU ve všech členských státech, bylo zapotřebí doplnit zásadu přímého účinku zásadou přednosti. SDEU přitom i v tomto ohledu zvolil radikální řešení, neboť přímý účinek práva EU měl být uplatnitelný vůči všem vnitrostátním normám, včetně práva ústavního²⁰⁹.

Ze zásady přímého účinku tak orgánům členského státu vyplývá povinnost neaplikovat kolidující normu vnitrostátní a namísto ní užít přímo uplatnitelné normy práva EU, a to z úřední povinnosti. Zásady *lex specialis derogat legi generali* a *lex posterior derogat legi priori* se pro vztah obou norem neuplatní²¹⁰. Vzhledem k tomu, že pro *effet utile* práva EU je neaplikovatelnost vnitrostátní normy dostačujícím řešením, nevyplývá ze zásady přímého účinku její neplatnost či dokonce nicotnost. Další osud vnitrostátní

208 Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1964, *Flaminio Costa proti E.N.E.L.*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

209 Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. prosince 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, body 3 a 4.

210 Rozsudek Soudního dvora ze dne 9. března 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato proti Simmenthal SpA*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

normy je tak ponechán na členském státu a jeho právní řádu. Členský stát však musí zvolit takové řešení, jež není na újmu *effet utile* práva EU.

Předmětem zásady přednosti jsou jak normy primárního práva²¹¹, tak i práva sekundárního (nařízení²¹², rozhodnutí bez adresáta²¹³ i směrnic²¹⁴). Tato zásada se týká též vnějších smluv EU²¹⁵, a bude tak dopadat i na DPOI v budoucnu sjednávané EU.

Ani zásada přednosti však není absolutní. Mezi výjimky z jejího uplatnění bývají řazeny případy jako je porušení EÚLP, nepřiměřené poškození práv třetích osob nebo zneužití práva EU²¹⁶. Z hlediska vztahu práva EU a mezinárodního práva ochrany investic je však v tomto ohledu nejpodstatnější výjimka vyplývající z článku 351 SFEU. Tato výjimka se týká smluv uzavřených členskými státy se třetími zeměmi předtím, než pro prvně jmenované začaly platit zakládající smlouvy (tzv. dřívější smlouvy). Článek 351 pododstavec 1 SFEU zaručuje, že práva a povinnosti vyplývající z dřívějších smluv nebudou dotčena v souvislosti se vznikem členství dotčeného státu v EU. Pododstavec druhý téhož ustanovení však zároveň zakotvuje povinnost dotčeného členského státu využít všech vhodných prostředků k odstranění případných neslučitelností dřívějších

211 Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1964, *Flaminio Costa proti E.N.E.L.*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

212 Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. prosince 1971, *Politi s.a.s. proti Ministero delle Finanze della Repubblica Italiana*, 43/71, ECLI:EU:C:1971:122, bod 9.

213 Rozsudek Soudního dvora ze dne 8. března 1979, *Salumificio di Cornuda SpA proti Amministrazione delle Finanze dello Stato*, 130/78, ECLI:EU:C:1979:60.

214 Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. ledna 1982, *Ursula Becker proti Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7.

215 Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. října 1982, *Hauptzollamt Mainz proti C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 104/81, ECLI:EU:C:1982:362.

216 Blíže viz SVOBODA, Pavel, *op. cit.*, s. 143 a 144.

smluv s právem EU. Význam článku 351 SFEU z hlediska DPOI uzavřených členskými státy je dále rozebrán níže v kapitole V.1.3.1.1.

Zásada přednosti tak, jak byla SDEU koncipována, tj. dopadající stejnou měrou i na ústavní předpisy jednotlivých členských států, samozřejmě byla a do značné míry stále je pro nejvyšší soudy členských států obtížně přijatelná²¹⁷. Zásadním problémem v tomto ohledu se stala otázka ochrany lidských práv a základních náležitostí svrchovaného demokratického právního státu. Výjimkou v tomto ohledu není ani Ústavní soud ČR, jenž svůj postoj shrnul ve svém nálezu ve věci *Cukerné kvóty III. "Potud, pokud"* následovně:

„Toto propůjčení části pravomocí je ovšem podle Ústavního soudu propůjčením podmíněným, neboť originárním nositelem suverenity a z ní vyplývajících pravomocí nadále zůstala Česká republika, jejíž suverenitu konstituuje nadále čl. 1 odst. 1 Ústavy. Podle něho je Česká republika svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana. Ona podmíněnost delegace těchto pravomocí se podle Ústavního soudu projevuje ve dvou rovinách: v rovině formální a v rovině materiální. První z těchto rovin se týká samotných mocenských atributů státní svrchovanosti, druhá rovina se týká obsahových komponent výkonu státní moci. Jinak řečeno, delegace části pravomocí vnitrostátních orgánů může trvat potud, pokud tyto pravomoci jsou orgány ES vykonávány způsobem slučitelným s uchováním základů státní suverenity České republiky a způsobem, jenž neohrožuje samotnou podstatu materiálního právního státu. Pokud by jedna z těchto podmínek realizace přenosu pravomocí nebyla naplněna, tj. pokud by vývoj v ES, resp. EU ohrožoval samotnou podstatu státní svrchovanosti České republiky nebo podstatné náležitosti demokratického právního státu, bylo by třeba trvat na tom, aby se těchto pravomocí opětovně ujaly vnitrostátní orgány České republiky, přitom platí, že k ochraně ústavnosti je povolán Ústavní soud (čl. 83 Ústavy). Řečené platí v dimenzi formální v rámci platné ústavní úpravy. Pokud jde

²¹⁷ Již výše byla zmiňována judikatura Solange německého Spolkového ústavního soudu (viz pozn. pod čarou č. 154); podrobný rozbor přijetí zásady přímého účinku v jednotlivých členských státech viz CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA, *op. cit.*, s. 278 až 309.

o podstatné náležitosti demokratického právního státu, ty podle čl. 9 odst. 2 Ústavy leží dokonce i mimo dispozice samotného ústavodárce. Ústavní soud již ve svém prvním nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/93 (Sbírka rozhodnutí, svazek 1, nález č. 1; vyhlášen pod č. 14/1994 Sb.) týkajícím se zákona o protiprávnosti komunistického režimu a o odporu proti němu konstatoval, že konstitutivní principy demokratické společnosti v rámci ústavy jsou postaveny nad zákonodárnou pravomoc a tím ultra vires Parlamentu. V dalším nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/01 (Sbírka rozhodnutí, svazek 26, nález č. 80; vyhlášen pod č. 403/2002 Sb.) Ústavní soud uvedl, že žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod.“²¹⁸ (podtržení provedeno autorem práce).

Soudy řady členských států tak dodnes podřizují aplikaci práva EU přinejmenším tzv. materiálnímu ohnisku ústavy²¹⁹. SDEU něco takového sice formálně odmítá. Jak však bylo popsáno výše v kapitole III.2.3, přijal zároveň ochranu hodnot, jež toto materiální ohnisko tvoří, za svou v podobě obecných zásad práva EU. SDEU svůj postoj shrnul ve svém rozhodnutí ve věci *Internationale Handelsgesellschaft* takto:

„3 Využití pravidel a právních pojmů vnitrostátního práva k hodnocení platnosti aktů přijatých orgány Společenství by mělo za následek narušení jednotnosti a účinnosti práva Společenství. Platnost takovýchto aktů může být hodnocena pouze na základě práva Společenství. Právu vzešlému ze Smlouvy, samostatného zdroje, nemohou z důvodu jeho povahy právně odporovat pravidla vnitrostátního práva, ať už jakákoli, aniž by tím byl zpochybněn samotný právní základ Společenství. Uplatňování porušení základních práv, jak jsou formulována ústavami členských států, nebo zásad vnitrostátního ústavního

²¹⁸ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 8. března 2006, sp. zn. Pl.ÚS 50/04, *Cukerné kvóty III. "Potud, pokud"*, 154/2006 Sb., ECLI:CZ:US:2006:Pl.US.50.04.

²¹⁹ K tomuto blíže viz MOLEK, Pavel. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?*. Brno: Masarykova univerzita, 2014. ISBN 978-80-210-7435-4.

uspořádání nemůže mít vliv na platnost aktu Společenství nebo jeho účinek na území tohoto členského státu.

4 Je nicméně třeba zkoumat, zda nebyla porušena některá z obdobných záruk vlastní právu Společenství. Dodržování základních práv je totiž nedílnou součástí obecných zásad práva, jehož dodržování zajišťuje Soudní dvůr. Ochrana těchto práv, jež je inspirována ústavními tradicemi společnými členskými státy, musí být zajištěna v rámci struktury a cílů Společenství.“²²⁰.

Třetí plochy mezi SDEU a ústavními soudy jednotlivých členských států se tak, pokud jde o zásadu přednosti práva EU, podařilo v praxi do značné míry obrousit.

1.1.4.3 Spory z investic před SDEU

Výše uvedený model, podle nějž se jednotlivci mají dovolávat svých subjektivních práv vyplývajících z práva EU prostřednictvím vnitrostátních soudů, nemůže být aplikován absolutně. Vnitrostátní soudy nejsou z podstaty některých věcí práva EU disponovány o těchto rozhodovat. V takovýchto případech je proto připouštěno, aby jednotlivci uplatňovali svá práva přímo. Vzhledem k jejich omezenému přístupu k SDEU jsou někdy proto označováni za tzv. neprivilegované žalobce, když z hlediska přístupu jsou obecně privilegovanými členské státy a vybrané orgány EU.

Jednotlivci takto mohou podávat žaloby na neplatnost právních aktů EU, na nečinnost orgánů EU a o náhradu škody způsobenou EU. SDEU dále rozhoduje zaměstnanecké věci

²²⁰ Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. prosince 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

personálu EU. Pravomoc SDEU rozhodovat ve věcech jednotlivců též může být založena rozhodčí doložkou (čl. 272 SFEU).

Srovnání s klasickou investiční arbitráží, v níž jsou standardně rozhodovány spory mezi investory a členskými státy, snese z těchto řízení pouze řízení o náhradě škody způsobené EU. Je tomu tak vzhledem obdobnosti předmětu řízení - náhrada újmy vzniklé zásahem veřejné moci. I možnosti řízení o náhradě škody způsobené EU jakožto procesního prostředku ochrany investic jsou však značně omezené, vzhledem k tomu, že se takto lze domáhat pouze náhrady škody, za níž odpovídá samotná EU (viz kapitola III.2.3.3.1). Jak již bylo zmíněno výše, leží uplatňování práva EU do značné míry na bedrech členských států. V takovýchto případech však mohou být činěny odpovědnými za škodu vzniklou na základě porušení práva EU právě členské státy a nikoli EU samotná (viz kapitola III.2.3.3.2). K řešení případných sporů takto vzniklých zakládající smlouvy neupravují zvláštní řízení před SDEU. Uplatní se tak výše popsany model, podle něž rozhodují příslušné soudy daného členského státu s možností, resp. povinností, využít mechanismus předběžných otázek.

II. Srovnání ochrany investic dle práva EU a prostřednictvím DPOI

Rozdíly mezi právem EU a mezinárodním právem ochrany investic založeném na soustavě DPOI jsou ve vztahu k zahraničním investicím a jejich ochraně dány již samotným účelem obou právních režimů. Mezinárodní právo ochrany investic se vyvinulo jako obor mezinárodního práva veřejného, jehož účelem bylo chránit majetkové zájmy zahraničních investorů - příslušníků některého ze smluvních států DPOI. Podpora investic vedoucí ke zvyšování kapitálových toků mezi smluvními státy byla přidávána až

postupně v průběhu 90. let minulého století a je spíše charakteristická pro DPOI založené na americkém modelu než pro DPOI evropské. Režim DPOI proto tíhne spíše ke statickému vnímání investic jakožto majetkových hodnot zahraničního investora, jež jsou předmětem ochrany.

Primární zaměření je tedy na ochranu investic v postinvestiční fázi. Tato je realizována v pravé řadě prostřednictvím ochrany před vyvlastněním. Dále je postavena na souboru základních standardů zacházení se zahraniční investicí, jenž tvoří zejména standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení, záruky plné ochrany a bezpečnosti, zákaz svévolných a diskriminačních opatření a tzv. zastřešující doložka. Ochranu před diskriminací dále zajišťují i doložky národního zacházení a nejvyšších výhod. Tyto standardy jsou formulovány poměrně volně. Existuje tak značný prostor pro dotváření práva prostřednictvím judikatury rozhodčích soudů. Takto konstruovaný režim je navíc dostatečně flexibilní, aby se mohl přizpůsobovat neustále se měnícím podmínkám světové ekonomiky.

Právní úprava EU týkající se ochrany investic oproti tomu vznikala jakožto prostředek pro budování vnitřního trhu. Pozornost tak byla od počátku upřena především na odstraňování překážek realizace jeho čtyř základních svobod. Investic tak byly pojmány primárně dynamicky jakožto kapitálové toky. Samotná ochrana zahraničních investic nebyla vzhledem k výše uvedenému pojmána jako konečný účel, ale spíše jako prostředek k zajištění realizace zejména svobody usazování a volného pohybu kapitálu. Pozornost práva EU je proto soustředěna především na fázi zahraničních investic, jež je v terminologii mezinárodního práva ochrany investic označována jako preinvestiční. Vzhledem k míře integrace ekonomik členských států a starosti SDEU o *effet utile* práva EU se však jeho prointegrační přístup promítl i do poměrně širokého pojetí překážek volného pohybu. Díky tomu režim práva EU plní i ochrannou funkci typickou pro DPOI. Za překážky volného pohybu jsou totiž považována nejenom opatření členských států mu přímo bránící, ale i opatření způsobilá jej učinit méně atraktivním. Právo EU v tomto ohledu velmi staví na zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti (čl. 18 SFEU a

čl. 21 odst. 2 LZP). Ten je v něm hluboko zakořeněn, neboť je základním předpokladem fungování vnitřního trhu a projektu integrace jako takového. Právo EU se v tomto ohledu ukázalo být vysoce efektivní a dosažené standardy ochrany před diskriminací na základě státní příslušnosti v mnohém předčí samotné DPOI. Lze tak shrnout, že v oblastech, které jsou stejně podstatné jak z hlediska ochrany zahraničních investic samotné, tak i z hlediska fungování vnitřního trhu evropské právo dosahuje vyšších standardů ochrany než režim DPOI. Právě podřízení ochrany zahraničních investic budování vnitřního trhu ovšem způsobuje, že právní úprava EU nedosahuje co do komplexnosti a šíře ochranného režimu v postinvestiční fázi kvalit DPOI. Obecné zásady práva EU lze sice v některých případech srovnávat se standardy zacházení se zahraničními investicemi. Posledně zmíněné jsou však logicky z hlediska potřeb investorů adresnější a s výše zmiňovanou výjimkou zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti i propracovanější.

Největší rozdíly mezi oběma právními režimy však existují po procesní stránce. DPOI v tomto směru staví na modelu investičních arbitráží. Toto flexibilní řešení umožňuje, aby rozhodování investičních sporů bylo zajišťováno na hostitelském státu nezávislým fórem. Řízení probíhá podle rozhodčích pravidel té které rozhodčí instituce, nikoli podle procesních předpisů hostitelského státu. Formální rovnost stran může být díky tomu zajišťována již při určování personálního obsazení rozhodčího senátu. I výkon nálezů rozhodčích soudů probíhá v režimu příslušných mezinárodních instrumentů (Úmluvy ICSID nebo Newyorské úmluvy). Tento způsob řešení sporů z investic je sice poměrně nákladný. Díky své flexibilitě a nezávislosti na hostitelských státech je však investory obecně považován za velmi funkční a důvěryhodné řešení.

Uplatňování práva EU, včetně řešení sporů týkajících se ochrany zahraničních investic, je naopak primárně v rukou soudů členských států. Řízení probíhá podle procesních pravidel dotčeného členského státu. Právo EU v tomto směru stanoví pouze základní požadavky, jež mají zajistit, aby *effet utile* práva EU nebyl podříván procesním zajištěním řešení sporů jich se týkajících. Subjektivní práva zahraničních investorů zaručená právem EU by tak zásadně neměla být hůře vymahatelná než obdobná

subjektivní práva vyplývající z vnitrostátního práva. Zapojení SDEU do rozhodování se zásadně děje až druhotně prostřednictvím institutu předběžných otázek pokládaných vnitrostátními soudy. Na základě nich však SDEU pouze vykládá právo EU, aniž by přímo rozhodoval v konkrétní věci. Byť jistě nelze podceňovat význam výkladu práva pro rozhodnutí ve věci samé, má toto „poslední slovo ve věci“ vnitrostátní soud a SDEU toto nemůže přezkoumávat ani na základě opravného prostředku.

Z tohoto sice existují výjimky, na základě nichž se i investor jakožto jednotlivec může obrátit na SDEU přímo. Ani v těchto případech však nelze hovořit o dosažení vyšší úrovně formální rovnosti investora s hostitelským subjektem. Z hlediska ochrany zahraničních investic je v tomto ohledu významné především řízení o odpovědnosti EU za škodu způsobenou jednotlivci. Vzhledem k tomu, že ale v tomto případě bude o odpovědnosti EU rozhodovat SDEU, tedy její vlastní orgán, jedná se v podstatě o unijní obdobu řešení investičních sporů soudy hostitelského státu.

III. Ochrana zahraničních investic ve vztahu ke třetím zemím

Polemiky, které se vedly o obsahu Lisabonské smlouvy, resp. Smlouvy o Ústavě pro Evropu, se týkaly především institucionální struktury EU. Celkem nepovšimnuta však prošla změna ve vymezení společné obchodní politiky, jež je jednou z oblastí výlučné pravomoci EU. Do tohoto vymezení obsaženém v článku 207 odst. 1 SFEU totiž přibyl

pojem „přímé zahraniční investice“. Dopady této zdánlivě nevýznamné změny však nelze v žádném případě podceňovat.

Evropská unie a její členské státy jsou světově nejvýznamnějším zdrojem a zároveň příjemcem přímých zahraničních investic²²¹. Ruku v ruce s faktickým ekonomickým významem Evropy v tomto ohledu jde i skutečnost, že to byly právě evropské státy, kdo si jako první po druhé světové válce uvědomil nezbytnost vybudování nového mezinárodního rámce ochrany investic (viz kapitola II.1 Nástup moderních DPOI). Evropa tedy má jak rozsáhlé zkušenosti s budováním současného mezinárodního práva ochrany investic, tak i patřičný ekonomický potenciál a EU může důvodně aspirovat, aby se na tomto poli stala klíčovým hráčem.

Abychom pochopili význam změn zavedených Lisabonskou smlouvou v oblasti ochrany zahraničních investic, je třeba nejprve analyzovat, jaká na tomto poli byla situace předtím, než nabyla účinnosti.

III.1 Stav před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy

Před Lisabonskou smlouvou EU, resp. ES, neměla ve věcech zahraničních investic výlučnou pravomoc. Zakládající smlouvy ve svém předlisabonském znění neobsahovaly ve vztahu k této problematice obdobné ustanovení, jakým je nyní článek 207 SFEU. Jeho předchůdce, článek 133 N-SES, totiž přímé zahraniční investice nijak nezmiňoval, a tak

²²¹ *Towards a comprehensive European international investment policy*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2010)343 final [online]. In: . Brusel, 2010, s. 12 [cit. 2016-04-25]. Dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf

na základě zásady svěřených pravomocí měly v těchto věcech uplatňovat svou pravomoc členské státy²²².

Evropská komise toto vnímala jako svůj handicap při sjednávání dohod WTO, které byť primárně obchodní povahy se související otázky zahraničních investic nevyhnutelně dotýkaly. Společná obchodní politika přitom spadala do kompetence Unie, resp. Společenství, již od samého počátku projektu evropské integrace. Původně měla sloužit k uzavírání dohod o clech a obchodu. SDEU však příslušná ustanovení zakládajících smluv pojal jako flexibilní rozhraní mezi neustále se vyvíjející mnohostrannou úpravou mezinárodního obchodu a režimem panujícím na vnitřním trhu²²³. Evropská komise se tohoto snažila využít pro rozšiřování kompetencí EU i do oblasti ochrany zahraničních investic. Konkrétně se dovolávala doktríny implicitních pravomocí, formulované SDEU ve věci AETR²²⁴ a dále v posudku 1/76²²⁵. Na základě ní se snažila SDEU přesvědčit o pravomoci Společenství uzavírat dohody WTO bez nutnosti přímé participace členských států. SDEU nicméně toto odmítl a konkrétně zdůraznil, že členské státy nesvěřily EU pravomoc uzavřít Všeobecnou dohodu o obchodu službami (GATS)²²⁶. Dohody WTO proto byly nadále uzavírány jako tzv. smíšené dohody, jejichž signatáři jsou kromě EU i členské státy. Podobně ve své posudku 2/92 SDEU zaujal stanovisko, že pravidlo národního zacházení, jež se věcně týká přímých zahraničních investic, se pouze částečně týká též mezinárodního obchodu s nečlenskými státy. Na základě tohoto pak konstatoval, že článek 113 J-SEHS (společná obchodní politika) nedává Komisi výlučnou

222 Viz kapitola III.1.4.7 Lisabonská smlouva.

223 BUNGENBERG, Marc, *op. cit.*, s. 673.

224 Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. října 1970, *Evropská dohoda o silniční dopravě (AETR)*, 22/70, ECLI:EU:C:1971:32.

225 Posudek Soudního dvora ze dne 26. dubna 1977, 1/76, ECLI:EU:C:1977:63.

226 Posudek Soudního dvora ze dne 15. listopadu 1994, *Pravomoc Společenství uzavřít mezinárodní dohody v oblasti služeb a ochrany duševního vlastnictví - Řízení na základě čl. 228 odst. 6 Smlouvy o ES*, 1/94, ECLI:EU:C:1994:384, body 41-47.

pravomoc (*does not confer exclusive competence on the Commission*) (*sic*), aby se podílela na Třetím revidovaném rozhodnutí OECD o národním zacházení²²⁷.

Uruguayské kolo mnohostranných obchodních jednání²²⁸, následné dohody WTO a neúspěšný projekt Mnohostranné dohody o investicích (*Multilateral Agreement on Investment - MAI*)²²⁹ nicméně ukázaly na silné propojení mezi obchodem a investicemi. V reakci na to začala EU ve stále větší míře zahrnovat do jí sjednávaných obchodních dohod ustanovení věnovaná problematice investic. Tyto byly bez výjimky uzavírány jako smíšené dohody, a kompetenční otázka tak nebyla nastolována. Příkladem takto uzavíraných dohod je Smlouva o Energetické chartě nebo dohoda o volném obchodu s Čile, jež nabyla účinnosti v únoru 2003.

III.1.1 Extraunijní DPOI v judikatuře SDEU

Pozornosti Komise a SDEU ovšem v období před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy neunikly ani DPOI uzavírané jednotlivými členskými státy s jejich partnery mimo EU. V roce 2004 Komise začala zkoumat, zda některé DPOI uzavřené Dánskem, Finskem, Rakouskem a Švédskem s nečlenskými státy EU nebyly v rozporu s právem EU²³⁰. Potenciální konflikt Komise vnímala především v doložkách o volném převodu plateb souvisejících s investicí, jež byly do daných DPOI zahrnuty. Evropské právo sice již v té době garantovalo širokou svobodu v tomto směru realizovanou na základě volného pohybu kapitálu a plateb. Zároveň ovšem pamatovalo na možnost zavedení mimořádných

227 Posudek Soudního dvora ze dne 24. března 1995, 2/92, ECLI:EU:C:1995:83, kapitola IV, body 7-11.

228 8. kolo mnohostranných obchodních jednání vedených v rámci Všeobecné dohody o clech a obchodu (GATT) mezi lety 1986 až 1994. Zahrnovalo 123 zemí a vedlo k vytvoření Světové obchodní organizace (WTO).

229 Viz kapitola II. výše.

230 VIS-DUNBAR, Damon. European Governments defend BITs in lawsuit brought by EU Executive Branch. In: *Investment Treaty News* [online]. International Institute for Sustainable Development, 2007 [cit. 2016-04-29]. Dostupné z: http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_mar16_2007.pdf

omezujících opatření Radou pro transfery do nečlenských států a z nich. Právě možnosti realizace těchto mimořádných omezujících opatření měla být dle Komise na újmu ustanovení DPOI o volném převodu plateb souvisejících s investicí. Tehdejší článek 307 N-SES (dnešní článek 351 SFEU) přitom stanovil:

„Práva a povinnosti vyplývající ze smluv uzavřených před 1. lednem 1958 nebo pro přistupující státy přede dnem jejich přistoupení mezi jedním nebo několika členskými státy na jedné straně a jedním nebo několika třetími zeměmi na straně druhé nejsou touto smlouvou dotčeny.

Pokud jsou uvedené smlouvy neslučitelné s touto smlouvou, použije příslušný členský stát či členské státy všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. V případě potřeby si členské státy poskytnou vzájemnou pomoc k dosažení tohoto cíle a zaujmou případně společný postoj.“

Evropské právo tak nemá a priori přednost před závazky, jež členské státy převzaly před přistoupením. Členské státy ale mají na druhou stranu povinnost použít všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností včetně případného ukončení daných smluv.

Dánsko v reakci na notifikaci ze strany Komise oznámilo, že předmětnou DPOI ukončí. Zbylé členské státy se však k podobným krokům stavěly rezervovaně, a Komise proto proti nim zahájila řízení před SDEU. Argumentace Švédska a Rakouska spočívala na tezi, že, dokud se Společenství neuchýlí k přijetí případných opatření omezujících volný pohyb kapitálu a plateb, nemůže existovat ani Komisí vytýkaná inkompatibilita daných DPOI s právem EU. SDEU však tento jejich přístup odmítl a v odůvodnění svého rozhodnutí uvedl, že „je nezbytné, aby opatření omezující volný pohyb kapitálu mohla

být v případě, že budou Radou přijata, okamžitě uplatňována“²³¹ a dále že „lhůty související s jakýmkoli mezinárodním jednáním, které jsou nutné k novému projednání dotčených dohod, jsou svou povahou neslučitelné s užitečným účinkem těchto opatření“²³². Na základě toho pak konstatoval, že Rakousko a Švédsko porušili povinnosti jim plynoucí z článku 307 N-SES. Nespokojil se však pouze s tímto. SDEU dále konstatoval následující:

„Je třeba doplnit, že jak vyplývá z rozsudku vydaného dnešního dne [...], neslučitelnosti se Smlouvou, ke kterým vedou investiční dohody uzavřené s třetími státy, které brání uplatňování omezení pohybu kapitálu a plateb, která může Rada přijmout na základě čl. 57 odst. 2 ES, článku 59 ES a čl. 60 odst. 1 ES, se neomezují na členský stát žalovaný v projednávané věci.“²³³ (podtržení provedeno autorem práce).

SDEU tak celkem jednoznačně poukázal na skutečnost, že i ostatní státy a jimi uzavřené DPOI trpěly obdobnými nedostatky, pokud obsahovaly obdobné doložky o volném převodu plateb souvisejících s investicí. Nepřímo tak Komisi vybědl k další aktivitě na tomto poli.

Finsko stavělo svou argumentaci poněkud jiným způsobem. Dovolávalo se totiž ustanovení obsaženého v daných dohodách, které zaručovalo ochranu investic v mezích právních předpisů smluvní strany. Vzhledem k tomu, že právo EU bylo nedílnou součástí práva Finska, měla tato doložka zajišťovat, že závazky Finska z předmětných DPOI

231 Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. března 2009 ve věci C-205/06, bod 36; rozsudek Soudního dvora ze dne 3. března 2009 ve věci C-249/06, bod 37.

232 Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. března 2009 ve věci C-205/06, bod 39; rozsudek Soudního dvora ze dne 3. března 2009 ve věci C-249/06, bod 40.

233 Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. března 2009 ve věci C-205/06, bod 43; rozsudek Soudního dvora ze dne 3. března 2009 ve věci C-249/06, bod 43.

vyplývající budou vždy vykládány tak, aby byly v souladu s právem EU, tedy i článkem 307 N-SES. SDEU argumentaci Finska odmítl a uvedl k tomuto:

„Otázka, zda smluvní ustanovení, které zaručuje ochranu investic v mezích právních předpisů smluvní strany, obsažené v dotčených dvoustranných dohodách umožňuje jedné či druhé smluvní straně omezit platby na základě rozhodnutí – národních či jiných – přijatých po vstupu dohod v platnost, je v této souvislosti přinejmenším diskutabilní, zvláště, když některé dohody upřesňují rovněž, že každá smluvní strana musí jednat „v souladu s mezinárodním právem“.

Nezdá se tak, že by ustanovení dotčených dvoustranných dohod, o která se opírá Finská republika, když uvádí, že je případně, na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, schopna zcela splnit své povinnosti vyplývající z práva Společenství, které mohou vyplynout z přijetí opatření Rady omezujících volný pohyb kapitálu, zaručovala, že tomu tak skutečně bude, jelikož výklad uvedených ustanovení je příliš neurčitý, a v důsledku toho totéž platí i o jejich působnosti a účincích.

Z toho vyplývá, že ustanovení dotčených dvoustranných dohod, kterých se dovolává Finská republika, nedostačují k zajištění slučitelnosti dohod zpochybňovaných Komisí s článkem 307 ES.“²³⁴.

Na základě výše uvedených rozhodnutí SDEU lze konstatovat, že Unie měla již před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy pravomoc v oblasti ochrany zahraničních investic a že toto muselo být členskými státy respektováno, byť ji Unie v dané době nevykonala. Výše uvedené reflektovaly i nečlenské země. Spojené státy americké u příležitosti východního rozšíření EU zahájily v tomto smyslu jednání s Komisí o potřebných změnách DPOI uzavřených s přistupujícími státy. Výsledkem bylo memorandum

234 Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. listopadu 2009 ve věci C-118/07, body 41-43.

o porozumění mezi Spojenými státy americkými, Komisí a přístupujícími státy. Na základě něj pak došlo k úpravám dotčených DPOI. Podobným způsobem následně postupovala též Kanada²³⁵.

III.1.2 Minimální platforma pro investice pro dohody EU o volném obchodu

Výše načrtnutý rámec sdílení pravomocí mezi EU a členskými státy se uplatňoval až do přijetí Lisabonské smlouvy. Během jeho uplatňování byla Radou přijata Minimální platforma pro investice pro dohody EU o volném obchodu (*Minimum platform on investment for EU FTAs*, Platforma), jež měla sloužit jako východisko pro sjednávání mezinárodních dohod Komisí, jež se dotýkaly problematiky zahraničních investic. Věcná působnost Platformy se nicméně omezovala na opatření týkající se usazování. Nezahrnovala proto opatření týkající se vyvlastnění a rozhodování sporů z investic²³⁶.

Platforma byla významným pokusem Unie o ucelený přístup k problematice zahraničních investic. Jako taková svědčila o jejím vzrůstajícím zájmu o tuto oblast, a byla tak jistou předzvěstí jejího zahrnutí do rámce společné obchodní politiky. Sama o sobě však mohla jen stěží vést ke změně dělby pravomocí mezi ES a členskými státy, neboť se nejednalo o právní dokument v pravém slova smyslu, ale spíše o dokument politický. Platforma ostatně nebyla nikdy ani oficiálně publikována.

Nutno dodat, že v době, kdy byla Platforma připravována, již EU realizovala své poměrně ambiciózní záměry na poli ochrany zahraničních investic. Příkladem tohoto může být dohoda o přidružení mezi EU a Čile uzavřená roku 2002, jež zahrnovala i komplexní dohodu o volném obchodu. Tato dohoda je široká a komplexní a pokrývá všechny oblasti

235 SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. *The European Journal of International Law* [online]. 2011, 21(4) [cit. 2016-04-28]. ISSN 1464-3596. Dostupné z: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/4/1049.full#xref-fn-8-1>

236 Viz SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG, *op. cit.*

obchodních vztahů mezi EU a Čile. Upravuje též například standard národního zacházení, a to jak pro fázi před vstupem, tak i po vstupu. V říjnu 2008 podepsala EU dohodu o hospodářském partnerství (Economic Partnership Agreement, EPA) s 13 zeměmi uskupení CARIFORUM, jimiž jsou Antigua a Barbuda, Bahamy, Barbados, Belize, Dominika, Dominikánská republika, Grenada, Jamajka, Svatá Lucie, Svatý Kryštof a Nevis, Svatý Vincenc a Grenadiny, Surinam, Trinidad a Tobago a Guyana. Ta zahrnuje mimo jiné i kapitolu věnovanou liberalizaci investic. EU dále již v období před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy začala jednat o uzavírání dalších komplexních mezinárodních smluv, jež měly obsahovat též ujednání týkající se ochrany investic. Lze tak zmínit například jednání s Indií o uzavření dohody o volném obchodu, jež započala roku 2007²³⁷. Rovněž jednání s Kanadou, která vedla po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy k uzavření komplexní hospodářské a obchodní dohody (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA), EU formálně zahájila již 6. května 2009²³⁸.

III.1.3 Intraunijní DPOI

Specifickou kategorií DPOI z hlediska práva EU tvoří tzv. intraunijní DPOI, jež upravují režim ochrany investic mezi členskými státy EU. Dochází tak překryvu tohoto režimu s režimem panujícím na vnitřním trhu. Vzhledem k tomu, že DPOI ze své podstaty slouží k vytvoření zvláštního režimu ochrany pro příslušníky signatářských států, zatímco právo EU nastoluje režim rovnosti mezi příslušníky všech členských států, jsou s ním intraunijní DPOI potenciálně neslučitelné. Evropská komise v tomto ohledu dlouhodobě zdůrazňovala, a to už před přijetím Lisabonské smlouvy, že investoři z členských států EU požívají ochrany vyplývající přímo z práva EU a jím upraveného zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti. Jakýkoli zvláštní režim DPOI je dle Komise z tohoto

237 Pro bližší informace viz <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/india/> [cit. 28-04/2016].

238 Viz zpráva Komise KOM(2009)592 o jednáních týkajících se přístupu podniků Společenství na trhy třetích zemí v oblasti působnosti směrnice 2004/17/ES, s. 17.

důvodu nadbytečný a vede k fragmentaci jednotného trhu²³⁹. Pokud jde o vztah intraunijních DPOI a práva EU, založila Komise svůj přístup na zásadě přednosti práva EU²⁴⁰.

V současné době je účinných zhruba 200 takovýchto DPOI²⁴¹. Mnohé z nich byly uzavřeny v době, kdy alespoň jedna ze smluvních stran nebyla členským státem EU. Jejím vstupem do EU sice došlo ke změně podmínek působení daných DPOI. To ale nezabránilo investorům, aby se jich i nadále dovolávali, považovali-li to za účelné, a případně na základě nich zahajovali investiční arbitráže, byť právo EU pro tyto případy předpokládalo řešení sporů před soudy daného členského státu²⁴². Z hlediska práva EU tato praxe proto představovala spekulativní výběr jurisdikce (*forum shopping*) směřující k vyloučení jeho norem o soudní příslušnosti. V konečném důsledku tak byla vyloučena i jurisdikce SDEU, jemuž by jinak příslušelo rozhodovat o předběžných otázkách případně předkládaných soudy členských států²⁴³.

V roce 2006 na tento stav upozornila Evropská komise ve své neformální zprávě Hospodářskému a finančnímu výboru Rady (HFV). V této zprávě se mimo jiné uvádí:

„Zdá se, že v rámci jednotného trhu není potřeba dohod tohoto druhu a jejich právní charakter po přistoupení není zcela jasný. Zdá se, že většina jejich obsahu je

239 Tisková zpráva Evropské komise IP/15/5198, *Komise vyzývá členské státy k ukončení platnosti jejich dvoustranných dohod o investicích v rámci EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2015 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_cs.htm

240 VON KRAUSE, Christophe. *The European Commission's Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration* [online]. In: . Kluwer Arbitration Blog, 2010 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>.

241 *Ibid.*

242 SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG, *op. cit.*

243 VIS-DUNBAR, Damon. EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties. In: *Investment Treaty News* [online]. 2009 [cit. 2016-04-30].

po přistoupení příslušného členského státu nahrazena právem Společenství.“²⁴⁴ (přeloženo autorem práce).

Je však třeba uvést, že snaha Komise v dané době vyšla víceméně naprázdno, protože členské státy odmítli její výtky reflektovat²⁴⁵. Obavy Komise se tak naplnily, když následně proběhlo několik investičních arbitráží na základě intraunijních DPOI, v nichž byla nastolena i otázka jejich kompatibility s právem EU a tato byla posouzena, aniž SDEU dostal možnost zaujmout stanovisko. Lze tak zmínit případ *Eastern Sugar v. Česká republika* (DPOI ČR-Nizozemí), v němž se Česká republika dovolávala skutečnosti, že všechny její intraunijní DPOI byly implicitně ukončeny jejím přistoupením k EU²⁴⁶. Rozhodčí soud tuto argumentaci odmítl a rozhodl ve prospěch žalobce. Podobný scénář se opakoval i ve věci *Binder v. Česká republika*²⁴⁷ (DPOI ČR-Německo), byť v tomto případě rozhodčí soud nakonec (z jiných důvodů) rozhodl ve prospěch ČR.

V září 2008 se Komisi podařilo vstoupit jakožto *amicus curiae* do dvou investičních arbitráží vedených proti Maďarsku na základě Smlouvy o Energetické chartě (*AES v. Maďarsko*²⁴⁸ a *Electrabel v. Maďarsko*²⁴⁹). Posuzování případného rozporu právního

Dostupné z: <http://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>

244 VIS-DUNBAR, Damon. EU Members review intra-European BITs in light of potential overlap with EU law. In: *Investment Treaty News* [online]. Brusel: Evropská komise, 2007 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_june30_2007.pdf

245 SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG, *op. cit.*

246 *Eastern Sugar BV (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC No. 088/2004 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-rozhodcich-nalezu/2007/eastern-sugar-v-ceska-republika-20872>

247 *Binder v. Česká republika*, [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4214.pdf>

248 *AES Summit Generation Limited a AES-Tisza Erömü Kft v. Maďarská republika*, ICSID sp. zn. ARB/07/22. Dostupné v anglickém jazyce z: <http://www.italaw.com/cases/193>

249 *Electrabel S.A. v. Maďarská republika*, ICSID sp. zn. ARB/07/19. Dostupné v anglickém jazyce z:

<http://www.italaw.com/cases/380>

režimu Smlouvy o Energetické chartě s právem EU a jejich vzájemného vztahu bylo tedy o to delikátnější, neboť sama EU sehrála klíčovou roli při sjednávání Smlouvy o Energetické chartě a je jejím signatářem²⁵⁰. Spory v obou případech vznikly v návaznosti na požadavky maďarské vlády, aby státem vlastněná společnost ukončila dlouhodobé smlouvy o výkupu elektřiny, jež byly uzavřeny ještě před přístupem Maďarska k EU. Maďarská vláda takto postupovala v návaznosti na rozhodnutí Komise ze dne 4. června 2008²⁵¹, podle nějž tyto smlouvy představovaly protiprávní státní podpory. Maďarsko proto v obou arbitrážích zakládalo svou obranu na tvrzení, že ukončení předmětných smluv bylo nezbytné, protože Komise konstatovala jejich neslučitelnost s právem EU. Komise ve svém podání toto potvrdila s tím, že by dané smlouvy o výkupu elektřiny mohly vést k nepřipustnému omezení hospodářské soutěže na vnitřním trhu. Upřednostnila přitom režim práva EU před ochranným režimem Smlouvy o Energetické chartě, přičemž vyšla ze zásady přednosti práva EU nad právním režimem intraunijních DPOI. Dále též zpochybnila pravomoc rozhodčího soudu ve věcech výkladu práva EU.

Rozhodčí soudy sice v obou případech nakonec rozhodly ve prospěch Maďarska. Nebylo to však proto, že by přijaly výše uvedenou argumentaci Komise. Ve věci *AES v. Maďarsko* rozhodčí soud konstatoval, že Smlouva o Energetické chartě má být aplikována a věc má být posouzena podle ní a aplikovatelných pravidel a zásad mezinárodního práva. Co se týče soutěžního práva EU, jehož se Maďarsko dovolávalo na obranu svého postupu, rozhodčí soud uvedl:

„Co se týče režimu soutěžního práva Společenství, má dvojí povahu: na jedné straně je režimem mezinárodního práva, na druhé straně, jakmile je včleněn do vnitrostátních

²⁵⁰ Blíže k povaze Energetické charty a Smlouvy o Energetické chartě viz BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. V Praze: C.H. Beck, 2011. Beckova edice právo a hospodářství. ISBN 978-80-7400-392-9.

²⁵¹ Rozhodnutí Komise ze dne 4. června 2008 o státní podpoře C 41/05 poskytované Maďarskou republikou v rámci dlouhodobých dohod o prodeji elektřiny (oznámeno pod číslem K(2008) 2223)

právních řádů, je součástí těchto právních řádů. Je nesporné, že v mezinárodní arbitráži mají být vnitrostátní právní předpisy považovány za skutkové okolnosti. Vzhledem k tomu, že obě strany uvedly, že režim soutěžního práva Společenství má být považován za skutkovou okolnost, bude tímto rozhodčím soudem považován za skutkovou okolnost a tento bude vždy zohledňovat, že se stát nemůže dovolávat svého vnitrostátního práva jako vysvětlení tvrzených porušení jeho mezinárodních závazků.“²⁵².

Ve věci *Electrabel v. Maďarsko* rozhodčí soud odmítl názor Komise, že mu nepříslušelo rozhodovat o otázkách výkladu práva EU, protože to mělo náležet SDEU. Připustil sice, že se členské státy EU shodly, že budou otázky výkladu práva EU předkládat SDEU. To však bylo v dané věci irelevantní, neboť předmětný nárok byl uplatňován na základě porušení ECT, nikoli práva EU. Rozhodčí soud odmítl, že by SDEU byl jediným soudním orgánem, jenž by mohl rozhodovat ve věcech zahrnujících otázky práva EU. Uvedl přitom, že jiné mezinárodní soudy a tribunály než SDEU pravidelně vykládají a aplikují právo EU. Jako příklad může sloužit Mezinárodní soudní dvůr nebo tribunály rozhodující ve věcech týkajících se států, jež nejsou členy EU, a zahrnujících otázky práva EU. Rozhodčí soud neopomněl dodat, že tím, že se EU stala smluvní stranou ECT, sama souhlasila, že spory z ní vzešlé budou rozhodovány prostřednictvím mezinárodní arbitráže²⁵³.

Otázku rozhodného práva rozhodčí soud posoudil obdobně jako ve věci *AES v. Maďarsko*. Konstatoval, že v souladu s článkem 26 ECT a článkem 42 Úmluvy ICSID byla rozhodným právem ECT a aplikovatelná pravidla a zásady mezinárodního práva včetně práva EU. To totiž je nejenom součástí vnitrostátního práva členských států, ale i práva mezinárodního. Konstatoval dále, že není dána materiální neshoda mezi ECT a

²⁵² Rozhodčí nález ze dne 23. září 2010, *AES Summit Generation Limited a AES-Tisza Erőmű Kft v. Maďarská republika*, ICSID sp. zn. ARB/07/22, bod 7.6.6.

²⁵³ DE BRUGIERE, Maguelonne. ICSID Tribunal discusses hierarchy between EU law and ECT in Electrabel case. In: *Herbert Smith Freehills – Arbitration notes* [online]. 2012 [cit. 2016-05-01]. Dostupné z: <http://hsfnotes.com/arbitration/2012/12/21/icsid-tribunal-discusses-hierarchy-between-eu-law-and-ect-in-electrabel-case/>

právem EU a pokud by taková neshoda byla dána, bylo by namíště, jestliže by to bylo možné, ji překlénout výkladem²⁵⁴. Nezůstalo však pouze u toho. Rozhodčí soud se dále *obiter dictum* pustil do hodnocení vztahu právního režimu ECT a SES. Svůj přístup vystavěl na zásadě *contractus posterior*, vtělené do článku 30 odst. 3 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, a článku 307 N-SES (dnešní článek 351 SFEU). Článek 307 N-SES přitom vyjadřoval zásadu, že práva a povinnosti vyplývající členským státům z dříve uzavřené mezinárodní smlouvy s nečlenským státem nejsou následným členstvím v ES/EU dotčena.

Na základě toho rozlišil dva modelové případy. Jednalo se jednak o situaci, kdy (i) předmětná mezinárodní smlouva byla uzavřena mezi dvěma nečlenskými státy, z nichž jeden následně k EU přistoupil, a dále o situaci, kdy (ii) předmětná mezinárodní smlouva byla uzavřena mezi členským státem EU a nečlenem, kdy posledně zmíněný následně k EU přistoupil. V prvním modelovém případě se měla v případě konfliktu mezi režimem předmětné mezinárodní smlouvy a SES na základě článku 307 N-SES (dnešní článek 351 SFEU) uplatnit předmětná mezinárodní smlouva. Ve druhém případě naopak v případě konfliktu obou právních režimů měla na základě článku 30 odst. 3 Vídeňské úmluvy o smluvním právu převážet SES.

III.1.4 Shrnutí

Výše uvedené ilustruje vývoj, jímž si před účinností Lisabonské smlouvy prošlo chápání problematiky pravomocí EU v oblasti zahraničních investic různými relevantními aktéry. Nikoho asi příliš nepřekvapí postoj Evropské komise, která se, jak už tomu v podobných případech bývá, snažila o maximalizaci kompetencí EU. Zajímavější je ovšem konfrontace přístupů SDEU a rozhodčích soudů. Tyto představují pohledy na tutéž problematiku, avšak z opačné perspektivy. SDEU se k problematice vztahu práva EU a

254 Rozhodnutí o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti ze dne 30. listopadu 2012, *Electrabel S.A. v. Maďarská republika, ICSID sp. zn. ARB/07/19*, bod 4.167.

DPOI uzavíraných členskými státy EU staví z hlediska prvně zmíněného. Rozhodčí soudy naopak posuzují obdobné otázky z hlediska daných DPOI, resp. mezinárodního práva obecně. Do něj však začleňují i samotné právo EU. Z toho vyplývá i míra, s jakou jsou v těchto věcech ochotny naslouchat Komisi a jejímu výše popsanému přístupu. SDEU je jí v tomto poněkud více nakloněn, a byl tak ochoten v jisté míře připustit pravomoc EU v oblasti zahraničních investic již v době před Lisabonskou smlouvou, byť se nemohlo jednat o pravomoc výlučnou. Rozhodčí soudy oproti tomu odmítaly přednost práva EU před režimem intraunijních DPOI. Z jejich pohledu se v obou případech jedná o rovnocenné součásti mezinárodního práva, mezi nimiž není namístě jednu bez dalšího upřednostňovat před druhou. Při jejich výkladu je třeba uplatňovat zásady mezinárodního práva a takto řešit i jejich případnou vzájemnou rozpornost. Nelze mít však bez dalšího za to, že vstupem do EU došlo k implicitnímu ukončení DPOI mezi přístupujícím státem a jiným členským státem.

Výše uvedené ukazuje na napětí, které již v dané době mezi oběma právními režimy panovalo. Bylo by však chybou domnívat se, že by SDEU a rozhodčí soudy rozhodující na základě konkrétních DPOI šly k vzájemně neslučitelným postojům. SDEU jemu předkládané věci posuzoval prizmatem práva EU, jeho hodnot a cílů. Celkem logicky proto v zájmu *effet utile* tohoto právního řádu dospěl k závěru o porušení práva EU členskými státy, pokud tyto odmítaly uvést s ním v soulad některé jimi uzavřené DPOI. SDEU se naopak přímo nezabýval otázkou, zda má právo EU přednost před danými DPOI jakožto prameny mezinárodního práva. Rozhodčí soudy byly oproti tomu stavěny před otázkou principiálně spadající do oboru mezinárodního práva, tj. zda přistoupení k EU mohlo vést k implicitnímu ukončení DPOI uzavřených s jiným členským státem. Takovouto otázku bylo proto možné zodpovědět pouze na základě uplatnění zásad mezinárodního práva a rozhodčí soudy se k tomuto také uchýlily.

Popsané přístupy SDEU a rozhodčích soudů tak, spíše než aby vedly k válce jurisdikcí, ukázaly na potřebu koordinovanějšího postoje v otázce ochrany zahraničních investic ze strany EU a jejích členských států. Opačný přístup totiž vede k překryvu právních

režimů a jejich nedostatečná koordinace již ve fázi normotvorby nemůže být dostatečně účinně kompenzována jednotící funkcí judikatury. Neexistuje jediný soudní orgán, jenž by byl s to svou autoritou takovouto úlohu plnit. Zařazení přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky EU tak lze v tomto ohledu vnímat jako pokrok.

III.2 Stav po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy

Po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy získala EU, pokud se jedná o její vnější činnost, výlučnou pravomoc v oblasti „přímých zahraničních investic“²⁵⁵. Nejdůležitější ustanovení primárního práva EU jsou v tomto ohledu články 206 a 207 SFEU následujícího znění:

„Článek 206

(bývalý článek 131 Smlouvy o ES)

Vytvořením celní unie v souladu s články 28 až 32 přispívá Unie ve společném zájmu k harmonickému rozvoji světového obchodu, k postupnému odstranění omezení mezinárodního obchodu a přímých zahraničních investic a ke snižování celních a jiných překážek.

Článek 207

(bývalý článek 133 Smlouvy o ES)

1. Společná obchodní politika se zakládá na jednotných zásadách, zejména pokud jde o úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod týkajících se obchodu zbožím a službami, obchodní aspekty duševního vlastnictví, přímé zahraniční investice, sjednocování liberalizačních opatření, vývozní politiku a opatření na ochranu obchodu,

255 Článek 207 SFEU ve spojení s článkem 3 odst. 1 písm. e) SFEU.

jako jsou opatření pro případ dumpingu a subvencování. Společná obchodní politika je prováděna v rámci zásad a cílů vnější činnosti Unie.

2. Evropský parlament a Rada přijímají řádným legislativním postupem formou nařízení opatření vymezující rámec pro provádění společné obchodní politiky.

3. Je-li třeba sjednat a uzavřít dohody s jednou nebo více třetími zeměmi nebo s mezinárodními organizacemi, použije se článek 218 s výhradou zvláštních ustanovení tohoto článku.

Komise podává doporučení Radě, která ji zmocňuje k zahájení potřebných jednání. Rada a Komise odpovídají za to, že sjednané dohody jsou slučitelné s vnitřními politikami a vnitřními předpisy Unie.

Komise při vedení těchto jednání konzultuje zvláštní výbor, který určí Rada, aby jí v tomto úkolu napomáhal, a řídí se směrnicemi, které jí Rada může poskytnout. Komise podává zvláštnímu výboru a Evropskému parlamentu pravidelně zprávu o stavu jednání.

4. Při sjednávání a uzavírání dohod uvedených v odstavci 3 rozhoduje Rada kvalifikovanou většinou.

Při sjednávání a uzavírání dohod týkajících se obchodu službami, obchodních aspektů duševního vlastnictví a přímých zahraničních investic rozhoduje Rada jednomyslně,

pokud dané dohody obsahují ustanovení, pro která je při přijímání vnitřních předpisů vyžadována jednomyslnost.

Rada rovněž rozhoduje jednomyslně při sjednávání a uzavírání dohod:

a) v oblasti obchodu kulturními a audiovizuálními službami, pokud by tyto dohody mohly ohrozit kulturní a jazykovou rozmanitost Unie;

b) v oblasti obchodu sociálními, vzdělávacími a zdravotnickými službami, pokud by tyto dohody mohly vážně narušit vnitrostátní organizaci takových služeb a ohrozit odpovědnost členských států za jejich poskytování.

5. Sjednávání a uzavírání mezinárodních dohod v oblasti dopravy se řídí částí třetí hlavou VI a článkem 218.

6. Výkon pravomocí svěřených tímto článkem v oblasti společné obchodní politiky se nedotýká vymezení pravomocí mezi Unií a členskými státy a nesmí vést k harmonizaci právních předpisů členských států, jestliže Smlouvou takovou harmonizaci vylučují.“

Článek 206 SFEU stanoví cíle společné obchodní politiky. Navazuje na dřívější článek 131 N-SES. Paralelně s „mezinárodním obchodem“ ovšem nově zmiňuje „přímé zahraniční investice“ jako oblasti, v nichž Unie ve společném zájmu přispívá k postupnému odstranění omezení. Tato formulace má přitom dopady na výklad článku 207 SFEU, zejména pak na otázku, zda „přímé zahraniční investice“ zmíněné v článku 207 odst. 1 SFEU zahrnují pouze obchodní aspekty zahraničních investic.

Článek 207 SFEU do značné míry kopíruje dřívější článek 133 N-SES. Jednou ze změn, které ovšem přináší, je stejně jako v případě článku 206 SFEU zařazení přímých

zahraničních investic do sféry společné obchodní politiky. V tomto je směrodatný jeho odstavec 1, jenž podává její základní vymezení. Je tak nepochybné, že přímé zahraniční investice do společné obchodní politiky spadají. Problém ovšem nastává ve chvíli, kdy se pokusíme blíže definovat samotný pojem „přímé zahraniční investice“. V tomto směru nám totiž SFEU příliš vodítek neposkytuje. Otvírá se tak široké pole pro doktrínu a judikaturu, aby se v tomto směru realizovaly.

III.2.1 Význam pojmu „přímá zahraniční investice“

Je třeba v úvodu připomenout, že DPOI, včetně těch, jejichž signatářem je EU samotná nebo její členské státy, obvykle svou věcnou působnost upravují, a podávají tak i definici pojmu investice. Ta je přitom většinou dosti široká. Vztahuje se na majetkové hodnoty všeho druhu, ať už hmotné či nehmotné povahy, bez ohledu na jejich formu (blíže viz kapitola II.2.2. Vymezení pojmů a působnost).

Rovněž je namístě zohlednit dosavadní koncepty rozvinuté v rámci jiných mezinárodních organizací hospodářského charakteru. Lze zmínit Mezinárodní měnový fond (MMF), jenž rozvinul funkční členění investic do čtyř kategorií: *přímé investice*, *portfoliové investice*, *jiné investice* a *rezervní aktiva*²⁵⁶. Přímé investice pak definuje takto:

„Přímé investice - odrážející trvalou účast rezidentního subjektu jednoho hospodářství (přímého investora) v subjektu, jenž je rezidentem v jiném národním hospodářství (podnik přímé investice) - pokrývají všechny transakce mezi přímými investory a podniky přímé investice. To znamená, že přímé investice zahrnují počáteční transakci mezi oběma a

256 *Balance of Payments Manual (fifth edition)* [online]. Mezinárodní měnový fond, 1993 [cit. 2016-05-04]. Dostupné z: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>

všechny následné transakce mezi nimi a mezi přidruženými podniky, registrovanými i neregistrovanými.“²⁵⁷.

Další mezinárodní organizací působící na poli mezinárodních investic je, jak již bylo opakovaně uvedeno výše, OECD. Ta k pojmu „přímé zahraniční investice“ uvádí:

„Přímé zahraniční investice odráží cíl vytvořit trvalou účast rezidentního podniku v jednom hospodářství (přímého investora) v podniku (podnik přímé investice), který je rezidentem v jiném hospodářství než přímý investor. Trvalá účast předpokládá existenci dlouhodobého vztahu mezi přímým investorem a podnikem přímé investice, a značný stupeň vlivu na řízení podniku. Přímé či nepřímé držení nejméně 10 % hlasovacích práv podniku rezidentního v jednom hospodářství investorem rezidentním v jiném národním hospodářství je důkazem takového vztahu.“²⁵⁸.

Obě definice jsou tedy postaveny na základních charakteristikách přímé zahraniční investice, jimiž jsou: majetková povaha, dlouhodobost, vliv na chod předmětu investice a přeshraniční charakter.

Konečně nelze nezmínit legální definici obsaženou v předpisu sekundárního práva EU, a to konkrétně ve směrnici Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy. Ta ve svých vysvětlivkách podává následující vymezení pojmu „přímé investice“:

„Investice všeho druhu realizované fyzickými osobami nebo obchodními, průmyslovými nebo finančními podniky, které slouží k vytváření nebo udržování dlouhodobých a

²⁵⁷ *Ibid*, bod 177.

²⁵⁸ *OECD benchmark definition of foreign direct investment*. 4. ed. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, c2008. ISBN 9789264045736, bod 117 [cit. 2016-05-04]. Dostupné z:

<https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>

přímých vztahů mezi osobou poskytující kapitál a podnikatelem nebo subjektem, kterým je tento kapitál poskytován pro účely vykonávání hospodářské činnosti. Tento pojem je tedy třeba chápat v co nejširším slova smyslu.“

Je třeba jedním dechem dodat, že evropský normotvůrce se výslovně vyjádřil v tom smyslu, že tato definice nemůže být bez dalšího uplatňována mimo rámec předmětné směrnice. Vzhledem k absenci jiného zvláštního vymezení pro účely společné obchodní politiky EU je však její faktický význam nepopíratelný. Stejně jako výše zmíněné definice MMF a OECD i tato klade důraz na dlouhodobé a přímé vztahy mezi investorem a jeho investicí. Proto je obecně přijímáno, že nepokrývá tzv. portfoliové (nepřímé) investice. Ty nesměřují k získání přímého vlivu nad podnikem a k jeho správě. Často slouží ke generování okamžitého zisku z transakce samotné (spekulativní motiv). Pojetí přímé investice vylučující investice portfoliové je ovšem z hlediska nové pravomoci EU v této oblasti potenciálně problematické. V takovém případě by totiž portfoliové investice nespádaly do věcné působnosti článku 207 SFEU. Tento by pak nemohl sám o sobě sloužit jako základ pro iniciativu EU v oblasti DPOI a dalších komplexních dohod týkajících se ochrany investic, neboť jejich režim standardně dopadá i na portfoliové investice.

Neznamenalo by to sice, že by EU nemohla takovéto dohody sjednávat a uzavírat. Její pravomoc v oblasti portfoliových investic totiž nadále vyplývá z relevantních ustanovení SFEU o volném pohybu kapitálu (viz kapitola V.1.1). Užití tohoto základu ovšem znamená, že by předmětné mezinárodní dohody nadále spadaly do režimu smíšených dohod, a musela by je tak ratifikovat nejenom EU, ale i její členské státy.

Z výše uvedeného je zřejmé, že byť SFEU pojem „přímé zahraniční investice“ sama blíže nevynezuje, nenachází se v tomto ohledu v žádném případě „ve vzduchoprázdnu“. Je

ovšem otázkou, nakolik stávající definice vyhovují reálným potřebám EU a členských států v oblasti ochrany investic.

III.2.2 Různé přístupy k nové pravomoci EU

Byť se členské státy podíleli na sjednávání relevantních ustanovení Lisabonské smlouvy a tato jimi byla ratifikována, ukázalo se záhy, že nebyly zcela připraveny přijmout důsledky z toho pro ně vyplývající. Když si členské státy uvědomily, že EU nově získala širokou pravomoc v oblasti ochrany zahraničních investic, snažily se mnohé z nich bránit své postavení, které doposud v této věci měly. Živé debaty k tomuto tématu rovněž probíhaly na akademické půdě²⁵⁹. Argumentace ve prospěch užšího pojetí nové pravomoci EU se na jedné straně soustředila na její případné omezení na aspekty týkající se přijímání investic (preinvestiční fáze). Pravomoc EU se tak neměla vztahovat na investice již realizované, resp. probíhající (postinvestiční fáze). Pozornosti samozřejmě neuniklo ani výslovné použití termínu „přímé zahraniční investice“ v článku 207 odst. 1 SFEU vymezujícím obsah společné obchodní politiky EU, jehož možné důsledky již byly nastíněny výše. Všechny tyto snahy měly za cíl udržet status quo, tj. aby Unie komplexní dohody týkající se ochrany investic uzavírala jako dohody smíšené.

Zahrnutí přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky tak nakonec přilákalo značnou pozornost. Výsledkem toho bylo pět základních přístupů k možnému rozsahu této pravomoci.

III.2.2.1.1 Přístup omezující se na obchodní aspekty přímých

²⁵⁹ Viz BUNGENBERG, Marc. *The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics*. et REINISCH, August. *The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"*. In: MARC BUNGENBERG, Jörn Griebel. *International investment law and EU law*. Heidelberg: Springer, 2011. ISBN 9783642148545.

zahraničních investic

Jedná se pravděpodobně o nejužší pojetí evropské investiční politiky jakožto součásti společné obchodní politiky dle Lisabonské smlouvy. Podle tohoto pojetí totiž pod ní mají spadat pouze ty aspekty přímých zahraničních investic, jež se přímo pojí s obsahem mezinárodních obchodních dohod. Argumenty ve prospěch tohoto přístupu vyplývají ze systematického, teleologického a historického výkladu příslušných ustanovení SFEU²⁶⁰. Společná obchodní politika Unie, resp. Společenství, byla tradičně vedena snahou o liberalizaci mezinárodního obchodu. Dřívějšímu rozšiřování společné obchodní politiky v oblasti služeb se od SDEU dostalo restriktivního výkladu. Ten ji v podstatě omezil na přeshraniční služby (Mode 1) dle vymezení obchodu se službami v rámci GATS²⁶¹²⁶². Unie/Společenství navíc v oblasti ochrany investic tradičně působila jen, pokud se jednalo o jejich liberalizaci a úpravu přístupu na společný trh. Roli v tomto směru samozřejmě hrál i samotný název „společná obchodní politika“. Krajewski se též pokoušel stavět svůj restriktivní přístup na samotné skutečnosti, že rozšíření společné obchodní politiky o přímé zahraniční investice nepředcházela prakticky žádná obsáhlejší

260 KRAJEWSKI, Markus. *External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?* [online]. 2005 [cit. 2016-05-05]. s. 14-20. Dostupné z:

<http://www.tombeurcounsel.eu/teksten/europa/EU%20-%20GW%20-%20handel%20sbeleid.pdf>

261 Rozdělení služeb v rámci WTO podle způsobu jejich poskytování (modes of delivery of service) je upraveno článkem I. odst. 2 GATS takto: (i) přeshraniční služby (Mode 1), jež zahrnují všechny služby, které jsou poskytovány z území jedné země do druhé, (ii) spotřebu v zahraničí (Mode 2), kdy se jedná o služby spojené s pobytem a spotřebou osob v jiné zemi, než ve které žijí (typicky zahraniční dovolená), (iii) komerční přítomnost (Mode 3), kdy je firma přítomna v jiném státě díky založení lokální pobočky, a (iv) přítomnost fyzických osob (Mode 4), kdy jednotlivec vycestuje do zahraničí za účelem poskytnutí určité, obvykle specializované služby.

262 Posudek Soudního dvora 1/94 ze dne 15. listopadu 1994, *Pravomoc Společenství uzavřít mezinárodní dohody v oblasti služeb a ochrany duševního vlastnictví - Řízení na základě čl. 228 odst. 6 Smlouvy o ES*, ECLI:EU:C:1994:384, body 41-47.

diskuze v Konventu. To podle něj dokládalo, že smyslem nebylo překročit „obchodní rámec“²⁶³.

Byť samotné označení „společná obchodní politika“ evokuje její omezení na obchod se zbožím, nelze toto absolutizovat. Tato politika podobně jako celý projekt evropské integrace prošla svým vývojem, který vedl k jejímu postupnému rozšiřování a prohlubování. Toto pojetí se tak zdá být až příliš restriktivní a málo odpovídá současné realitě mezinárodní ochrany investic. Jasným důkazem toho je pokus Světové obchodní organizace (WTO), sjednat mnohostrannou dohodu o investicích²⁶⁴. Byť nakonec nedošlo k realizaci tohoto projektu, jedná se o jasnou ukázkou nastoupeného trendu a projekt evropské integrace by na něj měl být připraven. Navíc je třeba zohlednit skutečnost, že pokud by členské státy jakožto pánové smluv bývaly chtěly omezit věcnou působnost článku 207 SFEU pouze na obchodní aspekty přímých zahraničních investic, jistě by to uvedly výslovně, tak jako tomu je v případě duševního vlastnictví²⁶⁵. Navíc článek 206 SFEU vymezující účel společné obchodní politiky v tomto smyslu uvádí mimo jiné „postupné odstranění omezení mezinárodního obchodu a přímých zahraničních investic“. Pokud by se tedy snad věcná působnost společné obchodní politiky měla omezovat na obchodní aspekty přímých zahraničních investic, nedávalo by výslovné zmínění „přímých zahraničních investic“ ve vymezení jejího účelu samostatně vedle „mezinárodního obchodu“ smysl a bylo by nadbytečné. Nelze přeceňovat ani argument, že zařazení přímých zahraničních investic nebylo nijak zevrubně projednáváno při přípravě textu Lisabonské smlouvy, resp. Smlouvy o Ústavě pro Evropu. Tato problematika již totiž byla řešena dříve při pracích na textu Amsterodamské²⁶⁶ a

263 KRAJEWSKI, Markus, , *op. cit.*, s. 14-20.

264 Blíže viz *DOHA WTO MINISTERIAL 2001: BRIEFING NOTES: TRADE AND INVESTMENT Negotiate, or continue to study?* [online]. In: . [cit. 2016-05-05]. Dostupné z:

https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief12_e.htm

265 Článek 207 odst. 1 SFEU.

266 *Report on the Operation of the Treaty on European Union: SEC(95) 731 final* [online]. In: . Brussels: Commission, 1995 [cit. 2016-05-05]. Dostupné z: <http://aei.pitt.edu/5845/1/5845.pdf>

Niceské²⁶⁷ smlouvy. Lze tedy mít důvodně za to, že v tomto ohledu byla již půda dostatečně předpřipravena, postojе jednotlivých členských států do značné míry vyjasněny, a bylo tak možné navázat na dosavadní práce. Úzké pojetí přímých zahraničních investic v rámci společné obchodní politiky proto je jen obtížně udržitelné a poměrně nepraktické.

III.2.2.1.2 Pojetí postavené na liberalizaci přímých zahraničních investic

Další poměrně restriktivní přístup spočívá v omezování věcné působnosti společné obchodní politiky EU pouze na problematiku liberalizace zahraničních investic a jejich přístupu na trh (preinvestiční fáze). Vyřazeny tak zůstávají veškeré otázky následné ochrany realizovaných investic (postinvestiční fáze). Tento přístup staví na původním zaměření společné obchodní politiky na liberalizaci obchodu. Jak však vyložil SDEU již ve svém posudku 1/78²⁶⁸, nelze společnou obchodní politiku omezovat pouze na otázky liberalizace obchodu, když ta se nevyhnutelně dotýká i jeho regulace.

Ani v případě přímých zahraničních investic nelze od sebe reálně oddělovat otázku liberalizace přístupu zahraničních investorů na trh a otázku následné ochrany jejich investice. Právě režim ochrany před vyvlastněním a jinými zásahy do práv a zájmů zahraničních investorů má totiž zásadní význam již ve chvíli, kdy se potenciální zahraniční investoři teprve rozhodují, zda k realizaci svého investičního záměru přistoupí. Na liberalizaci v oblasti přímých zahraničních investic tak nelze v praxi pomýšlet bez současné úpravy následného zacházení s investicí. Tato úprava tvoří jeden organický celek norem, přičemž normy liberalizační a upravující následnou ochranu investice nelze od sebe dost dobře odlišit. Řada z nich, ne-li většina, má význam jak pro fázi před

²⁶⁷ *Adapting the Institutions to Make a Success of Enlargement: Commission opinion* [online]. In: . Brussels: Commission, 2000 [cit. 2016-05-05]. Dostupné z: <http://aei.pitt.edu/66294/1/2.2000.pdf>

²⁶⁸ Posudek Soudního dvora 1/78 ze dne 4. října 1979, ECLI:EU:C:1979:224, body 39-49.

samotnou realizací investice, tak i pro fáze následné. Výše popsané pojetí je tak problematické i z hlediska legislativně-technického. Je proto naopak namístě do domény společné obchodní politiky řadit i problematiku ochrany přímých zahraničních investic a jejich regulace.

III.2.2.1.3 Podstatně omezené komplexní pojetí

Třetí pojetí je založeno na širokém výkladu pojmu „přímé zahraniční investice“, a tento tak podle něj zahrnuje jak jejich liberalizaci, tak i úpravu jejich následného režimu. Přesto však podle něj zůstávají vyloučeny dvě podstatné oblasti. Jsou jimi ochrana před vyvlastněním a obecný standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení²⁶⁹. Tento výklad do značné míry vychází z článku 207 odst. 6 SFEU, jenž zní:

„Výkon pravomocí svěřených tímto článkem v oblasti společné obchodní politiky se nedotýká vymezení pravomocí mezi Unií a členskými státy a nesmí vést k harmonizaci právních předpisů členských států, jestliže Smlouvy takovou harmonizaci vylučují.“

Je pak dovozováno, že pokud EU nemá patřičnou vnitřní pravomoc, není dána ani potřeba prováděním společné obchodní politiky chránit jednotu pravidel EU ve věcech ochrany před vyvlastněním a spravedlivého a rovnoprávného zacházení. V případě vyloučení ochrany před vyvlastněním z působnosti společné obchodní politiky je dále argumentováno i článkem 345 SFEU (bývalý článek 295 N-SES). Ten mimo jiné stanoví, že se SFEU ani L-SEU nijak nedotýkají úpravy vlastnictví uplatňované v členských státech. Samotný článek 207 SFEU ovšem již ochranu před vyvlastněním z pojmu „přímé zahraniční investice“ neupravuje. Ta je přitom jedním ze základních pilířů investiční politiky jakéhokoli státu a její úprava je pravidelnou součástí prakticky všech DPOI.

269 SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG, *op. cit.*

Stejně jako tyto pravidelně upravují i obecný standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení.

Ohledně dopadů článku 207 odst. 6 SFEU na pravomoc EU v oblasti přímých zahraničních investic je třeba říci, že jeho smyslem je především předejít tomu, aby Unie při sjednávání mezinárodních smluv postupovala takovým způsobem, jenž by v důsledku zasáhl do dělby pravomocí mezi ní a členskými státy. Jeho smyslem tedy není přímo omezovat pravomoci, které Unii byly výslovně svěřeny samotným primárním právem. Ohledně uplatňování standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení je navíc třeba konstatovat, že tento je již v současné době považován za součást obyčejového mezinárodního práva a jako takový je nezávislý na standardu národního zacházení²⁷⁰. To potvrdila i Komise volného obchodu ustavená dle článku 2001 NAFTA, aby mimo jiné řešila spory, jež mohou vzniknout ohledně výkladu a aplikace tohoto dokumentu²⁷¹. Jako obyčej mezinárodního práva pak tento standard samozřejmě musí být respektován v rámci EU i mimo ni bez ohledu na dělbu pravomocí mezi Unii a jejími členskými státy. Jeho vynětí z věcné působnosti společné obchodní politiky proto z praktického hlediska nedává příliš smysl.

Ohledně významu článku 345 SFEU pro rozsah pravomoci EU v oblasti přímých zahraničních investic, je třeba uvést, že se tomuto ustanovení obvykle dostává restriktivního výkladu. Je chápán jako výhrada členských států, že tyto mají právo rozhodovat, kdy k vyvlastnění dojde, nikoli však nutně o samotných podmínkách

270 OECD (2004), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing. Dostupné z:

<http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>

271 REISMAN, W. Michael. Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law. In: *ICSID Review* [online]. [cit. 2016-05-07]. ISSN 2049-1999. Dostupné z: <https://icsidreview.oxfordjournals.org/content/30/3/616.full>

provádění vyvlastnění²⁷². Lze tak mít za to, že Unie má pravomoc tyto podmínky v jí sjednávaných DPOI upravovat.

Nutno proto podotknout, že i toto pojetí, byť jsou na jeho podporu vznášeny podstatné argumenty, poněkud přehlíží realitu fungování mezinárodní ochrany investic. Jak ochrana před vyvlastněním, tak i obecný standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení jsou základními stavebními kameny, na nichž je mezinárodní režim ochrany investic postaven (viz kapitola II.2). Jejich vyloučení z působnosti článku 207 by tak do značné míry vyrušilo praktický dopad zařazení přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky.

III.2.2.1.4 Pojetí „vyjednávací pravomoci“

Další diskutovaný přístup rozlišuje mezi procesní stránkou pravomoci Unie sjednávat DPOI a její obsahovou stránkou, tj. možností určovat obsah sjednávaných DPOI. Tento přístup popisuje Mola²⁷³. Uvádí k němu následující:

„Pokud je „vyjednávací pravomoc“ pojímána jako oddělená od „pravomoci věcné“ (byť se toto může zdát obtížné v kontextu mezinárodního vyjednávání), pak může výše uvedené znamenat, že v těch oblastech, kde si členské státy podržely pravomoc nebo jednají na základě jednomyslnosti, dává Rada Komisi mandát, aby ta hovořila namísto všech členských států. To by předpokládalo snahu Komise nalézt minimálního společného jmenovatele nebo obecné standardy místo, aby se zřekla přijímání závazků. Takovéto

272 DIMOPOULOS, Angelos. The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing parallelism between internal and external economic policy?, s. 121 In: PERIŠIN, Tamara a Iris GOLDNER LANG. *Croatian Yearbook of European Law and Policy* [online]. 2008, s. 102-131 [cit. 2016-05-07]. ISSN 1845-5662. Dostupné z: www.cyelp.com/index.php/cyelp/issue/view/4

273 MOLA, Lorenza. Which Role for the EU in the Development of International Investment Law? In: *Online Proceedings Working Paper No. 26/08* [online]. Society of International Economic Law, 2008 [cit. 2016-05-07]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154583&download=yes

*společné postoje by skutečně odpovídali dvaceti sedmi totožným postojům. Pokud by ani na takovýchto základech nemohla být mezi členskými státy a v Radě dosažena dohoda, pak by Komise měla sjednat závazek, jenž by umožňoval diferenciaci mezi členskými státy.*²⁷⁴ (přeloženo z anglického originálu autorem práce).

Komise by se tedy podle tohoto pojetí měla stát zprostředkovatelem vyvíjejícím snahu o dosažení společného postoje členskými státy. Tento postoj by měla při jí vedených jednáních přeměnit v konkrétní normativní text DPOI. Pokud by však společného postoje nemohlo být dosaženo, měla by tomu přizpůsobit svá jednání tak, aby rozdílné přístupy členských států byly respektovány i textem případně sjednané dohody.

Takovýto přístup jde ovšem zcela proti smyslu změn zavedených Lisabonskou smlouvou, jež směřovaly ke zvýšení efektivity fungování Unie a jejích institucí. Pokud by pravomoc EU měla být zbavena svého obsahu a tím i své podstaty, nijak by to nepřispělo k posílení pozice EU při jednáních s jejími partnery. Ti by naopak byli nuceni jednat s někým, kdo by ve skutečnosti neměl možnost aktivně rozhodovat o předmětu jednání. Takovýto přístup by tak byl v konečném důsledku na újmu čitelnosti EU a členských států pro partnerské státy a organizace. Vedl by pak spíše ke snížení jejich kreditu a vyjednávací síly. Z těchto důvodů je třeba jej odmítnout.

III.2.2.1.5 Komplexní pojetí

Vzhledem k výše popsaným nedostatkům všech užších pojetí někteří autoři argumentovali ve jménu efektivního fungování společné obchodní politiky EU ve prospěch širokého pojetí nové pravomoci EU²⁷⁵. Toto by mělo zahrnovat jak fázi před přijetím zahraniční investice, tak i následný režim včetně standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení, úpravy vyvlastnění, výkonnostních požadavků, úpravy pohybu zahraničního personálu a řešení investičních sporů. EU by tak měla dostatečný

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Blíže viz SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG, *op. cit.*

mandát ke sjednávání veškerého standardního obsahu DPOI týkajícího se přímých zahraničních investic.

Toto pojetí se jeví být nejpragmatictější a nejlépe odpovídajícím realitě fungování režimů mezinárodní ochrany investic. Jako jediné tak může naplnit základní účel reforem zavedených Lisabonskou smlouvou, tj. zvýšení efektivity fungování Unie a posílení jejího postavení na mezinárodním poli. Z těchto důvodů se jeví být nejvhodnějším a dle názoru autora by mu měla být dána přednost.

Nutno ovšem upozornit, že ani toto pojetí nedává Unii dostatečný mandát ke sjednávání DPOI v plném rozsahu bez asistence členských států. Jak již bylo uvedeno výše, současné DPOI typicky obsahují nejenom úpravu přímých zahraničních investic, ale dopadají též na investice portfoliové, které zjevně do společné obchodní politiky zahrnuty nebyly, a výlučná pravomoc EU na ně proto nedopadá. Lze sice namítat, že problematika portfoliových investic je kryta příslušnými ustanoveními primárního práva upravujícími volný pohyb kapitálu. Tato ustanovení však nedávají Unii explicitně výlučnou pravomoc, a v případě portfoliových investic tak Lisabonská smlouva nepřinesla změnu režimu popsaného v kapitole V.1.1. Z něj především vyplývá, že Unie musí DPOI, dopadající na portfoliové investice, uzavírat jakožto smíšené dohody za plného zahrnutí všech členských států.

Oddělování problematiky přímých zahraničních investic od problematiky portfoliových investic nebude v praxi pravděpodobně možné. Vývoj jednoznačně spěje k uzavírání komplexních hospodářských a obchodních dohod, které zahrnují nejenom investiční problematiku, tj. jak přímé, tak i portfoliové investice, ale i otázky mezinárodního obchodu nebo duševního vlastnictví. Ostatně zahrnutí problematiky přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky bylo v jistém slova smyslu reakcí na tento trend. Z této perspektivy a vzhledem k výše uvedenému je tak zřejmé, že pravomoc EU v oblasti mezinárodní ochrany investic sice prošla významným vývojem. Nelze však mít za to, že by byla skutečně komplexní. EU se tak při plnění svých funkcí s největší

pravděpodobnosti nadále neobejde bez přímého zapojení členských států a jí sjednávané dohody budou i nadále smíšenými.

a) Shrnutí

Evropské unii byla Lisabonskou smlouvou svěřena výlučná pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic. V teorii se vyskytla celá řada přístupů a pojetí jejího rozsahu. Povětšinou se jednalo o různé výrazy snahy z těch či oněch důvodů omezit EU ve výkonu její nové pravomoci a zajistit členským státům postavení podobné tomu, jež na tomto poli měly před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy. Takovéto přístupy je ovšem třeba odmítnout, protože v té či oné míře přehlížejí nové znění zakládajících smluv a jdou tak proti samotnému smyslu zavedených reforem. Relevantní ustanovení SFEU o společné obchodní politice nedávají důvod pro jakákoli omezení v tomto smyslu, a je proto namístě přijmout tzv. komplexní přístup. Zároveň je však třeba mít na paměti, že takto není vyčerpána celá investiční problematika. Stranou zůstávají pro rozvinuté ekonomiky, jako jsou ty evropské, neméně důležité investice portfoliové.

III.2.3 Právní postavení stávajících DPOI uzavřených členskými státy

Jak bylo popsáno výše, je Evropa skutečnou velmocí, pokud jde o uzavírání DPOI. Byla u samého vzniku této formy mezinárodní ochrany investic a jednotlivé členské státy EU mají v tomto směru značně rozvinutou praxi. Mnohdy ovlivnily i formování standardů, které jsou dnes již pravidelnou součástí DPOI a leckdy daly vzniknout mezinárodnímu obyčeji. Není proto divu, že si členské státy toto své dědictví chrání a jejich vůle předat je do rukou unijních institucí nemusí být vždy zaručena. Výše již bylo popsáno, jakým způsobem byla problematika přímých zahraničních investic včleněna do společné obchodní politiky a jaká, povětšinou restriktivní, pojetí její věcné působnosti byla a jsou

zvažována. Nyní je namístě zabývat otázkou s tímto bezprostředně související a neméně citlivou, obzvláště v dnešní pro řadu členských států ekonomicky dosti složité době.

Je třeba se zabývat právním statutem souboru DPOI, jež byly členskými státy doposud uzavřeny. Jak již bylo ukázáno výše, dá se tato množina rozdělit do dvou základních podmnožin, a to extraunijní DPOI, jejichž smluvní stranou je kromě některého členského státu alespoň jeden stát nečlenský, a intraunijní DPOI, jež upravují vztahy mezi alespoň dvěma členskými státy EU. Jak bude ukázáno níže, má toto dělení zásadní význam z hlediska jejich režimu dle práva EU.

III.2.3.1.1 Extraunijní DPOI

Nová pravomoc EU v oblasti přímých zahraničních investic nemůže být koncipována tak, že by měla implikovat povinnost členských států své doposud uzavřené extraunijní DPOI bez dalšího ukončit. Něco takového by bylo zcela nepřijatelné z hlediska právní jistoty investorů, včetně těch evropských. Jako takové by to též nebylo akceptovatelné pro členské státy, a to i vzhledem k jejich výše nastíněné a léty prověřené tradici v této oblasti. Většina DPOI navíc obsahuje i úpravu svého ukončení, kterážto znemožňuje jednak přímo samotné ukončení v určitém období po jejich uzavření, typicky deset nebo patnáct let, a dále též počítá s dalším uplatňováním jejich režimu na již realizované investice, a to třeba i dvacet let po ukončení. Smysl takovéto úpravy opět tkví v důrazu na ochranu právní jistoty investorů, a to s přihlédnutím k dlouhodobé povaze většiny investic.

Za takovýchto okolností je samozřejmě varianta rychlého ukončení dosavadních extraunijních DPOI iluzorní.

Právní základ pro pokračující platnost extraunijních DPOI lze z hlediska mezinárodního práva veřejného hledat v článku 30 odst. 4 písm. b) Vídeňské úmluvy o smluvním právu, jenž stanoví:

„Nejsou-li všechny smluvní strany pozdější smlouvy stranami smlouvy dřívější, platí, že ve vztazích mezi státem, který je stranou obou smluv, a státem, který je stranou pouze jedné z nich, jsou jejich vzájemná práva a závazky upraveny smlouvou, jejímiž stranami jsou oba státy.“

Z hlediska evropského práva je pak v tomto smyslu podstatný čl. 351 SFEU (bývalý článek 307 N-SES), jenž potvrzuje, že práva a povinnosti vyplývající z mezinárodních smluv dříve uzavřených mezi jedním nebo několika členskými státy na jedné straně a jedním nebo několika třetími zeměmi na straně druhé nejsou následně Smlouvami dotčeny. Zároveň je ovšem stanovena povinnost příslušného členského státu či členských států použít všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. Evropská komise proto může toto po členských státech požadovat a v případě přetrvávajících

nedostatků předkládat dané věci k rozhodnutí SDEU (viz kapitola V.1.1.1 Extra-unijní DPOI v judikatuře SDEU).

Roku 2013 nabylo účinnosti nařízení č. 1219/2012²⁷⁶ upravující status extraunijních DPOI. To v první řadě ve svém čl. 3 potvrzuje platnost dosavadních DPOI, a to až do jejich nahrazení dohodami uzavřenými EU, když stanoví:

„Aniž jsou dotčeny jiné povinnosti členských států podle práva Unie, dvoustranné dohody o investicích oznámené podle článku 2 tohoto nařízení mohou být zachovány v platnosti nebo mohou vstoupit v platnost, v souladu se Smlouvou o fungování EU a tímto nařízením, a to až do doby, než vstoupí v platnost dvoustranná dohoda o investicích mezi Uní a stejnou třetí zemí.“

Extraunijní DPOI uzavřené po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy budou podrobeny přezkumu ze strany Evropské komise tak, aby byl zajištěn jejich soulad s právem EU. Nejsou tak vyloučeny budoucí DPOI uzavírané členskými státy. Zahájení formálních jednání s třetí zemí je však podmíněno udělením povolení členskému státu ze strany Komise. Ta též může po členském státu požadovat, aby do uvedených jednání a budoucí dvoustranné dohody o investicích zahrnul nebo z nich naopak vyloučil některá ustanovení, je-li to nezbytné k zajištění souladu s investiční politikou Unie nebo slučitelnosti s právem EU.

Nařízení č. 1219/2012 na jedné straně potvrzuje a dále rozvádí zásadu *pacta sunt servanda* obsaženou v článku 351 SFEU. Na druhé straně ovšem rovněž upravuje povinnost členských států urychleně zahájit konzultace a spolupracovat s Komisí, pokud tato shledá, že některá ustanovení jimi uzavřených DPOI představují závažnou překážku

²⁷⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi

pro jednání Unie o dvoustranných dohodách o investicích se třetími zeměmi nebo pro jejich uzavření²⁷⁷.

III.2.3.1.2 Intraunijní DPOI

Fenomén intraunijních DPOI je do značné míry produktem tzv. východního rozšíření EU. Do roku 2004 existovaly pouze dvě takovéto dohody²⁷⁸. Po roce 2004 už jich bylo evidováno okolo 150 a po přistoupení Rumunska a Bulharska tento počet vzrostl na 191²⁷⁹. Předmětné DPOI vznikaly v průběhu 90. let minulého století, kdy země střední a východní Evropy procházely procesem ekonomické a politické transformace - budování tržního hospodářství a demokratického právního státu. V rámci tohoto procesu byla na jejich straně silná potřeba přilákat zahraniční kapitál, který by umožnil modernizovat a dále rozvíjet jejich hospodářství. Dosavadní členské státy EU přitom pro ně v tomto představovaly přirozené partnery první volby. S výjimkou Irska a Portugalska tak všechny dosavadní členské státy EU začaly se zeměmi střední a východní Evropy DPOI uzavírat. Tyto intraunijní DPOI tedy původně vznikaly jako DPOI extraunijní.

Zatímco do roku 2004 byla problematika případného konfliktu mezi právem EU a intraunijními DPOI prakticky ryze akademická, po roce 2004 získala zcela praktický rozměr. Jak již bylo rozebíráno výše, zaujímala v tomto Evropské komise stanovisko, že předmětné DPOI byly implicitně ukončeny přístupem zemí střední a východní Evropy k EU. Tento přístup však povětšinou nepodporovaly samotné členské státy a byl též odmítnut rozhodčími soudy (blíže viz kapitola V.1.1.3 Intra unijní DPOI).

Nový rozměr ovšem tato otázka získala s nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy a se zařazením problematiky přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky EU. Lze si legitimně klást otázku, zda takto nabytá výlučná pravomoc EU ve svém

277 Článek 6 odst. 2 nařízení č. 1219/2012.

278 Obě tyto DPOI byly uzavřeny Německem s Řeckem, resp. Portugalskem, a to před jejich přistoupením k EU.

279 Viz SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG, *op. cit.*

důsledku znamená též automatické ukončení, resp. neaplikovatelnost, intraunijních DPOI. Jak upozornil rozhodčí soud ve věci *Eastern Sugar*, je třeba tuto otázku posuzovat v souladu s obecnými zásadami mezinárodního práva, jak jsou formulovány ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu. Její článek 59 stanoví, že se smlouva považuje za zaniklou, jestliže všechny její strany uzavřou pozdější smlouvu o témž předmětu a:

- z pozdější smlouvy vyplývá nebo je jinak potvrzeno, že úmyslem stran bylo upravit daný předmět touto smlouvou (čl. 59 odst. 1 písm. a) Vídeňské úmluvy o smluvním právu); nebo
- ustanovení pozdější smlouvy jsou natolik neslučitelná s ustanoveními smlouvy dřívější, že není možné provádět obě smlouvy současně (čl. 59 odst. 1 písm. b) Vídeňské úmluvy o smluvním právu).

Provádění dřívější smlouvy se považuje pouze za přerušené, jestliže to vyplývá z pozdější smlouvy, nebo je-li jinak potvrzeno, že to bylo úmyslem stran.

Vídeňská úmluva takto stanoví tři kritéria. Základní podmínkou je, aby se obě mezinárodní smlouvy týkaly téhož předmětu. Dále je zapotřebí, aby k této podmínce alternativně přistoupila podmínka společného úmyslu stran tento předmět nově upravit nebo podmínka neslučitelnosti obou smluv vylučující jejich současné provádění.

K podmínce společného předmětu se již v době před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy vyjadřoval rozhodčí soud ve věci *Eastern Sugar*. Dospěl tehdy k závěru, že tato podmínka nebyla splněna. Právo EU, resp. jeho ustanovení týkající se volného pohybu kapitálu, a dotčená DPOI se totiž podle něj netýkaly přesně téhož předmětu. Tento závěr učinil, byť zároveň připustil, že oba právní režimy upravovaly investice v rámci EU. Zásadní pro něj v tomto ohledu bylo zjištění, že právo EU neupravovalo obdobný mechanismus řešení sporů z investic, jaký je pravidelnou součástí DPOI. Ten přitom

označil za nejlepší záruku, že investice bude chráněna před případnými neoprávněnými porušeními práv ze strany hostitelského státu²⁸⁰.

Je zřejmé, že Lisbonská smlouva, pokud se jedná o způsoby řešení sporů z investic na vnitřním trhu, nepřinesla změnu takového charakteru, jež by zpochybnila další platnost výše uvedeného závěru rozhodčího soudu. Nelze tak mít za to, že intraunijní DPOI a právo EU mají též předmět ve smyslu čl. 59 Vídeňské úmluvy o smluvním právu.

Členské státy navíc zůstávají rozděleny, pokud jde o přístup k tomuto problému. Například Česká republika je myšlenice nahrazení svých intraunijních dohod právem EU relativně nakloněna, resp. se tohoto neúspěšně dovolávala ve výše zmíněné věci *Eastern Sugar*. Nutno podotknout, že tento postoj je motivován do značné míry tím, že předmětné DPOI poskytují zahraničním investorům dosti silné postavení, což zvyšuje riziko investičních arbitrází proti ČR. Jiné členské státy ale mají postoj zcela opačný, což umožnilo rozhodčímu soudu ve věci *Eastern Sugar* konstatovat, že „Česká republika neprokázala, že společným úmyslem České republiky a Nizozemského království bylo, aby Smlouva o EU nahradila DPOI“²⁸¹. Byť byla problematika přímých zahraničních investic zařazena do společné obchodní politiky EU, nebyl dosažen konsenzus členských států v tom smyslu, že by měly být dosavadní intraunijní DPOI plně nahrazeny právem EU. Nelze tak hovořit o naplnění podmínky dle čl. 59 odst. 1 písm. a) Vídeňské úmluvy o smluvním právu.

Pokud se jedná o případnou neslučitelnost intraunijních DPOI s právem EU (čl. 59 odst. 1 písm. b) Vídeňské úmluvy o smluvním právu), je opět třeba poukázat na předlisabonskou judikaturu ve věci *Eastern Sugar*. V ní rozhodčí soud takovouto

²⁸⁰ Částečný rozhodčí nález ve věci *Eastern Sugar BV (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC No. 088/2004 [cit. 2016-04-30], bod 165. Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitrage/prehled-rozhodcich-nalezu/2007/eastern-sugar-v-ceska-republika-20872>

²⁸¹ *Ibid*, bod. 167 (přeloženo autorem práce z anglického originálu).

neslučitelnost nekonstatoval, protože dospěl k závěru, že oba právní režimy jsou sice rozdílně, avšak jejich vztah není konfliktní, ale komplementární²⁸². Pro zhodnocení, nakolik je tato judikatura udržitelná i v době po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy, je podstatné, že se společná obchodní politika týká zejména vnějších ekonomických vztahů EU se třetími zeměmi a nikoli samotných vztahů intraunijních. Není tedy namístě bez dalšího dovozovat, že by zařazení přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky vedlo k přijímání takových opatření, s nimiž by se intraunijní DPOI dostávaly do konfliktu. Na základě této úvahy lze pak mít za to, že rozhodčí soudy nebudou považovat za nutné přehodnocovat v tomto směru judikaturu ve věci *Eastern Sugar* ani po nabytí účinnosti Lisabonské smlouvy.

Lze tak shrnout, že Lisabonská smlouva sice dala EU výlučnou pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic, a tím členských státům znemožnila uzavírat samostatně nové DPOI (včetně těch intraunijních). To ovšem neznamená, že by zároveň byly bez dalšího automaticky ukončeny stávající intraunijní DPOI. Tato problematika tak nebyla Lisabonskou smlouvou plně vyřešena.

IV. Uzavírání nových DPOI Evropskou unií

Vzhledem k tomu, že EU získala s účinností Lisabonské smlouvy výlučnou pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic, nemají již členské státy možnost samy uzavírat DPOI, ať už se třetími zeměmi nebo dokonce s jinými členskými státy. Role členských států v oblasti zahraničních investic, resp. při uzavírání standardních DPOI, není přesto v žádném případě zanedbatelná. Jak již bylo nastíněno výše, nevztahuje se výlučná pravomoc EU na portfoliové investice. Členské státy tak přinejmenším z tohoto důvodu budou mít podstatné slovo při uzavírání DPOI Evropskou unií. Ty tak budou uzavírány

282 *Ibid*, bod. 168 a 169.

jako dohody smíšené, byť hypoteticky nelze vyloučit ani případy DPOI uzavíraných výlučně EU. Toto však jistě nebude vzhledem k výše popsáným omezením praktické.

Při uvádění v život nové pravomoci EU bylo a je třeba zabývat se celou řadou otázek. Jejich řešení v interakci mezi orgány EU, členskými státy a partnerskými zeměmi postupně definuje investiční politiku EU. Tyto otázky se dají shrnout do těchto okruhů:

- volba mezi bilaterálním nebo multilaterálním přístupem,
- volba mezi formátem samostatných DPOI a komplexními hospodářskými a obchodními dohodami,
- výběr partnerských zemí,
- podrobnost úpravy a obsahová stránka dohod.

IV.1 Volba mezi bilaterálním nebo multilaterálním přístupem

Multilaterální řešení by pro Evropskou unii bylo bezpochyby výhodnější v tom smyslu, že by prostřednictvím několika málo dohod mohla nahradit valnou část dvoustranných DPOI uzavřených členskými státy. Nově získaná pravomoc by tak mohla být uvedena v život relativně rychle a efektivně. Navíc by takovéto řešení bylo bez pochyby systematictější a přehlednější než v současné době platná změť několika set DPOI. Jednalo by se tedy o nesporný přínos a krok kupředu ve vývoji tohoto právního odvětví, jenž by si EU mohla připsat. Obecné ustanovení o vnější činnosti EU obsažené v článku 21 odst. 1 alinea 2 L-SEU navíc EU ukládá, aby podporovala „vícestranná řešení společných problémů“.

Historická zkušenost ovšem jednoznačně ukázala, že multilaterální přístup na poli mezinárodní ochrany investic je natolik těžko aplikovatelný, že bývá spíše výjimkou, nikoli však pravidlem (viz kapitola II. Mezinárodní právo a ochrana investic). Komise si je tohoto zjevně vědoma a ve svém sdělení ze dne 7. července 2010 nazvaném „Cesta

k ucelené evropské mezinárodní investiční politice“²⁸³ (dále též „sdělení ze dne 7. července 2010“) k tomuto lakonicky uvádí, že *by proveditelnost vícestranné iniciativy mohla být v dlouhodobé perspektivě dále zvažována*. Je tedy zřejmé, že Komise minimálně v počátcích své iniciativy nehodlá podstupovat riziko neúspěchu a upřednostní snáze dosažitelná dvoustranná řešení.

IV.2 Samostatné DPOI v. Komplexní dohody

Jak již bylo zmiňováno výše, byla snaha Komise o zahrnutí přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky motivována mimo jiné tím, aby pozice EU při sjednávání komplexních hospodářských a obchodních dohod nebyla oslabována nedostatkem pravomocí na tomto poli. Je tak zřejmé, že Komise hodlala od počátku tuto pravomoc využívat především v širším kontextu v rámci společné obchodní politiky.

To ale neznamená, že by EU nemohla, resp. se nechystala, uzavírat i samostatné DPOI klasického typu. Evropská unie sice doposud nezveřejnila jakoukoli svojí modelovou DPOI, jak to bývá v praxi nejenom evropských států běžné. Není to však, protože by se nechystala takovéto dohody uzavírat. Spíše se jedná o důsledek jisté nepřipravenosti orgánů EU v tomto ohledu a v jistém smyslu i nižší míru transparentnosti.

Na 16. summitu EU-Čína, který se konal dne 21. listopadu 2013, obě strany oznámily zahájení vzájemných jednání o historicky první DPOI EU. Je tak zřejmé, že Komise do své iniciativy na poli mezinárodní ochrany investic zahrne jak komplexní hospodářské a obchodní dohody zahrnující i investiční problematiku, tak i samostatné DPOI klasického typu. Je však otázkou nakolik budou samostatné DPOI pojímány jako plnohodnotná a relativně trvalá úprava vztahů mezi EU a jejími partnery. Přinejmenším

²⁸³ *Towards a comprehensive European international investment policy*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2010)343 final [online]. In: . Brusel, 2010, s. 12 [cit. 2016-04-25]. Dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf

ve výše zmiňovaném případě Číny se lze vzhledem k dynamice vzájemných hospodářských vztahů domnívat, že připravovaná DPOI bude spíše předstupněm a přípravou na pozdější uzavření komplexní hospodářské a obchodní dohody²⁸⁴.

Oba tyto přístupy mají jistě své přednosti ale i nevýhody. Sjednávání samostatných DPOI vytrhává problematiku investic z jejího širšího ekonomického kontextu a je proto vždy do určité míry násilné. Sjednávání komplexních dohod je naopak spojeno s rizikem, že bude problematika investic zastíněna jinými tématy, jež budou v danou chvíli vnímána jako prvořadá. Úprava ochrany investic by v takovémto případě mohla být snadno obětována ve jménu dosažení kompromisu.

IV.3 Výběr partnerských zemí

Evropská komise ve sdělení ze dne 7. července 2010 deklaruje, že *[v] dlouhodobém horizontu bychom měli dosáhnout stavu, kdy investoři z EU a ze třetích zemí již nebudou muset pro účinnou ochranu svých investic spoléhat na dvoustranné smlouvy o investicích uzavřené tím nebo oním členským státem*. Vzhledem k rozsahu masy DPOI uzavřených jednotlivými členskými státy a počtu třetích zemí jimi zavázaných je zřejmé, že přístup EU bude muset být v dlouhodobém horizontu značně komplexní i pokud jde o volbu partnerských zemí nebo jejich uskupení. Přinejmenším v krátkodobém a střednědobém

284 Blíže viz EWERT, Insa. *The EU–China Bilateral Investment Agreement: Between High Hopes and Real Challenges* [online]. In: . Egmont Institute, 2016 [cit. 2016-06-10]. Dostupné z: <http://www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2016/02/SPB68-Ewert.pdf>

horizontu ovšem bude muset dojít ke značné selekci vzhledem k omezenosti kapacit orgánů EU.

Evropská komise proto ve sdělení ze dne 7. července 2010 rozpracovává kritéria pro výběr partnerských zemí. Uvádí v tomto ohledu zejména:

„Současné obchodní a investiční toky jsou samy o sobě významnými rozhodujícími faktory pro vymezení priorit při jednáních EU o investicích. Unie by měla jít tam, kam chtějí jít její investoři, a měla by jim zjednodušit cestu do zahraničí prostřednictvím liberalizace investičních toků. Trhy vyznačující se významným hospodářským růstem nebo vyhlídkami na takový růst představují v současném stále konkurenčnějším prostředí mimořádnou příležitost.“

Nutno mít ovšem na paměti, že úspěšné sjednávání DPOI nebude záviset pouze od vůle orgánů EU a členských států, ale též od vůle potenciálních smluvních partnerů. Konečná volba tedy bude nevyhnutelně do značné míry dílem politické oportunity. Evropská unie tak v současné době jedná o samostatných DPOI s Čínou a Myanmarem. Kapitoly věnované problematice ochrany investic jsou začleňovány dohod o volném obchodu s Indií, Japonskem, Spojenými státy americkými, Egyptem, Tuniskem, Marokem, Jordánskem, Malajsií a Thajskem. Dohoda o volném obchodu s Kanadou, která rovněž obsahuje kapitolu o ochraně investic, byla sjednána již v roce 2014. Počátkem roku 2016 Evropská komise oznámila, že se dohodla s kanadskou vládou na nahrazení dosavadního mechanismu řešení investičních sporů, s nímž CETA počítala (*ad hoc* rozhodčí soudy), úpravou novou počítající s existencí stálých institucí (viz kapitola VI.4.3 Odpovědnost a řešení sporů). Toto konečné znění CETA nyní musí projít ratifikačním procesem na úrovni EU a ve všech členských státech (smíšená dohoda), aby mohlo nabýt účinnosti²⁸⁵. Podobně již byla zdárně dokončena jednání o dohodách o volném obchodu

285 Blíže v anglickém jazyce viz <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>.

s Vietnamem a Singapurem, které rovněž obsahují kapitoly věnované problematice investic. I tyto dohody však ještě musí projít ratifikačním procesem, přičemž v případě posledně zmíněné se Komise rozhodla požádat o posudek Soudní dvůr EU. Ten takto získal příležitost vnést světlo do problematiky rozdělení pravomocí mezi EU a členské státy, a to nejenom v oblasti přímých zahraničních investic.

IV.4 Podrobnost úpravy a obsahová stránka dohod

Jak již bylo zmíněno výše, žádná oficiálně publikovaná modelová DPOI Evropské unie neexistuje a Komise dala najevo, že v tomto směru nehodlá nic měnit. Ve sdělení ze dne 7. července 2010 se k tomuto mimo jiné uvádí:

„Avšak univerzální model pro dohody o investicích se třetími zeměmi není nutně ani proveditelný ani žádoucí. Unie bude muset při takovém jednání přihlídnout ke každému konkrétnímu kontextu. Zájmy našich zúčastněných stran a rovněž úroveň rozvoje našich partnerů by měly hrát důležitou roli mimo jiné u standardů, které Unie stanoví pro konkrétní jednání o investicích. Podobně je třeba přihlídnout k povaze stávajících dohod mezi členskými státy a jakoukoli danou třetí zemí. I když dvoustranné smlouvy o investicích uzavřené členskými státy v nedávné době mají z velké části podobnou strukturu a obsah, jsou v nich určité odlišnosti. Tyto rozdíly by zároveň mohly být měřítkem pro cíle, o něž je třeba v konkrétním kontextu určitého jednání usilovat.“

Toto se sice neobešlo bez reakce Evropského parlamentu, jenž usnesením vyzval Komisi, aby co nejdříve vydala nezávazné pokyny, např. formou vzorové dvoustranné smlouvy o investicích, které by členské státy mohly používat v zájmu posílení právní jistoty a konzistentnosti²⁸⁶. K přijetí vzorové DPOI však přesto nedošlo. Jakékoli obecné pojednání o obsahu DPOI uzavíraných EU je tedy ve své podstatě pokusem o sestavení

²⁸⁶ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice (2010/2203(INI)), bod 10.

„neoficiální vzorové DPOI“ prostřednictvím abstrakce na základě dostupných dokumentů.

Snížená míra transparentnosti a předvídatelnosti v postoji Komise je pravděpodobně způsobena její obavou, aby „vyložím karet na stůl“ nevytvořila na straně svých partnerů a zainteresované veřejnosti legitimní očekávání, jež by následně z těch či oněch důvodů musela zklamat. Komise se jistě snaží předcházet tomu, aby v budoucnu musela popírat své již jednou vyjádřené postoje. Je třeba mít na paměti, že se pro ni stále jedná o nový úkol a že její postoje budou teprve postupně artikulovány v rámci procesu sjednávání dohod upravujících investiční problematiku.

Za téměř sedm let existence výlučné pravomoci EU v oblasti přímých zahraničních investic již však samozřejmě Komise ve spolupráci s dalšími orgány EU prezentovala několik dokumentů, které do té či oné míry podhalily jejich postoje k problematice DPOI a jejich obsahu. Lze přitom vysledovat určitý vývoj těchto postojů v čase. V následujícím pojednání proto bude učiněn pokus na základě těchto dokumentů sestavit

obraz současného postoje EU k problematice ochrany zahraničních investic. Bude se tak dít podle následujících tematických okruhů:

- rozsah ochrany,
- standardy zacházení a ochrany,
- odpovědnost a řešení sporů,
- další aspekty.

IV.4.1 Rozsah ochrany

V mandátu pro vyjednávání o TTIP schváleném Radou je působnost kapitoly o ochraně investic vymezena takto:

„Působnost: příslušná kapitola dohody o ochraně investic by se měla vztahovat na pestrou škálu investorů a investic, včetně práv duševního vlastnictví, ať už se investice uskutečnila předtím, než dohoda vstoupila v platnost, nebo potom.“²⁸⁷

Obdobné vymezení pak obsahují i další mandáty²⁸⁸. Takovýto pokyn je sice poněkud vágní, věcná působnost uzavíraných dohod je ovšem v tuto chvíli ve vztazích mezi orgány EU a členskými státy pravděpodobně nejméně kontroverzním tématem.

To však neznamená, že by otázka věcného vymezení úpravy sjednávaných dohod nemohla v budoucnu zavdat příčinu ke konfliktům. Již v tuto chvíli je zřejmé, že Komise ve svých aktivitách vychází, celkem neopodstatněně, z předpokladu, že se výlučná pravomoc EU v oblasti mezinárodní ochrany investic týká též investic portfoliových²⁸⁹. Něco takového ale bude jen stěží akceptovatelné pro členské státy. Jejich postoj lze vysledovat z mandátů pro sjednávání dohod upravujících problematiku investic, jež Rada

²⁸⁷ Viz např. Směrnice pro jednání o Transatlantickém partnerství v oblasti obchodu a investic mezi Evropskou unií a Spojenými státy americkými ze dne 9. října 2014, č. ST 11103/13; obdobně též

²⁸⁸ Viz např. Směrnice pro jednání o CETA, Příloha I, bod 26b, dostupné z: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/CS/pdf>

²⁸⁹ Viz Sdělení ze dne 7. července 2010, s. 8.

Komisi dala. Tento pak zjevně spočívá na předpokladu, že portfoliové investice spadají do oblasti pravomocí sdílených²⁹⁰. Popsaný konflikt je v tuto chvíli spíše latentní. Je tomu tak protože navzdory výše uvedenému panuje mezi Komisí a členskými státy shoda, že v současné době sjednáváné komplexní dohody upravující mimo jiné též problematiku ochrany investic mají být uzavírány jako dohody smíšené. Kompetenční otázka tedy v tuto chvíli nemá praktický rozměr. To se ovšem může změnit ve chvíli, kdy bude sjednávána dohoda upravující i problematiku portfoliových investic, u níž Komise nebude uznávat žádný věcný důvod (upravovanou oblast sdílených pravomocí) pro volbu formátu smíšených dohod. První takovou dohodou by mohla být připravovaná DPOI EU-Čína. V jejím případě však Komise doposud nijak nesignalizovala, zda předpokládá či nikoli její ratifikaci členskými státy. Zveřejněn doposud nebyl ani mandát udělený Komisi Radou k jednání o této dohodě.

Případný konflikt mezi Komisí a členskými státy v kompetenčních otázkách a s tím související nedostatek vzájemné soudržnosti jejich postojů by bezpochyby poškodil celkový obraz EU na mezinárodním poli a oslabil její vyjednávací pozici. Komise proto již začala podnikat konkrétní kroky, aby toto riziko minimalizovala. Katalyzátorem se v tomto smyslu stala komplexní dohoda o volném obchodu sjednaná mezi EU a Singapurem. Tu se Komise rozhodla předložit Soudnímu dvoru k posouzení dle čl. 2018 odst. 1 SFEU z hlediska dělby kompetencí mezi EU a členskými státy. Soudní dvůr by

290 Viz např. Směrnice pro jednání o CETA, Příloha I, bod 26a in fine, dostupné z: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/CS/pdf>

tak měl poskytnout klíč k řešení této otázky předtím, než dá vzniknout skutečnému konfliktu. Posudek však doposud nebyl vydán.

IV.4.2 Standardy zacházení a ochrany

Pokud se jedná o standardy zacházení, zdá se, že mezi orgány EU a členskými státy neexistuje žádný vážnější rozpor. Mandát Rady pro jednání o TTIP takto demonstrativně vypočítává tyto standardy zacházení a pravidla:

- spravedlivé a rovnoprávné zacházení, včetně zákazu nepřiměřených, svévolných a diskriminačních opatření,
- národní zacházení,
- nejvyšší výhody,
- ochrana před přímým a nepřímým vyvlastněním, včetně práva na včasnou, odpovídající a účinnou náhradu,
- plná ochrana a bezpečnost investorů a investic,
- další ustanovení zajišťující účinnou ochranu jako je zastřešující doložka,
- volný převod kapitálu a plateb investory
- pravidla týkající se subrogace.

Dne 12. listopadu 2015 předložila EU Spojeným státům americkým svůj návrh kapitoly II TTIP věnované problematice investic (dále jen „Návrh TTIP INV“). Ten je tak v současné době pravděpodobně jejím nejvýznamnějším a nejaktuálnějším 291 komplexním výstupem artikulujícím postoj k ochraně zahraničních investic a obsahu takto sjednávaných dohod. Pokud se jedná o standardy ochrany investorů a investic, lze

291 Je pravdou, že text Dohody mezi EU a Vietnamem o volném obchodu, který rovněž obsahuje ustanovení o ochraně zahraničních investic, byl publikován později (1. února 2016). V tomto případě se však jedná o výsledek kompromisu mezi EU a Vietnamem, a nejde proto o text odrážející pouze pozici EU. Tohoto kompromisu bylo navíc dosaženo na základě jednání, která z valné části předcházela zveřejnění Návrhu TTIP INV.

vysledovat snahu Komise o hájení možnosti členských států a EU jako takové na změnu relevantní právní úpravy (vnitrostátní i evropské) v postinvestiční fázi. Oddíl 2 čl. 2 odst. 1 Návrhu TTIP INV tak výslovně stanoví, že ustanovení o ochraně investic nejsou na újmu práva stran dohody přijímat na svých územích úpravu prostřednictvím opatření nezbytných k dosahování legitimních cílů jako je ochrana veřejného zdraví, bezpečnosti, životní prostředí nebo veřejné mravnosti, sociální ochrana a ochrana spotřebitele a podpora a ochrana kulturní rozmanitosti. V dalších odstavcích je pak tato zásada dále rozvedena, přičemž je výslovně upraveno právo stran dohody nezavést, neobnovit nebo nepodržet v platnosti subvence, jež zahrnují i státní podpory ve smyslu práva EU. Jedná se o zjevnou reakci na rozhodnutí rozhodčího soudu ve věci *Micula* 292, v níž bylo na straně Rumunska konstatováno porušení standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení a investorova legitimního očekávání. Toto porušení přitom spočívalo ve zrušení podpor odporujících evropskému právu v souvislosti s přistoupením Rumunska k EU.

Dále je třeba zmínit snahu Komise o bližší specifikaci standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení a problematiky vyvlastnění. V tomto Komise navazuje na obdobná ustanovení CETA. Oddíl 2 čl. 3 odst. 2 Návrhu TTIP INV tak poskytuje výčet

292 Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20 – Blíže viz:

<http://www.italaw.com/cases/697#sthash.TbgmHRIS.dpuf>.

typických případů porušení tohoto standardu, jak byly formulovány judikaturou rozhodčích soudů, a to:

- odepření spravedlnosti v trestních, občanských nebo správních řízeních,
- zásadní porušení řádného procesu, včetně podstatného porušení transparentnosti a překážek účinného přístupu ke spravedlnosti v soudních a správních řízení,
- zjevná svévole,
- cílená diskriminace na zjevně protiprávních základech, jako je pohlaví, rasa nebo náboženské vyznání,
- obtěžování, nátlak, zneužití moci nebo podobného jednání ve zlém úmyslu (přeloženo autorem práce z anglického originálu).

V oddílu 2 čl. 5 Návrhu TTIP INV a v na něj navazující Příloze I je blíže rozpracována problematika vyvlastnění. Na jedné straně je tak poskytnuto bližší vymezení pojmů přímého a nepřímého vyvlastnění a je upraven postup pro stanovení výše zadostiučinění. Na druhé straně jsou z pojmu vyvlastnění vyloučena nediskriminační opatření smluvních stran určená a uplatňovaná k ochraně legitimních politických cílů, jako je ochrana veřejného zdraví, bezpečnosti, životní prostředí nebo veřejné mravnosti, sociální ochrana a ochrana spotřebitele a podpora a ochrana kulturní rozmanitosti; a to s výjimkou ojedinělých případů, kdy je dopad opatření nebo série opatření s ohledem na jejich účel natolik závažný, že se tato jeví jako zjevně nepřiměřená.

Konečně se do Návrhu TTIP INV smluvního textu nemohly nepromítnout nedávné zkušenosti s investičními arbitrážemi bezprostředně souvisejícími s důsledky finanční krize a nutností restrukturalizace řeckého státního dluhu. V tomto ohledu lze zmínit věc *Poštová banka, a.s. a ISTROKAPITAL SE v. Řecko*²⁹³. V ní slovenská banka spolu

²⁹³ *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID sp. zn. ARB/13/8. Dostupné v anglickém jazyce z:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/8>.

se svým kyperským akcionářem ISTROKAPITAL SE neúspěšně žalovali Řecko kvůli ztrátám, které měli utrpět v souvislosti s odpisy řeckých státních dluhopisů. S finanční krizí souvisí i arbitráž ve věci *Laiki Bank v. Řecko*²⁹⁴. V ní se jedná o údajné vážné ztráty, jež měla Laiki Bank utrpět, když jí byl v roce 2012 na rozdíl od ostatních řeckých bank znemožněn přístup k nouzovému poskytování likvidity.

Aby se napříště předešlo vzniku podobných investičních arbitráží, navrhuje EU v bodě 1 Přílohy II k oddílu 2 svého Návrhu TTIP INV, aby byla z rozhodování v rámci nich výslovně vyloučena porušení povinnosti hostitelského státu spočívající ve sjednané restrukturalizaci vlastního dluhu. Za sjednanou restrukturalizací dluhu se přitom dle bodu 3 Přílohy II k oddílu 2 Návrhu TTIP INV považuje restrukturalizace nebo změna splatnosti dluhových nástrojů vydaných Stranou, která byla uskutečněna prostřednictvím (i) modifikace nebo změny dluhových nástrojů, jak je stanoveno podle jejich podmínek včetně jejich rozhodného práva, nebo (ii) výměny dluhových nástrojů nebo jiného podobného postupu, v němž držitelé ne méně než 66 % celkové jistiny nesplaceného dluhu, který podléhá restrukturalizaci, s výjimkou dluhu drženého touto Stranou nebo subjekty jí vlastněnými nebo ovládanými, souhlasili s touto výměnou dluhových nástrojů nebo jiným postupem.

IV.4.3 Odpovědnost a řešení sporů

Problematika institucionálního zajištění řešení sporů s investory, procesní legitimace v jednotlivých řízeních a odpovědnosti za případnou újmu představuje oblast, ohledně níž byly v poslední době vedeny nejobsáhlejší diskuze. Již v tuto chvíli je zřejmé, že se EU hodlá na tomto poli profilovat se svými inovativními přístupy. Částečně je to dáno podstatou věci, neboť je třeba se vypořádat s otázkami souvisejícími s dělbou odpovědnosti mezi ni a členské státy. Stejně tak je třeba řešit nepřipravenost zavedených

²⁹⁴ *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. v. Hellenic Republic*, ICSID sp. zn. ARB/14/16. Informace o průběhu řízení dostupné v anglickém jazyce z:

<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/16&tab=PRO>.

modelů řešení investičních sporů, konkrétně Úmluvy ICSID, na nástup EU jakožto účastníka investičních arbitráží. Jak bude ukázáno níže, neomezuje se však EU ve svých návrzích na pouhé řešení nezbytných úprav dosavadního systému. Naopak svým přístupem směřuje k vybudování v řadě ohledů kvalitativně nového rámce pro řešení sporů z investic.

IV.4.3.1 Institucionální zajištění

Návrh TTIP INV počítá s dvojinstančním řešením sporů mezi investory a hostitelskými státy, resp. EU. Řízení v těchto věcech by mělo probíhat před soudními orgány Investičního soudního systému (*Investment Court System*), s jehož zavedením Návrh TTIP INV počítá. Investiční soudní systém by se měl skládat ze dvou orgánů, a to Soudu prvního stupně (*Tribunal of First Instance*) a Odvolacího soudu (*Appeal Tribunal*). Oba soudy budou složeny z předem stanoveného počtu soudců, resp. členů, jmenovaných na šest let. Návrh TTIP INV předpokládá, že Soud prvního stupně bude složen z 15 soudců a Odvolací soud bude složen z 6 členů (v dalším textu může být výraz „soudce“ užíván dle kontextu i pro označení členů Odvolacího soudu). Jedna třetina z nich by měla být občany EU, jedna třetina by měla mít státní příslušnost USA a jedna třetina by měla být tvořena příslušníky třetích zemí.

Takto je odbourán standardní model jmenování rozhodců rozhodčích soudů, pro nějž je charakteristické, že se strany sporu přímo účastní na jejich výběru. Model navržený Komisí tuto možnost stranám odebírá a pouze státům, resp. EU, umožňuje mít prostřednictvím smíšeného výboru vliv na personální složení příslušného soudního orgánu, nikoli však přímo pro konkrétní věc, ale pouze pro funkční období jednotlivých soudců. Vzhledem k tomu, že daný stát, resp. EU, bude též účastníkem případného sporu, vytváří tento model nerovnost mezi ním a investorem, a to v investorův neprospěch. Tento nedostatek je ještě zvýrazněn skutečností, že Návrh TTIP INV počítá s možností jednoho opětovného jmenování. Zejména nezávislost soudců, jejichž první funkční

období se bude chýlit ke konci a kteří budou usilovat o opětovné jmenování, tak bude zpochybnitelná.

Návrh TTIP INV proto dále počítá se zárukami soudcovské nestrannosti a nezávislosti, které se typicky uplatňují u stálých mezinárodních soudů nebo dokonce vnitrostátních soudů.

Jsou tak mimo jiné upraveny požadavky na odbornost a osobnostní vlastnosti soudců. Soudci musí mít požadovanou kvalifikaci ve svých zemích pro jmenování do soudních funkcí, resp. nejvyšších soudních funkcí v případě členů Odvolacího soudu, nebo musí být právníky, jejichž schopnosti jsou obecně uznávány. Musí prokázat odborné znalosti v oblasti mezinárodního práva veřejného a je žádoucí, aby měli odborné znalosti zejména mezinárodního práva ochrany investic, práva mezinárodního obchodu a řešení sporů vzešlých z dohod o mezinárodních investicích nebo mezinárodním obchodu.

Dle oddílu 3 čl. 11 odst. 1 Návrhu TTIP INV budou soudci vybíráni z osob, které poskytují veškeré záruky nezávislosti. Nesmí být spojeny s žádnou vládou ani od ní nebo jiné organizace přijímat pokyny, pokud jde o záležitosti související se sporem. Nesmějí se též podílet na řešení sporů, pokud by to vedlo k přímému nebo nepřímému konfliktu zájmů. Pravděpodobně nejpodstatnější rozdíl v tomto ohledu oproti statusu rozhodců investičních arbitráží je zákaz „sezení na dvou židlích“. Rozhodci totiž často působí jako soukromí právní poradci nebo přímo zástupci stran v jiných investičních arbitrážích. Tento stav přitom vyvolává riziko nepatřičného vlivu takovéto jejich angažmá na rozhodcovskou činnost. To platí zejména v případech, kdy rozhodnutí ve věci, ve které působí jako rozhodci, může vytvořit relevantní judikaturu ve věci, v níž se angažují ve prospěch jedné ze stran sporu. Takovéto angažmá by proto mělo být soudcům zakázáno, a to ať už půjde o spory z investic vedené na základě TTIP nebo jakékoliv jiné

dohody či vnitrostátního práva. Jak upozorňuje Fouchard Papaefstratiou²⁹⁵, nevyřešeným problémem v tomto ohledu ovšem zůstává, že největšími odborníky v oboru mezinárodního investičního práva jsou převážně právníci z řad praxe. Hrozí proto, že výše uvedená záruka nezávislosti soudců bude draze vykoupena na úkor jejich odbornosti.

Nezávislost Investičního soudního systému dále podporuje pravomoc jeho jednotlivých orgánů přijmout své pracovní postupy včetně jednacího řádu. Svým způsobem k zajištění nezávislosti soudců slouží i jejich hmotné zabezpečení, jež má případě soudců Soudu prvního stupně formu tzv. vydržovacího honoráře (*retainer fee*) a případně též dalších honorářů a náhrad. Vydržovací honorář má přitom být kompenzací za disponibilitu soudců a jejich připravenost k brzkému zahájení plnění své funkce při řešení jednotlivých věcí. Jedná se o jistou kompenzaci za předpokládaná omezení jiných výdělečných aktivit soudců, zejména v soukromé sféře. V případě členů Odvolacího soudu k tomuto navíc přistupuje tzv. honorář za odpracovaný den jakožto člen (*fee for each day worked as a Member*) a v případě předsedy a případně též místopředsedy Soudu prvního stupně, resp. Odvolacího soudu, navíc tzv. honorář za odpracovaný den při plnění funkcí předsedy daného orgánu (*fee for each day worked in fulfilling the functions of President*). Vydržovací honorář a případné další honoráře a náhrady mohou být rozhodnutím smíšeného výboru přeměněny na pravidelný plat. V takovém případě budou tito soudci sloužit na plný úvazek a nebudou moci vykonávat žádnou výdělečnou nebo nevýdělečnou profesionální činnost, ledaže jim k tomu výjimečně udělí souhlas předseda příslušného soudního orgánu.

Jak již bylo řečeno výše, mají mít Strany TTIP na rozdíl od investorů možnost spoluurčovat personální složení orgánů Investičního soudního systému. Aby se tato

295 FOUCHARD PAPAEFSTRATIOU, Athina. The EU Proposal Regarding Investment Protection: The End of Investment Arbitration as We Know It? *ArbitralWomen* [online]. 2015 [cit. 2016-06-09]. Dostupné z:

<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/>

nerovnováha nepromítala do konkrétních řízení a neohrožovala tak právo investorů na spravedlivý proces, musí být počítáno s určitými organizačními opatřeními. Strany TTIP by v první řadě neměly jmenovat soudce přímo, ale prostřednictvím smíšeného výboru. V rámci něj by pak prakticky nemohly rozvíjet úvahy o vhodnosti kandidátů z hlediska svých zájmů v konkrétních řízeních. Nebylo by totiž dopředu známo, ve kterých řízeních bude jmenovaný soudce rozhodovat. Jednotliví soudci by navíc měli rozhodovat v řízeních vedených proti oběma Stranám. Nemělo by tedy mít ani smysl jakkoli kalkulovat s hodnotovou orientací kandidátů z hlediska jejich akcentu na ochranu práv a oprávněných zájmů jednotlivců (proinvestorsky laděný soudce), resp. svrchovanosti státu (prostátně laděný soudce).

Soud prvního stupně by měl zásadně rozhodovat v senátech složených ze tří soudců, vždy po jednom z obou smluvních stran a z nečlenské země za předsednictví posledně jmenovaného. V zájmu procesní ekonomie je však stranám sporu umožněno, aby se dohodly, že jejich věc bude rozhodovat samosoudce. Soudci by měly být v každé věci jmenování předsedou Soudu prvního stupně podle systému rotace tak, aby složení senátu bylo náhodné a nepředvídatelné a všichni soudci měli v tomto ohledu rovné příležitosti.

V případě Odvolacího soudu by se měl uplatňovat obdobný systém určování složení senátů, jež by rovněž měly být tříčlenné. Možnost vyloučení rozhodování senátem není v odvolacím řízení stranám dána.

IV.4.3.2 Řízení

I samotné řízení před orgány Investičního soudního systému vykazuje oproti standardní mezinárodní investiční arbitráži řadu specifík. Již samotné jeho zahájení by mělo vykazovat podstatné specifikum, jež opět vyvolává pochybnosti z hlediska rovnosti stran případného sporu. Pokud se bude totiž zahraniční investor chtít domáhat náhrady újmy, která mu měla vzniknout v souvislosti s jeho investicí v EU, bude se v první řadě muset vypořádat s otázkou určení subjektu, jenž by měl být žalován. Standardním

paradigmatem sporného řízení, ať už vnitrostátního nebo na mezinárodní úrovni, přitom je, že je zásadně na žalobci, aby v žalobě určil, proti komu tato bude směřovat. Na soudu je potom, aby posoudil otázku pasivní legitimace vybraného subjektu a podle toho rozhodl. Žalobce tedy má zásadně volnost co do určení žalovaného. Druhou stranu mince představuje jeho povinnost následně v řízení s tímto žalovaným unést břemeno tvrzení a břemeno důkazní, a to pod sankcí ztráty sporu.

Podle Návrhu TTIP INV má však do tohoto základního schématu vstoupit samotná EU, tedy subjekt přímo na věci zainteresovaný a potenciální žalovaná strana. Dle oddílu 3 čl. 5 Návrhu TTIP INV to bude právě ona, kdo bude na žádost investora závazně²⁹⁶ určovat, zda má na straně žalované vystupovat sama, či zda má být žalován příslušný členský stát.

Tato zjevná výsada EU ve vztahu k investorovi a dokonce i ve vztahu k orgánům Investičního soudního systému, je v Návrhu TTIP INV sice do určité míry kompenzována. EU je tak například vázána 60denní lhůtou od přijetí žádosti, v níž musí o eventuální žalované straně rozhodnout a o tomto investora vyrozumět (oddíl 3 čl. 5 odst. 3 Návrhu TTIP INV). Pokud jsou v souladu s tímto určením EU nebo příslušný členský stát žalovány, nemohou již na svou obranu uplatňovat nepřípustnost nároku, nepřislušnost soudu nebo jinak tvrdit, že žaloba nebo nález jsou neopodstatněné nebo neplatné

296 Závaznost určení pro investora vyplývá z oddílu 3 článku 5 odst. 4 Návrhu TTIP INV. Za povšimnutí přitom stojí, že Komise původně navrhovala poněkud jemnější formulaci tohoto ustanovení, jež dle jejího návrhu zveřejněného dne 16. září 2015 (dostupné v anglickém jazyce z:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf [cit. 2016-06-11]) znělo:

„Žalobce může učinit podání podle článku 6 na základě takového určení“ (přeloženo autorem práce z anglického originálu). Po konzultacích s Radou a Evropským parlamentem však toto ustanovení bylo změněno a zní:

„Pokud žalobce uplatňuje nárok podle čl. 6, musí tak učinit na základě takového určení.“ (přeloženo autorem práce z anglického originálu). Není namístě z tohoto dovozovat jakoukoli změnu závaznosti určení pro investora. Je však zřejmé, že Komise původně volila její poněkud méně přímočaré vyjádření. Pokud po konzultacích s Radou a Evropským parlamentem došlo k výše popsané korekci, lze se domnívat, že tyto orgány navrhovaný přístup přijaly.

z důvodu, že správným žalovaným měla být EU namísto členského státu nebo naopak (oddíl 3 čl. 5 odst. 5 Návrhu TTIP INV). Soud prvního stupně i Odvolací soud jsou též tímto určením vázány (oddíl 3 čl. 5 odst. 6 Návrhu TTIP INV).

Takovéto řešení přes výše zmíněná opatření proti případnému zneužívání této výsady bude jen stěží americkými investory vnímáno jako adekvátní z hlediska ochrany jejich procesní rovnosti a práva na spravedlivý proces. Reálně při jeho využití hrozí, že se jinak opodstatněné nároky investorů stanou nevymahatelnými. Orgány Investičního soudního systému totiž mohou v konkrétních sporech dospět k závěru, že nelze žalované straně uložit náhradu újmy investorovi - žalobci vzniklé, protože se z hlediska hmotněprávního neztotožní s určením žalovaného ze strany EU. Tento problém však nebudou moci efektivně řešit, protože procesně budou závěrem EU vázány.

Navrhované řešení je též nevyvážené i přímo ve vztahu EU ke Spojeným státům americkým, protože v jejich případě se vůči evropským investorům z pochopitelných důvodů s podobným mechanismem nepočítá. Dá se proto očekávat, že budou ze strany USA v tomto smyslu vznášeny výhrady. Je však zároveň třeba podotknout, že se EU zdá být při prosazování tohoto model zatím úspěšná, jak ukazují obdobná ustanovení již sjednaných dohod - CETA a Dohoda o volném obchodu mezi Evropskou unií a Vietnamskou socialistickou republikou (FTA EU-Vietnam)²⁹⁷.

I přes výše uvedené, je systém navržený EU ve své podstatě stále založen na modelu mezinárodní arbitráže. Na tom nemůže nic změnit ani skutečnost, že EU se v Návrhu TTIP INV zjevně snaží výrazu „*arbitration*“ (arbitráž) v maximální možné míře vyhnout²⁹⁸. Lze tak usuzovat na její ambici dosáhnout řešení, které bude kvalitativně

²⁹⁷ Článek 8.21 CETA, kapitola 8 oddíl 3 článek 6 FTA EU-Vietnam.

²⁹⁸ Anglický výraz „*arbitration*“ je ve finálním znění Návrhu TTIP INV obsažen jen v případech, kdy nebylo možné se mu vyhnout, protože tvořil buď součást názvu konkrétní instituce (např. „*Permanent Court of Arbitration*“) nebo konkrétního dokumentu (např. „*UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*“) či označení rozhodčích pravidel vypracovaných jinou institucí (např.

natolik jiné, že se již o arbitráž v pravém slova smyslu jednat nebude. Návrh TTIP INV však v tomto ohledu může být považovat pouze za vykročení daným směrem. Sám však k naplnění takovéto ambice stačit nemůže. To se projevuje především v jeho ustanoveních o volbě procesních pravidel. Tato náleží investorovi jakožto žalobci. Dle oddílu 3 čl. 6 odst. 2 Návrhu TTIP INV si může zvolit mezi pravidly ICSID nebo rozhodčími pravidly vypracovanými Komisí OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL). Případně se též může s žalovaným dohodnout na užití jiných pravidel. Po marném uplynutí 20denní lhůty k vyjádření nesouhlasu s pravidly navrženými žalobcem měla původně podle záměru Komise²⁹⁹ nastupovat na straně žalovaného nevyvratitelná právní domněnka udělení souhlasu. Po konzultacích s Radou a Evropským parlamentem však tato byla z Návrhu TTIP INV vypuštěna. Místo toho bylo investorovi - žalobci umožněno, aby si po marném uplynutí 30denní lhůty k dosažení shody s žalovaným na užití jiných pravidel sám zvolil některá z Návrhem TTIP INV výslovně předpokládaných pravidel. Ať už se uplatní jakákoli výše uvedená pravidla (na základě shody stran sporu nebo jednostranné volby žalobce), vždy se tak bude dít s výhradou uplatnění relevantních ustanovení TTIP a pravidel na základě ní přijatých smíšeným výborem, Soudem prvního stupně nebo Odvolacím soudem (oddíl 3 článek 6 odst. 3 Návrhu TTIP INV).

Návrh TTIP INV tak mimo jiné upravuje nepřípustnost skupinových žalob, když oddíl 3 článek 7 odst. 5 Návrhu TTIP INV stanoví:

„Nároky uplatněné jménem skupiny složené z několika neidentifikovaných žalobců nebo uplatněné zástupcem, jenž hodlá vést řízení v zájmu několika identifikovaných nebo

„arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)“). V případech, kdy však mohl přímo evokovat povahu řízení před orgány Investičního soudního systému, byl z Návrhu TTIP INV vypuštěn. Znění původně navrhované Komisí (viz poznámka pod čarou č. 296) sice ještě takovéto případy užití výrazu „arbitration“ obsahovalo (viz bod 1 Přílohy II k oddílu 2 návrhu Komise nebo oddílu 3 čl. 5 odst. 7 návrhu Komise), tyto ale byly po konzultacích s Radou a Evropským parlamentem nahrazeny výrazy jinými.

²⁹⁹ Oddíl 3 čl. 6 odst. 2 písm. d) Návrhu Komise ze dne 16. září 2015.

neidentifikovaných žalobců, kteří ho pověřují všemi rozhodnutími týkající se řízení v jejich zastoupení, nejsou přípustné.“ (přeloženo autorem práce z anglického originálu).

V tomto případě se pravděpodobně jedná o reakci na rozhodnutí o příslušnosti a přípustnosti ze dne 4. srpna 2011 ve věci *Abaclat300*, v němž rozhodčí soud konstatoval svou příslušnost k rozhodování o nárocích více než 60.000 italských držitelů dluhopisů vyplývajících z neplacení argentinského veřejného dluhu.

Návrh TTIP INV dále obsahuje ochranné mechanismy proti šikanózním žalobám. Dle oddílu 3 čl. 14 odst. 1 Návrhu TTIP INV je tak třeba žalobu odmítnout, pokud žalobce již proti témuž zacházení ze strany hostitelského státu, resp. EU, brojí prostřednictvím jiné žaloby podané u Soudu prvního stupně nebo jiného vnitrostátního nebo mezinárodního soudního orgánu, ledaže žalobce vezme takovou žalobu zpět. Ochranu před nedůvodnými žalobami ve svém důsledku poskytuje i úprava náhrady nákladů řízení. Ta je postavena na zásadě úspěchu s možností soudu ve výjimečných případech tyto náklady rozdělit mezi strany sporu, pokud je takové rozdělení vhodné vzhledem k okolnostem případu³⁰¹. Jak poznamenává Fouchard Papaefstratiou³⁰², je škoda, že se EU při vypracovávání Návrhu TTIP INV neinspirovala Dohodou o Transpacifickém partnerství, pokud jde o možnost podávání protinávrhů žalovanými hostitelskými státy. I toto by jistě v některých případech vedlo investory k obezřetnějšímu přístupu k zahajování sporů před Soudem prvního stupně.

Návrh TTIP INV rovněž pamatuje na ochranu před tzv. *treaty shopping* - účelovým nabytí investice za účelem zahájení sporu před orgány Investičního soudního systému. Soud prvního stupně by se tak měl prohlásit za nepřislušný v případech, kdy žalobce

³⁰⁰ *Abaclat a další v. Argentinská republika*, ICSID sp. zn. ARB/07/5 (dříve *Giovanna a Beccara a další v. Argentinská republika*), blíže viz: <http://www.italaw.com/cases/35#sthash.zvj7zwO8.dpuf>.

³⁰¹ Oddíl 3 čl. 28 odst. 4 Návrhu TTIP INV

³⁰² Viz FOUCHARD PAPAEFSTRATIOU, Athina *op. cit.*, s. 7.

nabyl vlastnictví nebo kontrolu předmětné investice v době, kdy již spor existoval nebo byl s vysokou mírou pravděpodobnosti předvídatelný a soud zjistí, že žalobce nabyl vlastnictví nebo kontrolu investice s hlavním cílem podání žaloby (oddíl 3 čl. 15 Návrhu TTIP INV).

Mělo by též dojít k posílení transparentnosti řízení, protože Návrh TTIP INV při nich počítá s uplatňováním Pravidel transparentnosti UNCITRAL³⁰³ (oddíl 3 čl. 18 Návrhu TTIP INV, k Pravidlům transparentnosti blíže viz kapitola II.4 Spory z DPOI - institucionální a procesní aspekty). TTIP by se tak stala pravděpodobně vůbec první DPOI, která by s uplatňováním těchto pravidel počítala.

Výše popsané provázání TTIP s pravidly ICSID si zaslouží bližší pozornosti. Úmluva ICSID je totiž koncipována pro řešení investičních sporů mezi účastnickými hostitelskými státy a investory z jiného účastnického státu (k Úmluvě ICSID blíže viz kapitola II.4 Spory z DPOI - institucionální a procesní aspekty). Je zřejmé, že EU jakožto mezinárodní organizace navzdory své nadnárodní povaze státem není, a není proto ani smluvní stranou Úmluvy ICSID. Z tohoto důvodu Úmluva ICSID není apriori koncipována tak, aby se uplatňovala na investiční arbitráže proti EU vedené. Není sice důvod se domnívat, že by rozšíření její věcné působnosti, v tomto případě prostřednictvím TTIP, přímo Úmluvě ICSID odporovalo, a vznikala by tak problém přímého konfliktu těchto dvou právních režimů. Jejich koncepční nekompatibilita v tomto ohledu přesto může, a pravděpodobně také bude, způsobovat praktické problémy.

Je třeba v tomto ohledu upozornit především na problematiku výkonu konečných rozhodnutí. Dle oddílu 3 čl. 30 odst. 6 Návrhu TTIP INV se sice konečné rozhodnutí vydané podle tohoto oddílu považuje za rozhodnutí dle oddílu 6 Úmluvy ICSID. Návrh TTIP INV tak výslovně počítá s výkonem rozhodnutí dle této úmluvy. Úmluva ICSID

303 Pravidla UNCITRAL o transparentnosti v arbitrážích mezi investory a státy vzešlých z mezinárodních smluv (datum účinnosti: 1.4.2014)

samotná již však nikoli. Působnost výše uvedeného ustanovení Návrhu TTIP INV přitom dopadá pouze na potenciální signatáře TTIP. Nebude proto možné využít mechanismů Úmluvy ICSID k výkonu rozhodnutí ve třetích zemích na ní zúčastněných. Pokud tedy má být potenciál výkonu rozhodnutí dle Úmluvy ICSID řádně využit, bude EU muset v tomto směru vyvinout podstatné diplomatické úsilí mimo rámec samotných jednání se Spojenými státy americkými. V úvahu tak přichází buď bilaterální jednání s jednotlivými třetími zeměmi, např. v rámci sjednávání jiných bilaterálních dohod hospodářského charakteru, nebo přímo úprava samotné Úmluvy ICSID. Posledně zmíněná možnost by sice byla v tomto směru nejefektivnější. V praxi ale bude velmi těžko dosažitelná, protože by vyžadovala součinnost všech dosavadních smluvních stran Úmluvy ICSID. Pravděpodobně se tak nepodaří dosáhnout v tomto směru úplného propojení právního režimu TTIP s Úmluvou ICSID. Jak ale naznačuje oddíl 3 čl. 12 Návrhu TTIP INV předjímající vznik multilaterálních mechanismů pro řešení sporů z investic, má EU na tomto poli nemalé ambice. Může se vydat cestou vytváření zcela nových systémů.

IV.4.3.3 Rozdělení odpovědnosti a finančního břemene mezi EU a členské státy

Jak již bylo uvedeno výše, má EU podle oddílu 3 čl. 5 Návrhu TTIP INV na žádost investora závazně určovat, zda bude v případném sporu s ním na straně žalované vystupovat sama, či zda má být žalován příslušný členský stát. Aby se mohla svého úkolu řádně zhostit a byla v této zásadní otázce nastolena právní jistota, bylo přijato nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 912/2014 ze dne 23. července 2014, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti s rozhodčími soudy pro řešení sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie stranou (dále jen „Nařízení č. 912/2014“). To upravuje jednak otázku vedení sporů s investory, tj. zda k tomuto má být povolána EU nebo členský stát, a dále též otázku rozložení finančního břemene z takovýchto sporů vyplývajícího (finanční odpovědnost). Nařízení č. 912/2014 je tak koncepčně postaveno na oddělení procesní otázky vedení sporu od finanční odpovědnosti. Tu článek 2 písm. g) Nařízení č. 912/2014

definuje jako *povinnost uhradit peněžní částku přiznanou rozhodčím soudem nebo dojednanou v dohodě o narovnání, včetně nákladů vyplývajících z rozhodčího řízení.*

IV.4.3.3.1 Mezinárodní odpovědnost EU

Z Nařízení č. 912/2014 lze též odvozovat přístup EU, resp. jejích jednotlivých orgánů a zejména pak Komise, k otázce odpovědnosti za újmu způsobenou investorovi porušením DPOI dle mezinárodního práva. Preambule původního návrhu Nařízení č. 912/2014 z dílny Komise³⁰⁴ se v bodech 1 a 3 k této problematice vyjadřovala takto:

„(1) Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost získala Unie výlučnou pravomoc v oblasti uzavírání mezinárodních dohod o ochraně investic. Unie již je smluvní stranou Smlouvy o energetické chartě³⁰⁵, která zajišťuje ochranu investic.

(3) V souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské unie³⁰⁶ by mezinárodní odpovědnost za zacházení, které je předmětem řízení o urovnání sporu, měla sledovat rozdělení pravomocí mezi Evropskou unií a členské státy. V důsledku tohoto bude Unie v zásadě odpovědná za obhajobu v případě žalob týkajících se údajného porušení pravidel obsažených v dohodě, která spadají do výlučné pravomoci Unie, bez ohledu na skutečnost, zda sporné zacházení poskytla samotná Unie, nebo členský stát.“

Komise tak jednak deklarovala, že má EU po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost výlučnou pravomoc v oblasti uzavírání mezinárodních dohod o ochraně investic, tj. všech investic včetně portfoliových³⁰⁷. Na tomto poté založila své pojetí výlučné odpovědnosti

304 České znění návrhu Nařízení č. 912/2014 dostupné z:

<http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc538002ca701380e45e15402d6.do> [cit. 2016-06-15].

305 Úř. věst. L 69, 9.3.1998, s. 1.

306 Stanovisko Evropského soudního dvora č. 1/91, Sb. rozh. 1991, s. I-60709.

307 Jak již bylo v této práci na několika místech uvedeno, neodpovídá tento přístup znění čl. 206 odst. 1 SFEU, který operuje pouze s přímými zahraničními investicemi.

EU za újmu způsobenou zacházením odporujícím DPOI bez ohledu na původce tohoto zacházení. Nutno dodat, že tento přístup Komise byl do značné míry účelový a neodpovídal ani současnému stavu mezinárodního práva a nakonec ani právu evropskému.

Z hlediska evropského práva je problematický zejména názor Komise, týkající se údajné výlučné pravomoci EU v oblasti portfoliových investic (k tomuto blíže viz kapitola V.1.2.1 Význam pojmu „přímá zahraniční investice“).

Pokud se jedná o mezinárodní právo, vyjadřuje bod 3 preambule návrhu Nařízení č. 912/2014 spíše představu EU, resp. Komise, *de lege ferenda*³⁰⁸. Těžko lze však přijmout, že by se jednalo o postranní zájmy nezatížený popis současného stavu mezinárodního práva. Ten spíše nalezneme v Návrhu článků o odpovědnosti mezinárodních organizací zpracovaném Komisí OSN pro mezinárodní právo³⁰⁹ (dále jen „Návrh článků

308 Ke snahám EU ovlivnit v tomto smyslu mezinárodní právo blíže viz FECÁK, Tomáš. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo Evropské unie*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-982-3, s. 227 a 228.

309 Přijat Komisí OSN pro mezinárodní právo na jejím 63. zasedání v roce 2011 a předložen Valnému shromáždění jako součást zprávy Komise pojednávající o práci tohoto zasedání (A/66/10, odst. 87).

o odpovědnosti MO“). Článek 4 Návrhu článků o odpovědnosti MO charakterizuje prvky mezinárodně protiprávního aktu mezinárodní organizace takto:

„Mezinárodní protiprávní akt mezinárodní organizace je jednání spočívající v činnosti nebo opomenutí, jež:

- (a) *je této organizaci přičitatelné podle mezinárodního práva a*
- (b) *představuje porušení mezinárodního závazku této organizace.*“ (podtržení provedeno autorem práce).

Je tak třeba splnit kumulativně jednak (i) podmínku přičitatelnosti a dále též (ii) podmínku protiprávnosti z hlediska mezinárodního práva³¹⁰. Přístup EU, resp. Komise, vyjádřený v jejím návrhu Nařízení č. 912/2014 je problematický zejména z hlediska podmínky přičitatelnosti. Tu Komise staví na dělbě pravomocí mezi EU a členské státy. Návrh článků o odpovědnosti MO nicméně tuto podmínku upravuje v kapitole II poněkud odlišným způsobem. Základní norma pro určení přičitatelnosti je obsažena v článku 6 odst. 1 Návrhu článků o odpovědnosti MO:

„Jednání orgánu nebo úředníka mezinárodní organizace při plnění funkcí tohoto orgánu nebo úředníka je považováno za akt této organizace dle mezinárodního práva bez ohledu na to, jaké má tento orgán nebo úředník postavení ve vztahu k ní.“ (podtržení provedeno autorem práce).

Základní podmínkou je tedy, že k jednání dojde při plnění funkcí v rámci mezinárodní organizace (funkční pojetí přičitatelnosti). Jednání orgánu nebo úředníka mezinárodní

310 Blíže v anglickém jazyce viz *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*. Dostupné z: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf [cit. 2016-06-16].

organizace se přitom považuje za akt této organizace i v případě, že je *ultra vires*, pokud tento jedná z úředního pověření a v rámci celkových funkcí této organizace (článek 8 Návrhu článků o odpovědnosti MO). Zároveň je mezinárodní organizaci přičitatelné i jednání orgánu nebo úředníka jiné mezinárodní organizace nebo orgánu státu, pokud je jí dán k dispozici a tato vykonává účinnou kontrolu nad jeho jednáním (čl. 7 Návrhu článků o odpovědnosti MO). Konečně je též mezinárodní organizaci přičitatelné takové jednání a v takovém rozsahu, jak je sama uzná a přijme za vlastní (čl. 9 Návrhu článků o odpovědnosti MO).

Výše popsanému funkčnímu pojetí přičitatelnosti ovšem neodpovídá na dělbě pravomocí založená koncepce Komise. V realitě EU je totiž běžné, aby v oblastech, na něž se vztahují pravomoci EU, působily funkčně zcela autonomně orgány a úředníci jednotlivých členských států při aplikaci a vynucování přímo použitelných norem práva EU (tzv. exekutivní federalismus³¹¹). Je tak zřejmé, že právní názor o právní odpovědnosti EU obsažený v bodu 3 preambule návrhu Nařízení č. 912/2014 neodpovídá současnému stavu mezinárodního práva.

Nutno ovšem dodat, že body 1 a 3 preambule Nařízení č. 912/2014 doznaly oproti původnímu návrhu Komise po projednání Radou podstatných změn, a znějí tak:

„(1) Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost patří přímé zahraniční investice mezi záležitosti spadající pod společnou obchodní politiku. V souladu s čl. 3 odst. 1 písm. e) Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „Smlouva o fungování EU“) má Unie v oblasti společné obchodní politiky výlučnou pravomoc a může být stranou mezinárodních dohod obsahujících ustanovení o přímých zahraničních investicích.

(3) Mezinárodní odpovědnost za zacházení, které je předmětem řešení sporu, se řídí rozdělením pravomocí mezi Unii a členské státy. V důsledku tohoto bude Unie v zásadě

311 Blíže viz FECÁK, Tomáš, *op. cit.*, s. 227.

odpovědná za obhajobu v případě žalob týkajících se údajného porušení pravidel obsažených v dohodě, která spadají do výlučné pravomoci Unie, bez ohledu na skutečnost, zda sporné zacházení poskytla samotná Unie, nebo členský stát.“

Je zřejmé, že Rada zaměřila v tomto ohledu svou pozornost především na to, aby zamezila snahám Komise o extenzivní přístup výkladu pravomoci EU v oblasti zahraničních investic. Bod 1 preambule Nařízení č. 912/2014 tak nakonec v tomto směru nejde nad rámec znění čl. 206 odst. 1 SFEU. Bod 3 preambule téhož předpisu se však i přes jisté korekce nadále hlásí k původní koncepci mezinárodní odpovědnosti zastávané Komisí.

IV.4.3.3.2 Vedení sporů s investory

Způsobu, jakým je formulován bod 3 preambule Nařízení č. 912/2014 vzbuzuje dojem, že následná úprava vedení sporů s investory, resp. určení subjektu, který bude vystupovat na straně žalované, bude jednoznačně preferovat EU oproti členským státům. Původní záměr Komise takový bezpochyby byl. Narazil ovšem na odpor členských států v Radě a konečná podoba předmětné úpravy v článcích 4 až 12 Nařízení č. 912/2014 tak doznala o poznání větších změn než samotná deklarace obsažená v bodu 3 preambule téhož předpisu. V konečném důsledku by tak úprava vedení sporů měla v praxi o poznání lépe korespondovat s určením mezinárodní odpovědnosti dle Návrhu článků o odpovědnosti MO. Rovněž se zmenšily potenciální třecí plochy mezi EU a Komisí, protože by mělo vznikat méně případů, kdy bude na Komisi, aby v investičních arbitrážích hájila finanční zájmy členských států.

Pravděpodobně nejméně komplikované je určení žalovaného v případě, že investiční spor vznikl na základě zacházení s investicí, resp. investorem, ze strany orgánů EU, institucí nebo jiných subjektů Unie. V takovýchto sporech bude na straně žalované přirozeně vystupovat EU (článek 4 odst. 1 Nařízení č. 912/2014). Oproti návrhu Nařízení č. 912/2014 ovšem pro takovéto případy přibyla informační povinnost Komise vůči

Evropskému parlamentu a Radě o obdržení od žalobce žádosti o konzultace nebo oznámení o úmyslu zahájit investiční arbitráž (článek 4 odst. 2 Nařízení č. 912/2014).

Podstatně složitější je úprava vedení řízení o sporech týkajících se zcela nebo částečně zacházení poskytnutého členským státem. Do konečného znění Nařízení č. 912/2014 byl oproti návrhu Komise vložen nový článek 6 upravující spolupráci a vzájemné konzultace mezi Komisí a dotčeným členským státem v souladu se zásadou loajální spolupráce podle čl. 4 odst. 3 L-SEU. Tím byla nastavena základní platforma pro spolupráci mezi Komisí a dotčeným členským státem, a to zásadně na rovné bázi.

Vedení sporu týkajícího se zcela nebo částečně zacházení poskytnutého členským státem by mělo být zásadně na dotčeném členském státu (článek 9 odst. 1 Nařízení č. 912/2014). Případy, kdy i v těchto sporech vystupuje na straně žalované Komise, byly oproti původnímu návrhu Nařízení č. 912/2014 podstatně omezeny, nikoli však zcela vypuštěny. V první řadě je na členském státu, aby se rozhodl, zda chce vystupovat jako žalovaný. Pokud tomu tak není, měl by toto písemně potvrdit Komisi a ta pak bude dále zajišťovat vedení sporu, v němž bude na straně žalované vystupovat EU (článek 9 odst. 1 písm. b) Nařízení č. 912/2014). Nepůjde tedy o pouhé zastupování členského státu v řízení. Původně Komisí navrhované řešení počítalo s tím, že členský stát bude naopak muset ve stanovené lhůtě písemně potvrdit, že má v úmyslu vystupovat jako žalovaný. V opačném případě by bez dalšího v řízení na straně žalované vystupovala EU.

Nařízení č. 912/2014 dále počítá s určitými okolnostmi, za nichž může Komise sama rozhodnout, že žalovanou bude EU. Musí přitom ale vycházet z úplné a vyvážené věcné analýzy a právního zdůvodnění, které poskytne členským státům. Těmito okolnostmi jsou jednak případy, kdy (i) by Unie nesla zcela nebo přinejmenším zčásti možnou finanční odpovědnost vyplývající ze sporu nebo (ii) se spor týká zároveň i zacházení, které poskytly orgány, instituce nebo jiné subjekty Unie (článek 9 odst. 2 Nařízení č. 912/2014).

Z konečného znění Nařízení č. 912/2014 zcela vypadly další původně Komisí předpokládané okolnosti, a to

- je-li pravděpodobné, že na základě téže dohody budou podobné žaloby podány na zacházení, které poskytly ostatní členské státy, a Komise může nejlépe zajistit účinnou a jednotnou obhajobu; nebo
- vyvolává-li spor právní otázky, které dosud nejsou vyřešeny a které se mohou na základě téže dohody EU či jiných dohod EU znovu vyskytnout v jiných sporech týkajících se zacházení poskytnutého EU nebo ostatními členskými státy.

Tyto případy byly vymezeny dosti volně, a dávaly by tak Komisi značně široké pole působnosti a volné uvážení o možném vedení sporu Unii. Z pochopitelných důvodů tak narazily v Radě a byly nakonec vypuštěny. Z podobných důvodů bylo též upraveno vymezení okolností možné finanční odpovědnosti. Návrh Komise původně operoval s pouhou pravděpodobností, že Unie ponese přinejmenším částečně možnou finanční odpovědnost.

Naopak bylo do konečného znění Nařízení č. 912/2014 oproti Návrhu Komise přidána možnost, aby rozhodla, že postavení žalované bude mít EU, pokud je obdobné zacházení napadeno v související žalobě proti Unii u WTO, pokud byla zřízena skupina odborníků a žaloba se týká stejné konkrétní právní otázky a pokud je nezbytné zajistit ve věci před WTO jednotnou argumentaci (článek 9 odst. 3 Nařízení č. 912/2014). Nutno ovšem podotknout, že takové případy budou v praxi dosti vzácné, protože se obchodní spory před WTO týkají především nedovoleného omezování mezinárodního obchodu, jemuž v oblasti zahraničních investic odpovídá úprava fáze před vstupem. Většina investičních sporů se ovšem týká následného zacházení s investicí.

Z návrhu Nařízení č. 912/2014 byla též úplně vypuštěna možnost, aby Komise mohla dotčený členský stát kdykoli požádat, aby zaujal určité stanovisko, pokud jde o jakoukoli

právní otázku vyvolanou sporem či jakýkoli jiný prvek, který je pro Unii významný. Komise ani nemůže vyžadovat, aby členský stát požádal o zrušení rozhodčího nálezu, podal proti němu opravný prostředek nebo požádal o přezkum právní otázky obsažené v rozhodčím nálezu. I toto přitom bylo v původním návrhu Komise zakotveno.

Lze tak shrnout, že se Komisi nepodařilo zajistit si, pokud jde o vedení sporů s investory, dominantní postavení, byť o ně zjevně usilovala. To se může jevit poněkud problematické z hlediska výlučné pravomoci EU v oblasti přímých zahraničních investic. EU se totiž za těchto okolností nebude plnohodnotně účastnit všech mezinárodních arbitráží, v rámci nichž se bude vytvářet judikatura k ní sjednaným DPOI. Na druhou stranu ovšem takto byla odstraněna řada třecích ploch mezi EU a členskými státy. Ty totiž podle původního návrhu měli sice nést značnou část finančního břemene, měly však velmi omezenou možnost ovlivňovat rozhodování o něm.

IV.4.3.3 Uzavírání dohod o narovnání

Narízení č. 912/2014 rovněž předpokládá, že investiční spory budou moci být řešeny pomocí institutu narovnání a upravuje postupy pro tento případ podle čtyř základních modelových situací. Ty jsou následující:

- řešení sporů týkajících se zacházení, které poskytla Unie,
- řešení sporů týkajících se zacházení, které poskytl zcela nebo zčásti členský stát, pokud si Unie přeje dosáhnout narovnání,
- řešení sporů týkajících se zacházení, které poskytl výlučně členský stát, v případech, kdy si tento členský stát přeje dosáhnout narovnání,
- řešení sporů týkajících se zacházení, které poskytl zčásti členský stát, v případech, kdy si tento členský stát přeje dosáhnout narovnání.

První modelová situace je nejjednodušší a nejméně kontroverzní. Proto v tomto případě bylo Komisí navrhované řešení přijato bez jakýchkoli podstatnějších změn. Je přitom

na Komisi samotné, zda vyhodnotí, že je takováto dohoda v zájmu EU a rozhodne se ji uzavřít.

Podstatnější proměnou však již prošla úprava druhé modelové situace, tj. řešení sporů týkajících se zacházení, které poskytl zcela nebo zčásti členský stát, pokud je Unie žalovanou a přeje si dosáhnout narovnání. V takovémto případě čl. 14 Nařízení č. 912/2014 předpokládá zahájení konzultací mezi Komisí a dotčeným členským státem. Komise může konzultace zahájit, domnívá-li se, že by narovnání daného sporu bylo ve finančním zájmu EU. Oproti návrhu Komise Nařízení č. 912/2014 tak došlo k citelnému omezení volnosti Komise při zahajování těchto konzultací. Návrh se totiž v tomto směru neomezoval pouze na případy, kdy narovnání bude dle Komise ve finančním zájmu EU, ale hovořil poněkud vágně o zájmech EU jako takových (nikoli pouze finančních). Konzultace s Komisí může rovněž zahájit členský stát.

Pokud se Komise a dotčený členský stát dohodnou na řešení daného sporu, vyvine dotčený členský stát úsilí k uzavření ujednání s Komisí, jímž budou vymezeny prvky nezbytné pro vyjednávání o dohodě o narovnání a pro její provádění (čl. 14 odst. 2 Nařízení č. 912/2014).

Konečné znění článku 14 Nařízení č. 912/2014 doznalo změn oproti původnímu návrhu Komise, zejména pokud se jedná o situaci, kdy členský stát nesouhlasí s narovnáním sporu. Návrh Komisi pro takové případy umožňoval dohodu o narovnání přesto uzavřít, vyžadoval-li by to převažující zájem Unie. Konečné znění Nařízení č. 912/2014 však opět pamatovalo v mnohem větší míře na ochranu zájmů členských států. V první řadě je tak výslovně stanoveno, že v případech, kdy ve sporu případnou finanční odpovědnost ponese výlučně členský stát, může dohodu o narovnání uzavřít pouze on a nikoli Komise (čl. 14 odst. 3 Nařízení č. 912/2014). Naopak Komise může spor narovnat bez souhlasu členského státu prakticky pouze v případě, že toto narovnání nebude mít pro členský stát žádné finanční nebo rozpočtové důsledky. Může tomu tak být buď z důvodu, že jeho finanční odpovědnost není vůbec namístě, nebo na sebe finanční břemeno převezme jiný

subjekt, tedy EU. Výjimku v tomto ohledu představuje případ, kdy je EU žalována podle čl. 9 odst. 1 prvního pododstavce písm. b) Nařízení č. 912/2014 (členský stát se sám vzdal možnosti vystupovat ve sporu jako žalovaný a toto Komisi písemně potvrdil). V takovém případě může Komise po nezbytných konzultacích s dotčeným členským státem, avšak nikoli nutně s jeho souhlasem, rozhodnout, že spor narovná, pokud je dohoda o narovnání ve finančním zájmu Unie. V případě takového rozhodnutí Komise předloží úplnou a vyváženou věcnou analýzu a právní zdůvodnění, jimiž finanční zájmy Unie ozřejmí. Předmětem dohod o narovnání sjednávaných Komisí bez souhlasu dotčeného členského státu nesmějí být jiná opatření dotčeného členského státu než vyplacení určité peněžní částky (čl. 14 odst. 7 Nařízení č. 912/2014).

Dalším zvláště upraveným případem uzavírání dohody o narovnání je situace, kdy je Unie žalovaná ve sporu týkajícím se výlučně zacházení, které poskytl členský stát, a tento si přeje dosáhnout narovnání. V takovém případě může dle čl. 15 odst. 1 Nařízení č. 912/2014 Komisi navrhnout narovnání sporu, pokud

- přijme veškerou možnou finanční odpovědnost vyplývající z dohody o narovnání,
- dohoda o narovnání je vykonatelná pouze vůči němu a
- podmínky dohody o narovnání jsou slučitelné s právem EU.

Návrh Komise původně předpokládal splnění ještě jedné podmínky, a to absenci rozporu s převažujícím zájmem EU. Tato podmínka však následně byla vypuštěna. O návrhu členského státu následně proběhnou konzultace s Komisí. V rámci ní tato posoudí návrh z hlediska splnění podmínek pro jeho předložení. Pokud jsou tyto podmínky splněny, musí Komise návrh schválit. Pokud by snad Komise byla v tomto ohledu nečinná a do 90 dnů ode dne doručení návrhu dohody o narovnání o něm nerozhodla, nastupuje

bez dalšího fikce schválení návrhu. Je-li návrh dohody o narovnání schválen, přijme Komise všechny nezbytné kroky, aby ujednání dané dohody byla účinná.

Konečně byla do finálního znění Nařízení č. 912/2014 vložena úprava uzavírání dohod o narovnání, jestliže žalovanou je EU a spor se týká zacházení, které poskytl zčásti členský stát, v případech, kdy si tento členský stát přeje dosáhnout narovnání. Návrh Komise tuto situaci nijak zvláště neupravoval. I v tomto případě se má členský stát nejprve uchýlit ke konzultacím s Komisí, jejichž předmětem by mělo být uzavření ujednání, jímž budou vymezeny prvky nezbytné pro vyjednávání o dohodě o narovnání a pro její provádění. V případě, že však Komise s narovnání nesouhlasí, může na základě úplné a vyvážené věcné analýzy a právního zdůvodnění, které poskytne členským státům, rozhodnout o odmítnutí dohody o narovnání (čl. 16 odst. 3 Nařízení č. 912/2014).

IV.4.3.3.4 Rozdělení finanční odpovědnosti a vyplacení přiznaných částek a narovnání

Nařízení č. 912/2014 řeší v kapitole V (články 17 až 21) finanční konsekvence sporů z investic a jejich vypořádání. Činí tak ovšem pouze ve vztahu ke sporům, v nichž vystupuje jako žalovaná EU (čl. 17 Nařízení č. 912/2014). Rozlišuje přitom vyplacení přiznaných částek a narovnání, tj. samotné vypořádání s investorem, a hrazení finančních důsledků sporu, tj. vypořádávání mezi EU a dotčeným členským státem. Tímto způsobem by mělo být zajištěno, aby případné neshody mezi Komisí a dotčeným členským státem ohledně rozsahu jejich finanční odpovědnosti neměly negativní dopady do majetkové sféry investora a nedocházelo k prodlevám s vyplácením přiznaných částek.

O samotné vyplacení se zásadně ve sporech, v nichž vystupuje jako žalovaná EU, stará Komise. Přistupuje k němu na základě žádosti investora. Komise přiznanou částku hradí s výjimkou případů, kdy finanční odpovědnost přijal dotčený členský stát v souladu s článkem 12 Nařízení č. 912/2014. V tom případě uhradí přiznanou částku členský stát

(čl. 18 odst. 1 Nařízení č. 912/2014). Investor má rovněž nárok na to, aby mu Komise vyplatila částku vyplývající z narovnání, jež bylo sjednáno z její iniciativy.

Komise též případně rozhoduje o hrazení finančních důsledků sporu s investorem. Děje se tak podle kritérií obsažených v článku 3 Nařízení č. 912/2014). Unie zásadně nese finanční odpovědnost vyplývající ze zacházení, které poskytly orgány, instituce nebo jiné subjekty Unie. Dotčený členský stát naopak nese finanční odpovědnost vyplývající ze zacházení, které sám poskytl. V zásadě se tak pro interní rozdělení finanční odpovědnosti uplatňují kritéria velmi podobná těm, na nichž je postavena odpovědnost mezinárodních organizací dle mezinárodního práva (viz kapitola VI.4.3.3.1 výše). Nařízení č. 912/2014 však pamatuje i na případ, kdy je sice dané zacházení přičitatelné dotčenému členskému státu, ale tento tak jednal z důvodu, že to po něm bylo vyžadováno právem EU. Výraz „vyžadováno právem Unie“ je přitom vymezen v článku 2 písm. l) Nařízení č. 912/2014 tak, že se vztahuje k zacházení v situaci, kdy se dotčený členský stát mohl údajnému porušení dohody vyhnout pouze nedodržením povinnosti vyplývající z práva Unie, například v případě, kdy členský stát nemá žádný prostor pro uvážení nebo hodnocení, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo. Nepůjde tedy o případy, kdy členskému státu právo EU poskytuje určitou míru uvážení, přičemž v rámci něj lze volit mezi zacházením DPOI porušujícím a zacházením, které je v souladu s danou DPOI. V případě, že je určité zacházení vyžadováno právem Unie, nese finanční odpovědnost EU, ledaže tak členský stát musel jednat, aby odstranil nesoulad svého předchozího jednání s právem EU a dotyčné předchozí jednání nebylo právem Unie vyžadováno (čl. 3 odst. 1 Nařízení č. 912/2014). Nařízení č. 912/2014 dále výslovně pamatuje na případy, kdy dotčený členský stát přijal možnou finanční odpovědnost, byť žalovanou byla Unie (čl. 12 Nařízení č. 912/2014), nebo uzavřel dohodu o narovnání podle čl. 15 Nařízení č. 912/2014, tj. ve sporu týkajícího se zacházení, které poskytl výlučně tento členský stát a

přeje si dosáhnout narovnaní. V takovýchto případech logicky nese finanční odpovědnost dotčený členský stát.

Původní návrh Komise v článku 3 odst. 3 písm. b) dále též výslovně stanovil, že dotčený členský stát nese finanční odpovědnost, vystupoval-li v daném sporu jako žalovaný. Takováto konstrukce byla vskutku pozoruhodná, uvědomíme-li si, že článek 9 Nařízení č. 912/2014 zásadně počítá s tím, že jako žalovaný bude vystupovat členský stát, za určitých okolností ovšem Komisi umožňuje, aby rozhodla o opaku. V konečném důsledku tedy mělo být v takovýchto případech na uvážení Komise, zda členský stát ponese v plném rozsahu finanční odpovědnost či nikoli. Vypuštění tohoto ustanovení z konečného znění Nařízení č. 912/2014 je proto třeba vnímat pozitivně. Problém ovšem spočívá v tom, že toto ustanovení dále korespondovalo s článkem 17 Nařízení č. 912/2014. Ten omezuje uplatnění ustanovení Nařízení č. 912/2014 o rozdělení finanční odpovědnosti a vyplacení přiznaných částek na případy, kdy je žalovanou EU. Článek 17 Nařízení č. 912/2014 byl přitom ponechán, a tento právní předpis tak neupravuje rozdělení finanční odpovědnosti a vyplacení přiznaných částek v případě, že žalovaným byl členský stát. Jak správně upozorňuje Fecák³¹², je tento nekonceptní přístup na újmu právní jistoty všech zúčastněných subjektů.

V případě, že se Komise po vyplacení patřičné částky investorovi domnívá, že by přinejmenším část tohoto finančního břemene měl nést dotčený členský stát, zahájí s ním neprodleně konzultace o hrazení. Do tří měsíců od okamžiku, kdy obdrží žádost o vyplacení přiznané částky, narovnaní nebo nákladů vyplývajících z rozhodčího řízení, přijme rozhodnutí určené dotčenému členskému státu. V něm stanoví částku, kterou má tento členský stát uhradit. O tomto rozhodnutí a jeho finančním zdůvodnění Komise uvědomí Evropský parlament a Radu (čl. 19 odst. 3 Nařízení č. 912/2014). Členský stát pak má možnost proti takovému rozhodnutí Komise do dvou měsíců od jeho vstupu v platnost brojit prostřednictvím námítky. Neučiní-li tak, má povinnost poskytnout do rozpočtu Unie do šesti měsíců ode dne vstupu rozhodnutí Komise v platnost

312 FECÁK, Tomáš, *op. cit.*, s. 248 a 249.

stanovenou náhradu (čl. 19 odst. 4 Nařízení č. 912/2014). Pokud dotčený členský stát vznese námitku a Komise s námitkou členského státu nesouhlasí, přijme Komise do šesti měsíců od obdržení námitky členského státu rozhodnutí požadující, aby dotčený členský stát uhradil částku zaplacenou Komisí spolu s úroky. Pokud by snad členský stát nesouhlasil ani s tímto rozhodnutím Komise, mohl by celou věc předložit Soudnímu dvoru EU prostřednictvím žaloby dle čl. 263 SFEU. Komise též může již v průběhu investiční arbitráže dotčenému členskému státu uložit, aby do rozpočtu Unie poskytl zálohu na finanční příspěvky pokrývající předvídatelné nebo vynaložené náklady vyplývající z této arbitráže (čl. 20 odst. 1 Nařízení č. 912/2014).

IV.4.4 Investice v širším kontextu

Současné mezinárodní investiční právo se vyvinulo primárně jako právní režim ochrany zahraničních investic. Akcent je tedy kladen na ochranu práv a oprávněných zájmů investorů, zejména pak jejich práva vlastnit majetek jakožto základního práva. Pouze takovéto pojetí však v současné realitě nemůže obstát. Evropští investoři jsou často sami nadnárodními společnostmi, jejichž celkový význam pro ekonomiku daného státu může být natolik velký, že tyto mohou být v pokušení jej zneužívat a vyvíjet nepatřičný vliv na politiku a legislativu dotčeného státu. K takovýmto praktikám dochází i v samotné EU³¹³. To je samozřejmě problematické z hlediska ochrany základních lidských práv a životního prostředí a fungování demokratického právního státu jako takového. Řada států přijímajících investice z EU se řadí do kategorie tzv. rozvojových zemí, které jsou povětšinou ekonomicky slabší než jejich evropské protějšky, a ochrana výše uvedených hodnot u nich často bývá na podstatně nižší úrovni. Jsou proto v tomto ohledu

313 Lze například vzpomenout společnost Nokia, která byla v době své největší slávy schopna ovlivňovat finskou legislativu týkající se ochrany osobních údajů zaměstnanců. Příslušný zákon byl proto lidově nazýván *lex nokia*. Blíže viz FAE, Jane. 'Lex Nokia' company snoop law passes in Finland: Employee-monitoring law waved through. *The Register: Biting the hand that feeds IT* [online]. 2009, , 2 [cit. 2016-06-14]. Dostupné z: http://www.theregister.co.uk/2009/03/06/finland_nokia_snooping/

disponované, aby se snáze staly obětmi výše nastíněných praktik některých nadnárodních společností, včetně těch evropských.

Za takových okolností je třeba se ptát po širším pojetí významu zahraničních investic. Takovéto pojetí musí nutně zahrnovat i společenskou a environmentální odpovědnost investorů. Jinak by totiž investiční politika EU nebyla v souladu s jejími ostatními politikami a především by nebyl naplněn čl. 3 odst. 5 L-SEU:

„Ve svých vztazích s okolním světem Unie zastává a podporuje své hodnoty a zájmy a přispívá k ochraně svých občanů. Přispívá k míru, bezpečnosti, udržitelnému rozvoji této planety, k solidaritě a vzájemné úctě mezi národy, volnému a spravedlivému obchodování, vymýcení chudoby, ochraně lidských práv, především práv dítěte, a k přísnému dodržování a rozvoji mezinárodního práva, zejména k dodržování zásad Charty Organizace spojených národů.“

Nebyly by tak realizovány ani zásady a cíle vnější činnosti EU uvedené v článku 21 L-SEU, nemluvě o Listině základních práv EU, jež se nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy stala součástí primárního práva EU. Zajišťovat soudržnost mezi jejími jednotlivými politikami a činnostmi s přihlédnutím ke všem jejím cílům a v souladu se zásadou svěřené pravomoci přitom EU výslovně ukládá čl. 7 SFEU.

Pokud se chce EU zasadit o naplnění hodnot, na nichž je postavena, a tyto si uchovat, nemůže v globalizované společnosti 21. století EU ignorovat dopady aktivit svých investorů v jiných částech světa. Mělo by tomu tak být navzdory tomu, nebo dokonce tím spíše, že se některé členské státy staví k nastupujícím ekonomickým a vojenským

mocnostem, které sami standardy demokratického právního státu nespĺňují, dosti servilně³¹⁴.

Společenské odpovědnosti evropských investorů by tak mělo být využito, aby tito svými investicemi ve třetích zemích nepodkopávali snahy EU na poli ochrany životního prostředí, společenského rozvoje a řádné správy. Naopak by je měli podpořit tam, kde to od nich lze legitimně očekávat.

OECD ostatně již k tomuto zpracovala svou směrnici pro nadnárodní podniky³¹⁵. Podobně Konference OSN o obchodu a rozvoji (UNCTAD) vypracovala Rámec politiky investic pro udržitelný rozvoj³¹⁶. V rámci EU pak poté, co se v tomto ohledu ve svých výstupech nijak zvláště neangažovala Komise³¹⁷, iniciativu převzal Evropský parlament.

314 Viz nedávné kontroverze ohledně návštěvy čínského prezidenta v ČR v březnu 2016.

315 *Směrnice OECD pro nadnárodní podniky: Doporučení pro odpovědné chování podniků v globálním kontextu* [online]. 2013 [cit. 2016-06-14]. Dostupné z:

<https://mneguidelines.oecd.org/text/MNEGuidelines%C4%8Ce%C5%A1tina.pdf>

f

316 *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)* [online]. UNCTAD [cit. 2016-06-14]. Dostupné z:

http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

317 Sdělení Komise *Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice* (pozn. pod čarou č. 283) k tomuto pouze obecně deklaruje, že „[s]polečná investiční politika by se měla rovněž obecněji řídit zásadami a cíli vnější činnosti Unie, včetně podpory právního státu, lidských práv a udržitelného rozvoje (článek 205 SfeU a článek 21 L-SEU). V tomto ohledu jsou Směrnice OECD pro nadnárodní podniky, jež jsou v současné době aktualizovány, důležitým nástrojem, který napomáhá vyvážit práva a povinnosti investorů“.

Ve svém usnesení o budoucí evropské mezinárodní investiční politice³¹⁸ uvedl v bodech 27 až 30 k problematice sociálních a environmentálních standardů následující:

„Evropský parlament

zdůrazňuje, že budoucí politika EU bude muset podporovat také udržitelné investice respektující životní prostředí (zejména v oblasti těžebního průmyslu) a prosazující kvalitní pracovní podmínky v podnicích, kam investice směřují; žádá Komisi, aby všechny budoucí dohody zahrnovaly odkaz na aktuální pokyny OECD pro nadnárodní společnosti;

znovu opakuje svůj požadavek týkající se kapitol o investicích v širších dohodách o volném obchodu, aby byla do každé dohody o volném obchodu, kterou EU podepíše, začleněna ustanovení o sociální odpovědnosti podniků a účinná sociální a environmentální ustanovení;

požaduje, aby Komise posoudila, jak byla taková ustanovení zahrnuta do dvoustranných smluv o investicích uzavřených členskými státy a jak by mohla být zahrnuta do samostatných dohod o investicích;

vítá skutečnost, že velký počet dvoustranných smluv o investicích již obsahuje ustanovení zakazující okleštění právních předpisů v sociální a environmentální oblasti s cílem

³¹⁸ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice (2010/2203(INI)).

přilákat investice, a vyzývá Komisi, aby zvažila začlenění takového ustanovení do svých budoucích dohod“.

Jakým způsobem Komise reflektovala postoj Evropského parlamentu lze již v současné době vysledovat z obsahu jí sjednávaných dohod, resp. jejích návrhů při těchto jednáních vznášených. Jak CETA, tak i nově sjednané dohody o volném obchodu s Vietnamem a Singapurem obsahují kapitoly věnované problematice udržitelného rozvoje či transparentnosti. Posledním dokumentem, který v tomto ohledu odráží postoj Komise a poskytuje ucelený obraz o jejích snahách na tomto poli je úvodní návrh EU kapitoly *Obchod a udržitelný rozvoj* v TTIP (dále jen „Návrh TTIP SD“). Ten byl předložen Spojeným státům americkým k rozhovorům při kole jednání z 19. - 23. října 2015 a zveřejněn byl 6. listopadu 2015. Vzhledem k jeho aktuálnosti a k faktickému významu TTIP pro další vývoj mezinárodních standardů ochrany investic se v dalším rozboru zaměříme právě na tento dokument. Dále blíže prozkoumáme dohodu o volném obchodu mezi EU a Vietnamem, jejíž text byla zveřejněna na začátku tohoto roku (FTA EU-Vietnam)³¹⁹. Ta totiž představuje poslední hmatatelný výsledek snah evropské diplomacie na poli ochrany zahraničních investic. Navíc se na rozdíl od TTIP jedná o dohodu sjednanou s rozvojovou zemí, kde vládne komunistický režim. Je tak namístě předpokládat, že EU vůči takovému partnerovi aplikovala poněkud jiný přístup než vůči

319 Dostupné v anglickém jazyce z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> [cit. 2016-04-21].

Spojeným státům americkým nebo ostatním zemím, se kterými již obdobnou dohodu sjednala, tj. Kanadě a Singapuru.

IV.4.4.1 Ustanovení TTIP věnovaná problematice udržitelného rozvoje a lidských práv

Návrh TTIP SD představuje pokus EU o komplexní právně závaznou úpravu záležitostí ochrany životního prostředí a pracovních podmínek v rámci hospodářských vztahů mezi EU a Spojenými státy americkými. Návrh TTIP SD vymezuje své cíle v článku 2 takto:

„Prostřednictvím této kapitoly hodljají Strany:

- a) posílit pozitivní přínos této Dohody udržitelnému rozvoji;*
- b) zvýšit vzájemnou provázanost mezi pracovní, environmentální a obchodní a investiční politikou a opatřeními;*
- c) podpořit dosahování cílů Stran v oblasti pracovní a ochrany životního prostředí v kontextu více liberalizovaných, otevřených a transparentních obchodních a investičních vztahů;*
- d) formulovat a implementovat politiky, jež přispívají k dosahování cílů udržitelného rozvoje;*
- e) podpořit dialog a spolupráci mezi Stranami v záležitostech práce a životního prostředí, jež mají význam v obchodním a investičním kontextu, a to i s ohledem na třetí země;*

- f) *povzbudit podniky, sociální partnery, ekologické skupiny a další organizace občanské společnosti, jakož i občany, aby vyvinuli a zavedli postupy, které přispívají k dosažení cílů udržitelného rozvoje;*
- g) *podporovat veřejné konzultace a účast v diskuzích o otázkách udržitelného rozvoje vyplývajících z této Dohody. “.*

Hlavní nástroje udržitelného rozvoje přijaté mezinárodním společenstvím včetně tzv. Agendy 2030 "Přeměna našeho světa: Agenda pro udržitelný rozvoj 2030" (*Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*) tvoří celkový rámec kapitoly a zajišťují její soulad s mezinárodním vývojem na tomto poli³²⁰.

Návrh TTIP SD upravuje povinnosti obou stran s ohledem na základní mezinárodní standardy a dohody týkající se ochrany pracovníků a životního prostředí. Pokud se jedná o ochranu pracovníků, jsou obsaženy konkrétní závazky, jež mají zajistit účinnou realizaci všech čtyř základních standardů Mezinárodní organizace práce (ILO), tj. (i) svobody sdružování a účinného uznání práva na kolektivní vyjednávání, (ii) odstranění všech forem nucené nebo povinné práce, (iii) účinný zákaz dětské práce a (iv) odstranění diskriminace v zaměstnání a povolání (čl. 4 odst. 2 písm. a) Návrhu TTIP SD). Strany se rovněž mají zavázat k vytrvalé snaze o ratifikaci doposud neratifikovaných základních dohod ILO (čl. 4 odst. 2 písm. b) Návrhu TTIP SD). Pokud se jedná o ochranu životního prostředí, obsahuje Návrh TTIP SD závazky účinné implementace všech ratifikovaných mnohostranných dohod o životním prostředí (čl. 10 odst. 2 Návrhu TTIP SD). Nelze si ovšem nevšimnout, že oproti textům jiných obdobných dohod sjednaných EU její Návrh TTIP SD neobsahuje žádnou výslovnou zmínku o změnách klimatu a boji proti nim. Například kapitola 15 nedávno sjednané FTA EU-Vietnam věnuje této problematice článek 5. V něm smluvní strany v první řadě obecně stvrzují svůj závazek dosáhnout konečného cíle Rámcové úmluvy OSN o změně klimatu (UNFCCC) a jejího Kjótského

320 Článek 1 odst. 2 Návrhu TTIP SD.

protokolu. Dále se zavazují spolupracovat na vývoji budoucího právně závazné dohody o změně klimatu mezinárodní platné pro všechny strany v rámci UNFCCC. Tyto obecné povinnosti jsou dále konkretizovány v dalších ustanoveních čl. 5 FTA EU-Vietnam. I CETA obsahuje závazek stran ke spolupráci v otázkách životního prostředí souvisejících s obchodem, mezi něž výslovně řadí i *aspekty současného a budoucího mezinárodního režimu změny klimatu související s obchodem* (čl. 24.12 odst. 1 písm. e) CETA). Podobné závazky obsahuje i kapitola 13 *Obchod a udržitelný rozvoj* dohody o volném obchodu mezi EU a Singapurem (FTA EU-Singapur).

Návrh TTIP SD dále předpokládá konkrétní kroky na podporu zachování a udržitelného řízení přírodních zdrojů. Smluvní strany se tak mají zavázat k ochraně biologické rozmanitosti, boji proti nelegálnímu obchodu s ohroženými druhy volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin a odvozenými produkty (včetně přihlášení se k Úmluvě o mezinárodním obchodu ohroženými druhy volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin (CITES)), udržitelnému obhospodařování lesů, udržitelnému rybolovu a hospodaření s produkty akvakultury a ekologickému nakládání s chemickými látkami a odpady (čl. 11 až 15 Návrhu TTIP SD).

Článek 17 Návrhu TTIP SD upravuje opatření, jež mají bránit tzv. závodu ke dnu (*race to the bottom*) v otázkách ochrany pracovního trhu a životního prostředí. Strany tak uznávají, že je nevhodné oslabovat nebo omezovat úroveň ochrany poskytované v domácích předpisech pracovního práva a práva životního prostředí s cílem povzbudit nebo jinak ovlivnit obchod a investice (čl. 17 Návrhu TTIP SD). Nebudou proto tuto legislativu z takovýchto důvodů rušit, měnit ani jakkoli upouštět od jejího účinného vymáhání.

Návrh TTIP SD dále obsahuje i ustanovení týkající se transparentnosti a účasti veřejnosti při přijímání opatření k ochraně životního prostředí nebo pracovního trhu, které mohou ovlivnit obchod nebo investice, nebo obchodních či investičních opatření, která mohou mít vliv na ochranu životního prostředí nebo trhu práce (čl. 18 Návrhu TTIP SD). Strany

by tak měly podporovat veřejný dialog a povědomí o přijímaných opatřeních, brát v potaz relevantní vědecké a technické informace a mezinárodní standardy, pokyny a doporučení a uznávat roli zainteresovaných subjektů, zejména nestátních aktérů jako jsou sociální partneři a ekologická zájmová uskupení.

Článek 19 Návrhu TTIP SD upravuje přezkumu dopadů na udržitelnost. Strany se jím zavazují, společně i samostatně, kontrolovat, monitorovat a posuzovat dopady provádění TTIP na udržitelný rozvoj na svých územích a na celém světě, včetně podpory důstojné práce a ochrany životního prostředí, a to prostřednictvím svých participačních procesů a institucí, jakož i prostřednictvím procesů a institucí zřízených na základě TTIP. V této souvislosti by měly věnovat zvláštní pozornost rozvojovým zemím, zejména těm nejméně rozvinutým, s cílem maximalizovat pozitivní sekundární dopady TTIP.

Návrh TTIP SD rovněž blíže upravuje sociální odpovědnost podniků (*corporate social responsibility*, CSR) a odpovědné obchodní chování. Od podniků se tak očekává, že převezmou odpovědnost za své působení na společnost a v mezích svých možností budou jednat nad rámec svých zákonných povinností vůči společnosti a životnímu prostředí. Od tohoto si Návrh TTIP SD slibuje posílení přínosu obchodu a investic udržitelnému rozvoji a pro cíle TTIP v oblasti ochrany životního prostředí a pracovního trhu. Návrh TTIP SD se v tomto ohledu dále přihlašuje k mezinárodně uznávaným pokynům a zásadám CSR odpovědného obchodního chování jako je Směrnice OECD pro nadnárodní podniky, Global Compact OSN, Obecné zásady OSN v oblasti podnikání a lidských práv, ISO 26000 Společenská odpovědnost firem (*Social Responsibility*) a Trojstranné prohlášení ILO o zásadách týkajících se mnohonárodních firem a sociální politiky. Strany TTIP by se tak měly zavázat k podpoře povědomí o těchto mezinárodně uznávaných standardech a jejich dodržování jak v rámci vlastní administrativy, tak i na straně soukromého sektoru.

Článek 21 Návrhu TTIP SD upravuje tzv. dobrovolné režimy zajištění udržitelnosti (*voluntary sustainability assurance schemes*). Strany TTIP by se na základě něj měly

přihlásit k podpoře dobrovolných iniciativ, které směřují k ochraně životního prostředí a pracovního trhu prostřednictvím kodexů chování, standardních režimů, označování, certifikace, ověřování a dalších souvisejících podnikových zásad nebo veřejných iniciativ.

EU dále v samotném Návrhu TTIP SD předjímá předložení dalších návrhů týkajících se problematiky udržitelného rozvoje, a to zejména pokud jde o institucionální zajištění, účast občanské společnosti a řešení sporů. Tyto však doposud nebyly předloženy, a proto nemohou být podrobeny analýze. Lze si však v tomto směru posloužit obdobnými dohodami, které již EU sjednala s jinými partnerskými zeměmi.

IV.4.4.2 Ustanovení FTA EU-Vietnam věnovaná problematice udržitelného rozvoje a lidských práv

Jednání o FTA EU-Vietnam započala v říjnu 2012 a trvala až do 2. prosince 2015, kdy byla formálně ukončena. Výsledná dohoda je tak nyní připravena k potřebné ratifikaci na evropské úrovni a na úrovni členských států, po níž by měla nabýt platnosti. FTA EU-Vietnam představuje pravděpodobně nejambicióznější počín EU na poli mezinárodního obchodu a investic realizovaný s rozvojovou zemí. Význam a předpokládané dopady této dohody jsou o to zásadnější, že FTA EU-Vietnam nestojí sama, ale je součástí širšího smluvního rámce vzájemných vztahů mezi EU a Vietnamem (kapitola XX čl. X.21 FTA EU-Vietnam). Základ tohoto rámce představuje dohoda o partnerství a spolupráci (Partnership and Co-operation Agreement (PCA EU-Vietnam)), jež byla sjednána už v roce 2012. Ta přitom staví vzájemné vztahy mezi EU, jejími členskými státy a Vietnamem na společných zájmech a zásadách, mezi něž počítá i hodnoty, jako je rovnost, vzájemná úcta, právní stát, dodržování lidských práv zakotvených v Chartě OSN, Všeobecné deklaraci lidských práv a v dalších

lidsko-právních dokumentech mezinárodního práva, k jejichž dodržování se obě strany zavázaly.

FTA EU-Vietnam dále rozvíjí obecná ustanovení PCA EU-Vietnam v rámci mezinárodního obchodu a investic a poskytuje konkrétní institucionální rámec pro jejich realizaci. FTA EU-Vietnam tak na PCA EU-Vietnam odkazuje již přímo ve své preambuli a potvrzuje v ní i její základní teze. Tato vzájemná provázanost dostává konkrétního vyjádření v kapitole XX článku X.17 odst. 2 FTA EU-Vietnam, jenž zní:

„Domnívá-li se některá ze Stran, že se druhá Strana dopustila závažného porušení Dohody o partnerství a spolupráci, může přijmout vhodná opatření ve vztahu k této Dohodě v souladu se článkem 57 Dohody o partnerství a spolupráci.“

Slovní spojení „vhodná opatření“ přitom dle čl. 57 odst. 4 PCA EU-Vietnam znamená *veškerá opatření učiněná v souladu s mezinárodním právem, jež jsou přiměřená neplnění povinností vyplývajících z této Dohody.*

Z hlediska ochrany lidských práv jsou relevantní přímo některá ustanovení kapitoly 8 FTA EU-Vietnam *Obchod službami, investice a elektronický obchod*. Jedná se zejména o výjimky z režimu ochrany investic v zájmu zachování hodnot, které lidská práva představují. Lze takto zmínit například kapitolu 8 čl. 13bis FTA EU-Vietnam, jenž podobně jako oddíl 2 čl. 2 odst. 1 Návrhu TTIP INV stvrzuje právo smluvních stran přijímat na svých územích úpravu prostřednictvím opatření nezbytných k dosahování legitimních cílů jako je ochrana veřejného zdraví, bezpečnosti, životní prostředí nebo veřejné mravnosti, sociální ochrana a ochrana spotřebitele a podpora a ochrana kulturní rozmanitosti. V podobném duchu se nese i podkapitola VII *Výjimky*.

FTA EU-Vietnam rovněž obsahuje podobně jako CETA (kapitola 22) nebo FTA EU-Singapur (kapitola 13) kapitolu 15 *Obchod a udržitelný rozvoj*, která do značné míry odpovídá svým obsahem výše rozebíranému Návrhu TTIP SD. Jak již ale bylo uvedeno výše, nevyhýbá se na rozdíl od něj problematice změn klimatu. Povinnosti stran v tomto ohledu upravuje ve svém článku 5. V něm se smluvní strany jednak přihlašují k Rámcové úmluvě OSN o změně klimatu (UNFCCC) a jejímu Kjótskému protokolu. Dále se pak

zavazují spolupracovat na přípravě budoucí právně závazné úmluvy o změnách klimatu, jež by se vztahovala na všechny smluvní strany UNFCCC. Tyto obecné závazky jsou dále konkretizovány a smluvní strany se tak zavazují ke vzájemnému dialogu a sdílení informací v oblastech společného zájmu. Na druhou stranu naopak kapitola 15 FTA EU-Vietnam na rozdíl od Návrhu TTIP SD neobsahuje žádná bližší ustanovení týkající se sociální odpovědnosti podniků a odpovědného obchodního chování. Pouze kapitola 15 čl. 14 odst. 1 písm. i) FTA EU-Vietnam obsahuje vágní formulaci v tomto ohledu, ze které nemohou bez dalšího vyplývat žádná konkrétní práva ani povinnosti. Uvádí, že v rámci společných prací na obchodních aspektech trvale udržitelného rozvoje mohou smluvní strany spolupracovat mimo jiné v oblasti sociální odpovědnosti podniků. Vůbec pak není řešena problematika dobrovolných režimů zajištění udržitelnosti.

FTA EU-Vietnam dále obsahuje samostatnou kapitolu věnovanou problematice transparentnosti (kapitola 18). V tomto se rovněž odlišuje od TTIP, v jejímž případě se se zařazením obdobné samostatné kapitoly nepočítá. Nutno ovšem poznamenat, že z řady v tomto směru vybočuje spíše TTIP, neboť FTA EU-Singapur i CETA obdobné kapitoly obsahují. Nelze proto bez dalšího hovořit o tom, že by se jednalo o projev specifického přístupu EU k Vietnamu jakožto rozvojové nedemokratické zemi. Při bližším zkoumání textů výše uvedených dohod je však přesto patrná větší snaha o konkrétnější a podrobnější formulování závazků smluvních stran v případě dohod s oběma partnery z jihovýchodní Asie. CETA je v tomto ohledu podstatně obecnější a poskytuje pouze základní schémata pro realizaci práva na informace. Z tohoto by se tak dalo usuzovat na zvýšenou snahu EU o prosazování zásad dobré správy a práva na informace v zemích jihovýchodní Asie.

FTA EU-Vietnam tak v první řadě obsahuje úpravu uveřejňování všech obecných opatření k provádění dohody. Takto by se s nimi měla mít možnost zavčas seznámit zainteresovaná veřejnost. FTA EU-Vietnam předpokládá zřízení kontaktních míst, jež budou zajišťovat její účinné provádění a usnadňovat komunikaci mezi smluvními stranami v jakékoli záležitosti spadající do působnosti této dohody. Na toto logicky navazuje úprava poskytování informací jednotlivcům na základě jejich žádosti. Smluvní strany se zavázaly k zavedení postupů pro poskytování těchto informací a pro řešení problémů vzniklých jednotlivcům na základě provádění FTA EU-Vietnam. Smluvní

strany budou takto rovněž poskytovat potřebná vysvětlení jednotlivcům související s prováděním FTA EU-Vietnam.

Kapitola 18 FTA EU-Vietnam rovněž zakotvuje některé základní zásady správního řízení, když v článku 5 stanoví, že každá smluvní strana bude spravovat všechna obecná opatření k provádění dohody jednotně, objektivně, nestranně a přiměřeným způsobem. Rovněž je zakotvena zásada legality správního řízení. Především však kapitola 18 článek 5 FTA EU-Vietnam upravuje součinnost správních orgánů s účastníky řízení. Ti by tak měli být příslušnými orgány smluvní strany z úřední povinnosti informováni o zahájení řízení, jehož jsou účastníky, a o jeho průběhu, jakož i o jeho předmětu a podstatě. Rovněž by jim mělo být umožněno se k předmětu řízení vyjádřit a předložit důkazy pro svá tvrzení.

Dále je pamatováno na soudní přezkum správní činnosti týkající se záležitostí spadajících do působnosti FTA EU-Vietnam. Zakotvena je i nestrannost a nezávislost orgánů tento přezkum provádějících a požadavek účinného výkonu rozhodnutí jimi přijatých.

Konečně FTA EU-Vietnam i sama zřizuje orgány, jež mají napomáhat její realizaci, a to včetně ustanovení týkajících se problematiky lidských práv a udržitelného rozvoje. Činí tak podobně jako CETA (kapitola 26 *Administrativní a institucionální ustanovení*), FTA EU-Singapur (kapitola 17 *Institucionální, obecná a závěrečná ustanovení*) Tyto orgány mají především sloužit jako platforma k vzájemnému dialogu mezi EU a Vietnamem. Základní rámec fungování těchto orgánů je upraven v kapitole 17 FTA EU-Vietnam *Institucionální, obecná a závěrečná ustanovení*, na niž pak navazují kapitoly další, především pak kapitola 15 FTA EU-Vietnam *Obchod a udržitelný rozvoj*.

Ústředním orgánem celé institucionální struktury FTA EU-Vietnam je Výbor pro obchod. Ten má za úkol zajišťovat řádné naplňování této dohody, projednávat případné možnosti posílení vzájemné spolupráce smluvních stran v oblastech spadajících do působnosti této dohody, dohlížet na činnost specializovaných výborů, pracovních skupin a dalších orgánů zřízených touto dohodou a tuto činnost koordinovat, hledat řešení problémů vzniklých při naplňování této dohody a projednávat jakékoli jiné záležitosti související s předmětem této dohody. K tomuto může Výbor pro obchod zřizovat specializované orgány, přijímat

rozhodnutí a doporučení nebo též podávat závazný výklad FTA EU-Vietnam. Institucionální struktura FTA EU-Vietnam je prostřednictvím Výboru pro obchod napojena na obecnou institucionální strukturu PCA EU-Vietnam. Ten tak má podávat informace o fungování prvně zmíněné Smíšenému výboru dle PCA EU-Vietnam.

FTA EU-Vietnam dále počítá se zřízením specializovaného výboru pro obchod a udržitelný rozvoj a s existencí domácí poradní skupiny, resp. domácích poradních skupin, pro udržitelný rozvoj. Posledně zmíněné by měly sloužit jako platforma pro zapojení občanské společnosti do rozhodovacích procesů týkajících se otázek udržitelného rozvoje souvisejících s mezinárodním obchodem. Tyto domácí poradní skupiny by se měly skládat z nezávislých reprezentativních organizací tak, aby bylo zajištěno vyvážené zastoupení hospodářských, společenských a environmentálních zainteresovaných subjektů. Každá z domácích poradních skupin může své smluvní straně předkládat stanoviska a doporučení týkající se provádění 15 FTA EU-Vietnam *Obchod a udržitelný rozvoj*. Rovněž se předpokládá vzájemná spolupráce a dialog mezi domácími poradními skupinami smluvních stran, přičemž do tohoto mohou být zahrnuti i další zástupci zainteresované veřejnosti. Zprávy z takového společného fóra jsou následně předkládány specializovanému výboru pro obchod a udržitelný rozvoj a poté zveřejňovány.

IV.4.4.3 Shrnutí

Dosavadní DPOI sjednané členskými státy se nijak systematicky nezabývaly problematikou dopadů zahraničních investic na dodržování lidských práv a ochranu životního prostředí v hostitelských státech (viz kapitola 1.2 Obsah DPOI). Pokud tedy má EU v následujících letech postupně nahradit masu těchto DPOI novými dohodami, představuje to unikátní příležitost ke změně paradigmatu v této oblasti.

Výše popsané aktivity EU a nově uzavřené dohody s Kanadou, Vietnamem a Singapurem, jakož i návrhy předkládané EU v rámci jednání o TTIP jednoznačně ukazují na nemalé ambice EU v tomto ohledu. Úprava ochrany zahraničních investic by podle nich měla být systematicky zařazována spolu s kapitolami věnovanými problematice

ochrany životního prostředí, udržitelného rozvoje a ochrany lidských práv. Takovýto přístup umožní rozhodčím soudům rozhodujícím ve sporech mezi investory a hostitelskými státy lépe vyvažovat primární zájem na ochraně investic s výše uvedenými ohledy neekonomického rázu. Jak konkrétně se rozhodčí soudy tohoto úkolu zhostí a jakou takto vytvoří judikaturu, se samozřejmě v tuto chvíli nedá kvalifikovaně předvídat.

Lze však nicméně konstatovat, že EU bude mít hned několik možností jak utváření této judikatury ovlivňovat. Jak bylo ukázáno výše na konkrétním příkladu FTA EU-Vietnam, předpokládají nově Unii uzavírané dohody existenci smíšeného výboru, či podobného orgánu, jenž bude povolán, aby mimo jiné závazně vykládal jednotlivá ustanovení příslušné dohody. EU tak bude moci v první řadě využít svého vlivu v rámci daného orgánu, a zajistit tak patřičný výklad sjednaných ustanovení. Dále pak bude EU moci ovlivňovat tvorbu judikatury jakožto obvyklá strana sporů, jež dají vzniknout investiční arbitráži. Bude tak moci zohlednit výše uvedená hlediska environmentální a lidsko-právní při výběru konkrétního rozhodce, jehož k rozhodování věci povolá. V případě, že v dané věci budou rozhodovat orgány Investičního soudního systému, jak předpokládá FTA EU-Vietnam, CETA i Návrh TTIP INV, bude mít EU rozhodující slovo při výběru celé třetiny soudců, resp. členů, těchto orgánů. Svůj přístup bude moci jakožto strana sporu prosazovat silou své argumentace i v průběhu samotného řízení. V neposlední řadě bude EU moci využít svého celkového vlivu zejména na ekonomicky slabší partnerské země, jež jsou často příjemci její rozvojové pomoci. I tímto způsobem bude možné prosazovat z hlediska ochrany lidských práv a životního prostředí záhodnou praxi na straně

partnerských zemí a tím nepřímo ovlivnit i judikaturou následně artikulované obecné zásady.

Z těchto důvodů se, alespoň pokud jde o oblast ochrany zahraničních investic, nejeví jako příliš opodstatněná kritika, která někdy bývá vůči dosavadním návrhům EU (zejména v případě TTIP) na tomto poli vznášena³²¹.

V. Závěr

Práce poskytla stručný popis dosavadního vývoje a stavu jak odvětví mezinárodního práva ochrany investic, tak i práva EU. Na základě tohoto bylo následně přistoupeno k bližší analýze vzájemné interakce obou systémů práva. Dělo se tak zejména s ohledem na podstatné změny, které v tomto ohledu přinesla Lisabonská smlouva výslovným zařazením přímých zahraničních investic do rámce společné obchodní politiky.

Samotné toto zařazení proběhlo poměrně tiše a poklidně, přinejmenším ve srovnání se změnami institucionální povahy připravovanými v rámci prací Konventu na Smlouvě o Ústavě pro Evropu a přebíranými Lisabonskou smlouvou. Jak se bohužel následně ukázalo, bylo to pravděpodobně do značné míry důsledkem tehdejšího podcenění významu této změny spíše než obecné shody o potřebnosti tohoto kroku a jeho konkrétní podoby. Akademickým debatám o přesném rozsahu výlučné investiční pravomoci EU v kontextu společné obchodní politiky dodala praktický rozměr Komise. Ta se celkem předvídatelně snaží o dosažení co možná nejsilnějšího postavení EU v této oblasti. Její přístup zařazující do výlučné pravomoci EU například i portfoliové investice je však těžko obhajitelný. Celkem logicky proto začal vyvolávat kontroverze a odpor ze strany členských států. Komise se proto nakonec rozhodla předložit kompetenční otázku SDEU, a to v souvislosti s potřebou ratifikace sjednané FTA EU-Singapur. Tento krok je třeba

321 *Leaked EU "Sustainable Development" Proposal Fails to Protect Environment from Threats of TTIP* [online]. In: . Friends of Earth Europe [cit. 2016-06-27]. Dostupné z:

https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2015/sustainable_development_proposal_analysis_261015.pdf

vnímat jednoznačně pozitivně, neboť jen takto je možné řešit výše zmíněné kontroverze a přičinit se o dosažení potřebné soudržnosti a konzistence v rámci EU. Jak SDEU nakonec celou věc posoudí, zůstává otevřené. Je však pravděpodobné, že pokud Komise hodlá setrvat u nastoupeného kurzu preference komplexních dohod upravujících jak problematiku mezinárodního obchodu, tak i problematiku zahraničních investic, nebude možné se vyhnout zavedené praxi smíšených dohod, ať už budou závěry SDEU jakékoli.

Jak se ukázalo při přijímání Nařízení č. 912/2014 usiluje Komise o co možná nejvýhodnější postavení EU, i pokud jde o vedení sporů ze zahraničních investic a nesení finančního břemene s tím spojeného. Její přístup vyjádřený v původním návrhu Nařízení č. 912/2014 ve své podstatě znamenal, že by EU vystupovala v naprosté většině řízení. Finanční břemeno by však do značné míry nesly členské státy. Tak by si Komise zajistila výhodné postavení při utváření judikatury k jí sjednávaným dohodám, aniž by to nadměrně zatěžovalo rozpočet EU. Návrh Nařízení č. 912/2014 však v této podobě nebyl z pochopitelných důvodů přijatelný pro členské státy. Finální podoba Nařízení č. 912/2014 tak doznala podstatných změn v jejich prospěch, zejména pokud jde o participaci na řízeních o investičních sporech. Nepodařilo se sice přitom udržet Nařízení č. 912/2014 jako koncepčně koherentní dokument. Přesto však lze mít za to, že na základě něj bude možné uspokojivě řešit většinu otázek souvisejících s rozdělením úloh mezi EU a členské státy, pokud jde o řešení sporů z investic a nesení finančního břemene s nimi souvisejícího.

Pokud se jedná o osud dosavadního systému DPOI uzavřených členskými státy, mělo do této problematiky, pokud jde o extraunijní DPOI, vnést světlo nařízení č. 1219/2012. To stvrdilo jejich další platnost a připravilo půdu pro jejich postupné nahrazování dohodami sjednanými EU. Hladký průběh tohoto procesu ovšem bude záležet na konstruktivním přístupu nejenom EU a členských států, ale i dotčených třetích zemí. Nejenom z kapacitních důvodů, ale i vzhledem ke zdoluhavým postupům ukončování

předpokládaným jednotlivými DPOI, se tak bezpochyby bude jednat o dlouhodobý proces.

Pokud se jedná o intraunijní DPOI, byla jejich existence kontroverzní již před přijetím Lisabonské smlouvy. Ta sama o sobě proto v tomto ohledu nepřináší žádnou revoluci. Intraunijní DPOI jsou ve své podstatě především relikty 90. let minulého století. Jako takové by bezpochyby měly postupně ztrácet na významu. Tento trend by přitom mohl zvrátit pouze fatální neúspěch projektu evropské integrace a s ním související dezintegrace EU. Postoj Komise k intraunijním DPOI je dlouhodobě znám. Považuje je za neslučitelné s právem EU, a dovolává se proto jejich ukončení. Konkrétní kroky, které by členské státy k tomuto přiměly, však provádí pouze sporadicky. Řadě členských států proto povětšinou nic nebrání v tom, aby si v tomto ohledu držely svůj rezervovaný postoj. Na tom nic nemění ani skutečnost, že další členské státy (jejich smluvní partneři) rády uplatňují argumenty vznášené Komisí v rámci své procesní obrany v konkrétních investičních arbitrážích. Výsledkem tohoto je, že to jsou spíše rozhodčí soudy v nich rozhodující než SDEU, kdo měl příležitost se k problematice vztahu intraunijních DPOI a práva EU vyjádřit. Jak se přitom dalo předpokládat, setrvává jejich judikatura na názoru, že se jedná o platné a závazné mezinárodní smlouvy. Do budoucna tak hrozí, že se SDEU s jejich judikaturou dostane do konfliktu a bude tím ohrožena právní jistota nejenom investorů. Věci by tedy prospělo, pokud by všichni zúčastnění a především pak členské státy a Komise ukázaly větší ochotu ke koordinovanému řešení této situace.

Samotné dohody sjednávané EU na poli zahraničních investic a dokumenty, které byly doposud institucemi EU k této problematice publikovány, ukazují na značné ambice EU na tomto poli. Jí sjednávané dohody jsou povětšinou dosti komplexní a obsahují řadu inovací. Je sice třeba uznat, že větší důraz na společenskou a environmentální

odpovědnost investorů je jednoznačně krokem kupředu. Na druhou stranu však nastoupený trend vyvolává řadu otázek.

Zejména si zaslouží bližší pozornost snaha o změnu postupů pro řešení sporů z investic zavedením Investičního soudního systému. Jedná se totiž zřejmě o pokus o postupné zavádění skutečně globálního režimu ochrany investic založeného na existenci silných soudních institucí bdících nad jeho dodržováním. V současné podobě by sice měly být tyto orgány zřizovány pro každou smlouvu zvlášť. Historická zkušenost samotné evropské integrace nás však učí, že z dlouhodobého hlediska dává smysl pouze existence jednotné institucionální struktury. To platí tím spíše, že v tomto případě by se mělo jednat o orgány soudního typu, jež by měly zajistit větší soudržnost judikatury na poli mezinárodního práva ochrany investic. Takovéto soudržnosti lze dosáhnout pouze při existenci jednotné hierarchické struktury soudního systému.

Otázkou ovšem je, zda se Komise prosazováním takového řešení nesnaží uplatňovat podobný styl myšlení, jaký do značné míry ovládá projekt evropské integrace a jaký je též bezpochyby jedním z důvodů jeho současné krize a ztráty důvěry ze strany občanů EU. Dosavadní režim mezinárodního práva ochrany investic jistě požívá značné důvěry ze strany investorů. Je tomu tak protože celkem dobře plní svůj základní úkol, tj. prostřednictvím výsadního postavení investorům přiznaného chránit jejich investice

v zemích, kde toto nejsou schopny zajistit samotné instituce hostitelského státu. Nakolik však tuto úlohu bude schopen plnit komplexní model prosazovaný EU, zůstává otázkou.

Seznam použitých zkratk

A-SEU	Smlouva o Evropské unii ve znění Amsterodamské smlouvy
ACIA	Všeobecná investiční dohoda ASEAN
CETA	Všeobecná hospodářská a obchodní dohoda mezi Evropskou unií a Kanadou
CAFTA-DR	Dominikánsko–středoamerická smlouva o volném obchodu
CITES	Úmluvě o mezinárodním obchodu ohroženými druhy volně žijících živočichů a planě rostoucích rostlin
CSR	sociální odpovědnost podniků (<i>corporate social responsibility</i>)
dohoda FCN	dohoda o přátelství, obchodu a plavbě (Friendship – Commerce – Navigation)
DPOI	dohoda o podpoře a ochraně investic
DPOI ČR-Kanada	Dohoda mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a vzájemné ochraně investic ze dne 6. května 2009
ECT	Smlouva o Energetické chartě
ECU	Evropská měnová jednotka (European Currency Unit, ₤)
EHP	Evropský hospodářský prostor
EHS	Evropské hospodářské společenství

EMS	Evropský měnový systému
EOS	Evropské obranné společenství
EPS	Evropské politické společenství
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
ESUO	Evropské společenství uhlí a oceli
ESVO	Evropské sdružení volného obchodu
EU	Evropská unie
EÚLP	Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod
Euratom	Evropské společenství pro atomovou energii
FTA EU-Singapur	Dohoda o volném obchodu mezi Evropskou unií a Republikou Singapur
FTA EU-Vietnam	Dohoda o volném obchodu mezi Evropskou unií a Vietnamskou socialistickou republikou
GATS	Všeobecná dohoda o obchodu službami
GATT	Všeobecná dohoda o clech a obchodu
HDP	hrubý domácí produkt
HFV	Hospodářský a finanční výbor Rady ministrů
HMU	Hospodářská a měnová unie
ICC	Mezinárodní obchodní komora
ICSID	Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
ILO	Mezinárodní organizace práce
IUSCT	Tribunálu pro řešení nároků mezi Íránem a Spojenými státy americkými
J-SEHS	Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství ve znění Jednotného evropského aktu
L-SEU	Smlouva o Evropské unii ve znění Lisabonské smlouvy
LZP	Listina základních práv Evropské unie
MMF	Mezinárodní měnový fond

N-SES	Smlouva o založení Evropského společenství ve znění Niceské smlouvy
NAFTA	Severoamerická dohoda o volném obchodu
Nařízení č. 912/2014	Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 912/2014 ze dne 23. července 2014, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti s rozhodčími soudy pro řešení sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie stranou
NATO	Severoatlantická aliance
Návrh článků o odpovědnosti MO	Návrh článků o odpovědnosti mezinárodních organizací zpracovaný Komisí Organizace spojených národů pro mezinárodní právo
Návrh TTIP INV	úvodní návrh Evropské unie kapitoly II - Investice Transatlantické dohody o obchodu a investicích zveřejněný dne 12. listopadu 2015
Návrh TTIP SD	úvodní návrh Evropské unie úpravy problematiky „Obchod a udržitelný rozvoj“ v Transatlantické dohodě o obchodu a investicích zveřejněný dne 6. listopadu 2015
Newyorská úmluva	Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z 10. června 1958
OECD	Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
OSN	Organizace spojených národů
PCA EU-Vietnam	Rámcová dohoda o komplexním partnerství a spolupráci mezi Evropskou unií a jejími členskými

	státy na straně jedné a Vietnamskou socialistickou republikou na straně druhé
Platforma	Minimální platforma pro investice pro dohody Evropské unie o volném obchodu přijatá Radou dne 28. července 2006
Pravidla transparentnosti	Pravidla transparentnosti v rozhodčích řízeních mezi investory a státy vedených na základě mezinárodních smluv
SDEU	Soudní dvůr Evropské unie
SEHS	Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství
SES	Smlouva o založení Evropského společenství
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
Smlouvy	zakládající smlouvy Evropských společenství/Evropské unie a smlouvy je měnící
Slučovací smlouva	Smlouva o zřízení společné Rady a společné Komise Evropských společenství
Společenství	Evropská společenství (Evropské (hospodářské) společenství, Evropské společenství uhlí a oceli a Evropské společenství pro atomovou energii)
SRN	Spolková republika Německo
SSSR	Svaz sovětských socialistických republik
SZBP	Společná zahraniční a bezpečnostní politika Evropské unie
TTIP	Transatlantická dohoda o obchodu a investicích
Úmluva ICSID	Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, podepsaná ve Washingtonu dne 18. března 1965
UNCITRAL	Komise Organizace spojených národů pro mezinárodní právo obchodní

UNCTAD	Konference Organizace spojených národů o obchodu a rozvoji
UNFCCC	Rámcové úmluvy Organizace spojených národů o změně klimatu
Unie	Evropská unie
WTO	Světová obchodní organizace

Přehled literatury

Knižní publikace

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. V Praze: C.H. Beck, 2011. Beckova edice právo a hospodářství. ISBN 978-80-7400-392-9

BUNGENBERG, Marc, Jörn GRIEBEL, Stephan HOBE, August REINISCH a Yun-I KIM. *International investment law*. First edition. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2015. ISBN 34-066-3419-2

CHALMERS, Damian. *European Union law: text and materials*. New York: Cambridge University Press, 2006. ISBN 9780521527415

CRAIG, Paul P a G DE BÚRCA. *EU law: text, cases, and materials*. Sixth edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. ISBN 978-0-19-871492-7

FECÁK, Tomáš. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo Evropské unie*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. Právní monografie (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-982-3

KACZOROWSKA, Alina. *European Union law*. London: Routledge-Cavendish, 2009, s. 232. ISBN 978-0-415-44798-0

KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, SNF Professor of International Law and International Economic Law. *International Investment Law Text, Cases and Materials*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013. ISBN 9781781003114

MOLEK, Pavel. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?*. Brno: Masarykova univerzita, 2014. ISBN 978-80-210-7435-4

SALACUSE, Jeswald W. *The law of investment treaties*. Second edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015. ISBN 9780198703976

SHAN, Wenhua a Jinyuan SU. *China and international investment law: twenty years of ICSID membership*. Leiden, Netherlands: Brill Nijhoff, 2015. ISBN 978-90-04-27963-6

SVOBODA, Pavel. *Úvod do evropského práva*. 4. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2011. Beckovy mezioborové učebnice. ISBN 978-80-7400-334-9

ŠTURMA, Pavel a Vladimír BALAŠ. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012. ISBN 978-80-87146-55-2.

TICHÝ, Luboš. *Evropské právo*. 5., přeprac. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2014. Academia iuris (C.H. Beck). ISBN 978-80-7400-546-6

TOMÁŠEK, Michal, Vladimír TÝČ a Jiří MALENOVSKÝ. *Právo Evropské unie*, s. 105. Praha: Leges, 2013. Student (Leges). ISBN 978-80-87576-53-3

VANDEVELDE, Kenneth. *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*. Oxford University Press, 2010. ISBN 0199888140

Články a individuální studie

DE BRUGIERE, Maguelonne. ICSID Tribunal discusses hierarchy between EU law and ECT in Electrabel case. In: *Herbert Smith Freehills – Arbitration notes* [online]. 2012

[cit. 2016-05-01]. Dostupné z: <http://hsfnotes.com/arbitration/2012/12/21/icsid-tribunal-discusses-hierarchy-between-eu-law-and-ect-in-electrabel-case/>

BECK, Gunnar. The German Constitutional Court versus the EU: self assertion in theory and submission in practice – Euro Aid and Financial Guarantees. Part 1. *Eutopia law* [online]. 2011 [cit. 2016-07-13]. Dostupné z: <https://eutopialaw.com/2011/10/24/%E2%80%9Cthe-german-constitutional-court-versus-the-eu-self-assertion-in-theory-and-submission-in-practice-%E2%80%93-euro-aid-and-financial-guarantees-part-1/>.

EWERT, Insa. The *EU–China Bilateral Investment Agreement: Between High Hopes and Real Challenges* [online]. In: Egmont Institute, 2016 [cit. 2016-06-10]. Dostupné z: <http://www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2016/02/SPB68-Ewert.pdf>

FAE, Jane. 'Lex Nokia' company snoop law passes in Finland: Employee-monitoring law waved through. *The Register: Biting the hand that feeds IT* [online]. 2009, , 2 [cit. 2016-06-14]. Dostupné z: http://www.theregister.co.uk/2009/03/06/finland_nokia_snooping/

FOUCHARD PAPAEFSTRATIOU, Athina. The EU Proposal Regarding Investment Protection: The End of Investment Arbitration as We Know It? *ArbitralWomen* [online]. 2015 [cit. 2016-06-09]. Dostupné z: <http://kluwarbitrationblog.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/>

KRAJEWSKI, Markus. *External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?* [online]. 2005 [cit. 2016-05-05]. s. 14-20. Dostupné z: <http://www.tombeurcounsel.eu/teksten/europa/EU%20-%20GW%20-%20handelsbeleid.pdf>

HAVRÁNEK, Ondřej a Daniel WEINHOLD. NĚKTERÉ OTÁZKY DOHOD O OCHRANĚ A VZÁJEMNÉ PODPOŘE INVESTIC. *EPRAVO.CZ* [online]. 2005 [cit.

2016-01-17]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/nektere-otazky-dohod-o-ochrane-a-vzajemne-podpore-investic-36031.html>

KALIŠ, Roman. Mezinárodní minimální standard zacházení s mezinárodní investicí. In: COFOLA 2011: the Conference Proceedings [online]. 1. edition. Brno, s. 11 [cit. 2016-01-08]. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Kalis_Roman_5978.pdf [cit. 2016-07-27].

MAHONY, Honor. Select group of politicians to tackle EU constitution. In: *EUobserver* [online]. Brusel, 2006 [cit. 2016-04-21]. Dostupné z: <https://euobserver.com/institutional/22527>

MOLA, Lorenza. Which Role for the EU in the Development of International Investment Law? In: *Online Proceedings Working Paper No. 26/08* [online]. Society of International Economic Law, 2008 [cit. 2016-05-07]. Dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154583&download=yes

POTESTA, Michele. Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. In: *3rd Biennial Global Conference* [online]. Society of International Economic Law (SIEL), 2012 [cit. 2016-07-17]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2102771> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2102771>

REISMAN, W. Michael. Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law. In: *ICSID Review* [online]. [cit. 2016-05-07]. ISSN 2049-1999. Dostupné z: <https://icsidreview.oxfordjournals.org/content/30/3/616.full>

SCHONARD, Pascal. *La Protection internationale des investissements étrangers: Quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil?* [online]. Dostupné z: <http://www.ena.fr/content/download/2832/45760/version/1/file/Schonard.pdf> [cit. 2016-07-27].

SHAN, Wenhua a Sheng ZHANG. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. *The European Journal of International Law* [online]. 2011, **21**(4) [cit.

2016-04-28]. ISSN 1464-3596. Dostupné z:
<http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/4/1049.full#xref-fn-8-1>

VIS-DUNBAR, Damon. EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties. In: *Investment Treaty News* [online]. 2009 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: <http://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>

VIS-DUNBAR, Damon. EU Members review intra-European BITs in light of potential overlap with EU law. In: *Investment Treaty News* [online]. Brusel: Evropská komise, 2007 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_june30_2007.pdf

VIS-DUNBAR, Damon. European Governments defend BITs in lawsuit brought by EU Executive Branch. In: *Investment Treaty News* [online]. International Institute for Sustainable Development, 2007 [cit. 2016-04-29]. Dostupné z: http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_mar16_2007.pdf

VON KRAUSE, Christophe. *The European Commission's Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration* [online]. In: . Kluwer Arbitration Blog, 2010 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/09/28/the->

[european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/](#).

Institucionální zprávy

Actes de la Journée d'études organisée par l'Institut des Hautes Etudes Internationales.
Paříž: Padone, 1999, s. 264. ISBN 2-233-00358-6

Adapting the Institutions to Make a Success of Enlargement: Commission opinion [online]. Brussels: Commission, 2000 [cit. 2016-05-05]. Dostupné z: <http://aei.pitt.edu/66294/1/2.2000.pdf>

Balance of Payments Manual (fifth edition) [online]. Mezinárodní měnový fond, 1993 [cit. 2016-05-04]. Dostupné z: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>

DOHA WTO MINISTERIAL 2001: BRIEFING NOTES: TRADE AND INVESTMENT Negotiate, or continue to study? [online]. In: . [cit. 2016-05-05]. Dostupné z: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief12_e.htm

Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries.
Dostupné z:

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf [cit. 2016-06-16].

Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD) [online]. UNCTAD [cit. 2016-06-14]. Dostupné z: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf

Leaked EU "Sustainable Development" Proposal Fails to Protect Environment from Threats of TTIP [online]. In: . Friends of Earth Europe [cit. 2016-06-27]. Dostupné z: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2015/sustainable_development_proposal_analysis_261015.pdf

Report on the Operation of the Treaty on European Union: SEC(95) 731 final [online]. In: . Brussels: Commission, 1995 [cit. 2016-05-05]. Dostupné z: <http://aei.pitt.edu/5845/1/5845.pdf>

Směrnice OECD pro nadnárodní podniky: Doporučení pro odpovědné chování podniků v globálním kontextu [online]. 2013 [cit. 2016-06-14]. Dostupné z: <https://mneguidelines.oecd.org/text/MNEGuidelines%C4%8Ce%C5%A1tina.pdf>

Tisková zpráva Evropské komise IP/15/5198, *Komise vyzývá členské státy k ukončení platnosti jejich dvoustranných dohod o investicích v rámci EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2015 [cit. 2016-04-30]. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_cs.htm

Presidency Conclusions of the Brussels European Council (21/22 June 2007) [online]. In: . Brusel, 2006 [cit. 2016-04-21]. Dostupné z: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf

Towards a comprehensive European international investment policy, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2010)343 final [online].

In: . Brusel, 2010, s. 12 [cit. 2016-04-25]. Dostupné z:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf

OECD *benchmark definition of foreign direct investment*. 4. ed. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, c2008. ISBN 9789264045736, bod 117 [cit. 2016-05-04]. Dostupné z:

<https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>

OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing. Dostupné z:

<http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>

Judikatura

Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. února 1963 van Gend en Loos, 26/62, Recueil, s. I-1.

Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. července 1964 Costa v. ENEL, 6/64, Recueil, s. 593.

Rozsudek Soudního dvora ze dne 12. listopadu 1969, ve věci *Erich Stauder proti Stadt Ulm – Sozialamt*, 29/69, ECLI:EU:C:1969:57

Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. prosince 1970, ve věci *Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114,

Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. prosince 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt proti Radě Evropských společenství*, 5/71, ECLI:EU:C:1971:116

Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. května 1974, ve věci *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung proti Komisi Evropských společenství*, 4/73, ECLI:EU:C:1974:51

Rozsudek Soudního dvora ze dne 21. června 1974, ve věci *Jean Reyners proti*

Belgickému státu, 203/80, ECLI:EU:C:1974:68.

Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 9. července 1981, *Administration des douanes v. Société anonyme Gondrand Frères and Société anonyme Garancini*, 169/80, ECLI:EU:C:1981:171,

Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. listopadu 1981 ve věci 203/80

rozhodčí nález ve věci *Kuwait v Aminoil* ze dne 24. března 1982

rozhodčí nález ze dne 21. června 1990, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID sp. zn. ARB/87/3

Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. dubna 1988, *J. Mulder proti Minister van Landbouw en Visserij*, 120/86, ECLI:EU:C:1988:213

Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. dubna 1988, *Georg von Deetzen proti Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 170/86, ECLI:EU:C:1988:214

Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 4. května 1988, *Mario Viva proti Fonds national de retraite des ouvriers mineurs (FNROM)*, 83/87, ECLI:EU:C:1988:227.

Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 13. listopadu 1990, ve věci *Freistaat Bayern proti Eurim-Pharm GmbH.*, C-347/89, ECLI:EU:C:1991:148, bod 27.

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 13. listopadu 1990, ve věci *The Queen proti Minister of Agriculture, Fisheries and Food a Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa a další.*, C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391,

Rozsudek Soudního dvora ze dne 16. dubna 1991, ve věci *Rewe-Zentral AG proti Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. listopadu 1991, *Andrea Francovich a Danila Bonifaci a další proti Italské republice*, spojené věci C-6/90 a C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428

Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. října 1994, ve věci *Spolková republika Německo proti Radě Evropské unie*, C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367

Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. října 1995, ve věci *The Queen proti Minister of*

Agriculture, Fisheries and Food, ex parte National Federation of Fishermen's Organisations a dalších a Federation of Highlands and Islands Fishermen a dalších., C-44/94, ECLI:EU:C:1995:325

Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 13. února 1996, *AGebroeders van Es Douane Agenten BV proti Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-143/93, ECLI:EU:C:1996:45,

Rozsudek Soudního dvora ze dne 5. března 1996, *Brasserie du Pêcheur SA proti Bundesrepublik Deutschland a The Queen proti Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd a další*, spojené věci C-46/93 a C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.

Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. července 1996, ve věci *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS proti Minister for Transport, Energy and Communications a dalším*, C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312

Rozsudek Soudního dvora (pátého senátu) ze dne 17. října 1996, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV a Voormeer BV proti Bundesamt für Finanzen*, spojené věci C-283/94, C-291/94 a C-292/94, ECLI:EU:C:1996:387.

Rozsudek Soudu prvního stupně (čtvrtého senátu) ze dne 22. ledna 1997, *Opel Austria GmbH proti Radě Evropské unie*, T-115/94, ECLI:EU:T:1997:3

Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. července 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA a Jean-Jacques Goupil proti Komisi Evropských společenství*, C-352/98 P, ECLI:EU:C:2000:361, bod 41.

Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. července 2000, *Salomone Haim proti Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, C-424/97, ECLI:EU:C:2000:357.

rozhodčí nález ze dne 30. srpna 2000, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

Rozsudek Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 20. června 2002, *Gerard Mulligan a další proti Minister for Agriculture and Food, Ireland a Attorney General*, C 313/99, ECLI:EU:C:2002:386

Rozsudek Soudního dvora ze dne 10. prosince 2002, *Komise Evropských společenství*

proti Camar Srl a Tico Srl, C-312/00 P, ECLI:EU:C:2002:736

Rozhodčí nález ve věci *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* ze dne 16. prosince 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1

Rozsudek Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 8. května 2003, *T. Port GmbH & Co. KG proti Komisi Evropských společenství*, C-122/01 P, ECLI:EU:C:2003:259

Rozhodčí nález ve věci *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* ze dne 29. května 2003, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2

Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. září 2003, *Gerhard Köbler proti Republik Österreich*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 15. července 2004, *Willy Gerekens a Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola proti État du grand-duché de Luxembourg*, C-459/02, Sb. rozh. 2004 I-07315,

ECLI:EU:C:2004:454.

Rozsudek Soudu prvního stupně (druhého senátu) ze dne 28. září 2004, *MCI, Inc. proti Komisi Evropských společenství*, T-310/00, ECLI:EU:T:2004:275

Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. dubna 2005, *Belgie v. Komise*, C-110/03, Sb. rozh. s. I-2801,

Nález Ústavního soudu ČR ze dne 8. března 2006, sp. zn. Pl.ÚS 50/04, *Cukerné kvóty III. "Potud, pokud"*, 154/2006 Sb., ECLI:CZ:US:2006:Pl.US.50.04

Rozhodčím nálezem ze dne 3. října 2006, *LG&E Enery Corp. a další v. Argentinská republika*, ICSID sp. zn. ARB/02/1

Částečný rozhodčí nález ze dne 27. března 2007 ve věci *Eastern Sugar BV (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC No. 088/2004

Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 17. dubna 2007, *A.G.M.-COS.MET Srl proti Suomen valtio a Tarmo Lehtinen*, C-470/03, ECLI:EU:C:2007:213.

Rozsudek Soudního dvora (druhého senátu) ze dne 19. dubna 2007, *Holcim (Deutschland) AG proti Komisi Evropských společenství*, C-282/05 P, ECLI:EU:C:2007:226

Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 3. září 2008, ve věci *Yassin Abdullah Kadi a Al Barakaat International Foundation proti Radě Evropské unie a Komise Evropských společenství*, spojené věci C-402/05 P a C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

Rozsudek Soudu prvního stupně (sedmého senátu) ze dne 23. října 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran proti Radě Evropské unie*, T-256/07, ECLI:EU:T:2008:46

Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. prosince 2008, *Trestní řízení proti L.E. Sanz de Lera, R. Díaz Jiménez a F. Kapanoglu* (C-163/94, C-165/94 a C-250/94, Recueil I-04821).

Rozhodčí nález ze dne 23. září 2010, *AES Summit Generation Limited a AES-Tisza Erömű Kft v. Maďarská republika*, ICSID sp. zn. ARB/07/22

Rozhodnutí o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti ze dne 30. listopadu 2012,
Electrabel S.A. v. Maďarská republika, ICSID sp. zn. ARB/07/19

Další zdroje

- <http://curia.europa.eu/>
- <http://hansard.millbanksystems.com/>
- <http://jinepravo.blogspot.com/>
- <http://www.britannica.com/>
- <http://www.echr.coe.int/echr/>
- <http://www.ena.lu/>
- <http://www.euroskop.cz/>

Shrnutí

Vztah mezinárodních dohod o podpoře a ochraně investic a práva EU prošel v posledních letech významným vývojem. Stal se přitom předmětem zvýšené pozornosti nejenom evropských institucí, členských států a odborné veřejnosti, ale i laiků (přínejmenším

v případě TTIP a CETA). Tato práce si klade za cíl provést analýzu těchto vztahů a vzájemné interakce jejich subjektů, zejména orgánů EU, členských států a třetích zemí.

Po úvodu do problematiky mezinárodního práva ochrany investic a stručném shrnutí jeho vývoje je podobně pojednáno o právu EU. Je přitom kladen důraz zejména na problematiku ochrany investic na vnitřním trhu. Tento ochranný režim je pak srovnán se samotným režimem DPOI. Je přitom konstatováno, že úprava DPOI je v tomto směru podstatně komplexnější, což platí zejména v případě tzv. postinvestiční fáze ochrany. Naopak právo EU nemá primárně za cíl budovat zvláštní ochranný režim pro zahraniční investice jako takové. Jeho základním cílem je v tomto směru zajištění řádného fungování vnitřního trhu, zejména volného pohybu kapitálu. Toto dynamické pojetí je proto logicky více selektivní a zaměřené na tzv. preinvestiční fázi - ochranu kapitálových toků. V takovýchto konkrétních oblastech zvláštního zájmu potom leckdy dosahuje vyšších standardů ochrany než většina DPOI. Nejpodstatnější rozdíl mezi oběma právními režimy je však v rovině procesní. Mezinárodní právo ochrany investic tradičně spoléhá na model investiční arbitráže, která poměrně důsledně zajišťuje procesní rovnost investorů a hostitelských států. Nepotřebuje přitom existenci stálých soudních struktur. Oproti tomu právo EU je aplikováno zejména soudy jednotlivých členských států s tím, že jeho jednotný výklad je zajišťován Soudním dvorem EU.

Dále se práce zabývá otázkou vztahu obou těchto právních režimů. Analýza je přitom rozdělena na období před Lisabonskou smlouvou a po jejím přijetí. Rovněž rozlišuje mezi tzv. intraunijními a extraunijními DPOI. Je ve stručnosti podáno, jak mezi právními režimy DPOI a právem EU postupně docházelo ke stále intenzivnějším interakcím, které si vyžádaly poněkud koordinovanější přístup při jejich dalším rozvoji. Koordinace pouze prostřednictvím judikatury se přitom ukázala jako nedostačující. Posílení pravomocí EU

na tomto poli na základě Lisabonské smlouvy se proto v tomto kontextu jeví jako krok správným směrem.

Lisabonská smlouva mimo jiné výslovně zařadila přímé zahraniční investice a jejich ochranu do společné obchodní politiky Evropské unie (čl. 206 a 207 Smlouvy o fungování Evropské unie, SFEU), která je jednou z oblastí výlučných pravomocí EU (čl. 3 odst. 1 písm. e) SFEU). Pro přesné vymezení nových pravomocí EU je tak zásadní výklad samotného pojmu přímé zahraniční investice. Vzhledem k tomu, že Lisabonská smlouva žádnou legální definici tohoto pojmu neobsahuje, poskytuje práce základní přehled možných přístupů a jejich hodnocení. Dále též rozebírá vliv přijetí Lisabonské smlouvy na postavení stávajících DPOI uzavřených členskými státy. Extraunijní DPOI přitom ani z hlediska práva EU nepozbyly bez dalšího přijetím Lisabonské smlouvy platnost. Jejich další existence je naopak aprobována nařízením č. 1219/2012. Počítá se však s jejich postupným nahrazováním mezinárodními dohodami sjednávanými samotnou EU.

Na aktivity EU na tomto poli se práce zaměřuje ve svém závěru. Jsou předestřeny návrhy Komise, resp. EU zejména pokud se jedná o TTIP a dále jsou analyzovány i další již sjednané dohody, konkrétně zejména CETA, FTA EU-Vietnam a FTA EU-Singapur. Práce si všímá, jakým způsobem si EU volí své smluvní partnery. Nedá se přitom říci, že by tento výběr probíhal podle pevně daných kritérií a je spíše dílem politické oportunity. EU také zjevně dotváří koncepci své investiční politiky až za běhu. To se odráží jednak ve skutečnosti, že Komise odmítá zveřejnit jakoukoli svou vzorovou DPOI, byť je toto v dosavadní praxi členských států celkem běžné. Následné začlenění Investičního soudního systému do již sjednané CETA z iniciativy EU také svědčí o výše uvedeném.

Investiční soudní systém je přitom jednou z největších novátorských iniciativ EU, co se ochrany zahraničních investic týká. Měl by v konečném důsledku vést k odstranění stávajícího modelu investiční arbitráže a jeho nahrazením dvojinstančním modelem počítající s existencí stálých soudních struktur. Základním problémem jeho funkčnosti se

však může stát skutečnost, že ve svém důsledku vede k oslabení pozice investorů. Ti by se tak mohli váhat s uplatňováním svých nároků jeho prostřednictvím.

Summary

The relationship between bilateral investment treaties and EU law has undergone an important development in recent years. It has thus become a subject of an increased attention not only on the part of European institutions, Member States and experts, but also lay people (at least in the case of TTIP and CETA). This work aims to analyze these relationships and interactions, in particular between EU institutions, Member States and third countries.

After an introduction to the topic of international investment law and a brief summary of its development, EU law is dealt with in a similar manner. Particular emphasis is placed on the issues of investment protection in the internal market. This protective regime is then compared with the actual regime of BITs. It is noted that the latter is considerably more complex in this respect, which is particularly true in the case of so-called post-investment protection. On the contrary, EU law is not primarily intended to build a special protective regime for foreign investment as such. Its main aim in this respect is to ensure the proper functioning of the internal market, particularly the free movement of capital. This dynamic approach is therefore logically more selective and focused on the so-called pre-investment protection - protection of capital flows. In such areas of specific interest, it then often reaches higher standards of protection than most BITs. The most important difference between the two legal regimes is however on the procedural level. International investment law has traditionally relied on investment arbitration model that quite consistently ensures procedural equality between investors and host states. It does not need the existence of a permanent judicial structures. In contrast, EU law is applied in

particular by jurisdictions of the Member States provided that its uniform interpretation is ensured by the Court of Justice of the EU.

Furthermore, the dissertation deals with the relation of these two legal regimes. The analysis is divided into the period before the Lisbon Treaty and after its adoption. It also distinguishes between the so-called intra-EU and extra-EU BITs. It is shown in brief how the BITs and EU law have seen a more intense interaction, which required a bit more coordinated approach to their further development. Coordination only through case law yet proved insufficient. Strengthening the EU's powers in this field under the Lisbon Treaty, therefore, in this context seems like a step in the right direction.

The Lisbon Treaty *inter alia* expressly includes foreign direct investment and its protection in the common commercial policy of the European Union (Art. 206 and 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU), which is one of the areas of exclusive competence of the EU (Art. 3, paragraph. 1 point. e) TFEU). Correct interpretation of the very concept of foreign direct investment is therefore vital for the exact delimitation of new powers of the EU. Since the Lisbon Treaty does not contain a legal definition of this term, the dissertation provides a basic overview of possible approaches and their evaluation. Furthermore, it discusses the impact of the Lisbon Treaty on the status of existing BITs concluded by Member States. Extra-EU BITs remained in force after adoption of the Lisbon Treaty even from the perspective of EU law itself. Their continued existence is supported by Regulation no 1219/2012. they are however to be gradually replaced by international agreements concluded by the EU itself.

The dissertation focuses on EU activities in this field in its final part. Proposals of the Commission and the EU as such are displayed especially as far as the TTIP is concerned and other already negotiated agreements are analyzed, specifically CETA, FTA EU-Vietnam FTA and EU-Singapore. The dissertation notes how the EU chooses its partners. We cannot say that their selection was conducted according to a set criteria and is rather a political expediency. The EU also obviously creates a conception of its investment

policy on the fly. This is reflected both in the fact that the Commission refuses to publish any model BIT, although this is a regular practice in its Member States. Subsequent integration of the Investment Court System in already concluded CETA on the initiative of the EU also suggests the above.

Investment Court System is one of the most innovative initiatives of the EU in the protection of foreign investment. It should ultimately lead to the removal of the existing model of investment arbitration and its replacement by two-instance model relying on existence of permanent judicial structures. The fact that it ultimately leads to a weakening of the position of investors can however become a major problem for its functionality. They could hesitate to enforce their claims with its help.