

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Mgr. Tomáš Fecák

**Mezinárodní dohody o ochraně investic
a právo Evropské unie**

Disertační práce

Školitel autora disertační práce: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Katedra mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 28. června 2015

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. Tomáš Fecák
Autor disertační práce

Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo Evropské unie

Anotace

Vztah mezinárodních dohod o ochraně investic a práva EU si v posledních letech vysloužil zvýšenou pozornost. Tato práce si klade za cíl podat podrobný rozbor různých aspektů tohoto komplikovaného vztahu, a to v následujících krocích. Po krátkém úvodu do problematiky (kapitola I.) je v kapitole II. podán stručný přehled typické úpravy mezinárodních dohod o ochraně investic a o něco podrobnější rozbor úpravy investic v právu EU, a to pro účely následného srovnání těchto úprav. Kapitola III. je věnována investičním dohodám uzavíraným Unií, a to především otázkám pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic, odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod, jakož i obsahové stránce nové politiky EU v oblasti zahraničních investic. Kapitola IV. se zabývá právním statutem existujících dohod o ochraně investic uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi. Kapitola V. analyzuje různé otázky spojené s dohodami o ochraně investic uzavřenými mezi členskými státy EU navzájem (tzv. intra-unijními dohodami).

Klíčová slova

dohody o ochraně investic, investiční dohody, Evropská unie, právo EU, investiční arbitráž, investiční politika EU, intra-unijní dohody o ochraně investic, intra-unijní arbitráže, společná obchodní politika, přímé zahraniční investice, portfoliové investice, Dohoda k Energetické chartě, CETA, TTIP, vyvlastnění, doložka nejvyšších výhod, národní zacházení, řádné a spravedlivé zacházení, volný pohyb kapitálu, svoboda usazování, obecné zásady práva EU, minimální platforma pro investice, finanční odpovědnost, přechodný režim, Vídeňská úmluva, ICSID, UNCITRAL, unijní veřejný pořádek

International investment agreements and European Union law

Abstract

The relationship between international investment agreements and EU law has attracted increased attention in past few years. The aim of this thesis is to bring a detailed analysis of various aspects of this complicated relationship. In attainment of this aim it proceeds in the following steps. After a short introduction (Chapter I.), Chapter II. briefly overviews typical content of bilateral investment treaties, following with a more detailed analysis of relevant EU law rules concerning foreign investment and subsequent comparison of both sets of rules. Chapter III. deals with investment agreements to be concluded by the EU, in particular with questions of external competence for foreign investment, responsibility for breaches of investment agreements concluded by the EU and the future shape of EU investment policy. The status of existing bilateral investment treaties concluded between EU member states and third countries is analyzed in Chapter IV. Chapter V. tackles various issues related to investment treaties concluded between member states (so called intra-EU BITs).

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, Comprehensive Trade and Economic Agreement, CETA, Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP, expropriation, most favoured nation, national treatment, fair and equitable treatment, free movement of capital, freedom of establishment, general principles of EU law, Minimum Platform on Investment, financial responsibility, transitional arrangements, Vienna convention, ICSID, UNCITRAL, Union public policy

PŘEHLED OBSAHU

I. Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo EU – úvod do problematiky	2
II. Ochrana investic v mezinárodních dohodách a v právu EU.....	10
2.1 OCHRANA INVESTIC PODLE MEZINÁRODNÍCH DOHOD	10
2.2 INVESTICE A JEJICH OCHRANA V PRÁVU EU.....	43
2.3 SROVNÁNÍ ÚPRAVY PRÁVA EU S ÚPRAVOU DOHOD O OCHRANĚ INVESTIC.....	88
2.4 POTENCIÁLNÍ ROZPORY MEZI DPOI ČLENSKÝCH STÁTŮ A PRÁVEM EU	93
III. Investiční dohody uzavírané Unií	110
3.1 LISABONSKÁ SMLOUVA – PŘÍMÉ ZAHRANIČNÍ INVESTICE JAKO SOUČÁST SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITIKY	110
3.2 VNĚJŠÍ PRÁVOMOCI UNIE – EXKURZ	112
3.3 EU A ZAHRANIČNÍ INVESTICE PŘED LISABONSKOU SMLOUVOU	131
3.4 PRÁVOMOC UNIE PO VSTUPU LISABONSKÉ SMLOUVY V PLATNOST	139
3.5 ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRÁV INVESTORA A PROCESNÍ OTÁZKY.....	170
3.6 OBSAHOVÁ STRÁNKA INVESTIČNÍCH DOHOD UZAVÍRANÝCH UNÍ.....	193
IV. Dohody o ochraně investic mezi členskými státy a třetími zeměmi.....	228
4.1 STATUS DPOI UZAVŘENÝCH MEZI ČLENSKÝMI STÁTY EU A TŘETÍMI ZEMĚMI	228
4.2 MEZINÁRODNÍ SMLOUVY ČLENSKÝCH STÁTŮ S TŘETÍMI ZEMĚMI A JEJICH VZTAH S PRÁVEM EU	230
4.3 KOMPATIBILITA DPOI ČLENSKÝCH STÁTŮ S PRÁVEM EU A ČLÁNEK 351 SFEU.....	238
4.4 LISABONSKÁ SMLOUVA, VÝLUČNÁ PRÁVOMOC UNIE A DALŠÍ OSUD EXISTUJÍCÍCH DPOI.....	261
V. Intra-unijní dohody o ochraně investic	274
5.1 INTRA-UNIJNÍ DPOI – MEZI POLITIKOU A PRÁVEM.....	274
5.2 RŮZNÉ ASPEKTY INTERAKCE MEZI INTRA-UNIJNÍMI DPOI A PRÁVEM EU	282
5.3 INTRA-UNIJNÍ DPOI Z POHLEDU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA – KLÍČOVÁ ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍCH TRIBUNÁLŮ.....	316
5.4 INTRA-UNIJNÍ DPOI Z POHLEDU PRÁVA EU	351
5.5 JAK DÁL?	376
VI. Závěr.....	388

OBSAH

I. Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo EU – úvod do problematiky	2
II. Ochrana investic v mezinárodních dohodách a v právu EU.....	10
2.1 OCHRANA INVESTIC PODLE MEZINÁRODNÍCH DOHOD	10
2.1.1 <i>Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně investic.....</i>	<i>10</i>
2.1.2 <i>Rozsah působnosti – pojmy investora a investice</i>	<i>14</i>
(i.) Investor	14
(ii.) Investice.....	16
2.1.3 <i>Materiální pravidla ochrany investic.....</i>	<i>18</i>
(i.) Připouštění a zřizování investic (předinvestiční fáze)	18
(ii.) Národní zacházení a doložka nejvyšších výhod – relativní standardy ochrany	21
(iii.) Vyloučení.....	23
(iv.) Řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost – absolutní standardy ochrany.....	27
(v.) Volné převody plateb souvisejících s investicí	32
(vi.) Umbrella clause	32
2.1.4 <i>Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem a důsledky porušení DPOI.....</i>	<i>34</i>
(i.) Smíšená (diagonální) investiční arbitráž	34
(ii.) Nároky investora v případě porušení DPOI.....	39
2.2 INVESTICE A JEJICH OCHRANA V PRÁVU EU.....	43
2.2.1 <i>Difuzní úprava investic v právu EU.....</i>	<i>44</i>
(i.) Hledání styčných bodů.....	44
(ii.) Svoboda usazování	46
(iii.) Volný pohyb kapitálu	47
(iv.) Obecný zákaz diskriminace – článek 18 SFEU.....	49
2.2.2 <i>Pojetí investic jako předmětu ochrany v právu EU</i>	<i>49</i>
(i.) Investice v rámci volného pohybu kapitálu	49
(ii.) Přímé investice v rámci výkonu svobody usazování	51
(iii.) Přeshraniční prvek	52
2.2.3 <i>Rozsah ochrany v rámci úpravy vnitřního trhu – teoretický koncept</i>	<i>54</i>
2.2.4 <i>Některé specifické příklady z judikatury SDEU.....</i>	<i>59</i>
(i.) Nabývání, pozbývání a užívání majetku.....	59
(ii.) Korporátní právo a problematika tzv. „zlatých akcií“	62
(iii.) Přímé daně.....	64
(iv.) Volný pohyb kapitálu ve vztahu k třetím státům.....	67
2.2.5 <i>Obecné zásady práva EU.....</i>	<i>68</i>
(i.) Aplikace obecných zásad na opatření členských států	70
(ii.) Zásada proporcionality	73
(iii.) Zásada právní jistoty a ochrany legitimních očekávání	74
(iv.) Ochrana vlastnictví	75
(v.) Procesní práva	77
2.2.6 <i>Vynucování práva EU a procesní možnosti dostupné jednotlivcům</i>	<i>78</i>
(i.) Vtažení jednotlivce do hry – doktrína přímého účinku a nadřazenosti práva EU.....	78
(ii.) Decentralizovaný mechanismus vynucování práva EU a procedurální autonomie členských států	80
(iii.) Role SDEU v procesu individuálního vynucování práva EU – institut předběžné otázky	81
(iv.) Odpovědnost členského státu za škodu způsobenou porušením práva EU	83
(v.) Přezkum opatření Unie a odpovědnost Unie za škodu způsobenou jednotlivci.....	86

2.3	SROVNÁNÍ ÚPRAVY PRÁVA EU S ÚPRAVOU DOHOD O OCHRANĚ INVESTIC.....	88
2.3.1	Účel úpravy.....	88
2.3.2	Předmět ochrany a působnost.....	89
2.3.3	Materiální pravidla.....	89
2.3.4	Procesní aspekty a prostředky nápravy.....	91
2.3.5	Závěr.....	92
2.4	POTENCIÁLNÍ ROZPORY MEZI DPOI ČLENSKÝCH STÁTŮ A PRÁVEM EU	93
2.4.1	Zdroje, povaha a kontext rozporů.....	93
2.4.2	Konflikt v pravomocích Unie a členských států	95
2.4.3	Obsahové rozpory.....	95
(i.)	Volné převody plateb souvisejících s investicí	95
(ii.)	Neomezený závazek poskytovat nejvyšší výhody a národní zacházení	96
(iii.)	Specifické rozpory DPOI založených na americkém modelu – připouštění investic a performance requirements	98
(iv.)	Potenciální dopady DPOI na unijní regulaci a na její implementaci	98
2.4.4	Otázka diskriminace na základě státní příslušnosti.....	100
2.4.5	Konflikty jurisdikční povahy	101
(i.)	Právo EU a rozhodčí řízení obecně	101
(ii.)	Je investiční arbitráž totéž co klasické soukromé rozhodčí řízení?.....	105
(iii.)	Rezervovaný postoj SDEU k řešení sporů zahrnujících otázky práva EU před jinými fóry	108

III. Investiční dohody uzavírané Unií 110

3.1	LISABONSKÁ SMLOUVA – PŘÍMÉ ZAHRANIČNÍ INVESTICE JAKO SOUČÁST SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITIKY	110
3.2	VNĚJŠÍ PRÁVOMOCI UNIE – EXKURZ	112
3.2.1	Společná obchodní politika.....	114
3.2.2	Implicitní pravomoci.....	119
3.2.3	Asociační dohody.....	129
3.2.4	Teorie a praxe smíšených smluv	130
3.3	EU A ZAHRANIČNÍ INVESTICE PŘED LISABONSKOU SMLOUVOU	131
3.3.1	Limitovaná vnější pravomoc Společenství	131
3.3.2	Smluvní praxe	135
3.4	PRÁVOMOC UNIE PO VSTUPU LISABONSKÉ SMLOUVY V PLATNOST	139
3.4.1	Politické argumenty pro přesun vnější pravomoci na Unii	139
3.4.2	Rozsah pravomoci Unie – přímé zahraniční investice a jiné formy investic	142
(i.)	Přímé zahraniční investice – pojem a odlišení od jiných forem investic.....	142
(ii.)	Implicitní vnější pravomoc pro portfoliové investice?	145
(iii.)	Investice v podobě smluvních nároků a veřejnoprávních oprávnění	150
3.4.3	Přímé zahraniční investice – pravidla zahrnutá do společné obchodní politiky	151
(i.)	Východiska analýzy – paralelismus vnitřních a vnějších pravomocí versus dynamické pojmání společné obchodní politiky	151
(ii.)	Liberalizace nebo post-investiční ochrana?.....	152
(iii.)	Článek 207 odst. 6 SFEU – různé interpretace a pravděpodobný význam	153
(iv.)	Před-investiční fáze.....	157
(v.)	Post-investiční fáze – relativní standardy ochrany investic	157
(vi.)	Post-investiční fáze – absolutní standardy ochrany investic	157
(vii.)	Ochrana proti přímému vyvlastnění a článek 345 SFEU	161
(viii.)	Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem (resp. Unií).....	165

3.4.4	<i>Smíšené dohody jako nezbytnost?</i>	168
3.5	ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRÁV INVESTORA A PROCESNÍ OTÁZKY	170
3.5.1	<i>Úvod do problematiky</i>	170
3.5.2	<i>Mezinárodní odpovědnost za porušení dohod uzavíraných Unii – obecné otázky</i>	172
3.5.3	<i>Nařízení o rozdělení finanční odpovědnosti</i>	178
(i.)	Předmět úpravy a základní principy	178
(ii.)	Mezinárodní odpovědnost Unie a rozsah působnosti nařízení	181
(iii.)	Pravidla pro rozdělení finanční odpovědnosti	185
(iv.)	Vedení sporu.....	187
(v.)	Možnost uzavřít dohodu o narovnání.....	189
(vi.)	Rozhodnutí a rozdělení finanční odpovědnosti a platby	190
(vii.)	Celkové zhodnocení nařízení	192
3.6	OBSAHOVÁ STRÁNKA INVESTIČNÍCH DOHOD UZAVÍRANÝCH UNIÍ	193
3.6.1	<i>Obsahové otázky budoucích unijních investičních dohod</i>	193
3.6.2	<i>Měníci se přístup některých vyspělých států mimo EU k ochraně investic</i>	198
(i.)	Smluvní státy NAFTA.....	199
(ii.)	Austrálie.....	202
(iii.)	Norsko.....	203
3.6.3	<i>Probíhající institucionální diskuse mezi Komisí, Radou a Parlamentem</i>	205
(i.)	Sdělení Komise – Cesta k ucelené evropské investiční politice	205
(ii.)	Závěry Rady k ucelené evropské investiční politice.....	207
(iii.)	Usnesení Parlamentu k budoucnosti evropské mezinárodní investiční politiky.....	207
(iv.)	Odpověď Komise na usnesení Parlamentu	210
(v.)	Nové stanovisko Komise: Ochrana investic a řešení sporů mezi investorem a státem v dohodách EU	211
(vi.)	Zhodnocení aktuálního stavu diskuse.....	213
3.6.4	<i>Reflexe v dosavadních jednáních s třetími zeměmi</i>	214
(i.)	Jednání s Kanadou, Singapurem a s USA – laboratoř nové politiky EU	214
(ii.)	Úprava investic v předběžně dojednaných textech CETA s Kanadou a FTA se Singapurem	216
(iii.)	„Concept paper“ – reformní návrhy Komise pro úpravu TTIP a pro další unijní investiční dohody.....	225
IV.	Dohody o ochraně investic mezi členskými státy a třetími zeměmi	228
4.1	STATUS DPOI UZAVŘENÝCH MEZI ČLENSKÝMI STÁTY EU A TŘETÍMI ZEMĚMI	228
4.2	MEZINÁRODNÍ SMLOUVY ČLENSKÝCH STÁTŮ S TŘETÍMI ZEMĚMI A JEJICH VZTAH S PRÁVEM EU	230
4.2.1	<i>Pohled obecného mezinárodního práva – pravidlo pacta tertiis</i>	230
4.2.2	<i>Pohled práva EU – obsah, působnost a limity článku 351 SFEU</i>	232
(i.)	Článek 351 – speciální pravidlo práva EU pro mezinárodní smlouvy uzavřené členským státem před vstupem do EU	232
(ii.)	Pododstavec 1 – priorita inkompatibilních předvstupových smluv	233
(iii.)	Pododstavec 2 – povinnost členských států odstranit rozpory předvstupových smluv s právem EU	235
(iv.)	Status inkompatibilních smluv uzavřených členským státem po vstupu do EU	236
(v.)	Inkompatibilita způsobená pozdější změnou v rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy nebo výkonem pravomoci ze strany Unie	237
4.3	KOMPATIBILITA DPOI ČLENSKÝCH STÁTŮ S PRÁVEM EU A ČLÁNEK 351 SFEU	238
4.3.1	<i>Memorandum of Understanding – řešení pro DPOI nových členských států s USA</i>	238
(i.)	Obsah Memoranda	239
(ii.)	Význam Memoranda	241

4.3.2	<i>Inkompatibilita ustanovení o převodech plateb v judikatuře SDEU (Komise proti Rakousku, Švédsku a Finsku)</i>	242
(i.)	Právní podstata sporu a argumentace stran.....	243
(ii.)	Analýza generálního advokáta Madura	244
(iii.)	Rozhodnutí soudu.....	246
(iv.)	Komentář	247
4.3.3	<i>Přednost předvstupových DPOI členských států s třetími zeměmi (Komise proti Slovensku)</i>	250
(i.)	Skutkové okolnosti sporu a argumentace stran	250
(ii.)	Analýza generálního advokáta Jääskinena	251
(iii.)	Rozhodnutí soudu.....	253
(iv.)	Komentář	255
4.3.4	<i>Status inkompatibilních DPOI uzavřených po vstupu členského státu do EU</i>	259
4.4	LISABONSKÁ SMLOUVA, VÝLUČNÁ PRÁVOMOC UNIE A DALŠÍ OSUD EXISTUJÍCÍCH DPOI.....	261
4.4.1	<i>Nová výlučná pravomoc EU a existující DPOI členských států</i>	261
4.4.2	<i>Přechodný režim pro existující DPOI s třetími zeměmi – nařízení č. 1219/2012</i>	263
(i.)	Návrh nařízení Komise a povolovací princip	264
(ii.)	Nařízení Rady č. 1219/2012	266
4.4.3	<i>Vnější (extra-unijní) dimenze Dohody k Energetické chartě</i>	271
V.	Intra-unijní dohody o ochraně investic	274
5.1	INTRA-UNIJNÍ DPOI – MEZI POLITIKOU A PRÁVEM.....	274
5.1.1	<i>Žádoucí doplněk ochrany investorů nebo anomálie na vnitřním trhu?</i>	274
5.1.2	<i>Právní otázky intra-unijních DPOI</i>	279
5.2	RŮZNÉ ASPEKTY INTERAKCE MEZI INTRA-UNIJNÍMI DPOI A PRÁVEM EU	282
5.2.1	<i>Pohled mezinárodního práva – pravidla pro řešení konfliktu mezinárodních smluv</i>	282
(i.)	Intra-unijní DPOI a právo EU optikou konfliktu mezinárodních smluv	282
(ii.)	Článek 59 odstavec 1 VÚ	284
(iii.)	Článek 30 VÚ.....	285
(iv.)	Týkají se DPOI a právo EU „stejného předmětu“?	287
5.2.2	<i>Pohled práva EU – nadřazenost nad inter se mezinárodními smlouvami</i>	288
5.2.3	<i>Od konfliktu norem ke konfliktu pohledů – nakolik je pohled práva EU (ne)slučitelný s pohledem mezinárodního práva?</i>	290
5.2.4	<i>Dohoda k Energetické chartě – zvláštní a (skutečně) složitý případ</i>	293
5.2.5	<i>Povinnost arbitrážního tribunálu aplikovat právo EU</i>	296
(i.)	Právo použitelné v investiční arbitráži	296
(ii.)	Role práva EU v investiční arbitráži.....	301
5.2.6	<i>Možnosti revize arbitrážních nálezů z hlediska jejich souladu s právem EU</i>	306
(i.)	Řízení podle Úmluvy ICSID	308
(ii.)	Řízení podle pravidel UNCITRAL a jiné investiční arbitráže	310
(iii.)	Unijní veřejný pořádek – doktrína Eco Swiss a její slabiny	312
5.3	INTRA-UNIJNÍ DPOI Z POHLEDU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA – KLÍČOVÁ ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍCH TRIBUNÁLŮ.....	316
5.3.1	<i>Intra-unijní DPOI jsou platné a použitelné (Eastern Sugar proti České republice)</i>	316
(i.)	Argumentace České republiky	317
(ii.)	Dopis Komise a reakce tribunálu	317
(iii.)	Analýza tribunálu k otázce jurisdikce.....	318
(iv.)	Použitelné právo a meritorní posouzení sporu.....	320

5.3.2	<i>Potvrzení nastaveného kurzu (Eureko proti Slovensku)</i>	320
(i.)	Argumentace Slovenska	321
(ii.)	Stanovisko nizozemské vlády	324
(iii.)	Stanovisko Komise	324
(iv.)	Analýza tribunálu	326
(v.)	Další průběh sporu	331
5.3.3	<i>Použitelnost ECT mezi členskými státy a role práva EU (Electrabel proti Maďarsku)</i> 331	
(i.)	Úvod	331
(ii.)	Použitelné právo	334
(iii.)	Jurisdikce	342
(iv.)	Rozhodnutí ve věci samé	344
5.3.4	<i>Komentář k rozhodnutím tribunálů</i>	345
5.4	INTRA-UNIJNÍ DPOI Z POHLEDU PRÁVA EU	351
5.4.1	<i>Diskriminace na základě státní příslušnosti</i>	351
5.4.2	<i>Intra-unijní investiční arbitráže, autonomie práva EU a výlučná jurisdikce SDEU</i>	359
(i.)	Expozice problému	359
(ii.)	Mezinárodní mechanismy řešení sporů mezi členskými státy v judikatuře SDEU	360
(iii.)	Možnost arbitrážních tribunálů klást SDEU předběžné otázky jako východisko?	366
5.4.3	<i>Intra-unijní investiční arbitráže a vzájemná důvěra mezi členskými státy</i>	368
5.4.4	<i>Závěr – jsou intra-unijní DPOI kompatibilní s právem EU?</i>	375
5.5	JAK DÁL?	376
5.5.1	<i>Arbitráž Eureko/Achmea proti Slovensku a její dohra a řízení zahájená Komisí – příležitosti pro SDEU</i>	376
5.5.2	<i>Důsledky případné neslučitelnosti intra-unijních DPOI s právem EU</i>	378
5.5.3	<i>Jsou intra-unijní DPOI vhodným nástrojem na ochranu unijních investorů?</i>	380
VI.	Závěr	388

I. MEZINÁRODNÍ DOHODY O OCHRANĚ INVESTIC A PRÁVO EU – ÚVOD DO PROBLEMATIKY

Cílem této práce, jak napovídá její název, je podrobný popis a analýza různých aspektů vztahu mezinárodních dohod o podpoře a ochraně investic (DPOI) uzavíraných členskými státy EU nebo EU samotnou, a práva Evropské unie. Hlavní důvod, proč se touto problematikou vůbec zabývat a podrobovat jí analýze, je ten, že mezi oběma systémy pravidel dochází k různým interakcím, jejichž správné uchopení není v mnoha ohledech vůbec snadné a vyžaduje zkoumání, v rámci kterého je nutné do hloubky rozkrývat samotné základy jednotlivých institutů a pravidel DPOI, práva EU, ale i obecného mezinárodního práva. Vyjádřeno metaforicky, tyto úpravy, které jsou na první pohled oddělené a navzájem jen málo souvisejí, je nutno „rozebrat na součástky“, a tyto součástky následně poskládat do smysluplného celku, který umožňuje pochopení důležitých souvislostí.

Různé interakce mezi pravidly obsaženými v DPOI a v právu EU pramení z toho, že oba tyto systémy mají mnoho společného a zároveň se v mnohém liší. Jak DPOI, tak velká část norem práva EU, se aplikují na zhruba podobný okruh právních vztahů, jejichž společným základem je existence určitých přeshraničních investičních aktivit, přičemž oba systémy nastavují státům určité vnější mantinely pro zásahy do těchto aktivit a pro jejich omezování nelegitimní či nepřiměřenou regulací. Oba systémy rovněž sledují podobné cíle, jimiž je v konečném důsledku podpora a odstraňování překážek přeshraničních investičních toků, byť v různé míře kladou důraz buď na liberalizaci podmínek pro zřizování investic, nebo na ochranu investic již zřízených. Z toho vyplývá i poněkud odlišný přístup, jímž se oba systémy vyznačují.

Jádrem hmotněprávní úpravy DPOI jsou pravidla přiznávající zahraničním investorům určitá práva, vyznačující se velkou mírou obecnosti (tato pravidla jsou často označovaná jako „standardsy zacházení“), která chrání již zřízené investice investorů jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany proti nepřiměřeným zásahům hostitelského státu. Mezi nejdůležitější standardy se řadí zákaz diskriminace ve formě doložky nejvyšších výhod a doložky národního zacházení, dále podmínky, za nichž lze zahraniční investici vyvlastnit, a standard řádného a spravedlivého zacházení, který klade na zacházení se zahraničními investory ze strany státu určité minimální mezinárodněprávní nároky, které jsou nezávislé na tom, jaké zacházení je poskytováno investorům domácím. Klíčovým prvkem DPOI je pak efektivní mechanismus řešení sporů, který umožňuje investorům uplatňovat své nároky přímo proti hostitelskému státu v mezinárodní arbitráži.

Právo EU obsahuje pravidla vztahující se na zahraniční investice zejména v rámci právní úpravy vnitřního trhu, jejímž účelem je odstraňování překážek volného pohybu zboží, služeb a kapitálu mezi členskými státy. Investic se týkají zejména kapitoly Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU) o svobodě usazování a o volném pohybu kapitálu. V rámci vnitřního trhu je zakázána nejen jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti, ale i různá tzv. „nerozlišující“ opatření, která mají omezující vliv na výkon svobody usazování nebo na pohyb kapitálu mezi členskými státy.

Další aspekt interakce mezi DPOI a právem EU spočívá v tom, že EU sama různým způsobem reguluje aktivity ekonomických subjektů, a tedy sama přijímá opatření, která mohou zasahovat do majetkové sféry ekonomických subjektů (investorů). V případě, že by taková opatření byla

přijata státem, mohla by podléhat přezkumu ve světle standardů ochrany podle DPOI, jichž je tento stát stranou. Je pak otázkou, zda a jakým způsobem lze hodnotit zásahy do práv investorů vyplývajících z implementace práva EU z hlediska jejich souladu s DPOI uzavřenými členskými státy. Na tomto místě postačí konstatovat, že působení pravidel práva EU a DPOI na určitou faktickou situaci tak nemusí být vždy souladné, ale mezi těmito pravidly může rovněž docházet k rozporům.

V neposlední řadě různé interakce, které jsou předmětem další analýzy, vyplývají i z toho, že v posledních letech se i EU sama čím dál tím více podílí na tvorbě mezinárodních pravidel týkajících se zahraničních investic uzavíráním mezinárodních smluv zahrnujících investiční tematiku s třetími zeměmi.

Výsledkem různých zběžně nastíněných interakcí je, že vztah mezi DPOI a právem EU je mnohový a zároveň velmi komplikovaný. Komplikovaný je dále i tím, že na různé aspekty tohoto vztahu se lze dívat z poněkud různých úhlů. Ačkoli jak DPOI, tak i právo EU, mají společné kořeny v mezinárodním právu veřejném, oba systémy se vyznačují určitou přirozenou sebestřednou tendencí, která směřuje především k zajištění efektivní aplikace vlastních pravidel. Nutno říci, že tato tendence je mnohem silnější u práva EU, které samo sebe prostřednictvím Soudního dvora Evropské unie (SDEU)¹ proklamovalo za „nový právní řád“, osobujíc si absolutní nadřazenost nad pravidly vnitrostátních právních řádů členských států a do určité míry i nad jejich mezinárodními závazky. Tento aspekt je nutno zdůraznit zejména proto, že různé případy, v nichž dochází k interakcím mezi DPOI a právem EU, mohou být řešeny před arbitrážními tribunály zřízenými na základě DPOI, před vnitrostátními soudy členských států EU ale i třetích zemí, nebo před SDEU, přičemž každý z těchto orgánů se na tyto vztahy může dívat poněkud jinou optikou, preferujíc ten systém, jenž mu je institucionálně bližší, což v krajním případě může vést i k odlišnému posouzení té samé právní otázky.

Ačkoli členské státy Evropské unie (resp. jejich předchůdců, tedy Evropského hospodářského společenství a později Evropského společenství), uzavíraly DPOI s jinými zeměmi již od 60. let 20. století, vztah mezi těmito dohodami a unijním (dříve komunitárním) právem po dlouhou dobu nebyl příliš předmětem pozornosti a v praxi nevyvolával žádné větší kontroverze. Uzavíráním DPOI členské státy alespoň zdánlivě vykonávaly jednu ze svých zbývajících pravomocí, která nebyla svěřena Společenství. Tato situace se ovšem začala výrazně měnit po přelomu tisíciletí, kdy se vztah práva ES/EU a DPOI stal žhavým tématem akademických debat, právních sporů i politických kontroverzí. Důvodem, proč se vztah DPOI a práva EU stal předmětem zvýšeného zájmu, je na jedné straně neustále se rozšiřující záběr práva EU co do širší působnosti i hloubky regulace, a na druhé straně velký rozmach investičních arbitráží v posledních dvou dekádách, který odhalil skutečný praktický dosah DPOI. Různé potenciální přesahy jsou tak dnes mnohem více patrné, než tomu bylo před několika desetiletími. V rámci tohoto obecného kontextu pak lze identifikovat dva nejvýznamnější vývojové milníky, které víc než cokoli jiného přispěly k tomu, že se různé aspekty interakce mezi DPOI a právem EU dostaly na pořad dne.

Prvním milníkem bylo velké rozšíření EU v roce 2004, v rámci něhož do EU vstoupilo rovněž 8 postkomunistických zemí střední a východní Evropy. Tyto státy si s sebou do EU přinesly poněkud jinou strukturu mezinárodních závazků týkajících se zahraničních investic, než jaká byla typická pro původní členské státy. Původní členské státy EU uzavíraly DPOI téměř výlučně s třetími zeměmi, přičemž se jednalo téměř výlučně o země rozvojové, eventuálně o

¹ Dříve Evropský soudní dvůr (ESD)

tranzitivní ekonomiky. Šance, že by některý původní členský stát EU porušil práva zahraničního investora podle některé z těchto dohod, a že by tedy mohlo reálně dojít ke konfliktu závazků členského státu podle DPOI s jeho závazky vyplývajícími z členství v EU, byla vzhledem k existující teritoriální struktuře těchto dohod minimální (jinými slovy, tyto dohody na území EU chránily pouze investory z rozvojových zemí). Se vstupem nových členských států ze střední a východní Evropy do EU se ovšem situace radikálně změnila. Tyto státy v 90. letech 20. století v souvislosti s procesem ekonomické a politické transformace uzavřely řadu DPOI s vyspělými zeměmi s cílem vytvořit příznivější prostředí pro zahraniční investory a přilákat zahraniční investice. Smluvními protistranami nových členských států byly nejen vyspělé třetí země, jako je USA nebo Kanada, ale rovněž většina původních členských států EU. Praktický potenciál pro vznik třecích ploch mezi existujícími DPOI uzavřenými novými členskými státy (které se navíc pořád nacházely na poněkud jiném stupni hospodářského, politického a právního vývoje) a právem EU byl mnohem vyšší. Proto tato problematika vzbudila zvýšenou pozornost již v souvislosti s přípravami na vstup těchto států do EU. Rozšířením EU o tyto státy zároveň došlo velkému rozšíření fenoménu tzv. intra-unijních DPOI, tj. dohod uzavřených mezi jednotlivými členskými státy navzájem. Zatímco před rokem 2004 existovaly pouze dvě takové dohody, které navíc nikdy předtím nevyvolaly žádné kontroverze, po dvou vlnách rozšíření EU o státy střední a východní Evropy počet intra-unijních DPOI stoupl na zhruba 190. Kromě složité právní povahy těchto dohod je výbušnost otázek, které jsou s nimi spojeny, znásobena faktem, že tyto dohody byly, a nadále jsou, základem mnoha investičních arbitrází proti novým členským státům, z nichž řada vyústila v povinnost příslušného členského státu vyplatit investorovi vysoké odškodnění.

Druhým, ještě významnějším milníkem, byl vstup Lisabonské smlouvy v platnost v prosinci 2009. Lisabonskou smlouvou došlo k výslovnému rozšíření vnější pravomoci Unie ve věcech společné obchodní politiky o přímé zahraniční investice. Příslušná ustanovení, která byla do Lisabonské smlouvy v nezměněné podobě převzata z odmítnuté Smlouvy o Ústavě pro Evropu, představují završení snah Evropské komise (Komise) o výslovné rozšíření vnějších pravomocí Unie ve věcech společné obchodní politiky o záležitosti překračující rámec obchodu se zbožím, přičemž jednou z těchto záležitostí jsou právě zahraniční investice. Dopad této změny na to, jakým způsobem se EU a její členské státy nadále budou angažovat v tvorbě mezinárodních pravidel týkajících se zahraničních investic, je obrovský. To je dáno zejména skutečností, že vnější pravomoc Unie ve věcech společné obchodní politiky je výlučná – samotná existence této pravomoci, bez ohledu na to, zda byla Unií reálně vykonána či nikoli, vylučuje, aby ve stejné oblasti přijímaly vlastní opatření členské státy. Členské státy tak od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost již nadále nejsou oprávněny uzavírat s třetími zeměmi mezinárodní smlouvy týkající se přímých zahraničních investic, což fakticky znamená zánik jejich pravomoci k uzavírání nových DPOI. Již méně jasný je ovšem skutečný rozsah a obsah nové pravomoci Unie, jakož i důsledky spojené s jejím výkonem. V souvislosti s tímto přesunem se vynořilo několik zásadních otázek. Je tato pravomoc dostatečně široká k tomu, aby Unie mohla s třetími zeměmi samostatně (tj. bez účasti členských států) uzavírat investiční dohody, jejichž obsah bude odpovídat tradičním DPOI, které předtím uzavíraly členské státy? Který subjekt (Unie nebo členský stát) bude odpovědný v případě, kdy investor z příslušné třetí země zahájí na základě takové dohody investiční spor? Budou investiční dohody uzavírané Unií svým obsahem odpovídat tradičním DPOI předtím uzavíraným členskými státy, nebo Unie ve své smluvní praxi vytvoří vlastní inovativní investiční model? To jsou všechno složité otázky, přičemž na některé z nich nelze zcela jednoznačně odpovědět ani dnes, více než pět let od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost.

Současně s přesunem vnější pravomoci na EU se vynořila otázka dalšího osudu existujících DPOI uzavřených členskými státy. Pokud jde o DPOI uzavřené mezi členskými státy EU a třetími zeměmi, nepochybně se i nadále jedná o platné mezinárodní smlouvy, neboť závazky členského státu z jeho členství v EU nemohou mít z pohledu mezinárodního práva žádný vliv na závazky členského státu vůči třetí (nečlenské) zemi. Status těchto smluv v rámci práva EU ovšem může být odlišný – zejména jejich konkurence s výlučnou vnější pravomocí Unie může vést k tomu, že jejich samotná existence způsobuje porušení závazků příslušného členského státu z práva EU. V souvislosti s přesunem vnější pravomoci z členských států na EU se ovšem v žádné fázi reálně neuvažovalo o tom, že by platnost existujících DPOI členských států s třetími zeměmi měla být ukončena okamžitě po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost a od počátku se spíše předpokládalo, že pro tyto dohody bude zaveden přechodný režim, který umožní jejich plynulé nahrazování novými dohodami uzavřenými na unijní úrovni. Takový režim byl krátce po vstupu Lisabonské smlouvy zaveden formou nařízení.

Mnohem méně jasný je status a budoucnost intra-unijních DPOI. Lze říct, že vstup Lisabonské smlouvy v platnost se těchto dohod technicky netýká, neboť nová pravomoc se vztahuje pouze na oblast vnějších vztahů, tj. vztahů s třetími zeměmi. Problematika intra-unijních DPOI tak i nadále zůstává předmětem hlubokých kontroverzí, v nichž se rovina právní prolíná s rovinou politickou. Mezi odpůrce těchto dohod se řadí především některé nové členské státy, z nichž nejaktivnější jsou v tomto ohledu zejména Česká republika a Slovensko, které byly a i nadále jsou terčem mnoha investičních arbitrází. Česká republika a Slovensko v několika investičních sporech neúspěšně namítaly, že vstupem do EU byly intra-unijní DPOI zcela nahrazeny právem EU, eventuálně že jsou tyto dohody s právem EU v rozporu, a proto je nelze nadále aplikovat. Na základě podobné argumentace je za inkompatibilní s právem EU považuje i Komise. Naopak je zřejmé, že platnost těchto dohod si i nadále přejí zachovat zejména některé původní členské státy, jejichž investoři z ochrany těchto dohod těží. *Status quo* zatím nastavily arbitrážní tribunály, které intra-unijní DPOI opakovaně označily za platné a plně použitelné mezinárodní smlouvy. Vzhledem k pasivitě členských států může tento *status quo* v nejbližších letech zřejmě ohrozit jen SDEU, pokud se k němu dříve nebo později otázka kompatibility intra-unijních DPOI s právem EU nějakou cestou dostane.

Výše uvedený právní a faktický nástin představuje východiskovou situaci, jejíž různé aspekty jsou v této práci podrobeny důkladné analýze. Při jejím provádění bude postupováno v následujících krocích.

V Kapitole II. (Ochrana investic v mezinárodních dohodách a v právu EU) budou nejprve obecně přiblíženy základy typické úpravy mezinárodních dohod o ochraně investic a v návaznosti na to bude rozebráno, jakými pravidly se řídí zahraniční investice podle práva EU. Popis úpravy DPOI bude proveden stručně a pouze v nezbytném rozsahu, neboť tato problematika je předmětem podrobného rozboru v mnoha zahraničních, ale i českých publikacích.² Účelem jejího zařazení do této práce není jen to, aby čtenář, který s touto problematikou není dostatečně obeznámen, nemusel nejdříve sahat po jiné publikaci, ale i položení základů a východisek pro specifickou analýzu v dalších částech této práce. Rozbor úpravy investic v právu EU již představuje originálnější zpracování – byť je právo EU předmětem nespočetné řady publikací, jen zřídka lze narazit na takové práce, které by se

² Z mnoha zahraničních publikací je patrně nejznámější velmi přehledně zpracovaná monografie R. Dolzera a Ch. Schreuera, která v roce 2012 vyšla ve svém druhém vydání: *Dolzer, R. a Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Second edition.* Oxford: Oxford University Press. Z českých zdrojů lze nejaktuálnější komplexní zpracování problematiky ochrany zahraničních investic nalézt v publikaci P. Šturmy a V. Balaše (v kapitole VI.): *Šturma, P. a Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo.* 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013.

specificky a podrobně zabývaly tím, jak jsou v právu EU upraveny zahraniční investice. Důvodem je odlišný přístup práva EU ve srovnání s typickými DPOI – investice nejsou v právu EU předmětem koncentrovaného zájmu některé specifické kapitoly či politiky, ale jejich úprava je roztroušena napříč různými oblastmi. Pro účely srovnání této úpravy s úpravou DPOI je tudíž nutné příslušná pravidla cíleně vyhledat a specificky „vypreparovat“. V rámci této kapitoly pak bude provedeno i stručné srovnání typické úpravy DPOI a práva EU. Toto srovnání nemůže být úplné a vyčerpávající – účelem je spíše položit oddělený rozbor předchozích dvou částí na společný základ a poukázat jednak na vzájemné přesahy, ale i na koncepční rozdíly obou úprav. Závěrem této kapitoly bude nastíněno, jaké mohou mezi závazky členských států z DPOI na jedné straně a jejich závazky z práva EU na straně druhé vznikat rozpory. Tato část bude zpracována pouze přehledově a bude sloužit jako obecné východisko pro specifický a podrobnější rozbor jednotlivých potenciálních rozporů v dalších kapitolách.

Kapitola III. (Investiční dohody uzavírané Unií) bude věnována nové pravomoci EU v oblasti zahraničních investic a souvisejícím otázkám. Lisabonskou smlouvou se přímé zahraniční investice staly součástí společné obchodní politiky EU, čímž byla pravomoc EU v oblasti zahraničních investic výrazně posílena, na druhé straně ovšem tato změna otevřela řadu složitých teoretických a praktických otázek. Jejich analýza se neobejde bez obecného exkurzu do problematiky vnějších pravomocí EU, která je sama o sobě mimořádně komplikovaná a nepřehledná, a nebyla by úplná ani bez krátkého náhledu do smluvní praxe Společenství v záležitostech týkajících se zahraničních investic před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost. Velký prostor pak bude věnován rozsahu a obsahu vnější pravomoci Unie, zejména pokud jde o možnou existenci pravomoci pro jiné formy investic, než jsou investice přímé, a dále o určení pravidel podpory a ochrany investic, která může EU do svých dohod s třetími zeměmi zahrnovat na základě své nové pravomoci. Výsledkem by měla být odpověď na otázku, zda je EU po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost vybavena dostatečnými vnějšími pravomocemi k tomu, aby mohla samostatně (tj. bez současné účasti členských států) uzavírat s třetími zeměmi mezinárodní dohody týkající se investic, které budou zahrnovat typická pravidla obsažená v standardních DPOI uzavíraných členskými státy. V rámci této kapitoly bude dále pojednáno o neméně složitých otázkách týkajících se mezinárodní odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod a vedení investičních sporů, a to zejména s přihlédnutím k případům, kdy bude porušení práv investora podle unijní dohody z pohledu obecného mezinárodního práva přičitatelné členskému státu EU, nikoli Unii samotné. Závěr této kapitoly pak bude věnován diskusi o obsahu budoucích investičních dohod uzavíraných Unií. Zatímco model DPOI doposud používaný členskými státy EU se po desetiletí téměř nezměnil, v posledních letech probíhají intenzivní akademické diskuse ohledně stávající podoby mezinárodního investičního práva, přičemž nemalá část autorů jej podrobuje kritice a hovoří o potřebě jeho reformy. Hledání nových přístupů se již projevilo i ve smluvní praxi některých významných států, nikoli však v praxi členských států EU. Přesun vnější pravomoci na EU je ideální příležitostí ke zhodnocení dosavadních zkušeností s uplatňováním DPOI a na širokou veřejnou diskusi ohledně vhodného budoucího režimu. Dosavadní průběh diskusí přitom ukazuje, jak velmi je toto téma polarizující. Nedávno zveřejněné návrhy textu dohod o volném obchodu mezi EU a Kanadou, které byly zatím mezi Komisí a příslušnými státy sjednány na expertní úrovni a podléhají dalšímu schvalovacímu procesu, ukazují, že investiční model EU se bude od DPOI doposud uzavíraných členskými státy značně lišit.

Kapitola IV. (Dohody o ochraně investic mezi členskými státy a třetími zeměmi) bude věnována právnímu statusu existujících DPOI, které uzavřely členské státy EU s třetími zeměmi. Některá ustanovení těchto dohod vyvolávala otázky ohledně jejich kompatibility s právem EU již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost a byla předmětem několika

rozhodnutí SDEU v řízeních zahájených Komisí proti členským státům. Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost se samotná existence těchto dohod dostala do rozporu s novou výlučnou vnější pravomocí EU. Krátce poté byly ovšem existující DPOI mezi členskými státy a třetími zeměmi podrobeny přechodnému režimu podle nařízení Rady č. 1219/2012, které především v zájmu investorů potvrdilo jejich aktuální status a vytvořilo rámec pro jejich postupné nahrazování dohodami unijními.

V Kapitole V. (Intra-unijní dohody o ochraně investic) bude proveden rozbor problematiky intra-unijních DPOI. Tato problematika je nejenže komplikovaná z právního hlediska, ale je velice ožehavá i z hlediska politického, neboť na základě intra-unijních DPOI bylo proti novým členským státům vedeno množství investičních sporů, přičemž i nadále jsou zahajovány spory nové. Úprava těchto dohod se značně překrývá s právem EU, což vyvolává otazníky jednak ohledně jejich kompatibility s právem EU, ale i ohledně potřeby a smyslu jejich další existence. Nepřehlednou situaci se pokusily v investičních sporech využít některé nové členské státy, které (za podpory Komise) argumentovaly, že tyto dohody od vstupu příslušných států do EU již nadále nejsou aplikovatelné. Tuto argumentaci ovšem doposud odmítly všechny arbitrážní tribunály, které intra-unijní DPOI nadále aplikují jako platné a použitelné mezinárodní smlouvy. Byť má tato dnes již konstantní rozhodovací praxe nepochybně velký praktický význam, otázku statusu intra-unijních DPOI nelze považovat za uzavřenou, a to minimálně do doby, než se k ní vyjádří SDEU. Abychom mohli jednak podrobit kritické analýze klíčové nálezy arbitrážních tribunálů a rovněž predikovat možné rozhodnutí SDEU, bude nutno identifikovat a rozebrat příslušná pravidla mezinárodního práva i práva EU, kterými se řídí vztah intra-unijních dohod a unijního právního řádu, a rovněž posoudit vzájemnou kompatibilitu těchto dvou systémů z pohledu práva EU. Součástí této kapitoly bude rovněž pojednání o některých důležitých aspektech intra-unijních DPOI, jako je status práva EU jako součásti práva použitelného v intra-unijní investiční arbitráži, či možnosti revize arbitrážních nálezů ze strany soudů členských států.

Jak by mělo vyplynout již z výše uvedeného, analýza různých aspektů vztahu mezi DPOI a právem EU není jen samoúčelným teoretickým cvičením, ale mnoho z rozebíraných otázek má významné praktické dopady. S těmito otázkami se potýkají nejen vyjednavací a další osoby odpovědné za tvorbu politiky EU a členských států v oblasti zahraničních investic, ale i soukromé subjekty, které lze považovat za zahraniční investory, a které tedy spadají pod ochranu DPOI uzavřených členskými státy (nebo v budoucnu Unii). Z pohledu investorů představují DPOI velmi zajímavý praktický nástroj, který jim na mezinárodní úrovni poskytuje efektivní prostředky obrany proti nechtěným zásahům ze strany státu. Zvýšené povědomí o možných problematických aspektech vztahu mezi DPOI a právem EU, jakož i různé, často protichůdné uchopení těchto aspektů ze strany akademiků, orgánů EU, členských států a arbitrážních tribunálů, vedlo k naprostému zneřehlednění aktuálního právního stavu, zejména z pohledu individuálních investorů. Věřím tedy, že komplexní zpracování této problematiky bude přínosem nejen pro úzkou skupinu specialistů zabývajících se tématem mezinárodní ochrany investic, ale i pro širší okruh zájemců, kteří se s rozebíranými otázkami střetávají v rámci svých studijních či vědeckých aktivit nebo v rámci své podnikatelské praxe.³

³ V zahraniční literatuře byl již vydán nespočet odborných příspěvků věnujícím se různým aspektům vztahu DPOI a práva EU a přistupujícím k tomuto tématu z různých úhlů pohledu, které ve svém celku vytvářejí poněkud fragmentovaný obraz (viz např. seznam literatury na konci této práce). Pokud je autorovi známo, skutečně komplexních monografických zpracování této problematiky zatím mnoho není. V tomto ohledu je nutno zmínit především monografii A. Dimopoulose (*Dimopoulos, A. EU Foreign Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2011). V České republice vyšla v roce 2010 publikace A. J. Bělohávkova (*Bělohávek, A. J. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vyd., Praha: C.H. Beck, 2010). Je ovšem nutno upozornit, že přístup předkládané práce k rozebírané problematice se od přístupu A. J. Bělohávkova podstatně liší.

Konečně je nutno upozornit, že řada otázek rozebíraných v předkládané práci je sama o sobě značně kontroverzních. Velké kontroverze se v posledních letech spojují zejména s ochranou zahraničních investic podle DPOI a s investičními arbitrážemi. V literatuře k tomuto tématu lze identifikovat jednak základní, neboli hlavní proud,⁴ jenž věcně rozebírá jednotlivé aspekty ochrany zahraničních investic podle mezinárodních dohod, které vykládá zejména ve světle existujících arbitrážních nálezů, přičemž k ochraně investic se staví buďto hodnotově neutrálně, nebo otevřeně pozitivně. Vedle tohoto hlavního proudu se ovšem vynořují proudy alternativní, které soudobou podobu ochrany zahraničních investic, a zejména investiční arbitráže, podrobují kritice z různých úhlů. Prezentaci názorových alternativ přitom již dávno nelze považovat pouze za agendu mimovládních organizací a několika autorů z rozvojových zemí – dnes lze již nepochybně hovořit o seriózní široké akademické a politické diskusi ohledně vhodnosti mezinárodní ochrany zahraničních investic v její stávající podobě a o potřebách její reformy. Tato diskuse se částečně promítla i do smluvní praxe některých států (včetně takových států jako USA, Kanada nebo Austrálie), které v posledních dekáдах výrazně pozměnili svou politiku v oblasti zahraničních investic. Tyto tendence proto nelze považovat za okrajovou záležitost a z tohoto důvodu je marginalizovat nebo zcela ignorovat. Proto na ně bude v průběhu textu čas od času odkázáno. Považuji přitom za vhodné a fér otevřeně předeslat, že i můj pohled na ochranu zahraničních investic a investiční arbitráže je poněkud kritický. Snažil jsem se ovšem o poměrně striktní oddělení částí zahrnujících spíše hodnotově založený výklad tak, aby v očích kolegů, kteří se na tyto otázky dívají jinak, nebyly „znehodnoceny“ jiné části, obsahující věcný a hodnotově neutrální právní rozbor, který v této práci, věřím, převažuje. Osobní hodnotová orientace se tak nejvíce projevuje zejména v rámci diskuse o budoucí obsahové podobě politiky EU v oblasti zahraničních investic (část 3.6) a o vhodnosti intra-unijních investičních arbitráží (část 5.5.3). Své závěry a názory vyslovené v této práci jsem se pokud možno vždy snažil podložit relevantními argumenty a založit je na takovém rozboru, jaký jsem považoval z hlediska přesvědčivosti a jasnosti za potřebný. Výsledkem je text, jehož rozsah podstatně překračuje obvyklý rámec podobných prací, což doufám nebude čtenáři vnímáno negativně. Přesto upozorňuji, že v mnoha ohledech nelze provedený výklad považovat ani za jediný správný, a už vůbec ne za obecně akceptovaný, a že v jiných pracích se čtenář může setkat s přístupem více či méně odlišným.

⁴ Termín „mainstream“ pro označení hlavního (konvenčního) proudu v literatuře týkající se ochrany zahraničních investic použil *Schill, S. W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law. European Journal of International Law. 2011, 22(3), s. 877.*

II. OCHRANA INVESTIC V MEZINÁRODNÍCH DOHODÁCH A V PRÁVU EU

2.1 OCHRANA INVESTIC PODLE MEZINÁRODNÍCH DOHOD

2.1.1 *Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně investic*

Těžisko mezinárodněprávní ochrany zahraničních investic tvoří spletitá síť mezinárodních dohod o podpoře a ochraně investic (DPOI). Celkový počet mezinárodních dohod upravujících zahraniční investice v současné době přesahuje 3000.¹ Velkou většinu z tohoto počtu tvoří dvoustranné DPOI (v anglicky psaných textech se pro tyto dohody vžil označení *Bilateral Investment Treaties* a z něj odvozená zkratka *BITs*). Existuje ovšem i několik významných mnohostranných DPOI. Z nich je nutno zmínit především Severoamerickou dohodu o volném obchodě (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*), uzavřenou v roce 1992, jejímiž stranami jsou Kanada, Mexiko a USA, a která obsahuje obsáhlou kapitolu o investicích. Investiční spory podle NAFTA zásadním způsobem přispěly k formování soudobého mezinárodního investičního práva. Další DPOI uzavřenou na regionální úrovni představuje Investiční dohoda ASEAN (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*), která po svém vstupu v platnost v roce 2012 nahradila dvě starší mnohostranné investiční dohody a jejímiž stranami jsou státy jihovýchodní Asie. V evropském prostoru je mimořádně důležitá Dohoda k Energetické chartě (*Energy Charter Treaty – ECT*) uzavřená v roce 1994, jejímiž stranami jsou všechny členské státy EU (včetně EU samotné), dále země východní Evropy, Kavkazu, střední Asie a též Japonsko, a která je sektorově omezena na oblast energetiky.

Všechny dosavadní pokusy o uzavření univerzálnější mnohostranné DPOI zatím selhaly. Nejvýznamnějším z těchto pokusů bylo jednání o tzv. Mnohostranné dohodě o investicích (*Multilateral Agreement on Investment – MAI*) jejímiž prvními signatáři se měly stát členské státy OECD, k nimž se později měly přidat i další státy. Jednání o MAI, probíhající mezi lety 1995 až 1998, která byla provázená ostrými a koordinovanými protesty ze strany různých mimovládních organizací, ovšem selhala na neshodách mezi vyspělými státy ohledně několika zásadních obsahových otázek. Druhý neúspěšný pokus byl učiněn na půdě WTO, v rámci níž byla na základě tzv. Singapurské deklarace z roku 1996 zřízena pracovní skupina, která se měla zabývat vztahem mezi obchodem a investicemi. V roce 2001 bylo především z podnětu Evropského společenství a jeho členských států jednání o nové mnohostranné dohodě týkající se investic zahrnuto do agendy katarského kola (*Doha Round*).² Zejména kvůli odporu rozvojových států byla ovšem v roce 2003 problematika investic z agendy katarského kola zcela vypuštěna. Tyto neúspěšné pokusy ukázaly, že otázky spojené se zahraničními investicemi a jejich ochranou jsou příliš citlivé, a že kompromisy na mnohostranné úrovni se v této oblasti rodí těžko. Mezinárodní ochrana investic tak nadále spočívá především na dvoustranných, eventuálně na regionálních DPOI, a nic nenasvědčuje tomu, že by se tato situace měla v dohledné době změnit.

Jádrem úpravy DPOI je ochrana investorů jedné smluvní strany a jejich investic na území druhé smluvní strany. Přes odlišnosti v detailech vykazuje obsah většiny DPOI pozoruhodný stupeň

¹ Zpráva UNCTAD z února 2015 uvádí, že celkový počet mezinárodních dohod týkajících se investic je 3268. UNCTAD: Recent Trends in IIAs and ISDS. IIA Issue Note, No. 1, 2015 (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1), 19 February 2015.

² WTO Doha Ministerial Declaration adopted on 14 November 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1: 5, body 20 až 22).

podobnosti. Většinu tradičních DPOI představují krátké dohody o několika člancích, které se vyznačují velkou mírou obecnosti. Struktura většiny DPOI zpravidla obsahuje následující podstatné části:

- *Preamble*, která zpravidla vyjadřuje přání smluvních stran zintenzivnit hospodářskou spolupráci a odhodlání vytvořit příznivé podmínky pro investice investorů jednoho státu na území druhého státu. Ačkoli preamble samy o sobě žádná práva a povinnosti nezakládají, arbitrážní tribunály v jejich formulacích často nalézají oporu pro takový výklad DPOI, který je příznivý pro investora.
- *Definice*, z nichž nejdůležitější je vymezení pojmů „investor“ a „investice“, neboť tyto pojmy jsou rozhodující pro určení rozsahu působnosti příslušné DPOI a tím pádem i pro založení jurisdikce arbitrážního tribunálu v případě investičního sporu.
- *Materiální (hmotněprávní) pravidla ochrany zahraničních investic*, která zakládají příslušný mezinárodněprávní režim pro zacházení se zahraničními investicemi. Tato pravidla, často označována i jako standardy ochrany, se vyznačují obecností a abstraktností. Standardy ochrany typicky zahrnují zákaz diskriminace ve formě doložky národního zacházení (*national treatment*) a doložky nejvyšších výhod (*most favoured nation*), dále standardy řádného a spravedlivého zacházení (*fair and equitable treatment*) a plné ochrany a bezpečnosti (*full protection and security*), a pravidla pro vyvlastnění, které musí být vždy spojeno s poskytnutím okamžité, přiměřené (adekvátní) a účinné náhrady (*prompt, adequate and effective compensation*). Do kategorie materiálních pravidel lze dále řadit ustanovení o volném převodu plateb souvisejících s investicí a též ustanovení o náhradě škody utrpěné následkem války, ozbrojeného konfliktu, výjimečného stavu, nepokojů, povstání, vzpoury nebo jiných podobných událostí.
- *Ustanovení o mechanismu řešení sporů*. DPOI typicky zahrnují ustanovení o arbitráži mezi smluvními stranami, tedy klasický mezistátní mechanismus řešení sporů (*state-to-state dispute settlement*). Unikátním a charakteristickým prvkem většiny moderních DPOI je ovšem závazný mechanismus řešení sporů mezi investorem jedné smluvní strany a hostitelským státem (*investor-to-state dispute settlement*). Většina DPOI umožňuje zahraničnímu investorovi zahájit mezinárodní arbitráž a uplatňovat svá práva podle DPOI přímo proti hostitelskému státu, aniž by k tomu byla potřebná jakákoli součinnost jeho domovského státu. Právě celosvětové rozšíření takových rozhodčích doložek zakládajících možnosti těchto smíšených neboli diagonálních arbitráží zcela zásadním způsobem změnilo podobu soudobé ochrany investic podle mezinárodního práva.³

První dvoustranné mezinárodní dohody obsahově odpovídající dnešním DPOI začaly být uzavírány od 60. let 20. století. Před 2. světovou válkou spočívala mezinárodní ochrana zahraničních investic (resp. majetku cizinců) především na obecném mezinárodním právu. Podle tehdejší většinové doktríny zahrnovalo obecné mezinárodní právo tzv. minimální standard zacházení s cizinci podle mezinárodního práva (*customary minimum standard of treatment*), který byly státy povinny vůči cizincům dodržovat nezávisle na tom, jaké zacházení poskytovaly svým vlastním státním příslušníkům.⁴ Práva a zájmy cizinců byla v tomto období

³ *McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M.* International Investment Arbitration: Substantive Principles. New York: Oxford University Press, 2007, s. 6.

⁴ Srov. např. *Newcombe, A. a Paradell, L.* Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 3 a n., nebo *Vandeveld, K.* A Brief History of International Investment Agreements. UC Davis Journal of International Law & Policy. 2005, 12(1), s. 158 a n. V této éře, která se ještě vyznačovala existencí koloniálních velmocí a několika nových nezávislých států, byla

vynucována jejich domovskými státy zejména prostřednictvím institutu diplomatické ochrany. Vhodné podmínky pro rozvoj smluvního práva v oblasti zahraničních investic nastaly až v souvislosti se změnami světového uspořádání po 2. světové válce. V tomto období vzniklo na místě bývalých kolonií velké množství nových nezávislých států, které na mezinárodní scéně zdůrazňovaly především svou vlastní suverenitu a absolutní kontrolu nad svým územím a přírodními zdroji. K rozsáhlým vlnám znárodnování majetku, včetně majetku cizinců, a to zpravidla bez poskytnutí jakékoli náhrady, docházelo i následkem vzniku socialistického bloku. V důsledku tohoto vývoje došlo v celosvětovém měřítku ke zpochybnění tradičních mezinárodněprávních konceptů prosazovaných západními státy, mezi které se řadila i ochrana soukromého majetku a existence minimálního standardu zacházení podle mezinárodního práva. Stalo se též zřejmým, že institut diplomatické ochrany je k ochraně zahraničních investic nevhodný a nedostatečný.

Na pozadí tohoto vývoje a ideologických rozporů mezi státy o obsahu obecného mezinárodního práva začaly vyspělé státy své představy o ochraně svých investorů v zahraničí prosazovat smluvně, a to uzavíráním dohod o ochraně investic. Jelikož k uzavření mnohostranné dohody upravující zahraniční investice chyběl dostatečně široký konsenzus, byly tyto dohody uzavírány jako dvoustranné. První DPOI obsahující z dnešního pohledu typické materiální standardy o ochraně investic byla uzavřena v roce 1959 mezi Německem a Pákistánem. Rozhodčí doložka pro řešení sporů mezi investorem a státem byla ovšem poprvé začleněna až do DPOI uzavřené v roce 1969 mezi Itálií a Čadem. Své programy uzavírání DPOI postupně zahájila většina států západní Evropy a s určitým zpožděním i USA. Až do 90. let 20. století byl ovšem rozvoj smluvní praxe pouze pozvolný. Ke konci roku 1989 bylo na celém světě uzavřeno celkem 385 dvoustranných DPOI.⁵ Pro toto období je charakteristická výrazná faktická asymetrie vztahu mezi smluvními partnery. DPOI byly uzavírány mezi vyspělými a rozvojovými zeměmi, a to zpravidla z iniciativy vyspělé země. Vyspělá země (vývozce kapitálu) uzavřením DPOI sledovala zajištění vyšší úrovně právní ochrany pro své investory na území druhé smluvní strany, zatímco rozvojová země (dovozce kapitálu) uzavřením DPOI sledovala zvýšení atraktivity místního podnikatelského prostředí za účelem přilákání zahraničních investic.⁶

Opravdový boom v uzavírání DPOI ovšem nastal až koncem 80. let a v průběhu 90. let 20. století, kdy počet nově uzavíraných dohod rostl z roka na rok exponenciálně. Mezi příčinami tohoto vývoje bývá uváděn jednak obecný příklon k ekonomické liberalizaci a přijetí principů tržní ekonomiky, což souviselo jednak s ekonomickým úspěchem některých východoasijských zemí a rovněž s pádem sovětského bloku, který znamenal konec vyostřené ideologické konfrontace. Jako další důvod bývá uváděna též nedostupnost dluhového financování pro rozvojové země v důsledku dluhové krize, která nastala v 80. letech, čímž se přímé zahraniční investice pro tyto země staly nenahraditelným zdrojem kapitálu.⁷ V tomto období došlo též k určité modifikaci tradičních vzorců při uzavírání DPOI, zejména ke stírání rozdílů mezi zeměmi považovanými za čisté vývozce, resp. dovozce kapitálu, když velký počet DPOI byl v tomto období uzavřen mezi rozvojovými státy navzájem. Naopak, uzavírání DPOI mezi vyspělými státy je dodnes spíše raritou. Od tohoto období zároveň začalo výrazněji docházet k promíchávání investiční agendy s agendou obchodní. Kapitoly o investicích bývají čím dál tím častěji zahrnovány do širších bilaterálních či regionálních obchodních dohod.

existence mezinárodního standardu zacházení intenzivně popírána především nezávislými státy Latinské Ameriky, které svůj postoj odvíjely od tzv. Calvovy doktríny, a po velké říjnové revoluci též sovětským Ruskem.

⁵ UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. 2000 (UNCTAD/ITE/IIA/2), s. 1.

⁶ Tamtéž. Srov. též *Newcombe, Paradell*, pozn. 4, s. 43, *Vandeveldde*, pozn. 4, s. 170.

⁷ *Newcombe, Paradell*, pozn. 4, s. 48-49, *Vandeveldde*, pozn. 4, s. 178-179.

Určitý posun postupně nastal i ve vnímání účelu DPOI. V dnešní době, kdy jsou již případy otevřeného vyvlastňování majetku cizinců bez poskytnutí náhrady spíše výjimkou, je patrná tendence vnímat DPOI více jako nástroj podpory investic a liberalizace investičních toků.⁸ Do jaké míry se ve skutečnosti jedná o nástroj efektivní, tedy jaký je reálný vliv uzavřených DPOI na objem přeshraničních toků investic, zůstává otázkou. V posledních letech bylo vydáno několik studií, které se tento vztah pokoušely empiricky ověřit.⁹ Výsledky těchto studií neumožňují činit konkluzivní závěry. Zatímco některé studie neshledaly mezi uzavíráním DPOI a přílivem zahraničních investic do hostitelské země žádnou souvislost, jiné shledaly určitou mírnou pozitivní korelaci. Přitom není potřeba zvláště zdůrazňovat, že existence DPOI je v každém případě pouze jedním z faktorů, které ovlivňují atraktivitu investičního prostředí určitého státu v očích investorů. V praxi má existence DPOI skutečný a opodstatněný význam především v případě investic v zemích vyznačujících se vysokými politickými a institucionálními riziky. Existence DPOI může mít v případě investic v rizikových zemích vliv i na získání financování a na možnosti pojištění proti netržním rizikům.

Současně s velkým rozšířením praxe uzavírání DPOI došlo k velkému nárůstu investičních sporů vedených investory proti hostitelským státům. Důležitým předpokladem bylo zřízení Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*, neboli Středisko) v roce 1966. Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (Úmluva ICSID) vytvořila platformu pro efektivní řešení sporů mezi investorem a státem, sama ovšem žádná hmotněprávní ustanovení ochrany investic neobsahuje a nezakládá ani obligatorní jurisdikci Střediska. K založení pravomoci Střediska k řešení investičního sporu je nutný specifický souhlas stran sporu. Takový souhlas ovšem může být založen i na otevřené jednostranné nabídce státu obsažené v DPOI, kterou investor přijme tím, že proti státu zahájí investiční spor. První investiční spor založený na DPOI byl zahájen až roce 1987.¹⁰ Od té doby počet zahájených sporů téměř každý rok rostl a ke konci roku 2014 bylo u celkového počtu sporů vedených podle DPOI uváděno číslo 608.¹¹ Zajímavostí je, že v žebříčku zemí, které v investičních sporech vystupovali či vystupují na straně žalované, drží třetí místo Česká Republika s 29 spory, za Argentinou (56 sporů) a Venezuelou (36 sporů).¹² S přibývajícím množstvím vydaných nálezů postupně vzniká masa judikatury, která interpretuje klíčová ustanovení společná většině DPOI a aplikuje je na různorodé faktické kontexty. I když arbitrážní tribunály jsou formovány *ad hoc* k řešení konkrétního sporu a formálně nejsou vázány doktrínou precedentu, vzájemné ovlivňování a inspirace mezi jednotlivými nálezy je evidentní. Proces uzavírání DPOI s obdobným obsahem, a uplatňování jejich ustanovení v investičních arbitrážích, tak vede k postupnému krystalizování společných principů a pravidel mezinárodního investičního práva, které tak již může být studováno a popsáno jako relativně samostatný subsystém mezinárodního práva.¹³ Nicméně i přes značnou snahu o konvergenci zatím výklad mnoha klíčových ustanovení DPOI v judikatuře arbitrážních tribunálů nelze považovat za konzistentní (jak bude blíže rozvedeno dále) a mnoho rozhodnutí dokonce vyznívá protichůdně, což je pochopitelně předmětem kritiky. Je otázkou, zda je tato inkonzistence pouze projevem „dospívání“ mezinárodního investičního práva, jak uvádí zastánci investičních arbitráží, anebo zda je tomuto systému v důsledku jeho charakteristik

⁸ Vandeveldde, pozn. 4, s. 183

⁹ V roce 2009 byla vydána užitečná publikace, do níž byly zahrnuty nejvýznamnější do té doby vydané studie. Srov. *Sauvant, K., Sachs, L. (eds.). The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows.* New York: Oxford University Press, 2009.

¹⁰ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3. Konečný nálezn byl vydán dne 27. července 1990.

¹¹ UNCTAD, pozn. 1, s. 5

¹² Statistiku investičních sporů vede UNCTAD na adrese: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

¹³ *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 19-22.

inherentní. Velký nárůst počtu investičních sporů, spojený s alespoň zdánlivě příliš proinvestorským přístupem některých tribunálů a často vysokými částkami odškodnění priznanými zahraničním investorům, rovněž v posledních letech vyvolal širokou diskusi ohledně vyváženosti práv zahraničních investorů, které jim přiznávají DPOI, ve vztahu k prostoru, který je hostitelským státům ponechán k legitimní regulaci investičních aktivit. Tato diskuse se již projevila i ve smluvní praxi některých významných států, které ve svých nových DPOI více dbají na ochranu zájmů hostitelských států (srov. část 3.6.2 této práce). Lze očekávat, že do budoucího vývoje v tomto směru rozhodujícím způsobem promluví právě Evropská unie jako rozhodující globální ekonomický a politický hráč při výkonu své nové výlučné pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic.

V dalších částech budou blíže (byť jen stručně a v nezbytném rozsahu) představeny jednotlivé klíčové a typické prvky DPOI. Přitom je nutno vzít v potaz, že mezinárodní investiční právo je představováno tisícičkami zpravidla dvoustranných DPOI, jejichž text se v podrobnostech více či méně liší. V této práci jsou jako příklad, pokud možno, citována ustanovení DPOI uzavřených Českou republikou. Česká republika, na rozdíl od některých zemí, oficiálně nezveřejnila svou vzorovou DPOI, kterou by používala jako model při jednáních s třetími zeměmi,¹⁴ nicméně za určitý neformální model lze na základě usnesení vlády České republiky z roku 1993¹⁵ považovat DPOI uzavřenou mezi Českou republikou a Maďarskem, na níž bude v dalším textu pro účely názornosti převážně odkazováno.¹⁶

2.1.2 Rozsah působnosti – pojmy investora a investice

(i.) Investor

Ochrana podle DPOI je poskytována zahraničním investorům – státním příslušníkům jednoho smluvního státu, kteří investují na území druhého smluvního státu. Státní příslušnost dotčené osoby je tedy rozhodující pro určení, zda se na ní vztahuje ochrana podle příslušné DPOI, a v případě investičního sporu tedy státní příslušnost představuje kritérium pro založení pravomoci arbitrážního tribunálu *ratione personae*.¹⁷ Ochrana podle DPOI se vztahuje jak na osoby fyzické, tak na osoby právnické. V investičních sporech na straně žalobce častěji vystupují osoby právnické (typicky obchodní společnosti), výjimkou ovšem nejsou ani spory zahájené osobami fyzickými.

Státní příslušnost fyzických osob se spojuje s kritériem občanství a je určována primárně na základě práva státu, o jehož občana se jedná. Některé DPOI místo kritéria občanství, nebo v kombinaci s ním, pracují s kritériem trvalého bydliště investora.¹⁸ Z ochrany podle DPOI by obecně měli být vyloučeni občané hostitelského státu, a to i v případech, kdy jsou současně občany druhého smluvního státu (tj. v případech dvojího občanství). Toto pravidlo je výslovně zakotveno v článku 25(2)(a) Úmluvy ICSID i v některých DPOI.

¹⁴ Vzorovou dohodu vláda schválila usnesením ze dne 7. dubna 1999 č. 303. Text vzorové dohody ovšem tvoří přílohu usnesení, která není veřejně dostupná. Nicméně obsah vzoru není těžké dovodit srovnáním textů DPOI uzavíraných Českou republikou v posledních letech, zejména těch, které byly uzavírány se státy se slabší vyjednávací pozicí. Srov. blíže *Fecák, T. Czech Experience with Bilateral Investment Treaties: Somewhat Bitter Taste of Investment Protection. Czech Yearbook of International Law. 2011, Vol. 2, s. 237-240.*

¹⁵ Usnesení ze dne 6. ledna 1993 č. 12.

¹⁶ V bodě I.2 uvedeného usnesení vláda ČR souhlasila s tím, aby další dohody o podpoře a ochraně investic, které bude Česká republika sjednávat a které se věcně neodchýlí od zásad uvedených v dohodě mezi Českou republikou a Maďarskou republikou, byly předkládány vládě až po jejich podpisu.

¹⁷ *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 131

¹⁸ Srov. např. článek 1(3) DPOI mezi ČSFR a Německem.

Složitější otázky se spojují s určením státní příslušnosti právnických osob. Konstruování vazby právnické osoby k určitému státu je obecně méně přirozené než u osob fyzických a závisí na tom, jaké kritérium se pro dané účely zvolí. Existující DPOI nejčastěji pracují s kritériem inkorporace, podle kterého se státní příslušnost právnické osoby spojuje s právem státu, podle kterého byla založena.¹⁹ Jiné DPOI vycházejí z kritéria sídla či hlavního místa řízení (*siège social*).²⁰ Některé DPOI kritéria inkorporace a sídla vzájemně kombinují,²¹ nebo přidávají kritéria další, kterými okruh investorů požívajících ochranu buďto rozšiřují (v případě alternativních kritérií) nebo naopak zužují (kumulací s dalšími kritérii).

Otázka korporátní státní příslušnosti vyvolává značné kontroverze. V praxi často nastávají situace, kdy se ochrany vůči hostitelskému státu domáhá společnost, která sice formálně naplňuje kritéria zahraničního investora stanovené příslušnou DPOI (například test inkorporace), nicméně je zjevné, že s tímto státem nemá podstatné vazby (typicky se jedná o tzv. schránkové společnosti založené pouze pro účely držení akcií či podílů, které ve státě, podle jehož práva byly založeny, nevykonávají žádné aktivity a často jsou ovládány ze zahraničí). Obzvláště citlivé otázky jsou spojené se situacemi, když je taková společnost jakožto „zahraniční“ investor ve skutečnosti ovládána příslušníky hostitelského státu. V rozhodovací praxi investičních tribunálů se ve věci určování korporátní státní příslušnosti jednoznačně prosadil formální přístup. Pokud tedy příslušná DPOI definuje investora na základě kritéria inkorporace, naplnění tohoto kritéria bude zpravidla postačovat k založení jurisdikce a tribunál nebude přihlížet k vlastnické struktuře příslušné společnosti či k jiným kritériím, která nejsou výslovně zakotvena v příslušné DPOI.²² Formalistický přístup k určování korporátní státní příslušnosti právnických osob umožňuje investorům strukturovat svou investici takovým způsobem, aby si zajistili mezinárodněprávní ochranu podle existujících DPOI a získali tak účinný nástroj uplatňování svých potenciálních nároků proti cílovému státu ve formě investiční arbitráže. Tento jev, označovaný i jako „*treaty shopping*“, vyvolává poměrně závažné otázky ohledně legitimacy systému ochrany investic založeného převážně na dvoustranných mezinárodních smlouvách. Investiční tribunály takový postup ze strany investorů obecně považují za legitimní a odpovídající účelu DPOI, pokud k vytvoření účelové korporátní struktury dojde v předstihu, tedy ještě před vznikem investičního sporu s hostitelským státem.²³ Pokud je taková struktura naopak vytvořena až v okamžiku, kdy už mezi investorem a hostitelským státem došlo ke sporu a jediným účelem vytvoření mezinárodní struktury je přenesení řešení vzniklého sporu před mezinárodní fórum, tribunály takové jednání ze strany investora v několika případech považovaly za zneužití práva a odmítnou svou jurisdikci.²⁴

V praxi je dále běžné, že investice není zahraničním investorem realizována přímo, ale prostřednictvím dceřiné společnosti založené podle práva hostitelského státu, přičemž v mnoha případech je takový postup ze strany hostitelského státu dokonce vyžadován. Při uvedené korporátní struktuře by investice v případech, kdy se zacházení hostitelského státu primárně týká lokální entity, mohla zůstat bez mezinárodní ochrany. Existující DPOI ovšem poskytují

¹⁹ Srov. např. článek 1(7)(a)(ii) ECT: „Investorem se rozumí ve vztahu ke smluvní straně společnost nebo jiná organizace zřízená v souladu s platným právem použitelným na území dané smluvní strany.“

²⁰ Kritérium sídla bylo donedávna typické například pro DPOI uzavírané Německem. Nicméně Německo ve své vzorové DPOI z roku 2009 přešlo ke kritériu inkorporace. Blíže srov. Perkams in The Determination of Nationality

²¹ Srov. např. článek 1(2)(b) DPOI mezi Českou republikou a Gruzii.

²² Např. *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, odst. 21-71; *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17. březen 2006, odst. 240-241

²³ Srov. *Augas del Tunari v. Bolivia*, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005, odst. 206-323. *Mobil v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, odst. 186-207.

²⁴ *Phoenix v. Czech Republic*, Award, 15 April 2009, *Cementownia vTurkey*, Award, 17 September 2009.

způsob, jak jejich ochranu vztáhnout i na zacházení vůči lokální entitě, a to tím, že do definice investice zahrnují rovněž akcie a jiné formy účasti na společnostech. Právo zahájit investiční spor tak nebude náležet lokální entitě, ale jejím zahraničním akcionářům z titulu zásahu do jejich investice ve formě akcií či podílů.²⁵ Tato ochrana je tribunály aplikována poměrně velkoryse. Nevztahuje se pouze na zásahy do vlastnictví akcií či podílů jako takového, ale i na zásahy vůči dceřiné společnosti a jejímu majetku, které snižují hodnotu akcií či podílů dceřiné společnosti v držení zahraničního investora (například vyvlastnění majetku dceřiné společnosti). Taková ochrana je v zásadě dostupná i minoritním akcionářům.²⁶

(ii.) *Investice*

Ústředním pojmem mezinárodního investičního práva je pojem investice. Investice představují předmět ochrany DPOI. Vymezení tohoto pojmu je klíčové z hlediska jurisdikce arbitrážních tribunálů *ratione merita*e, neboť jejich pravomoc se vztahuje na řešení sporů z investic. Mezinárodní smluvní a rozhodovací praxe se ovšem doposud neustálila na jednotném legálním chápání tohoto pojmu. V praxi se projevují dva koncepčně odlišné přístupy.²⁷ Jeden přístup se pokouší podat propracovanou a podrobnou definici investice, založenou na širokém obecném vymezení investice kombinovaném demonstrativním výčtem různých v úvahu přicházejících forem. Tento přístup je typický pro většinu dvoustranných a mnohostranných DPOI. Druhý přístup se pokouší vymezit obecné znaky investice podle běžného chápání tohoto pojmu v ekonomickém smyslu. Tento přístup se projevuje především v judikatuře tribunálů zřízených podle Úmluvy ISCID.

Naprostá většina dvoustranných a vícestranných DPOI obsahuje vlastní definici investice, která začíná uvozovací větou, podle které se za investice považují všechny druhy aktiv či majetkových hodnot (*every kind of asset*), která je následována demonstrativním výčtem jednotlivých možných forem investic (hovoří se o tzv. *asset-based definition of investment*). Příkladem může být článek 1(1) DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem:

Pojem „investice“ označuje každou majetkovou hodnotu investovanou v souladu s hospodářskými aktivitami investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu s právním řádem druhé smluvní strany a zahrnuje zejména, nikoli však výlučně:

- (a) movitý a nemovitý majetek, jakož i všechna věcná práva, jako jsou hypotéky, zástavy, záruky a podobná práva;
- (b) akcie, obligace, vklady společností nebo jakékoli jiné formy účasti na společnostech;
- (c) peněžní pohledávky nebo nároky na jakoukoli činnost mající hospodářskou hodnotu související s investicí;
- (d) práva z oblasti duševního vlastnictví včetně autorských práv, práva z obchodních značek, patentů, průmyslových vzorů, technických postupů, know-how, obchodních tajemství, obchodních jmen a goodwill, spojených s investicí;
- (e) práva vyplývající ze zákona nebo ze smluvního ujednání, licence nebo povolení vydané podle zákona, včetně koncesí k průzkumu, těžbě, kultivaci nebo využití přírodních zdrojů.
- (f) Jakákoliv změna formy, ve které jsou hodnoty investovány, nemá vliv na jejich postavení jako investice.

²⁵ Některé modernější DPOI ovšem tyto situace upravují výslovně, a to zpravidla tak, že zahájení investičního sporu umožňují i lokální entitě kontrolované zahraničním investorem, nebo zahraničnímu investorovi jménem lokální entity.

²⁶ Dolzer, R., Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 59 a reference tam uvedené. Další možnost ochrany lokálních entit poskytuje článek 25(2)(b) Úmluvy ICSID, jehož relevantní pasáž zní následovně: „Občanem jiného smluvního státu se rozumí [...] jakákoliv právnická osoba, která měla příslušnost strany smluvního státu ve sporu k tomuto datu a která na základě zahraniční kontroly, na niž se strany dohodly, by měla být pro účely této Úmluvy považována za subjekt jiného smluvního státu.“ Pro výklad tohoto ustanovení srov. Dolzer, Schreuer, s. 51-52.

²⁷ Srov. Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 61.

Jiné DPOI uzavírané Českou republikou, ale i dalšími státy, zpravidla obsahují více či méně podobnou definici.

S pojmem investice pro jurisdikční účely pracuje článek 25 Úmluvy ICSID, podle něhož se pravomoc Střediska vztahuje na „každý právní spor vznikající přímo z investice“. Zatímco k založení pravomoci Střediska je nezbytné, aby se spor týkal investice, Úmluva ICSID vlastní definici tohoto pojmu neobsahuje, což vyvolalo a stále vyvolává obsáhlé diskuse o tom, jaké má být jeho správné chápání pro účely uvedeného ustanovení. Předmětem diskuse je zejména otázka, zda je pojetí investice podle Úmluvy ICSID autonomní, nebo zda závisí pouze na dohodě stran sporu (obsažené například v příslušné DPOI). Počáteční judikatura tribunálů vnímala pojetí investice podle Úmluvy ICSID jako svébytné a v zásadě nezávislé na dohodě stran a snažila se investici definovat prostřednictvím obecných znaků, které vycházely jednak z obecné ekonomické teorie, a jednak z účelu Úmluvy ICSID. Průkopnickými a velmi vlivnými jsou v tomto směru nálezy ve věcech *Fedax proti Venezuele*²⁸ a *Salini proti Maroku*.²⁹ Kritéria existence investice formulovaná tribunálem v posledně uvedeném případě se vžila a jsou často citována jako tzv. Salini test, který investici definuje prostřednictvím kumulativní kombinace následujících znaků: (i) vklad v peněžních prostředcích nebo v majetkových hodnotách (*contribution in money or in kind*), (ii) určitá doba trvání, (iii) existence rizika, a (iv) příspěvek k ekonomickému rozvoji hostitelského státu.³⁰ Na určitou dobu se Salini test stal obecně akceptovanou autoritou a z jeho kritérií vycházela řada dalších nálezů.³¹

Zlom v univerzální akceptaci Salini testu nastal vydáním nálezů ve věcech *Biwater Gauff proti Tanzánii*³² a zejména ve zrušovacím nálezu *ad hoc* komise ve věci *Malaysian Historical Salvors proti Malajzii*,³³ v nichž se tribunály od Salini testu zcela úmyslně a výslovně odklonily, přičemž později byly následovány i dalšími tribunály. Kritika Salini testu spočívá především na dvou základních argumentech. Za prvé, jeho kritéria nemají žádnou oporu v ustanovení článku 25 Úmluvy ICSID. Za druhé, historie sjednávání Úmluvy ICSID ukazuje, že smluvní strany ponechaly pojem investice záměrně otevřený a přály si z její působnosti vyloučit pouze transakce ryze obchodní povahy. Z toho je dovozováno, že článek 25 Úmluvy ICSID nastavuje pouze velmi volné vnější limity, v jejichž rámci je pojetí investice pro účely řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem ponecháno na vůli stran.³⁴

Aktuální judikatura tribunálů k vymezení pojmu investice ve smyslu Úmluvy ICSID je rozpolcená. Jeden proud rozhodnutí se zjevně odklání od nezávislého pojetí investice ve smyslu článku 25 Úmluvy ICSID a zdůrazňuje autonomii stran sporu, vyjádřené v definici investice obsažené v příslušné DPOI, která musí být tribunálem respektována, a k jejímuž odmítnutí pro jurisdikční účely může dojít jen ze závažných důvodů. Druhý proud nadále do určité míry spoléhá na Salini test, byť v modifikované podobě, a to zejména upuštěním od kontroverzního a značně subjektivního kritéria příspěvku k hospodářskému rozvoji hostitelského státu.³⁵ Nejednotný přístup tribunálů aktuálně znemožňuje činit jednoznačnější závěry ohledně obecně akceptovaného pojetí investice v mezinárodním investičním právu. Jako nepřijatelnější se jeví

²⁸ *Fedax v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

²⁹ *Salini v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

³⁰ *Salini v. Morocco*, odst. 50-58.

³¹ *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 67, *Sornarajah, M.* The International Law on Foreign Investment. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 310.

³² *Biwater Gauff v. Tanzania*, Award, 24. July 2008.

³³ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, Decision on Annulment, 16 April 2009.

³⁴ Srov. *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 68-69.

³⁵ *Tamtéž*, s. 69 a n. a reference tam uvedené.

pojetí, které se pokouší o syntézu obou krajních pozic, jak jej výstižně vyjadřují například Dolzer a Schreuer:

Aktuální stav ukazuje, že ani striktní trvání na objektivních kritériích, ani přístup založený na striktním respektování vůle stran, nemusí být vždy vhodný pro obecné vymezení investice. Přehled možných faktických situací a existující judikatury spíše naznačuje, že jako vhodnější rámec může sloužit kombinace flexibilnějších verzí obou přístupů. Ve výsledku bude investice ve smyslu článku 25 existovat tehdy, pokud se strany DPOI nebo hostitelský stát a investor dohodly, že budou určitý projekt považovat za investici, pokud použití tohoto pojmu nebude zjevně odporovat jeho obecnému významu.³⁶

Vnější limitem jinak širokého pojetí investice, alespoň pro účely sporů řešených podle Úmluvy ICSID, zůstávají především obyčejné (jednorázové) obchodní transakce. Při posuzování různých transakcí ovšem nelze postupovat mechanicky, ale je nutno zohlednit jejich celkový kontext. Slovy jednoho tribunálu, „investice často představuje poměrně komplexní operaci, která se skládá z různých vzájemně propojených transakcí, jejichž jednotlivé prvky nemusí vždy samy o sobě naplňovat znaky investice.“³⁷ Pokud tedy spor vyplývá z jednotlivé transakce, která ovšem představuje nedílnou část širší ekonomické operace naplňující znaky investice, bude se zpravidla jednat o spor vyplývající z investice.³⁸

2.1.3 Materiální pravidla ochrany investic

(i.) Připouštění a zřizování investic (předinvestiční fáze)

DPOI typicky upravují zacházení se zahraniční investicí poté, co došlo k jejímu zřízení na území hostitelského státu. V angličtině se zacházení v této fázi hovoří *post-establishment* nebo *post-entry treatment*. Tato práce používá jako ekvivalent česky ne příliš česky znějící, nýbrž obsahově zřejmě nejvýstižnější označení „post-investiční fáze“ nebo „post-investiční ochrana“. Post-investiční ochrana podle DPOI zahrnuje například pravidla pro vyvlastnění, standardy řádného a spravedlivého zacházení a plné ochrany a bezpečnosti, nebo relativní standardy ochrany ve formě doložek národního zacházení a nejvyšších výhod, o nichž bude řeč dále. Většina DPOI upravuje post-investiční ochranu velmi podobným způsobem – odlišnosti spočívají ve specifických formulacích, v přítomnosti některých výjimek či méně typických ustanovení.

Koncepční rozdíly mezi různými typy DPOI se projevují především v úpravě před-investiční fáze (v angličtině označované jako *establishment*, *market access* či *pre-entry stage*). Obecné mezinárodní právo nestanovuje státům žádnou povinnost připouštět na své území zahraniční investice, což lze považovat za projev jejich teritoriální suverenity v ekonomické dimenzi. Při rozhodování o tom, zda a za jakých podmínek bude cizím státním příslušníkům povoleno vykonávat na území hostitelského státu ekonomické aktivity, disponují státy širokou mírou diskrece.³⁹ Takové podmínky mohou ovšem být upraveny mezinárodními smlouvami, kterými smluvní státy svou diskreci dobrovolně omezí. Ve srovnání s post-investiční fází je otázka připouštění zahraničních investic politicky citlivější. Jak konstatuje zpráva UNCTAD, byť proces globalizace, a s tím související potřeba efektivní alokace zdrojů na základě ekonomických kritérií, vytváří tlak na liberalizaci přístupu k trhu a zřizování investic,

³⁶ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 76.

³⁷ *Československá obchodní banka v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, odst. 72.

³⁸ Tamtéž.

³⁹ Srov. *Gómez-Palacio, I., Muchlinski, P.* Admission and Establishment. In: Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, Ch. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 228

Hostitelské státy se usilovaly o to zachovat si kontrolu nad vstupem zahraničních investorů a zřizováním zahraničních investic jakožto prostředku k ochraně cílů národní hospodářské politiky, národní bezpečnosti, veřejného zdraví a bezpečnosti, dobrých mravů, a za účelem naplnění dalších cílů veřejného zájmu. Tato kontrola představuje výraz suverenity a hospodářského sebeurčení, kdy vlády posuzují přímé zahraniční investice spíše ve světle rozvojových priorit své země než na základě zájmů zahraničních investorů.⁴⁰

Byť je obecný trend k postupné liberalizaci investičních toků zřejmý, státy přistupují k přebírání mezinárodních závazků týkajících se připouštění a zřizování zahraničních investic mnohem obezřetněji než k závazkům týkajícím se post-investiční ochrany.

Z hlediska úpravy před-investiční fáze lze rozlišit dva hlavní modely DPOI. Co do počtu uzavřených DPOI je zcela převažující tzv. povolovací model (*controlled entry model*), který je někdy označován i jako evropský, protože odpovídá dosavadní smluvní praxi evropských států. Tento model, na němž je založena i naprostá většina DPOI uzavřených Českou republikou, plně zachovává právo hostitelského státu upravovat podmínky připuštění a zřizování zahraničních investic prostřednictvím vnitrostátní legislativy. Příkladem je článek 2(1) DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem, který navíc zakládá víceméně nevynutitelný (*soft law*) závazek k podpoře investic a k vytváření příznivých podmínek pro investory druhé smluvní strany:

Každá smluvní strana bude podporovat a vytvářet příznivé podmínky pro investory z druhé smluvní strany, aby investovali na jejím území, a bude takové investice připouštět, a to v souladu se svým právním řádem.

Uvádí se, že účinek takové klauzule je dvojitý, resp. trojitý. Za prvé, hostitelskému státu je zachováno právo uplatňovat svá vnitrostátní pravidla pro připouštění zahraničních investic, tedy rozhodovat o připouštění těchto investic jakož i ukládat podmínky pro jejich zřízení. Za druhé, státu je zachováno právo uplatňovat ve fázi připouštění a zřizování investic rozdílný (diskriminační) přístup k zahraničním investorům oproti investorům domácím, nebo uplatňovat rozdílné podmínky vůči investorům z různých zemí.⁴¹ Třetí důsledek zasahuje do post-investiční fáze a do možnosti investora uplatňovat práva vyplývající z příslušné DPOI. Několik tribunálů v investičních sporech na základě ustanovení o připouštění investic v souladu s právním řádem hostitelského státu dovedlo, že investice, které byly zřízeny v rozporu s těmito pravidly, mohou být vyloučeny z ochrany podle DPOI, a to v závislosti na povaze a závažnosti porušení.⁴²

Na povolovacím režimu je vedle většiny dvoustranných DPOI založena i Dohoda k Energetické chartě, neboť při jejím sjednávání nebyl na zahrnutí závazných liberalizačních opatření v oblasti energetiky dosažen potřebný konsenzus.⁴³ ECT na rozdíl od dvoustranných DPOI evropského typu navíc v článku 10(2) obsahuje závazek typu *soft law*, který smluvním stranám ukládá povinnost vyvinout úsilí, aby investorům ostatních smluvních stran při investování (zřizování investic) na jejich území přiznávaly národní zacházení. Článek 10(4) předpokládal, že poskytování národního zacházení v před-investiční fázi bude upraveno doplňkovou smlouvou. Jednání o této smlouvě byla zahájena v roce 1995, nicméně v roce 2002 byla přerušena a od té doby v nich již nebylo pokračováno.⁴⁴

⁴⁰ UNCTAD. Admission and Establishment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2002 (UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II)), s. 11

⁴¹ Gómez-Palacio, Muchlinski, pozn. 39, s. 241.

⁴² Blíže srov. Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 92-97.

⁴³ Srov. Wälde, T. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: Wälde, T. (ed.). The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade. Boston: Kluwer Law International, 1996, s. 277.

⁴⁴ Gómez-Palacio, Muchlinski, pozn. 39, s. 245.

Druhým modelem, který je někdy označován jako (plně) liberalizační, neboli americký model, odpovídá smluvní praxi USA a Kanady a je na něm založena i NAFTA. Tento přístup rozšiřuje národní zacházení (a zpravidla i doložku nejvyšších výhod) i na před-investiční fázi. Zahraniční investoři tak mohou zřizovat v hostitelském státu investice za stejných podmínek, jako investoři domácí. Příkladem je článek 3(1) vzorové DPOI USA z roku 2012:

Každá smluvní strana bude poskytovat investorům druhé smluvní strany zacházení, které nebude méně výhodné, než jaké za obdobných podmínek (*in like circumstances*) poskytuje svým vlastním investorům, pokud jde o zřizování, nabývání, rozšiřování, řízení, správu, provoz a prodej nebo jiné dispozice s investicemi na svém území.

Závazek k poskytování národního zacházení (a nejvyšších výhod) bývá ovšem doplňován o výjimky pro některé citlivé sektory, které jsou předmětem jednání mezi příslušnými smluvními stranami a které jsou pak uvedeny v příloze příslušné smlouvy, v nichž si smluvní státy nadále zachovávají právo určovat podmínky pro připouštění zahraničních investic. Jedná se o přístup založený na „negativním seznamu“ označovaný též jako *top-bottom approach* – investice v sektorech neuvedených v seznamu výjimek, který již smluvní strany nemohou jednostranně rozšiřovat, jsou příslušnou DPOI plně liberalizovány.

Dále je nutno zmínit, že otázku přístupu na trh ve vztahu k zahraničním investicím upravují i některé mnohostranné smlouvy (byť se nejedná o DPOI v tradičním smyslu), které se vyznačují specifickým přístupem k liberalizaci investic. Prvním příkladem je Všeobecná dohoda o obchodu službami (GATS) uzavřená v rámci WTO, která se vztahuje na čtyři základní módy přeshraničního poskytování služeb, mezi něž patří i poskytování služeb dodavatelem z jednoho státu prostřednictvím komerční přítomnosti (*commercial presence*) na území jiného státu. Pokud jde o mód poskytování služeb formou komerční přítomnosti, fakticky se jedná o investice v sektoru služeb. GATS pro přeshraniční poskytování služeb (včetně komerční přítomnosti) zakládá národní zacházení, ovšem pouze v těch sektorech, v nichž každý ze smluvních států přijal příslušný závazek. Tento přístup je tak založen na „pozitivním seznamu“ (*bottom-up approach*), který ve srovnání s přístupem založeným na negativním seznamu (*top-bottom approach*) představuje jen pozvolnou liberalizaci v odvětvích, u nichž se k tomu ten který smluvní stát výslovně zavázal.

Jiný přístup reprezentuje široká liberalizace investic v rámci regionálních integračních organizací, jejichž prominentním příkladem je Evropská unie. Liberalizace investic v rámci EU je založena především na kapitolách SFEU o svobodě usazování a o volném pohybu kapitálu, které ovšem mají, vzhledem k jejich širokému výkladu, podstatný přesah i do post-investiční fáze. O této problematice bude podrobně pojednáno dále.

S připouštěním zahraničních investic souvisí i problematika tzv. *performance requirements*. Zejména u větších zahraničních investic hostitelské státy někdy podmiňují jejich zřízení na svém území určitými požadavky týkajícími se budoucího ekonomického řízení příslušné investice. Tyto požadavky se mohou týkat například stanovení určitého podílu domácích vstupů, úrovně dovozu či vývozu, transferu technologií, zaměstnávání lokální pracovní síly apod. Tato opatření sledují maximalizaci výhod spojených se zahraniční investicí z pohledu hostitelského státu, z hlediska liberalizace investičních toků jsou ovšem považována za nežádoucí. Zatímco DPOI evropského typu otázku *performance requirements* neupravují, DPOI uzavírané USA a Kanadou opatření tohoto druhu zakazují. Široký výčet *performance requirements* obsahuje například článek 8 vzorové DPOI USA z roku 2012:

Žádná smluvní strana nesmí v souvislosti se zřízením, nabyváním, rozšiřováním, řízením, správou, provozem, prodejem nebo jinými dispozicemi s investicí investora smluvní strany nebo jiného státu na svém území ukládat nebo vynucovat jakékoli požadavky nebo vynucovat jakékoli závazky:

- (a) vyvážet určitý objem nebo podíl výrobků nebo služeb;
- (b) dosáhnout určitou úroveň nebo podíl domácího obsahu;
- (c) nakupovat, používat nebo zvýhodňovat zboží vyrobené na jejím území, nebo nakupovat zboží od osob na jejím území;
- (d) dávat do jakékoli souvislosti objem nebo hodnotu dovozů s objemem nebo hodnotou vývozů nebo s výší přílivu zahraniční měny spojeného s takovou investicí;
- (e) omezit prodej zboží nebo služeb, které taková investice vyrábí nebo poskytuje, na jejím území, tím, že tyto prodeje budou jakkoli dávány do souvislosti s objemem nebo s hodnotou vývozů nebo příjmů v zahraniční měně;
- (f) převést určitou technologii, výrobní proces, nebo jinou znalost majetkové povahy na jinou osobu v rámci svého území;
- (g) dodávat na určitý specifický regionální trh nebo na světový trh zboží, které investice vyrábí, nebo služby, které poskytuje, výlučně z jejího území;
- (h) (i) získat, používat nebo zvýhodnit na jejím území technologii smluvní strany nebo osob smluvní strany; nebo
(ii) zamezit získání, používání nebo zvýhodnění určité technologie na jejím území způsobem, který bude na základě státní příslušnosti chránit její vlastní investory, investice, nebo technologii smluvní strany nebo osob smluvní strany.

V rámci WTO zakazuje některá opatření typu performance requirements, která mají omezující účinek na mezinárodní obchod, Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření (*Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs*). Jedná se o opatření států ve vztahu k investicím, která mají dopad na obchod se zbožím, a která jsou neslučitelná se závazkem přiznat zboží z jiných smluvních států národní zacházení, nebo se závazkem odstranit množstevní omezení (demonstrativní výčet zakázaných opatření tvoří přílohu TRIMs). V této souvislosti lze připomenout, že v rámci WTO je upraven pouze mechanismus řešení sporů mezi smluvními státy. Tento mechanismus neumožňuje, aby nároky podle GATS nebo TRIMs uplatňoval proti smluvnímu státu přímo jednotlivý investor.

(ii.) *Národní zacházení a doložka nejvyšších výhod – relativní standardy ochrany*

Typickou součástí DPOI jsou doložky národního zacházení (*national treatment*) a nejvyšších výhod (*most favoured nation*), známé i z jiných druhů mezinárodních smluv v oblasti mezinárodního obchodu, které investory z příslušného smluvního státu zrovnoprávňují s domácími investory, jakož i s investory z třetích zemí. Tyto doložky jsou označovány jako tzv. relativní standardy ochrany investic – úroveň zacházení, kterou garantují, je závislá na tom, jaké zacházení hostitelský stát poskytuje svým vlastním investorům, resp. investorům z jiných zemí. Účelem je, aby zahraničním investorům a jejich investicím byly ze strany hostitelského státu poskytovány stejné podmínky (*level playing field*). Relativní standardy selhávají zejména tam, kde je úroveň zacházení hostitelského státu s investicemi a s investory obecně špatná, bez rozlišení na investory domácí a zahraniční. Proto DPOI obvykle kombinují relativní standardy ochrany se standardy absolutními, které investorům garantují určitou minimální úroveň ochrany bez ohledu na to, jak hostitelský stát zachází s jinými investory.

DPOI typicky v rámci doložek národního zacházení a nejvyšších výhod ukládají hostitelskému státu zacházení, které „není méně příznivé“, než zacházení poskytované domácími investory, nebo investory z třetích států. Příkladem je článek 3 DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem, který tyto doložky kombinuje v rámci jednoho ustanovení:

1. Každá smluvní strana poskytne na svém území investicím a výnosům investorů druhé smluvní strany zacházení, které [...] není méně příznivé, než jaké poskytuje investicím nebo výnosům svých vlastních investorů nebo investicím nebo výnosům investorů jakéhokoli třetího státu, je-li výhodnější.
2. Každá smluvní strana poskytne na svém území investorům druhé smluvní strany, pokud jde o řízení, udržování, užívání, využití nebo dispozici s jejich investicí, zacházení, které je [...] ne méně příznivé, než jaké poskytuje svým vlastním investorům nebo investorům jakéhokoli třetího státu, je-li výhodnější.

DPOI tedy nevylučují, aby hostitelský stát poskytoval investorům příslušné smluvní protistrany zacházení, které je výhodnější (tedy pozitivní diskriminaci).

Obě doložky bývají v praxi investory uplatňovány poměrně často, byť zpravidla v poněkud jiném kontextu. Doložka národního zacházení bývá zpravidla uplatňována v případech namítané faktické diskriminace zahraničních investorů ve srovnání s investory domácími. V případech faktické diskriminace legislativa či administrativní praxe hostitelského státu formálně mezi investory nerozlišuje, ve svých účincích ovšem na zahraničního investora(y) míří či fakticky dopadá (být doložka národního zacházení samozřejmě dopadá i na diskriminaci *de iure*).⁴⁵ Ačkoli ani u doložky nejvyšších výhod není vyloučeno uplatnění na rozdíly ve faktickém zacházení ze strany hostitelského státu mezi investory z různých zemí, prakticky bývá uplatňována téměř výhradně v situacích, kdy se investor na jejím základě domáhá aplikace ustanovení DPOI mezi hostitelským státem a jinou třetí zemí, které investorovi přiznává více práv, než ustanovení DPOI mezi hostitelským státem a státem tohoto investora.⁴⁶

V souvislosti s doložkou národního zacházení investiční tribunály řešily především tři okruhy otázek. Za prvé, v případě faktické diskriminace je nejdříve najít srovnatelný domácí subjekt v odpovídající situaci (*like circumstances*), s nímž má být zacházení se zahraničním investorem srovnáváno. Univerzálně akceptovaný přístup zde zatím neexistuje – dle konkrétních okolností případu se může jednat o konkrétní subjekt(y),⁴⁷ celé odvětví,⁴⁸ nebo dokonce i všechny domácí výrobce.⁴⁹ Za druhé, je nutno identifikovat rozdíl v zacházení mezi domácími a zahraničními subjekty. U diskriminace *de facto* to znamená, že opatření hostitelského státu dopadá odlišně na domácí a na zahraniční investory. Ačkoli prokázání diskriminačního či protekcionistického úmyslu ze strany hostitelského státu není pro shledání diskriminace nezbytným předpokladem, méně příznivé zacházení by mělo být alespoň odvozeně motivováno rozlišováním na základě státní příslušnosti.⁵⁰ Za třetí, i rozlišování na základě státní příslušnosti ze strany hostitelského státu může být akceptovatelné, pokud stát prokáže, že k takovému zacházení existují racionální a přijatelné důvody. Nicméně bližší výčet či charakteristika takových důvodů zatím zůstává předmětem nejasností.⁵¹

V případě doložky nejvyšších výhod v praxi naopak zcela převládají případy její aplikace na rozdílné zacházení *de iure* podle různých DPOI uzavřených hostitelským státem. Investoři se v investičních sporech často domáhají aplikace výhodnějších ustanovení jiných DPOI jak

⁴⁵ Srov. blíže Björklund, A. The National Treatment Obligation. In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 411 a násl.

⁴⁶ Srov. blíže Cohen Smutny, A. a Steven, L. The MFN Clause: What are its Limits? In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 351 a násl.

⁴⁷ Např. *Feldman v. Mexico*, Award, 16 December 2003, odst. 173-180.

⁴⁸ Např. *S.D. Myers v Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, odst. 240-251.

⁴⁹ *Occidental v Ecuador*, Award, 1 July 2004, para. 173.

⁵⁰ Srov. Björklund, pozn. 45, s. 430-434.

⁵¹ Srov. Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 202-203.

hmotněprávní, tak procesní povahy. Judikaturu i doktrínu zde zaměstnává především nalezení hranice, po kterou lze ještě na základě doložky nejvyšších výhod rozšiřovat práva investorů o výhody poskytované jinými smlouvami. V obecné rovině tuto hranici vyjadřuje zásada *ejusdem generis*, kterým je vyjadřována působnost doložky nejvyšších výhod, a podle níž by se doložka nejvyšších výhod měla vztahovat na záležitost či úpravu týkající se jejího předmětu (*subject-matter*).⁵² V případě DPOI je tento předmět dán především obsahem a úpravou té DPOI, která doložku nejvyšších výhod obsahuje. Obecně se uznává, že na základě doložky nejvyšších výhod se investor může dovolávat výhodnějších hmotněprávních ustanovení jiných DPOI.⁵³ Velmi kontroverzní ovšem zůstává otázka, zda a do jaké míry lze na základě doložky nejvyšších výhod rozšiřovat procesní práva investora. Judikatura tribunálů k této otázce není konzistentní, některá rozhodnutí lze dokonce označit za protichůdná. Většinový přístup patrně vychází z premisy, že investiční arbitráž je neoddelitelně spojena s ochranou zahraničních investorů podle DPOI, a doložku nejvyšších výhod proto lze uplatnit v případech, kdy jiná DPOI umožňuje investorovi zahájení arbitráže za méně přísných podmínek.⁵⁴ Tribunály ovšem aplikaci této doložky zpravidla nepřipouštějí v případech, kdy by v důsledku toho došlo k celkové změně režimu předpokládaného smluvními stranami příslušné DPOI. Na základě doložky nejvyšších výhod například nebylo možné založit jurisdikci tribunálu zřízeného podle úmluvy ICSID, když příslušná DPOI rozhodčí doložku vůbec neobsahovala,⁵⁵ nebo nebylo možné rozšíření mechanismu sporů na nároky investora ze smlouvy (*contract*) uzavřené s hostitelským státem, kdy to příslušná DPOI obsahující doložku nejvyšších výhod výslovně vylučovala.⁵⁶

Mnoho DPOI obsahuje výslovné výjimky z aplikace doložky nejvyšších výhod, které se typicky vztahují na poskytování výhod příslušníkům jiných států na základě mezinárodních smluv v oblasti zdanění, nebo na výhody poskytované v rámci zón volného obchodu, celních unií či jiných forem regionální hospodářské integrace. V posledně uvedeném případě se hovoří o tzv. „REIO“ doložkách (REIO je zkratkou pro *Regional Economic Integration Organization*). Spíše výjimečně se REIO doložky vztahují i na národní zacházení. Příkladem je článek 3(3) DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem:

3. Ustanovení odstavců 1 a 2 tohoto článku nelze vykládat tak, že zavazují jednu smluvní stranu poskytnout investorům druhé smluvní strany takové zacházení, výhody nebo výsady, které může jedna smluvní strana poskytovat podle:

- a) celní unie nebo zóny volného obchodu nebo měnové unie nebo podobné mezinárodní dohody, vedoucí k takovým uniím nebo institucím, nebo jiných forem regionální spolupráce, jejichž členem smluvní strana je nebo může být; nebo
- b) mezinárodní dohody nebo ujednání týkajících se zcela nebo převážně zdanění.

Novější DPOI uzavírané Českou republikou z důvodu předcházení možným konfliktů s právem EU tuto výjimku vztahují vedle doložky nejvyšších výhod i na poskytování národního zacházení (viz blíže část 2.4.3).

(iii.) *Vyvlastnění*

Problematika vyvlastnění majetku cizinců byla v průběhu 20. století předmětem soustředěného zájmu mezinárodního práva. Vyspělé západní státy začaly od 60. let uzavírat DPOI především

⁵² K tomu srov. zejména články 9 a 10 Návrhu článků ILC

⁵³ Např. *MTD v. Chile*, Award, 25 May 2004, odst. 100-105.

⁵⁴ Např. *Maffezini v. Spain*, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, odst. 50-64; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, odst. 103-109.

⁵⁵ *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, odst. 196-126.

⁵⁶ *Salini v. Jordan*, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, odst. 112-119.

v reakci na vlny znárodnění probíhající v rozvojových státech (zejména bývalých koloniích) a v zemích socialistického bloku. Ideologické rozpory bránily tomu, aby se přesné podmínky, za nichž může stát přistoupit k nucenému odnětí majetku cizinců, stabilizovaly na úrovni obecného (obyčejového) mezinárodního práva. To naopak podnítilo bouřlivý rozvoj této oblasti mezinárodního práva především v rovině smluvní praxe států. Lze předpokládat, že úpravu problematiky vyvlastnění zahraničních investic obsahuje každá moderní DPOI. Tato úprava je typicky obecná, přičemž zpravidla nepokrývá jen klasický scénář vyvlastnění, který předpokládá přímé odnětí majetku jeho zahraničnímu vlastníku ze strany státu. K této formě vyvlastnění, označované jako vyvlastnění přímé (*direct expropriation*), v dnešní době již dochází spíše zřídka. Mnohem častější a z pohledu mezinárodního soudobého investičního práva důležitější jsou případy, kdy k podstatnému zásahu do majetkových práv zahraničního investora dochází na základě opatření hostitelského státu, která navenek nemají povahu přímého odnětí (*direct taking*). V této souvislosti se hovoří o vyvlastnění nepřímém (*indirect expropriation*).

Vzhledem fundamentálním odlišnostem v postojích vyspělých a rozvojových států součástí obecného mezinárodního práva není pravidlo, které by zakazovalo vyvlastnění. Naopak, obecně se uznává, že stát je za určitých podmínek k vyvlastnění majetku cizinců oprávněn.⁵⁷ Z toho vychází i většina DPOI, když upravují pouze podmínky, za nichž bude vyvlastnění považováno za legální. Jako příklad může posloužit článek 5 DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem:

Investice investorů jedné nebo druhé smluvní strany nebudou znárodněny, vyvlastněny nebo podrobeny opatřením majícím podobný účinek jako znárodnění nebo vyvlastnění (dále jen "vyvlastnění") na území druhé smluvní strany s výjimkou veřejného zájmu. Vyvlastnění bude provedeno podle zákona, na nediskriminačním základě a bude doprovázeno opatřeními k zaplacení okamžité, přiměřené a účinné náhrady. ...

I když se přesné znění ustanovení o vyvlastnění v jednotlivých DPOI může více či méně lišit, k tomu, aby bylo vyvlastňovací opatření hostitelského státu v souladu s jeho závazky z DPOI, musí být kumulativně splněny minimálně následující podmínky:

- Opatření musí být přijato ve veřejném zájmu.
- Nesmí být svévolné či diskriminační.
- Musí být spojeno s poskytnutím okamžité, adekvátní neboli náležité (dle českých DPOI přiměřené) a účinné náhrady (*prompt, adequate and effective compensation*).⁵⁸
- Někdy se uvádí i čtvrtá podmínka, a to že vyvlastnění musí předcházet řádný proces (*due process of law*).⁵⁹

Od legálního vyvlastnění, které je vázáno na splnění výše uvedených podmínek, je nutno odlišit vyvlastnění protiprávní. Pro většinu dnešních investičních sporů je typické, že investor namítá vyvlastnění nepřímé (neboli faktické), zatímco hostitelský stát existenci vyvlastnění popírá.

⁵⁷ Např. *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 98, *McLachlan, Weiniger, Shore*, pozn. 3 s. 268. Obsáhle *Sornarajah*, pozn. 31, s. 412 a násl.

⁵⁸ Spory mezi vyspělými a rozvojovými státy o to, zda požadavek na poskytnutí náhrady za vyvlastnění součástí obecného mezinárodního práva a jaká má být výše této náhrady, vedly k tomu, že vyspělé státy začaly tento požadavek prosazovat formou uzavírání mezinárodních smluv. Podmínka, aby bylo vyvlastnění spojeno s poskytnutím „okamžité, adekvátní, účinné náhrady“, označována jako „Hullova formule“, je tradiční součástí moderních DPOI.

⁵⁹ *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 100. Například výše uvedený článek 5 DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem to vyjadřuje požadavkem, aby bylo vyvlastnění provedeno podle zákona.

Takové vyvlastnění bude z povahy věci většinou protiprávní, neboť zpravidla nebude spojeno s poskytnutím náhrady.⁶⁰

Dosah konceptu vyvlastnění podle mezinárodního investičního práva je široký. Zahrnuje nejen státní zásahy do práv k hmotnému majetku, ale i do práv k nehmotnému majetku, přičemž může zahrnovat i zásahy do práv smluvních. Do jaké míry se vyvlastnění může vztahovat na nehmotný majetek a jiná práva, závisí především na definici pojmu „investice“ v příslušné DPOI. Nejkontroverznější je v tomto ohledu otázka možnosti vyvlastnit smluvní práva, vyplývající ze smlouvy (contract) mezi státem a příslušným investorem. I když zdaleka ne každé porušení smlouvy s investorem (*breach of contract*) lze považovat za vyvlastnění ve smyslu DPOI, i smluvní práva jsou obecně považována za způsobilý předmět vyvlastnění. Podle převažující doktríny je rozlišovacím kritériem především to, zda stát jednal z pozice suveréna v rámci výkonu veřejné moci, nebo jako strana soukromoprávní smlouvy, přičemž podle judikatury tribunálů je nutné, aby zásah státu do smluvních práv investora překročil určitý práh intenzity, který lze považovat za poměrně vysoký.⁶¹

Z praktického hlediska je mimořádně důležitou především otázka nepřímého vyvlastnění. Text většiny DPOI výslovně hovoří nejen o přímém, ale i o nepřímém vyvlastnění, které je často označeno jako „opatření mající stejný či podobný účinek“ (*measures having equivalent effect*), aniž by toto obecné vymezení bylo nějak blíže konkretizováno.⁶² Vymezení kritérií nepřímého vyvlastnění (často označovaného různými alternativními pojmy, např. vyvlastnění *de facto*), je tak především věcí neustále se vyvíjející judikatury arbitrážních tribunálů v investičních sporech. Z množství definic nepřímého vyvlastnění, o které se tribunály pokusily ve svých nálezech, je patrně nejznámější pasáž nálezu ve věci *Metalclad proti Mexiku*:

...vyvlastnění podle NAFTA zahrnuje nejen případy otevřeného, úmyslného a uznaného odnětí majetku, jako je úplné zabránění nebo formální či obligatorní převod vlastnického titulu ve prospěch státu, ale i skryté nebo náhodné zásahy do práva užívat majetek, v jejichž důsledku je vlastník úplně nebo z podstatné části zbaven užívání nebo rozumně očekávaných výnosů majetku, přičemž stát z takového zásahu nemusí mít nutně zjevný prospěch.⁶³

Známým příkladem širokého vymezení nepřímého vyvlastnění je obsažena v nálezu ve věci *CME proti České republice*, ve kterém tribunál vyvlastnění spatřil v regulačních opatřeních Mediální rady, které v konečném důsledku umožnily smluvní protistraně žalobce odstoupit od soukromoprávní smlouvy:

Jednání a opomenutí Mediální rady, popsaná výše, způsobily destrukci podnikatelské činnosti společnosti CNTS, v důsledku čehož této společnosti sice zůstal majetek, ale žádné podnikatelské aktivity [...] To, co bylo v tomto případě dotčeno a vskutku zničeno, byla investice žalobce a jeho předchůdce chráněná dohodou. To, co bylo zničeno, byla obchodní hodnota žalobcovy investice [...] De facto vyvlastnění nebo nepřímé vyvlastnění, tj. opatření, kterými nedochází ke zjevnému odnětí, ale které ve svém výsledku neutralizují prospěch zahraničního investora z jeho majetku, podléhají nárokům vyplývajícím z vyvlastnění.⁶⁴

⁶⁰ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 100.

⁶¹ Srov. blíže např. Reinisch, A. Expropriation. In: Muchlinski, P., Ortino, F. a Schreuer, Ch. (eds.). The Oxford Handbook of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2008, s. 410-420.

⁶² Některé novější DPOI, zejména ty uzavírané USA a Kanadou, ovšem obsahují podrobné deskriptivní vymezení nepřímého vyvlastnění.

⁶³ *Metalclad v. Mexico*, Award, 30 August 2000, odst. 103.

⁶⁴ *CME v. Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, odst. 604.

Většinou pokusů o obecné vymezení nepřímého vyvlastnění je společné to, že předpokládají „podstatné odnětí“ (*substantial deprivation*) majetkových práv,⁶⁵ eventuálně „nepřiměřený zásah“ či „zabránění v užívání“ těchto práv ze strany hostitelského státu.⁶⁶ Za specifický případ nepřímého vyvlastnění je považováno tzv. „plíživé vyvlastnění“ (*creeping expropriation*), označující situaci, kdy k odnětí majetku či kontroly nad ním nedochází jedním opatřením, ale postupně či v etapách, kdy postupné zasahování do práv investora ho v konečném důsledku připraví o hodnotu jeho investice nebo o kontrolu nad ní.⁶⁷

S přibývajícím množstvím investičních sporů ve spojení se širokým pojmáním nepřímého vyvlastnění se žhavým tématem stala otázka, jak odlišit nepřímé vyvlastnění od aktů legálního výkonu státní moci, které sice zasahují do ekonomické sféry investora, nicméně nejsou spojené s povinností státu poskytnout investorovi náhradu. Tato otázka se ukázala jako vysoce relevantní například v takových oblastech státní regulace, jako je úprava daní či ochrana životního prostředí. Doktrína i judikatura obecně respektuje, že regulační opatření státu sledující legitimní cíle by neměla být považována za nepřímé vyvlastnění.⁶⁸ Tuto skutečnost lze ilustrovat na vyjádření tribunálu ve věci *Saluka proti České republice*:

Mezinárodní právo nyní uznává, že státy nejsou povinny vyplácet zahraničnímu investorovi náhradu v případě, že v rámci normálního výkonu svých regulačních pravomocí přijmou na nediskriminačním základě a v dobré víře opatření, která sledují obecný prospěch.⁶⁹

Hranice mezi nekompensovatelnou regulací a nepřímým vyvlastněním je ovšem poměrně nejasná a závisí především na konkrétních okolnostech případu. Rovněž přístupy tribunálů k hledání této hranice se poněkud liší. Zatímco některá rozhodnutí se více zaměřují na identifikaci legitimního cíle příslušného opatření hostitelského státu, jiná akcentují především skutečné účinky, které příslušné opatření vyvolává ve sféře investora.⁷⁰

Obecně ovšem platí, že pro účely vyvlastnění je rozhodující účinek opatření státu na hodnotu investice či na možnost investora vykonávat nad ní kontrolu, nikoli úmysl státu investici vyvlastnit.⁷¹ Mezi další kritéria, která budou tribunály zpravidla zvažovat, patří intenzita zásahu do práv investora, zákonnost, transparentnost a konzistence, s jakou stát postupoval, dále posouzení, zda opatření není diskriminační, existence legitimních očekávání na straně investora, či délka trvání zásahu. Zpravidla naopak není nutné, aby stát svým opatřením získal přímý prospěch.⁷²

Vyvlastnění představuje ústřední koncept mezinárodního investičního práva. Namítané nepřímé vyvlastnění bylo předmětem mnoha investičních sporů. Nicméně zejména v novější rozhodovací praxi tribunálů lze pozorovat určitý posun od příliš rozšiřujícího výkladu nepřímého vyvlastnění ve prospěch regulačních opatření států. Do popředí se tak čím dál tím více dostává především flexibilní standard řádného a spravedlivého zacházení.

⁶⁵ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 104.

⁶⁶ Reinisch, pozn. 61, s. 422.

⁶⁷ Srov. např. *Generation Ukraine v. Ukraine*, Award, 16 September 2003, odst. 20.22.

⁶⁸ Reinisch, pozn. 61, s. 433.

⁶⁹ *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, odst. 255.

⁷⁰ Krajním přístupem je v tomto směru tzv. „*sole effects doctrine*“, podle které je rozhodujícím kritériem pouze výsledný účinek na investici a účel opatření nehraje z hlediska existence nepřímého vyvlastnění roli.

⁷¹ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 112-115.

⁷² Blíže viz Reinisch, pozn. 61, s. 438-451, Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 112-125.

(iv.) *Řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost – absolutní standardy ochrany*

Na rozdíl od doložek národního zacházení a nejvyšších výhod jsou standardy řádného a spravedlivého zacházení a plné ochrany a bezpečnosti považovány za standardy absolutní. To znamená, že tyto standardy mají vlastní normativní obsah, který je nezávislý na tom, jak hostitelský stát zachází s vlastními investory, nebo s investory z třetích zemí.

Řádné a spravedlivého zacházení (*fair and equitable treatment*)⁷³ je v arbitrážní praxi vůbec nejčastěji uplatňovaným standardem ochrany investic, jehož aplikace vedla k největšímu počtu úspěšných žalob investorů.⁷⁴ Jeho využitelnost z pohledu investorů tkví především v jeho obecnosti – tribunály tento standard aplikovaly na široké spektrum nejrůznějších opatření či jednání hostitelských států. Ze stejného důvodu se zároveň jedná o standard velmi kontroverzní. Kritici poukazují zejména na jeho vágnost a neurčitost, která se odráží v nejednotné aplikační praxi, a na tendenci k jeho příliš širokému výkladu ze strany některých tribunálů, který preferuje zájmy investorů na úkor legitimní regulace ze strany států.⁷⁵ V souvislosti s tím zazněla z některých míst obava, že vzhledem k obecnosti smluvního textu a vysoké míře diskrece, která je tím pádem svěřena do rukou rozhodců, rozhodování investičních sporů do značné míry připomíná rozhodování podle zásad ekvity, založené na vlastním pojetí „spravedlnosti“ konkrétních rozhodců.⁷⁶ Ztotožňování standardu řádného a spravedlivého zacházení s rozhodováním podle zásad ekvity je ovšem odmítáno jak tribunály, tak doktrínou, a obecně se uznává, že tento standard má právní základ. V nejobecnější rovině jej lze vyjádřit jako mezinárodněprávní ztělesnění zásad právního státu (*rule of law*) ve vztazích mezi hostitelským státem a zahraničními investory.⁷⁷

Standard řádného a spravedlivého zacházení, ač je regulární součástí většiny DPOI, bývá v jednotlivých dohodách formulován různě. Hlavní rozdíl spočívá především v tom, zda je povinnost státu poskytovat řádné a spravedlivé zacházení stanovena obecně bez další kvalifikace, nebo je tento standard nějakým způsobem navázán na mezinárodní právo. Příklad prvního přístupu představuje článek 2(2) DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem (obdobně většina ostatních DPOI uzavřených Českou republikou):

Investice investorů jedné nebo druhé smluvní strany budou mít vždy zajištěno řádné a spravedlivé zacházení a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany.

⁷³ Je nutno upozornit na terminologické těžkosti, které jsou spojeny s hledáním odpovídajícího českého ekvivalentu anglického výrazu *fair and equitable treatment*. Terminologie používaná v českých jazykových verzích starších DPOI uzavřených Českou republikou je nejednotná. V DPOI uzavřených ČR se tak lze setkat například s termínem „spravedlivé a rovnoprávné zacházení“ (DPOI s Francií a DPOI s USA) „nestranné a spravedlivé zacházení“ (DPOI s Nizozemskem), „spravedlivé a rovné zacházení“ (DPOI s Německem). S různými označeními pracuje i česká literatura. Zatímco Šturma a Balaš hovoří o „spravedlivém a rovnoprávném zacházení“, (Šturma, P. a Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013) Bělohávek používá pojmu „spravedlivé a rovné zacházení“ (Bělohávek, A. J. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. 1. vyd., Praha: C.H. Beck, 2010). Tato práce se drží pojmu „řádné a spravedlivé zacházení“, který je používán v naprosté většině DPOI uzavřených Českou republikou v jejich české jazykové verzi, a která již od první poloviny 90. let představuje ve smluvní praxi České republiky standardní jazykový ekvivalent anglického výrazu *fair and equitable treatment*.

⁷⁴ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 130.

⁷⁵ Srov. např. UNCTAD. Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012 (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5), s. 11.

⁷⁶ OECD. International Investment Law: A Changing Landscape. A Companion Volume to International Investment Perspectives. 2005. s. 75.

⁷⁷ Schill, S. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law. In: Schill, S. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. New York: Oxford University Press, 2010, s. 151.

Patrně nejznámějším příkladem DPOI, která v souvislosti s řádným a spravedlivým zacházením odkazuje na mezinárodní právo, je článek 1105(1) NAFTA s názvem „Minimální standard zacházení“:

Každá ze Stran bude investicím investorů jiné Strany poskytovat zacházení v souladu s mezinárodním právem, včetně řádného a spravedlivého zacházení a plné ochrany a bezpečnosti.

Ojedinelým příkladem propracované formulace standardu řádného a spravedlivého zacházení je článek 10(1) ECT:

Každá smluvní strana v souladu s ustanoveními této dohody podporuje a vytváří stabilní, přiměřené, příznivé a transparentní podmínky pro investory ostatních smluvních stran, aby investovali na jejich území. Takové podmínky zahrnují závazek zajišťovat investicím investorům ostatních smluvních stran řádné a spravedlivé zacházení.

Různé formulace poněkud komplikují hledání jednotného konceptu řádného a spravedlivého zacházení. Diskuse ohledně tohoto standardu se soustřeďuje hlavně kolem dvou zásadních otázek, a to: (i) zda je zdrojem tohoto standardu obecné mezinárodní právo, zejména zda se jedná o koncept totožný s minimálním standardem zacházení s cizinci podle obecného mezinárodního práva (*international minimum standard of treatment*), nebo se jedná o autonomní smluvní koncept, a (ii) jaký je konkrétní obsah tohoto standardu.

Ztotožňování standardu řádného a spravedlivého zacházení s minimálním mezinárodním standardem má původ především v jeho historickém vývoji.⁷⁸ Z pojetí řádného a spravedlivého zacházení výslovně vycházel například návrh Úmluvy OECD o ochraně majetku cizinců z roku 1967.⁷⁹ Této debatě vdechly život především investiční spory vedené na přelomu tisíciletí podle NAFTA. V reakci na sérii investičních sporů proti členským státům NAFTA, v nichž se tribunály přiklonily ke koncepci řádného a spravedlivého zacházení jakožto autonomního smluvního standardu, vydala v roce 2001 Komise NAFTA pro volný obchod oficiální interpretační stanovisko, ve kterém standard řádného a spravedlivého zacházení ztotožnila s minimálním standardem zacházení podle mezinárodního práva.⁸⁰ Ačkoli další tribunály zřízené podle NAFTA toto stanovisko v zásadě respektovaly, sporným bodem zůstává i samotné vymezení obsahu mezinárodního minimálního standardu. V této souvislosti bývá často jako na rozhodující autoritu odkazováno na rozhodnutí *Neer* z roku 1926, týkající se vraždy amerického občana v Mexiku, v němž se uvádí:

...aby zacházení s cizincem zakládalo porušení mezinárodního práva, musí se jednat o těžkou urážku, o zlou víru, o úmyslné zanedbání povinností, nebo o nedostatek v jednání orgánů států natolik se příčící mezinárodním standardům, že každá rozumná a nestranná osoba by takový nedostatek rozpoznala.⁸¹

Je patrné, že tato formulace předpokládá velmi vysokou míru tolerance mezinárodního práva k jednání státu. Aktuálnost dikta rozhodnutí *Neer*, jakož i jeho relevance pro investiční spory,

⁷⁸ Srov. podrobně *Montt, S. State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2009, s. 62-74.

⁷⁹ *OECD*. Draft Convention on the Protection of Foreign Property. Text with Notes and Commentary (dostupné z: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>), s. 8-9

⁸⁰ Komise výslovně uvedla, že koncepty „řádného a spravedlivého zacházení“ a „plné ochrany a bezpečnosti“ nevyžadují vyšší standard zacházení než ten, který je vyžadován mezinárodním minimálním standardem. Konečně oznámení stanovilo, že porušení jiného ustanovení NAFTA nebo jiné mezinárodní smlouvy neznamená, že byl porušen článek 1105 odst. 1 NAFTA. Viz: North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001.

⁸¹ *Neer v Mexico*, Opinion, US–Mexico General Claims Commission, 15 October 1926 (1927) 21 AJIL 555; IV RIAA 60–2.

bývá ovšem zpochybňována. Většina investičních tribunálů ve sporech podle NAFTA se s interpretačním stanoviskem vypořádala tak, že mezinárodní minimální standard pojala jako vyvíjející se koncept (*evolving concept*), což jim v investičních sporech umožnilo použít méně náročný test řádného a spravedlivého zacházení.⁸² Přístup investičních tribunálů rozhodujících spory podle jiných DPOI není konzistentní. Některé z nich standard řádného a spravedlivého zacházení rovněž ztotožnily s mezinárodním minimálním standardem; obecná tendence ovšem směřuje k jeho autonomní interpretaci jakožto nezávislého smluvního standardu.⁸³

Další tendencí je ovšem postupně se snižující důraz tribunálů na hledání zdroje standardu řádného a spravedlivého zacházení, a zaměření pozornosti na vymezení jeho obsahu, přičemž v tomto směru lze pozorovat značnou konvergenci mezi rozhodovací praxí tribunálů rozhodujících spory podle NAFTA a podle jiných DPOI.⁸⁴ Mnohé tribunály přizvukovaly, že rozdíl mezi smluvním standardem řádného a spravedlivého zacházení a mezinárodním minimálním standardem může být v případech jeho aplikace na určité faktické okolnosti případu více zdánlivý nežli reálný.⁸⁵ Empirické zkušenosti ovšem naznačují, že zde přece jen existuje praktický rozdíl. Jak uvádí analýza UNCTAD, k porušení minimálního mezinárodního standardu podle NAFTA je zpravidla vyžadována vyšší míra závažnosti jednání ze strany hostitelského státu, než k porušení volnějšího a nekvalifikovaného standardu řádného a spravedlivého zacházení podle jiných DPOI.⁸⁶ Zatímco tedy z hlediska obsahové roviny praxe tribunálů směřuje k víceméně jednotnému vymezení, konkrétní formulace příslušné DPOI a další skutečnosti relevantní pro její interpretaci mohou hrát roli zejména při určení hraniční intenzity a závažnosti zásahu do sféry investora, která již zakládá porušení mezinárodních závazků hostitelského státu.

Obecnost standardu řádného a spravedlivého zacházení vyžaduje při jeho aplikaci především individuální přístup založený na specifických okolnostech případu. Proto nelze podat ani jeho obecné, univerzálně přijímané obsahové vymezení. Mezi známější pokusy o definici tohoto standardu patří pasáž nálezu ve věci *Waste Management proti Mexiku*, v níž tribunál uvedl, že

standard řádného a spravedlivého zacházení je porušen jednáním přičitatelným státu, které poškozují žalobce, a které je svévolné, hrubě neférové nebo vybočující z normálu, které je diskriminační a vystavuje žalobce skupinovým či rasovým předsudkům, nebo nespĺňuje požadavky na řádný proces a vede k výsledku, který se přiči běžnému soudcovskému nazírání – například v případě zjevného rozporu soudního řízení se zásadami přirozené spravedlnosti, nebo v případě naprostého nedostatku transparentnosti a objektivit správního řízení.⁸⁷

V nálezu ve věci *Saluka proti České republice* tribunál v souvislosti s řádným a spravedlivým zacházením uvedl, že

zahraniční investor oprávněně očekává, že stát nebude jednat způsobem, který je zjevně nekonzistentní, netransparentní, bezdůvodný (tj. nesleduje nějaký racionální cíl), nebo diskriminační (tj. je založený na neopodstatněném rozlišování).⁸⁸

⁸² Zejména *Mondev v. United States*, Award, 11 October 2002, odst. 116-127; *ADF v. United States*, Award, 9 January 2003, odst. 179. Opačně ovšem *Glamis Gold v. United States*, Award, 8 June 2009, odst. 598-627. Jiný přístup zvolil tribunál ve sporu *Merrill & Ring proti Kanadě*, který shledal, že autonomní standard řádného a spravedlivého zacházení se již stal součástí obecného mezinárodního práva. Viz *Merrill & Ring Forestry v. Canada*, Award, 31 March 2010, odst. 210.

⁸³ *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 137-138; *UNCTAD*, pozn. 75, s. 58-59.

⁸⁴ *OECD*, pozn. 76, s. 59.

⁸⁵ *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, odst. 291.

⁸⁶ *UNCTAD*, pozn. 75, s. 60.

⁸⁷ *Waste Management v. Mexico*, Final Award, 30 April 2004, odst. 98.

⁸⁸ *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, odst. 309.

V judikatuře investičních tribunálů se postupně vykrystalizovalo několik specifických konceptů, které jsou považovány za typické součásti standardu řádného a spravedlivého zacházení.

Ochrana legitimních očekávání. Legitimní očekávání investora mohou plynout z právního rámce nebo ze specifických závazků převzatých hostitelským státem vůči zahraničnímu investorovi. Jedním z často uváděných, a zároveň kontroverzních komponentů legitimních očekávání, je požadavek na transparentnost, legitimitu a předvídatelnost právního a regulatorního rámce. V tomto směru je známé je především velmi široké vymezení tribunálu ve věci *Tecmed proti Mexiku*, podle něhož standard řádného a spravedlivého zacházení podle článku 1105(1) NAFTA:

...vyžaduje, aby Smluvní strany poskytly zahraničním investicím zacházení, které nenaruší základní očekávání, která investor bral v úvahu v době zřízení investice. Zahraniční investor očekává, že hostitelský stát bude ve vztahu k zahraničnímu investorovi jednat konzistentně, nikoli nejednoznačně a naprosto transparentně, tudíž investor bude předem znát jakákoli pravidla a předpisy, které se budou vztahovat na jeho investici, jakož i cíle jednotlivých politik a správní praxe, tak, aby byl schopen své investice plánovat a přitom dodržet požadavky těchto předpisů.⁸⁹

Toto rozhodnutí bylo kritizováno literaturou⁹⁰ i jinými tribunály,⁹¹ a to pro zcela nerealistické nároky kladené na státy (zejména ty rozvojové), a pro přílišný důraz na očekávání investora na úkor analýzy skutečného právního základu jeho nároků. Jiná rozhodnutí se snaží více vyvažovat očekávání investorů vůči zájmům hostitelského státu na legitimní regulaci. Novější judikatura výslovně uznává právo hostitelských států přijímat regulaci, která je v obecném zajmu, i když se může nepříznivě dotknout zahraniční investice. Jak uvedl tribunál v nálezu ve věci *EDF proti Rumunsku*:

Pokud hostitelský stát nepřevzal vůči investorovi specifické závazky, investor se nemůže spoléhat na dvoustrannou dohodu o ochraně investic jako na určitý druh pojištění proti riziku jakékoli změny právního a hospodářského rámce hostitelského státu. Taková očekávání by nebyla ani legitimní, ani rozumná... Legitimní očekávání nemohou být ztotožněna se subjektivními očekáváními investora. Musí být posouzena k okamžiku, kdy byla investice zřízena, tak jak je lze dovodit ze všech okolností případu, přičemž je nutno brát náležitý ohled na pravomoc hostitelského státu regulovat svůj hospodářský život v obecném zájmu.⁹²

Očekávání investora jsou chráněna zejména tehdy, jsou-li založena buď na výslovných závazcích státu adresovaných přímo konkrétnímu investorovi, nebo na obecných pravidlech, jejichž specifickým cílem je podpora zahraničních investic, a na něž se zahraniční investor spoléhal.⁹³ Naopak, je nutno brát v potaz, že inherentní podnikatelská rizika zásadně nese investor, což v případě rozvojových zemí obnáší i akceptaci méně stabilního socioekonomického a politického prostředí.⁹⁴

⁸⁹ *Tecmed v. Mexico*, Award, 29 May 2003, odst. 154.

⁹⁰ Douglas, Z. Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureka and Methanex. *Arbitration International*. 2006, 22(1), s. 28.

⁹¹ *MTD v Chile*, Decision on Annulment, 21 March 2007, odst. 67.

⁹² *EDF v. Romania*, Award, 8 October 2009, odst. 217-219.

⁹³ UNCTAD, pozn. 75, s. 69.

⁹⁴ Yannaca-Small, K. Fair and Equitable Treatment Standard. In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 403.

Řádný proces. Za součást standardu řádného a spravedlivého zacházení se považuje i požadavek na dodržení nezákladnějších procesních práv investora. Výslovně to formuluje například vzorová DPOI USA z roku 2012 v článku 5(2)(a):

řádne a spravedlivé zacházení zahrnuje povinnost neodepřít spravedlnost v trestním, civilním nebo správním řízení v souladu se zásadou řádného procesu, obsaženou v hlavních světových právních systémech...

Za porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení se ovšem nebude považovat jakékoli procesní pochybení, ale jen nejzávažnější případy procesního selhání či procesní nespravedlivosti vůči zahraničnímu investorovi. Právo na řádný proces (*due process of law*) zahrnuje zejména koncept „odepření spravedlnosti“ (*denial of justice*). Tribunály v případech porušení práva na řádný proces logicky vyžadují (na rozdíl od jiných nároků podle DPOI), aby investor nejdříve vyčerpal dostupné vnitrostátní opravné prostředky.⁹⁵

Zákaz svévolných a diskriminačních opatření. Zákaz svévůle (*arbitrariness*) a diskriminace bývá často analyzován a posuzován odděleně od řádného a spravedlivého zacházení, a to zejména z toho důvodu, že v mnoha DPOI jsou tyto standardy uvedeny odděleně. Nicméně řada tribunálů je považuje za součást řádného a spravedlivého zacházení, což je relevantní především tam, kde příslušná DPOI zákaz svévolných a diskriminačních opatření výslovně nestanovuje (což je případ většiny DPOI uzavřených Českou republikou). Za svévola lze obecně považovat taková opatření, která jsou založena spíše na předsudcích či preferencích než na objektivním základě, opatření, která investorovi působí škodu, aniž by sledovala legitimní cíl nebo by byla racionálně zdůvodnitelná.⁹⁶ Zákaz diskriminace jako součást standardu řádného a spravedlivého zacházení je nutno odlišovat od diskriminace na základě státní příslušnosti, která je předmětem relativních standardů národního zacházení a nejvyšších výhod. Diskriminace v tomto smyslu zakazuje spíše zacházení, které je založeno na neakceptovatelných kritériích, jako je rasa, náboženská víra, nebo které je bez legitimního důvodu zaměřeno na konkrétního investora.⁹⁷

Nátlak, zneužívání a šikana. Porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení představují i akty hrubého nátlaku, zneužívání či šikanózní opatření ze strany státu, pro která zjevně neexistuje legitimní důvod, a která jsou nepřiměřená.

Ve srovnání se široce uplatňovaným i analyzovaným standardem řádného a spravedlivého zacházení zůstává poněkud v ústraní další standard, a to standard plné ochrany a bezpečnosti (*full protection and security*), který je rovněž tradiční součástí většiny DPOI. Na rozdíl od řádného a spravedlivého zacházení, které se typicky týká rozhodovací činnosti orgánů státu, týká se standard plné ochrany a bezpečnosti spíše selhání státu při ochraně majetku investora před skutečnou škodou způsobenou státními úředníky zneužívajícími svou pravomoc nebo jinými osobami.⁹⁸ Dolzer a Schreuer uvádějí, že v rozhodovací praxi tento standard našel uplatnění ve třech okruzích případů: (i) při škodě způsobené na majetku cizinců povstalcí nebo vzbouřeneckými skupinami; (ii) v souvislosti se zásahy příslušníků armádních nebo policejních složek státu; nebo (iii) nejnověji také v souvislosti s regulačními opatřeními, která narušují stabilitu právního prostředí investice.⁹⁹

⁹⁵ Např. *Jan de Nul v. Egypt*, Award, 6 November 2008, odst. 255-261.

⁹⁶ UNCTAD, pozn. 75, s. 78.

⁹⁷ UNCTAD, pozn. 75, s. 82.

⁹⁸ *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 248.

⁹⁹ *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s.161.

Pokud jde o fyzické zásahy ze strany soukromých osob (včetně povstalců), tribunály shledaly, že povinnost zajistit investicím plnou ochranu a bezpečnost nezakládá objektivní odpovědnost státu za škodu takto způsobenou. Stát je v těchto případech pouze povinen k „náležité péči“ (*due diligence*) a musí přijmout taková opatření k ochraně zahraničních investic, která lze za daných okolností považovat za rozumná.¹⁰⁰ Některé novější nálezy aplikovaly standard plné ochrany a bezpečnosti širěji a zahrnuly do něj i právní ochranu investice.¹⁰¹ Tento koncept ovšem zůstává sporný.¹⁰²

(v.) *Volné převody plateb souvisejících s investicí*

Pro zahraničního investora je zásadní, aby mu hostitelský stát efektivně umožnil převody finančních prostředků souvisejících s jeho investicí. Investor potřebuje v hostitelském státě soustředit prostředky ke zřízení a rozvoji investice a následně bude očekávat, že mu bude umožněn převod kapitálu, včetně zisků, které investice generuje, mimo území hostitelského státu. Většina DPOI obsahuje ustanovení, které toto právo investorům garantuje. Příkladem je článek 6 DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem:

1. Smluvní strany zajistí převod plateb spojených s investicemi nebo výnosy. Převody budou provedeny ve volně směnitelné měně bez omezení a zbytečných prodlení. Takové převody zahrnují zejména, nikoli však výlučně:

- a) kapitál a dodatečné částky k udržení nebo zvětšení investice;
- b) zisky, úroky, dividendy a jiné běžné příjmy;
- c) částky na splacení půjček;
- d) licenční nebo jiné poplatky;
- e) výnosy z prodeje nebo likvidace investice;
- f) příjmy fyzických osob podle právního řádu té smluvní strany, kde je investice uskutečněna.

Výše uvedené ustanovení představuje příklad podrobnější doložky o volných převodech plateb, které demonstrativním výčtem specifikuje i jejich jednotlivé druhy. Některé DPOI navíc stanovují, že takové převody mají být umožněny bez (zbytečného) odkladu. Jiné DPOI jsou vůči investorům restriktivnější, když stanovují, že převody plateb budou umožněny v souladu s právním řádem hostitelského státu.

(vi.) *Umbrella clause*

Řada DPOI obsahují ustanovení, ve kterých se hostitelský stát zavazuje dodržovat i jiné závazky, které převzal vůči investorovi. Typickým příkladem je článek 7(2) DPOI mezi Českou republikou a Německem:

Každá smluvní strana dodrží každý jiný závazek, který převzala na svém území s ohledem na investice investorů druhé smluvní strany.

Tato ustanovení jsou známá pod anglickým označením *umbrella clause* (do češtiny někdy překládáno jako „zastřešovací ustanovení“¹⁰³). *Umbrella clause* obsahovala již první DPOI,

¹⁰⁰ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 161.

¹⁰¹ *CME v. Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, odst. 613; *Azurix v. Argentina*, Award, 14 July 2006, odst. 408; nebo *Siemens v. Argentina*, Award, 6 February 2007, odst. 303.

¹⁰² Srov např. výslovně opačný názor tribunálu *Suez v. Argentina*, Decision on Liability, 30 July 2008, odst. 158-173.

¹⁰³ Šturma, Balaš, pozn. 73, s. 436.

uzavřená mezi Německem a Pákistánem v roce 1959. Odhaduje se, že dnes tuto doložku obsahuje cca 40 % ze všech celosvětově uzavřených DPOI. Dohody uzavřené Českou republikou obsahují tuto doložku jen výjimečně – lze se s ní setkat pouze u některých starších DPOI uzavřených počátkem 90. let (vedle dohody s Německem např. DPOI se Spojeným Královstvím, se Švýcarskem nebo s USA).¹⁰⁴ Umbrella clause obsahuje rovněž ECT v poslední větě článku 10(1).

Historická interpretace ustanovení typu umbrella clause svědčí o tom, že strany jejím zahrnutím do DPOI zamýšlely zvýšit ochranu investorů tím, že porušení investičních smluv uzavřených mezi investorem a hostitelským státem (*investment contracts*) by nemělo následky jen z hlediska vnitrostátního práva, kterým se příslušná smlouva mezi investorem a státem řídí, ale i z hlediska práva mezinárodního.¹⁰⁵ V aktuální judikatuře investičních tribunálů je ovšem přesný význam ustanovení umbrella clause předmětem velkých kontroverzí. Přičemž v obecné rovině lze odlišit dvě protichůdné tendence – jedna část rozhodnutí se přiklání k restriktivnímu výkladu, druhá část má naopak tendenci vykládat je extenzivně.

K restriktivnímu výkladu se přiklonil tribunál v rozhodnutí věci *SGS proti Pákistánu* z roku 2003, vůbec prvním investičním sporu, ve kterém se investor dovolával ustanovení umbrella clause za účelem založení jurisdikce investičního tribunálu k posouzení tvrzených porušení smlouvy (*contract*) mezi investorem a hostitelským státem.¹⁰⁶ Tribunál odmítl, že by příslušný článek pákistánско-švýcarské DPOI automaticky pozvedl jakýmkoli způsobem tvrzené porušení smlouvy uzavřené mezi investorem a státem na úroveň porušení mezinárodního práva. Argumentoval zejména dalekosáhlými důsledky takové interpretace, spočívajícími především v inkorporaci neomezeného množství smluv mezi státem a investory pod ochranu příslušné DPOI, a s tím potenciálně spojenou záplavou mezinárodních žalob. K závěrům vyvolávajícím takové důsledky podle tribunálu nelze dospět, aniž by byl prokázán jednoznačný úmysl smluvních stran.¹⁰⁷ K restriktivnímu výkladu umbrella clause se rovněž přihlásilo několik dalších tribunálů.¹⁰⁸

Naproti tomu stojí řada rozhodnutí, které toto ustanovení vykládají široce. Zhruba půl roku po vydání nálezu ve věci *SGS proti Pákistánu* byl vydán nálezh ve věci *SGS proti Filipínám*, který argumentaci předchozího nálezu shledal jako příliš restriktivní a nepřesvědčivou, a dospěl k závěru, že na základě umbrella clause porušení investiční smlouvy mezi investorem a státem zároveň povede k porušení DPOI.¹⁰⁹ Široký výklad ustanovení umbrella clause bývá většinou opřen o argument, že ustanovení DPOI mají být vykládána tak, aby byla účinná (*effet utile*). Například tribunál ve věci *Eureko proti Polsku* uvedl, že ustanovení mezinárodních smluv mají být interpretována tak, že mají nějaký význam, nikoli tak, že žádný význam nemají. Proto i umbrella clause musí být interpretována tak, že má nějaký význam sama o sobě a nelze ji přehlížet nebo její účinek nelze ztotožňovat s jinými ustanoveními DPOI, např. se standardem řádného a spravedlivého zacházení.¹¹⁰ Podobně široce interpretoval umbrella clause tribunál ve

¹⁰⁴ Od určité doby je zjevně cílenou politikou České republiky ustanovení typu umbrella clause do svých DPOI nezahrnovat. Srov. Fecák, pozn. 14, s. 239.

¹⁰⁵ Srov. Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 167-168, Yannaca-Small, K. What about this „Umbrella Clause“? In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 487-488.

¹⁰⁶ *SGS v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003.

¹⁰⁷ *SGS v. Pakistan*, odst. 166-173.

¹⁰⁸ Např. *Joy Mining v. Egypt*, Award on Jurisdiction, 6 August 2004 nebo *El Paso Energy v. Argentina*. Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.

¹⁰⁹ *SGS v. Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, odst. 119-128.

¹¹⁰ *Eureko v. Poland*, Partial Award, 19 August 2005, odst. 248, 249.

věci *Noble Ventures proti Rumunsku*, který uvedl, že smyslem tohoto ustanovení je postavit závazky státu ze smluv, které se řídí vnitrostátním právem, na jednu úroveň s mezinárodními závazky podle příslušné DPOI. Takový výklad dle tribunálu odpovídá jak úmyslu smluvních stran, tak účelu tohoto ustanovení.¹¹¹ Některé nálezy se pokusily zúžit výklad umbrella clause a zamezit jejím potenciálně dalekosáhlým důsledkům tím, že rozlišují mezi jednáním státu jako soukromé osoby (obchodníka) a jednání státu jako suveréna. Podle tohoto výkladu by pod umbrella clause spadalo jen takové jednání státu zasahující do smluvních práv investora, kterého se stát dopustil v rámci výkonu veřejné moci.¹¹² Jiné tribunály takové rozdělení a jeho význam pro aplikaci umbrella clause odmítly.¹¹³

Sporný je i vztah umbrella clause k volbě fóra k řešení sporů ze smlouvy. Tribunál ve věci *SGS proti Filipínám*, byť se přiklonil k širokému výkladu umbrella clause, označil nárok investora uplatněný v investiční arbitráži za nepřipustný, neboť příslušná smlouva mezi ním a filipínským státem obsahovala jurisdikční doložku ve prospěch vnitrostátních soudů nebo smluvního rozhodčího řízení. Naopak tribunály ve sporech *Eureko proti Polsku* a *Noble Ventures proti Rumunsku* namítané porušení smluv mezi investorem a státem projednaly, byť tyto smlouvy obsahovaly vlastní ustanovení o řešení sporů s volbou jiného fóra.

Nejasnosti panují i ohledně osoby oprávněné namítat porušení smlouvy v investiční arbitráži. Zatímco investiční smlouvy jsou často uzavírány mezi státem a lokální entitou (která z pohledu DPOI zpravidla představuje „investici“), investiční arbitráž může zpravidla zahájit pouze zahraniční vlastník této entity. Je otázkou, zda se tato osoba může domáhat porušení smlouvy, jíž sama není účastníkem. Různé tribunály zodpověděly tuto otázku různě. Tribunály ve věcech *Azurix proti Argentině*¹¹⁴ a *Siemens proti Argentině*¹¹⁵ se k této otázce postavily negativně. Podle nich se ustanovení DPOI vztahujících se k porušení soukromoprávních smluv mohou dovolávat pouze strany těchto smluv, nikoli jejich akcionáři. K opačnému závěru dospěly tribunály ve věcech *CMS proti Argentině*¹¹⁶ a *Continental Casualty proti Argentině*¹¹⁷, které poukazovaly na to, že umbrella clause aplikovaná v daných případech se dle slovního znění vztahovala na „investice“, nikoli na „investory“. Lze doplnit, že ve vysvětlivkách (*Reader's Guide*) k ECT, se uvádí, že poslední věta článku 10(1) ECT se vztahuje jak na smlouvy, které hostitelský stát uzavřel se zahraničním investorem, tak na smlouvy, které uzavřel s dceřinými společnostmi zahraničního investora.¹¹⁸

2.1.4 Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem a důsledky porušení DPOI

(i.) Smíšená (diagonální) investiční arbitráž

Základním stavebním kamenem většiny moderních DPOI je především mechanismus řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem formou mezinárodní arbitráže, který lze v mnoha ohledech považovat za unikátní. Obecné mezinárodní právo jednotlivcům neumožňuje uplatňovat svá práva vůči státům přímo, a ti jsou odkázáni pouze na ochranu svého domovského státu prostřednictvím institutu diplomatické ochrany, který ovšem z pohledu investora i států

¹¹¹ *Noble Ventures v. Romania*, Award, 12 October 2005, odst. 51-64.

¹¹² Např. *El Paso Energy v. Argentina*. Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, odst. 81; *Sempra v. Argentina*, Award, 28 September 2007, odst. 310.

¹¹³ *Eureko v. Poland*, pozn. 110, *Noble Ventures v. Romania*, pozn. 111.

¹¹⁴ *Azurix v. Argentina*, Award, 14 July 2006.

¹¹⁵ *Siemens v. Argentina*, Award, 6 February 2007.

¹¹⁶ *CMS v. Argentina*, Award, 12 May 2005.

¹¹⁷ *Continental Casualty v. Argentina*, Award, 5 September 2008.

¹¹⁸ Energy Charter Secretariat. *The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide*, s. 26.

obnáší značné nevýhody, a ve výsledku je často jen málo efektivní. Investiční arbitráže se převážně týkají sporů mezi investorem a státem, k jejichž řešení by za jiných okolností byly příslušné vnitrostátní soudy hostitelského státu. Taková možnost ovšem není pro zahraničního investora v mnoha případech příliš atraktivní – zejména v případě hostitelských států s méně rozvinutým právním a institucionálním systémem nebude vnitrostátní soud investorem, ať již oprávněně nebo ne, považován za vhodné a nestranné fórum k uplatňování nároků vůči státu. DPOI proto investorům poskytují nejen materiální práva, ale i efektivní procesní nástroj k jejich uplatnění. Výhody investiční arbitráže bývají spatřovány především v tom, že investoři mohou své nároky uplatnit před neutrálním fórem, které je zcela nezávislé na hostitelském státě. Investiční arbitráž má zároveň přispívat k „depolitizaci“ investičních sporů a k překonání jiných zřejmých nevýhod diplomatické ochrany.

Investiční arbitráže založené na DPOI se vyznačují i dalšími specifiky, z nichž lze uvést alespoň ta nejvýznamnější:

- Investiční arbitráž má kořeny v institutu diplomatické ochrany, což vede k teoretickým diskusím, zda investor v investiční arbitráži zprostředkovaně uplatňuje nárok svého domovského státu, nebo nárok svůj vlastní. Názory na tuto otázku nejsou jednotné.¹¹⁹
- Investiční arbitráž podle DPOI představuje výjimku z povinnosti vyčerpat vnitrostátní prostředky nápravy před uplatněním nároku podle mezinárodního práva (*local remedies rule*), kterou Mezinárodní soudní dvůr v rozsudku ELSI označil za základní zásadu mezinárodního práva.¹²⁰ Nestanovuje-li příslušná DPOI jinak, investor může zahájit investiční arbitráž, aniž by se předtím domáhal nápravy před vnitrostátními soudy.
- V investičních arbitrážích jsou řešeny spory mezi investorem a státem, které mají zpravidla původ v jednání státu jakožto vykonavatele veřejné moci (suveréna). Povahou řešených sporů tak investiční arbitráže připomínají spíše mezinárodní variantu správního či ústavního přezkumu opatření státních orgánů v rámci výkonu veřejné moci, který je ovšem veden prostředky rozhodčího řízení typickými pro řešení soukromoprávních (zejména obchodních) sporů. K odlišení tohoto mechanismu řešení sporů (*investor-to-state dispute settlement*) od mezistátní arbitráže (*state-to-state dispute settlement*) nebo od rozhodčího řízení v obchodních věcech (*commercial arbitration*) se často používá označení smíšená arbitráž (*mixed arbitration*), nebo v české literatuře též diagonální arbitráž, které vyjadřují skutečnost, že stranami sporu jsou subjekty v ne zcela srovnatelném postavení.
- Specifika mezinárodní ochrany investic se odráží i v otázce použitelného práva. Tribunál bude zpravidla nucen aplikovat na meritum sporu jak mezinárodní právo (zahrnující příslušnou DPOI i obecné mezinárodní právo) i vnitrostátní právo hostitelského státu. Procesní úprava sporu závisí především na volbě fóra, která rovněž může významně ovlivňovat i možnost zásahů vnitrostátních soudů do řízení.

Většina DPOI ve skutečnosti obsahuje dvě rozhodčí doložky. Jedna umožňuje řešení sporů z příslušné dohody mezi smluvními stranami, tedy mezi státy. Praktický význam mezistátních rozhodčích doložek je ovšem minimální – není známo, že by byl na základě DPOI řešen formou arbitráže spor mezi státy. Mnohem významnější je rozhodčí doložka pro spory z investic mezi smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany. Příkladem je článek 8 DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem:

¹¹⁹ Velmi podrobně Douglas, Z. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*. 2003, 74(1), s. 151-289. srov. též McLachlan, Shore, Weiniger, pozn. 3, s. 62 a násl., a s jinými závěry Sornarajah, pozn. 31, s. 217.

¹²⁰ *Case Concerning Elettronica Sicula (ELSI)*, 20 July 1989, ICJ, ICJ Reports (1989) 15.

1. Jakýkoli spor, který může vzniknout mezi investorem jedné smluvní strany a druhou smluvní stranou v souvislosti s investicí na území této druhé smluvní strany, bude předmětem jednání mezi stranami ve sporu.
2. Jestliže spor mezi investorem jedné smluvní strany a druhou smluvní stranou nebude takto urovnán v době šesti měsíců, je investor oprávněn předložit spor buď:
 - (a) Mezinárodnímu středisku pro řešení sporů z investic (ICSID) s přihlédnutím k použitelným ustanovením Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany jiných států, otevřené k podpisu ve Washingtonu D. C. 18. března 1965, v případě, že obě smluvní strany jsou stranami Úmluvy; nebo
 - (b) rozhodci nebo mezinárodnímu rozhodčímu soudu zřízenému ad hoc, ustanovenému podle rozhodčích pravidel Komise Organizace spojených národů pro mezinárodní právo obchodní (UNCITRAL). Strany ve sporu se mohou písemně dohodnout na změnách těchto pravidel. Rozhodčí nález bude konečný a závazný pro obě strany ve sporu.

Toto ustanovení je příkladem rozhodčí doložky, která investorovi poskytuje možnost zahájit investiční arbitráž před různými fóry podle jeho vlastního výběru, konkrétně buďto rozhodčí řízení podle Úmluvy ICSID, nebo *ad hoc* arbitráž podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL. Tyto formy investičních arbitráží se v některých podstatných ohledech liší.

V celosvětovém měřítku převládají investiční arbitráže podle Úmluvy ICSID. Tato úmluva vytváří uzavřený (*self-contained*) procesní režim v rámci mezinárodního práva, který vylučuje jakékoli zásahy ze strany vnitrostátních soudů či jiných orgánů smluvních států. Nálezy vydané v řízeních podle Úmluvy ICSID lze přezkoumávat výhradně v rámci systému úmluvy a jejich přezkum vnitrostátními soudy je vyloučen. Nálezy jsou ve smluvních státech vykonávány jako konečná rozhodnutí vnitrostátních soudů. V roce 1978 Správní rada ICSID vytvořila tzv. *Additional Facility*, což je systém pro řešení investičních sporů, které nespádají pod jurisdikci ICSID, a který je využíván zejména ve sporech podle DPOI, uzavřených státy, které nejsou smluvními stranami Úmluvy ICSID.¹²¹ Spory vedené podle Pravidel *Additional Facility* využívají administrativního zázemí Střediska, procesní režim tohoto řízení ovšem není uzavřený a z hlediska možnosti přezkumu nálezů podléhá stejným pravidlům jako jiné arbitráže nezaložené na Úmluvě ICSID.

Mnoho DPOI umožňuje investorům zahájit rovněž investiční arbitráž vedenou podle jiných pravidel, a to nejčastěji formou *ad hoc* rozhodčího řízení vedeného podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL.¹²² Některé DPOI umožňují i institucionalizované arbitráže podle pravidel některých prestižních rozhodčích institucí, například ICC nebo Stockholmské obchodní komory, ve smluvní praxi České republiky jsou takové rozhodčí doložky ovšem spíše raritou.¹²³ Arbitráže nezaložené na úmluvě ICSID mají z procesního hlediska obdobný režim, jako jakékoli jiné soukromé rozhodčí řízení.¹²⁴ Řízení (nikoli meritorní stránka sporu) se kromě příslušných rozhodčích pravidel řídí právem státu, v němž je sídlo arbitráže (*lex loci arbitri*) a vydané nálezy podléhají za podmínek stanovených tímto právním řádem přezkumu vnitrostátními soudy. Rozhodčí nálezy vydané v těchto arbitrážích jsou ve většině států světa

¹²¹ Řízení v rámci *Additional Facility* bylo využíváno zejména v investičních sporech podle NAFTA, neboť pro Kanadu vstoupila Úmluva ICSID v platnost až v roce 2013, zatímco Mexiko není její smluvní stranou vůbec.

¹²² Je poněkud paradoxní, že zatímco v celosvětovém měřítku vzhledem výhodám z pohledu investora převládají řízení podle Úmluvy ICSID, naprostá většina investičních sporů vedených proti České republice se řídila Rozhodčími pravidly UNCITRAL. To je nutno připisovat především skutečnosti, že většina sporů proti České republice byla založena na DPOI mezi Českou republikou a Nizozemskem, která jinou formu rozhodčího řízení, než je arbitráž *ad hoc* podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL, neumožňuje.

¹²³ Příkladem je DPOI mezi Českou republikou a Spojeným královstvím, podle které je možné založit pravomoc rozhodčího soudu Stockholmské obchodní komory nebo rozhodčího soudu Spolkové komory pro obchod a průmysl ve Vídni.

¹²⁴ Srov. např. *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 66.

vykonávány na základě Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (Newyorská úmluva).

Podmínky pro založení pravomoci (jurisdikce) tribunálů pro řešení sporů v arbitrážích podle Úmluvy ICSID jsou obsaženy v článku 25 Úmluvy. Podle něj se pravomoc Střediska vztahuje na (i) každý právní spor (ii) vznikající přímo z investice (iii) mezi smluvním státem a (iv) občanem jiného smluvního státu, (v) o němž strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku. Podmínky (i) a (ii) se týkají věcné příslušnosti Střediska (jurisdikce *ratione merita*e). Podmínky (iii) a (iv) se týkají osobní příslušnosti střediska (jurisdikce *ratione personae*).

Za bližší pozornost stojí podmínka (v), která vyžaduje, aby strany sporu vyslovily svůj souhlas s předložením investičního sporu Středisku. Uvedená podmínka reflektuje skutečnost, že samotná účast smluvního státu na Úmluvě ICSID bez dalšího nezakládá povinné podřízení se jurisdikci Střediska, neboť ta musí být založena na základě specifického souhlasu, obsaženého v jiném právním instrumentu. V počátcích fungování Střediska byl souhlas stran s řešením investičního sporu typicky založen na rozhodčí doložce obsažené v investiční smlouvě (*investment contract*) uzavřené mezi zahraničním investorem a hostitelským státem, týkající se konkrétní investice. V rámci přípravných prací na Úmluvě ICSID byla ovšem diskutována a nakonec i přijata možnost, že souhlas s předložením sporu Středisku může být založen i na jednostranné a v zásadě otevřené nabídce hostitelského státu, kterážto nabídka může být posléze akceptována konkrétním investorem.¹²⁵ V této době se spíše předpokládalo, že taková jednostranná nabídka hostitelského státu bude obsažena v jeho vnitrostátním právním řádu. Byť *travaux préparatoires* k Úmluvě ICSID výslovně nepočítaly s tím, že by nabídka státu byla obsažena v jiné mezinárodní smlouvě, praxe vkládání rozhodčích doložek do DPOI se postupně stala rozšířenou a standardní a o možnosti založit jurisdikce investičního tribunálu na takové doložce již dnes nemůže být pochyb. Klasická teorie předpokládá, že souhlas s řešením sporu v arbitráži musí být oboustranný, tj. jednostranná nabídka hostitelského státu musí být akceptována investorem, čímž je mezi stranami sporu fakticky uzavřena rozhodčí smlouva.¹²⁶ Souhlas obou stran ovšem nemusí být dán v jednom instrumentu a nemusí být udělen ve stejném okamžiku – v případě jednostranné nabídky hostitelského státu obsažené v DPOI postačí, když investor tuto nabídku akceptuje konkludentně zahájením investičního sporu. Vzhledem k tomuto nepřímému způsobu vyslovení souhlasu s arbitráží, odlišující tento mechanismus řešení sporů od klasického soukromého rozhodčího řízení, se někdy pro investiční arbitráže používá označení „*arbitration without privity*“, které poprvé použil J. Paulsson ve svém známém článku z roku 1995.¹²⁷

Pro zahájení investiční arbitráže jsou zpravidla kladeny určité další podmínky, resp. omezení. Většina DPOI typicky vyžaduje, aby se investor a hostitelský stát nejdříve pokusili o řešení vzniklého sporu jednat po určitou stanovenou dobu (např. DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem předpokládá jednání po dobu šesti měsíců – viz výše). DPOI obecně derogují pravidlo obecného mezinárodního práva, podle kterého lze k využití mezinárodních mechanismů lze přistoupit až po vyčerpání vnitrostátních prostředků nápravy. Některé DPOI ovšem vyžadují, aby se investor nejdříve alespoň po určitou stanovenou dobu pokoušel dosáhnout nápravy před vnitrostátními soudy. Taková omezující ustanovení však investoři

¹²⁵ Schreuer, Ch., Malintoppi, L., Reinisch, A. a Sinclair, A. The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 190-191.

¹²⁶ Např. Schreuer et al., pozn. 125, s. 190-191.

¹²⁷ Paulsson, J., Arbitration Without Privity. ICSID Review. 1995, 10(2), s. 232-257.

v mnoha případech dokázali úspěšně obejít prostřednictvím uplatnění doložky nejvyšších výhod. Jiným směrem se ubírá část dalších DPOI, které obsahují tzv. doložku „*fork in the road*“, podle níž se investor v zásadě musí rozhodnout, zda bude svůj nárok proti hostitelskému státu uplatňovat před vnitrostátními soudy, nebo v investiční arbitráži, přičemž zahájením sporu před jiným fórem ztrácí přístup k investiční arbitráži. Příkladem je článek VI(3) DPOI mezi Českou republikou a USA:

- ...každá strana ve sporu může zahájit takové [rozhodčí] řízení za předpokladu, že
- i) spor nebyl předložen státním příslušníkem nebo společností podle příslušného, dříve dohodnutého postupu pro řešení sporu; a
 - ii) dotčený státní příslušník nebo společnost nepředložil spor soudu, správnímu soudu nebo úřadu s příslušnou jurisdikcí smluvní strany ve sporu.

Tribunály ovšem tyto doložky vykládají úzce a k jejich aplikaci vyžadují, aby se v obou řízeních jednalo o stejný spor týkající se stejného skutkového základu mezi týmiž stranami. Takto úzce vykládaná doložka *fork in the road* jen zřídka vede k odmítnutí jurisdikce tribunálem.¹²⁸

Samostatnou a poměrně komplikovanou problematiku představuje otázka práva použitelného v investiční arbitráži. Rozboru této otázky bude věnován větší prostor v části 5.2.5 v souvislosti s použitelností práva EU ve sporech podle intra-unijních DPOI. Na tomto místě pouze upozorním, že v investiční arbitráži je nutno odlišovat tři roviny použitelného práva:¹²⁹

- (a) *Právo použitelné na meritum investičního sporu.* Zde se jedná v první řadě o materiální práva, která investorovi přiznává příslušná DPOI, a jichž se investor v arbitráži domáhá. Nicméně podle převažujících názorů DPOI nezakládají uzavřený (*self-contained*) režim. Pravidla použitelného práva je proto nutno hledat i v jiných pramenech obecného, ale i smluvního mezinárodního práva. Více spornou je otázka, zda a do jaké míry tvoří součást použitelného práva pravidla vnitrostátního právního řádu hostitelského státu.
- (b) *Právo použitelné na rozhodčí smlouvu mezi investorem a státem.* Tato rovina použitelného práva není vždy uváděna samostatně. Nicméně obecně se uznává, že v případech, kdy je souhlas s arbitráží založen na jednostranné nabídce hostitelského státu obsažené v DPOI, řídí se „rozhodčí smlouva“ mezi investorem a státem (resp. souhlas s arbitráží) mezinárodním právem.
- (c) *Právo použitelné na rozhodčí řízení jako takové (lex arbitri).* Jedná se o právní řád, kterým se arbitráž řídí po procesní stránce. Pokud si strany zvolí arbitráž podle Úmluvy ICSID, bude *lex arbitri* představováno Úmluvou ICSID, souvisejícími předpisy vydanými Střediskem a mezinárodním právem. Úmluva ICSID jakožto uzavřený procesní systém mezinárodního práva vylučuje ingerenci ze strany vnitrostátních právních řádů nebo vnitrostátních orgánů. Pokud bude arbitráž zahájena před jiným fórem (např. *ad hoc* řízení podle pravidel UNCITRAL, nebo také řízení před ICSID Additional Facility), bude řízení zasazeno do právního rámce vnitrostátního práva státu, v němž má tribunál své sídlo.

Průběh investiční arbitráže v zásadě vychází z procesní úpravy mezinárodních obchodních rozhodčích řízení. Rozdíl mezi řízeními podle Úmluvy ICSID a řízeními podle jiných pravidel

¹²⁸ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 267-268.

¹²⁹ V tomto duchu například *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 61.

(např. podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL) spočívají především v možnosti ingerence vnitrostátního práva a vnitrostátních soudů do procesu, ale i v institucionálním zázemí apod. Rozdíly mezi jednotlivými fóry spočívají v přezkoumatelnosti nálezů a v možnostech jejich výkonu. Nálezy vydané v řízeních podle Úmluvy ICSID lze přezkoumávat jen v rámci systému Úmluvy v řízení podle jejího článku 52, a to jen z omezených důvodů tam uvedených. O žádostech o zrušení nálezu rozhoduje tříčlenný výbor *ad hoc* (*ad hoc Committee*). Jakékoli jiné opravné prostředky Úmluva ICSIC výslovně vylučuje. Z hlediska výkonu nálezu Úmluva ICSID v článku 54 každému smluvnímu státu ukládá, aby uznal rozhodčí nález jako závazný a vymáhal na svém území plnění peněžních závazků uložených v rozhodčím nálezu jakoby šlo o konečné rozhodnutí soudu vydané v tomto státě. Režim nálezů vydaných v jiných rozhodčích řízeních (například v *ad hoc* řízeních podle Úmluvy ICSID) je vzhledem k vazbě těchto řízení na vnitrostátní právo jakožto *lex arbitri* jiný. Nálezy podléhají přezkumu vnitrostátních soudů v místě sídla tribunálů za podmínky, jaké stanoví tento právní řád. Nálezy vydané v těchto řízeních jsou ve většině států světa vykonávány na základě Newyorské úmluvy. Ta zakládá pro výkon cizích rozhodčích nálezů velmi liberální režim. Ačkoli důvody pro odepření výkonu nálezu jsou podle Newyorské úmluvy velmi omezené, ve srovnání s režimem Úmluvy ICSID, která předpokládá automatický výkon, ponechává Newyorská úmluva soudům států výkonu určitý prostor pro revizi nálezů i v této fázi. Za nejdůležitější důvod pro odepření výkonu nálezu lze považovat jeho rozpor s veřejným pořádkem státu, v němž je o výkon žádáno.

Jedním z široce debatovaných témat je v posledních letech transparentnost arbitrážních řízení v investičních sporech. Tradiční zásadou soukromého rozhodčího řízení je jeho důvěrnost. Investiční arbitráže se ovšem mnohem více dotýkají veřejných zájmů a jejich výsledek může mít v konečném důsledku citelný dopad i na veřejné finance. Neveřejnost řízení, která je u soukromých sporů vnímána jako výhoda, čelí u investičních arbitráží v posledních letech ostré kritice. Větší transparentností se vyznačují řízení podle Úmluvy ICSID. Středisko pravidelně uveřejňuje základní informace ohledně existence a průběhu řešených sporů. Ke zveřejnění nálezu se vyžaduje souhlas obou stran sporu, nicméně na základě reformy rozhodčích pravidel z roku 2006 nyní Středisko i bez souhlasu stran uveřejňuje výňatky z právního odůvodnění nálezů.¹³⁰ Poměrně velkou netransparentností se ovšem vyznačují arbitráže vedené podle jiných pravidel. Existence sporů není oficiálně zaznamenávána v žádném oficiálním seznamu a nálezy jsou publikovány spíše na nahodilé bázi. Za účelem zlepšení tohoto stavu vydala Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) v červenci 2013 Pravidla transparentnosti v arbitrážních řízeních mezi investory a státy vedených na základě mezinárodních smlouvách (*Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*).¹³¹ Tato pravidla se uplatní na investiční arbitráže zahájené podle DPOI uzavřených po 1. dubnu 2014, nedohodnou-li se smluvní strany příslušné DPOI jinak. S transparentností souvisí i obecná tendence k tomu, aby bylo v řízeních umožněno podávání vyjádření i třetím osobám, které nejsou stranami sporu, jejichž stanovisko ovšem může být pro věc relevantní. Například v několika investičních sporech, ve kterých tribunály řešily vztah mezi intra-unijními DPOI členských států EU a právem EU, tribunály umožnily, aby své stanovisko jako *amicus curiae* předložila i Evropská komise.

(ii.) *Nároky investora v případě porušení DPOI*

DPOI zpravidla nestanovují, jaké následky má mít porušení práv investora ze strany hostitelského státu. Otázku náhrady DPOI výslovně upravují pouze ve vztahu k vyvlastnění –

¹³⁰ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), rule 48(4).

¹³¹ Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-sixth session, 8-26 July 2013 (A/68/17).

tradiční součástí naprosté většiny dohod je pravidlo, podle kterého má být vyvlastnění spojeno s poskytnutím okamžité, náležité a účinné náhrady (*prompt, adequate and effective compensation*) investorovi. Poskytnutí náhrady je zde jednou z podmínek, aby mohlo být vyvlastnění zahraničního investora z pohledu DPOI považováno za legální – striktně vzato se tedy v tomto případě nejedná o následek porušení DPOI, ale o předpoklad legálního vyvlastnění.

Východisko pro určení obsahu odpovědnosti hostitelského státu za porušení DPOI je proto nutno hledat v obecném mezinárodním právu. Návrh článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování přijatý Komisí OSN pro mezinárodní právo vychází ze zásady plné reparační (*full reparation*) škody způsobené mezinárodně protiprávním chováním státu (článek 31 Návrhu článků). Patrně největší autoritu v tomto ohledu dodnes představuje rozsudek Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti ve věci *Chorzówské továrny* z roku 1927, který zásadu plné reparační formuloval následujícím způsobem:

Podstatnou zásadou obsaženou v soudobém pojetí protiprávního chování – zásadou, která se jeví být založena na mezinárodní praxi a zejména na rozhodnutích arbitrážních tribunálů, je, že reparační musí vždy, když je to možné, odstranit všechny následky protiprávního činu a obnovit stav, který by se vši pravděpodobností existoval, kdyby k takovému činu nedošlo. Uvedení do původního stavu, nebo, není-li možné, zaplacení částky, jenž odpovídá hodnotě, již by s sebou neslo uvedení do původního stavu; to obnáší přiznání, pokud je to nutné, odškodnění za utrpěné ztráty, které nejsou pokryty nepeněžitou restitucí nebo poskytnutým peněžitým plněním - to jsou zásady, které slouží k určení výše kompenzace za mezinárodně protiprávní chování.¹³²

Uplatňování principu plné reparační podle rozsudku ve věci *Chorzówské továrny* vyžaduje srovnání aktuální situace poškozené strany s hypotetickou situací, kdy by k mezinárodně protiprávnímu chování nedošlo. Reforma majetkové škody může mít v zásadě dvojí formu, a to restituci nebo kompenzaci (Návrh článků počítá rovněž se satisfakcí, neboli zadostiučiněním, které se z povahy věci uplatní u nehmotných škod). Obecné mezinárodní právo formálně dává přednost restituci, tj. uvedení do stavu, který existoval v době před spácháním mezinárodně protiprávního činu. Kompenzace by měla nastoupit až tehdy, pokud uvedení do předešlého stavu není možné, nebo by její uplatnění nebylo přiměřené (článek 35 Návrhu článků), přičemž obecně se uznává, že kompenzace by vedle náhrady škody měla zahrnovat i ušlý zisk, pokud není spekulativní (článek 36 Návrhu článků). Bez ohledu na teorii ovšem v praxi investičních sporů náprava porušení práv investora z DPOI téměř vždy spočívá právě a pouze v přiznání finanční kompenzace. Tato skutečnost není dána tím, že by arbitrážní tribunály neměly pravomoc ukládat stranám sporu nepeněžitou povinnost,¹³³ ale je dána spíše praktickými důvody.¹³⁴

¹³² *Factory at Chorzów (Merits)*, Judgment of 13 September 1928, PCIJ, Series A, No. 17, s. 47.

¹³³ Srov. např. *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 294. Vlastní pravomoc uložit nepeněžitou plnění, spočívající v prohlášení určitých daní za protiprávní a v uložení zákazu jejich vybírání, výslovně potvrdil například tribunál ve věci *Enron proti Argentíně (Enron v Argentina)*, Award, 22 May 2007. odst. 79).

¹³⁴ Důvodů, proč v praxi zcela převládá přiznávání finanční kompenzace, bývá uváděno několik. Za prvé, investice jsou často svým způsobem unikátní a v případě podstatného zásahu, navíc často po několika letech trvání sporu, není navrácení do předešlého stavu (nebo poskytnutí náhradního plnění) dost dobře možné. Dalším praktickým důvodem je zřejmě i to, jak žalobci v investičních sporech konstruují uplatňované nároky. Rovněž v politické rovině je uložení povinnosti k poskytnutí finanční kompenzace považováno za menší zásah do suverenity hostitelského státu, než uložení nepeněžitých opatření (spočívajících například v revokování napadené legislativy). Konečně praktičnost nápravy v podobě finanční kompenzace se projevuje i v rovině výkonu nálezů. Článek 54 Úmluvy ICSID například ukládá členským státům vymáhat na svém území pouze plnění peněžních závazků uložených v rozhodčích nálezích. Přesto v posledních letech, zejména v souvislosti s vysokou zátěží, které prohrané arbitráže představují pro rozpočty rozvojových zemí, někteří autoři volají po širším využívání pravomocí investičních tribunálů k ukládání nepeněžitých povinností. Srov. *Wälde, T., Sabahi, B.* Compensation, Damages

Pravidla pro určení výše kompenzace v investičních sporech se krystalizovala zejména v kontextu úpravy vyvlastnění. K uzavírání DPOI začalo ve druhé polovině 20. století docházet právě na pozadí rozporů mezi vyspělými západními státy a rozvojovými státy ohledně toho, zda obecné mezinárodní právo ukládá státům povinnost poskytnout cizincům při vyvlastnění jejich majetku náhradu, a jaká by případně měla být její výše. Rozpory se ukázaly být natolik hluboké, že neumožňují jednoznačnou artikulaci příslušného obyčejového pravidla.¹³⁵ Pozice většiny vyspělých západních států vychází z konceptu „plné náhrady“ (*full compensation*), vyjádřeného pomocí tzv. „Hullovy formule“, podle které musí být vyvlastnění vždy spojeno s poskytnutím okamžité, náležité a účinné náhrady (*prompt, adequate and effective compensation*).¹³⁶ Proti tomuto pojetí se zformovala poměrně ostrá opozice rozvojových států. Rezoluce Valného shromáždění OSN č. 1308, která ještě odrážela konsenzus mezi vyspělými a rozvojovými zeměmi, uznávala, že v případě vyvlastnění majetku existuje mezinárodněprávní nárok na poskytnutím přiměřené náhrady (*appropriate compensation*).¹³⁷ Další rezoluce, při jejichž přijetí rozvojové státy využily své početné většiny ve Valném shromáždění, již určení, zda a v jaké případné výši bude při vyvlastnění poskytnuta náhrada, ponechávaly na rozhodnutí států, bez odkazu na mezinárodněprávní standardy.¹³⁸ Neshody ohledně obsahu příslušného obyčejového pravidla vedly k tomu, že vyspělé západní státy začaly prosazovat zásadu plné náhrady alespoň ve formě pravidla smluvního práva, a to inkorporováním Hullovy formule do svých DPOI. V případě, že byla mezi příslušnými státy uzavřena DPOI je tedy poskytnutí náležité náhrady podmínkou legality vyvlastnění – pokud hostitelský stát zahraničnímu investorovi takovou náhradu za vyvlastněný majetek neposkytne, dopustí se porušení svých mezinárodních závazků z příslušné DPOI.

V teorii není zcela vyřešena otázka, zda je výše náhrady při legálním vyvlastnění, která je ve většině DPOI výslovně zakotvena pomocí Hullovy formule, stejná, jako výše náhrady při vyvlastnění ilegálním, kde by obsah odpovědnosti hostitelského státu měl v zásadě vycházet ze zásady plné reparace ve smyslu rozsudku ve věci *Chorzówské továrny*. Ačkoli někteří autoři shledávají existenci rozdílu mezi legálním a ilegálním vyvlastněním z hlediska výše kompenzace,¹³⁹ tento rozdíl lze považovat spíše za teoretický. Rozhodovací praxe arbitrážních tribunálů z pohledu kompenzace mezi legálním a ilegálním vyvlastněním příliš nerozlišuje a vychází z víceméně jednotného standardu náhrady.¹⁴⁰ V případě vyvlastnění zahraniční investice se pro účely stanovení výše náhrady zpravidla vychází z její „spravedlivé tržní hodnoty“ (*fair market value*). Jak uvádí Světová banka ve svém metodickém návodu:

and Valuation. In: Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, Ch. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 1058 a násl.

¹³⁵ Srov. podrobně *Sornarajah*, pozn. 31, s. 412 a násl.

¹³⁶ „Hullova formule“ vděčí za svůj název americkému ministru zahraničí Cordellu Hullovovi, který tuto formulaci použil v dopisu svému mexickému protějšku z roku 1938 v souvislosti s vlnou vyvlastnění ze strany Mexika. V dopisu stálo: „Podle každého pravidla práva a spravedlnosti není vláda oprávněna vyvlastnit soukromý majetek, ať už je důvod vyvlastnění jakýkoli, bez poskytnutí okamžité, přiměřené a účinné náhrady.“ Citováno podle *Sornarajah*, pozn. 31, s. 36.

¹³⁷ General Assembly Resolution 1803 (Permanent Sovereignty over Natural Resources), 14 December 1962.

¹³⁸ General Assembly Resolution 3201 (Declaration on the Establishment of a New International Economic Order), 1 May 1974, (1974); General Assembly Resolution 3281 (Charter of Economic Rights and Duties of States), 12 December 1974.

¹³⁹ Např. *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 296.

¹⁴⁰ *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 332-333.

Náhrada bude shledána jako „náležitá“, pokud bude založena na spravedlivé tržní hodnotě odňatého majetku, která bude určena k okamžiku, který bezprostředně předchází samotnému odnětí, nebo okamžiku, kdy se rozhodnutí o vyvlastnění stalo veřejně známým.¹⁴¹

O náhradě ve výši tržní hodnoty vyvlastňovaného majetku výslovně hovoří i mnoho DPOI.¹⁴² „Spravedlivou tržní hodnotou“ se obvykle rozumí částka, kterou by byl kupující normálně ochoten zaplatit za příslušný majetek prodávajícímu, berouc v úvahu povahu investice, okolnosti, za nichž by byla investice provozována v budoucnu, a její specifické charakteristiky, jako je doba, po kterou investice existovala, podíl hmotného majetku na celkové hodnotě investice a další relevantní faktory vztahující se ke konkrétnímu případu.¹⁴³ Určení hodnoty investice tak vyžaduje její ocenění, což je v případě investičních sporů většinou složitý proces vyžadující účast expertů navržených stranami nebo jmenovaných tribunálem. Předmětem zájmu je především volba vhodného způsobu oceňování, který má na vyčíslení výše náhrady zcela zásadní vliv. Metod, které přicházejí v úvahu, je několik. Tradiční metoda vychází z účetní hodnoty oceňovaného majetku. Ačkoliv tato metoda umožňuje ocenění majetku na základě objektivních historických vstupních dat, její slabina spočívá v tom, že často neodráží skutečnou hodnotu investice, jakou jí přisuzuje trh, a která je dána zejména ve schopnosti investice generovat budoucí příjmy.¹⁴⁴ V praxi se postupně prosadila metoda diskontovaných peněžních toků (*discounted cash flow – DCF*), která umožňuje určit čistou současnou hodnotu investice (*net present value – NPV*). Metodický návod Světové banky definuje diskontované peněžní toky jako:

...rozumně odhadované realisticky očekávané příjmy podniku pro každý budoucí rok jeho ekonomické životnosti, minus peněžní výdaje, po diskontování čistého peněžního toku za každý rok faktorem, který reflektuje časovou hodnotu peněz, očekávanou inflaci a rizika spojená s těmito peněžními toky za realistických okolností.¹⁴⁵

Metoda DCF se v posledních letech stala převládající a obecně akceptovanou. Přes její nesporné výhody ovšem někteří autoři upozorňují na rizika spojená s jejím nadužíváním.¹⁴⁶ Tato metoda totiž neposkytuje zcela objektivní a předvídatelné výsledky.¹⁴⁷ Klíčovým pro určení výsledné hodnoty investice je při použití metody DCF především nastavení předpokladů, z nichž se při oceňování vychází (zejména pokud jde o projekci budoucích příjmů a určení diskontního faktoru odrážející budoucí riziko). V kontradiktorním procesu mají strany sporu přirozenou tendenci příslušné předpoklady nadhodnocovat či podhodnocovat, a použití této metody proto klade značné nároky na tribunál a jeho vlastní ověření tržní hodnoty investice. Dále se obecně uznává, že metoda DCS se nehodí pro určování hodnoty všech investic, nýbrž jen těch, které lze považovat za „*going concern*“ (jedná se, zjednodušeně řečeno, o podnik, který existuje již určitou dobu a z jehož minulých hospodářských výsledků lze činit rozumné odhady jeho potenciálních budoucích příjmů), u nichž existují prokazatelné historické údaje o jejich ziskovosti (*proven record of profitability*). Pro jiné investice, jako jsou podniky bez dostatečné

¹⁴¹ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, bod IV(3), dostupné z: <http://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>

¹⁴² Srov. článek 5(1) DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem: „*Vyvlastnění bude provedeno podle zákona, na nediskriminačním základě a bude doprovázeno opatřeními k zaplacení okamžité, přiměřené a účinné náhrady. Taková náhrada se bude rovnat tržní hodnotě vyvlastněné investice bezprostředně před vyvlastněním, nebo než se zamýšlené vyvlastnění stalo veřejně známým, bude zahrnovat úroky od data vyvlastnění, bude uskutečněna bez prodlení, bude okamžitě realizovatelná a volně převoditelná ve volně směnitelné měně.*“

¹⁴³ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, pozn. 141, bod IV(5).

¹⁴⁴ Srov. např. *McLachlan Shore, Weiniger*, pozn. 3, s. 321.

¹⁴⁵ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, pozn. 141, bod IV(6).

¹⁴⁶ Srov. podrobně *Wälde, Sabahi*, pozn. 134, s. 1074 a násl.

¹⁴⁷ Použití metody DCF často vede k přiznání kompenzace v enormní výši. Známým příkladem je spor *CME proti České republice*, v němž tribunál přiznal investorovi odškodnění v celkové výši 269.814.000 USD plus úroky.

historie (např. podniky typu *start-up*), nebo jiné formy majetku, je vhodné v závislosti na okolnostech použít jiné metody ocenění (metodika Světové banky uvádí použití likvidační hodnoty investice, ceny pořízení náhradního majetku, nebo účetní hodnotu investice).¹⁴⁸

Zatímco určování výše náhrady za vyvlastnění zahraniční investice již dnes přes existenci určitých kontroverzí stojí na poměrně solidních základech, značné teoretické a praktické nejasnosti jsou spojeny s určováním výše kompenzace v případech porušení jiných standardů ochrany investic, např. zákazu diskriminace, řádného a spravedlivého zacházení či ustanovení umbrella clause. DPOI o způsobu nápravy těchto porušení mlčí. Ačkoli přístup tribunálů zatím nelze označit jako jednotný, lze pozorovat trend spočívající v rozlišování, zda porušením práv investora došlo k úplnému zabavení či znehodnocení majetku (*total deprivation of assets*) či nikoli. Pokud porušení vede k úplnému zabavení či znehodnocení majetku, a tím pádem má z pohledu investora fakticky obdobné účinky jako nepřímé vyvlastnění, tendence tribunálů je postupovat i při určení výše kompenzace obdobným způsobem, jako kdyby došlo k vyvlastnění.¹⁴⁹ V případě jiných porušení je patrně vhodným východiskovým bodem rozsudek ve věci *Chorzówské továrny*. Určení výše náhrady tedy vyžaduje srovnání aktuální situace poškozené strany se situací, kdy by k porušení nedošlo.¹⁵⁰ Při určení výše náhrady budou důležité konkrétní okolnosti případu, přičemž většinou bude nezbytné zabývat se mnohem důkladněji zejména příčinnou souvislostí mezi porušením DPOI a tvrzenou škodou, což bude klást na žalujícího investora poměrně vysoké nároky z hlediska důkazního břemena. Jedním z faktorů, který může přispět ke snížení konečné výše náhrady, je přispění investora v podobě jednání, které lze hodnotit jako nedbalé nebo nevyhovující požadavku na náležitou odbornou péči.¹⁵¹

Součástí kompenzace by zpravidla mělo být i přiznání úroků. Pokud výše úroku nevyplývá z pramenů použitelného práva, náleží stanovení rozumného úroku do diskrece tribunálu. Jednoznačně stanoveno není ani to, zda se má použít jednoduché nebo složené úročení – v posledních letech v tomto ohledu nastal posun, když většina tribunálů nyní přiznává společně s kompenzací složený úrok.¹⁵²

2.2 INVESTICE A JEJICH OCHRANA V PRÁVU EU

V této části se blíže podíváme na to, jakému režimu podléhají přeshraniční investice v rámci práva EU. Tato část se zabývá pouze úpravou vnitřního trhu, která vyplývá za Zakládajících smluv, ze sekundární legislativy a z judikatury SDEU, a to především směrem dovnitř Unie (tj. pravidla, která dopadají na investice investorů z jednoho členského státu na území jiného členského státu). Otázkám smluvního režimu zahraničních investic ve vztahu k třetím zemím, založeného na mezinárodních smlouvách uzavíraných EU, bude věnována pozornost především v Kapitole III.

¹⁴⁸ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, pozn. 141, bod IV(6).

¹⁴⁹ Srov. např. *Hobér, K.* Compensation: A Closer Look at Cases Awarding Compensation for Violation of the Fair and Equitable Treatment. In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 598; *McLachlan, Shore, Weiniger*, pozn. 3., s. 335; *Wälde, Sabahi*, pozn. 134, s. 1086.

¹⁵⁰ Srov. *Wälde, Sabahi*, pozn. 134, s. 1083; *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 294 a násl.

¹⁵¹ Například *MTD v. Chile*, Award, 25 May 2004, odst. 242-243.

¹⁵² *Dolzer, Schreuer*, pozn. 26, s. 298.

2.2.1 Difuzní úprava investic v právu EU

(i.) Hledání styčných bodů

Smlouva o fungování Evropské unie (SFEU) neobsahuje samostatnou kapitolu věnovanou výhradně investicím a s pojmem zahraničních investic nepracuje takovým způsobem, jako mezinárodní dohody o ochraně investic. To, že investice ve smyslu, jaký jim přiřazují DPOI, nejsou předmětem koncentrovaného zájmu práva EU v rámci některé ze společných politik, ovšem neznamená, že by se právo EU investic nedotýkalo. Právní úprava investic je ovšem v právu EU rozptýlená mezi více oblastí, které se na první pohled vyznačují odlišnou terminologií i poněkud odlišným zaměřením, než typická úprava DPOI. Tato skutečnost činí ze srovnávací analýzy obzvláště obtížný úkol.

Základ právní úpravy investic v právu EU je nutno hledat v právní úpravě vnitřního trhu, zejména hlavách I. a IV. SFEU. Definice vnitřního trhu je obsažena v článku 26(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.

I přes neustále se rozšiřující záběr činností EU do různých jiných oblastí zůstává vnitřní trh jádrem a hlavním ekonomickým cílem evropské integrace. Základní ekonomické *ratio* vnitřního trhu spočívá ve vytváření podmínek pro optimální alokaci zdrojů v rámci celé EU. Vytvoření vnitřního trhu spočívajícího ve volném pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu má usnadnit alokaci příslušných výrobních faktorů tam, kde jsou nejvíce potřebné, bez ohledu na státní hranice.¹⁵³

Z uvedených tzv. čtyř základních svobod (*fundamental freedoms*) jsou z pohledu zahraničních investic nejdůležitější svoboda usazování, která zahrnuje právo zřizovat v jiných členských státech dceřiné společnosti, zastoupení či pobočky, a volný pohyb kapitálu, který se vztahuje na velkou část zahraničních investic ve smyslu jejich chápání podle DPOI. Právě kapitolám SFEU o právu usazování (články 49 až 55 SFEU) a o volném pohybu kapitálu a plateb (články 63 až 66 SFEU) bude dále věnována největší pozornost. Nelze říci, že by ostatní svobody (volný pohyb zboží, pracovníků a služeb) byly z pohledu zahraničních investic bez významu a nemohou se v určitých ohledech překrývat s typickou úpravou DPOI, nicméně z hlediska podstatné úpravy investic v právu EU lze působnost těchto svobod považovat spíše za vedlejší.

Ekonomická integrace v rámci vnitřního trhu předpokládá odstranění všech překážek a omezení pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy. K dosažení tohoto cíle jsou v obecné rovině uplatňovány dvě základní techniky.¹⁵⁴ První techniku představuje odstraňování existujících pravidel či opatření uplatňovaných členskými státy, která jsou buďto diskriminační, nebo jiným způsobem činí přístup na trh mezi členskými státy obtížnějším, aniž by tato pravidla byla nahrazena společnými pravidly přijatými na úrovni EU. V tomto případě se obvykle hovoří o negativní integraci. V procesu negativní integrace sehrál klíčovou roli zejména SDEU a jeho judikatura založená na výrazně teleologickém výkladu Zakládajících smluv. Nejvýznamnějším projevem negativní integrace je především zásada vzájemného uznávání (*mutual recognition*),

¹⁵³ Craig, P., *De Búrca, G.* EU Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 581-582

¹⁵⁴ Obecný přehled včetně historie a přístupu viz Craig, *De Búrca*, pozn. 153, s. 582 a násl. Z pohledu distribuce pravomocí mezi Unii a členské státy srov. např. Weatherill, S. Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market. In: Barnard, C., Scott, J. (eds.). *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*. Portland, Or.: Hart Pub., 2002, s. 41-73.

vycházející ze slavného rozsudku *Cassis de Dijon*.¹⁵⁵ Negativní integrace má obecně deregulační účinky, tj. rozsah existující regulace je snižován. Odstranění překážek na vnitřním trhu ovšem nelze dosáhnout pouze deregulací, neboť určitá míra regulace je v moderním státě považována za nezbytnou. Překážky vnitřního trhu mohou vyplývat i z pravidel, jejichž účelem je ochrana zdraví, bezpečnosti, životního prostředí, hospodářské soutěže atd., a to zejména tehdy, pokud jsou v každém členském státě uplatňována odlišná pravidla. Negativní integrace je proto kombinována s tzv. integrací pozitivní, kterou se rozumí přijetí společných pravidel na úrovni EU, která mohou být aplikovatelná přímo, nebo mohou mít za cíl harmonizaci vnitrostátních předpisů členských států. I pozitivní integrace má sice částečně deregulační účinky (28 různých souborů pravidel je nahrazeno souborem jedním), její účinky jsou zároveň re-regulační – vzhledem k obtížnému sladování různých zájmů a nutnosti zohlednit specifika jednotlivých národních úprav vede harmonizace z pohledu individuálního členského státu zpravidla k nárůstu regulace.¹⁵⁶

Rozlišování mezi pozitivní a negativní integrací má z hlediska zkoumání úrovně ochrany investic v EU poměrně zásadní význam, neboť na tuto problematiku se dá dívat ze dvou pohledů. Otázku můžeme postavit tak, zda právo EU představuje systém, který chrání investice proti zásahům ze strany členských států, a tedy zda v tomto směru představuje (plnohodnotnou) alternativu vůči mezinárodněprávní ochraně investic podle DPOI. V takovém případě nás bude především zajímat, zda jednání států, které se přičí typickým standardům ochrany DPOI, představuje zároveň porušení některé ze základních svobod vnitřního trhu definovaných v SFEU, eventuálně jiných pravidel práva EU, a jaké jsou procesní prostředky, kterými se jednotlivý investor může vůči členskému státu domáhat ochrany svých práv. Právě toto je optika, kterou se tato práce snaží srovnávat obsah a úroveň ochrany investic podle DPOI a podle práva EU.

Je ovšem nutno vzít do úvahy i druhý aspekt, totiž že i sama Evropská unie vystupuje jako regulátor a sama přijímá pravidla, která mohou zasahovat do ekonomické sféry investorů. Tyto zásahy nemusí být omezeny jen na legislativní akty Unie harmonizující právní předpisy členských států, ale mohou zahrnovat celou škálu opatření přijatých v rámci specifických politik Unie, například v oblasti společné zemědělské politiky, hospodářské soutěže, ochrany životního prostředí, energetiky, mezinárodního obchodu atd. V tomto směru tedy můžeme zkoumat hmotněprávní pravidla a zásady, kterými se řídí činnost orgánů Unie, jakož i procesněprávní prostředky ochrany práv investorů vůči opatřením přijatým orgány Evropské unie, nebo opatřením členských států provádějícím akty Unie. Takové zkoumání by mělo blízko ke srovnávání úrovně ochrany investic podle DPOI s ochranou poskytovanou právním řádem konkrétního státu, a vyžadovalo by obsáhlou materiální analýzu, která by překračovala rámec a účel této práce.¹⁵⁷ Ačkoli se nepochybně jedná o zajímavou otázku a některé odpovědi budou v dalším textu naznačeny, uvedené srovnání není primárním změřením této práce.

V dalším textu se blíže podíváme především na dvě základní svobody, a to na svobodu usazování a na volný pohyb kapitálu, vymezením jejich obsahu, rozsahu působnosti a

¹⁵⁵ Case 120/78, *Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

¹⁵⁶ Srov. *Weatherill*, pozn. 154, s. 52.

¹⁵⁷ Není mnoho autorů, kteří by se pokusili o srovnání úrovně ochrany investic poskytované DPOI ve srovnání s ochranou poskytovanou zejména vyspělými vnitrostátními právními řády, což je z pohledu legitimacy soudobého mezinárodního investičního práva otázka zcela zásadního významu. Průkopníkem tohoto přístupu je S. Montt (*Montt, S., State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2009). V roce 2010 vyšla pod edicí S. Schilla zajímavá souborná publikace *Schill, S. (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

interpretace těchto svobod v judikatuře SDEU. Pravidla, jejichž účinek lze připodobňovat k ochraně investic podle DPOI, ovšem nemusí vyplývat pouze z úpravy vnitřního trhu. V rámci práva EU se uplatňují i některé obecné zásady, jejichž obsah má v určitých ohledech blízko k některým standardům ochrany investic podle DPOI. Tyto zásady jsou zpravidla produktem judikatury SDEU, který je extrahoval z právních řádů členských států, přičemž některé z nich byly později výslovně promítnuty i do primárního práva. Takovým případem je například ochrana základních (lidských) práv, kterou SDEU nejdříve označil za jednu z obecných nepsaných zásad práva EU, a až později došlo k její kodifikaci výslovným vyjádřením v textu Zakládajících smluv¹⁵⁸ a přijetím katalogu základních (lidských) práv v podobě Listiny základních práv EU. Ačkoli primárním adresátem obecných zásad jsou orgány EU, v některých případech právo EU ukládá jejich dodržování i členským státům. Obecné zásady práva EU, které připomínají některé komponenty ochrany investic podle DPOI, proto vyžadují bližší prozkoumání.

(ii.) Svoboda usazování

Svoboda usazování je zakotvena v článku 49 SFEU:

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.

Usazení ve smyslu uvedeného ustanovení je charakterizováno vytvářením dlouhodobého spojení s ekonomikou cílového státu, což jej odlišuje například od poskytování služeb.¹⁵⁹ Článek 49 SFEU se vztahuje na dvě základní kategorie usazení. První je výkon samostatně výdělečných činností příslušníky jednoho členského státu v jiném členském státě. Usazení v této formě nepředstavuje samo o sobě investici. Druhou kategorií představuje zakládání společností, poboček a jiných organizačních forem podnikání v jiných členských státech. Takovou formu usazení lze zároveň považovat za přímou zahraniční investici (k tomu viz dále). První pododstavec článku 49 SFEU obsahuje požadavek na odstranění všech omezení svobody usazování. Druhý pododstavec zakládá požadavek, aby při zřizování a řízení podniků členské státy poskytovaly státním příslušníkům jiných členských států stejné zacházení, jako vlastním státním příslušníkům – v terminologii mezinárodního investičního práva zakládá toto ustanovení národní zacházení v před-investiční fázi (zřizování) i v post-investiční fázi (řízení). Zatímco článek 49 SFEU se vztahuje na fyzické osoby, článek 54 SFEU rozšiřuje ochranu podle článku 49 SFEU na společnosti založené podle práva některého členského státu, které mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Unie. Článkem 54 SFEU jsou tedy právnické osoby pro účely kapitoly o svobodě usazování asimilovány s osobami fyzickými.

¹⁵⁸ Označení „Zakládající smlouvy“ tato práce používá pro smlouvy tvořící prameny primárního práva EU, kterými jsou v současné době Smlouva o Evropské unii ve znění Lisabonské smlouvy (SEU) a Smlouva o fungování Evropské unie (SFEU).

¹⁵⁹ Základní koncept usazení nastínil SDEU v rozsudku Gebhard:

Pojem „usazování“ ve smyslu Smlouvy je tedy velmi širokým pojmem, který v případě příslušníka Společenství zahrnuje možnost podílet se stálým a nepřetržitým způsobem na hospodářském životě jiného členského státu, než je jeho stát původu, těžit z této možnosti, a umožnit tak v rámci Společenství ekonomické a sociální prolnutí v oblasti samostatně výdělečných činností.

Case C-55/94 *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995], ECR I-4165, odst. 25.

Článek 55 SFEU pak výslovně zrovnoprávňuje domácí a zahraniční společníky a akcionáře společností, když stanoví, že členské státy poskytnou státním příslušníkům ostatních členských států zacházení stejné jako vlastním státním příslušníkům, pokud jde o jejich finanční účast ve společnostech. Již v roce 1974 SDEU rozhodl, že článek 49 SFEU má přímý účinek.¹⁶⁰

Kapitola o svobodě usazování obsahuje několik výslovných výjimek. Význam článku 52 SFEU, který obsahuje výjimku pro činnosti spjaté s výkonem veřejné moci, je z pohledu zahraničních investic spíše marginální. O něco významnější je výjimka obsažená v článku 52 SFEU, podle něhož svoboda usazování nevyklučuje užití těch ustanovení právních a správních předpisů členských států, které stanoví zvláštní režim pro cizí státní příslušníky z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.

Článek 50(1) SFEU umožňuje Radě a Evropskému parlamentu přijímat řádným legislativním postupem směrnice k zavedení svobody usazování v určité oblasti činnosti, přičemž v odstavci 2 je uveden demonstrativní výčet priorit, na které se má legislativní činnost Unie přednostně zaměřovat.

(iii.) *Volný pohyb kapitálu*

Mezi čtyři základní svobody patří rovněž volný pohyb kapitálu (články 63 až 66 SFEU). Historický vývoj této svobody nebyl tak přímočarý a dnešní podoba i účinky kapitoly o volném pohybu kapitálu se od její původní verze značně liší. Původní článek 67(1) Smlouvy o založení EHS formuloval volný pohyb kapitálu na rozdíl od ostatních svobod více podmíněným způsobem:

Členské státy mezi sebou *postupně* zruší v průběhu přechodného období v *míře nutné k řádnému chodu společného trhu* omezení pohybu kapitálu, který náleží osobám sídlícím v členských státech, jakož i veškerou diskriminaci založenou na státní příslušnosti nebo bydlišti stran anebo na místě, kde je takový kapitál investován.

Článek 69 SEHS pak zmocňoval Radu k přijímání směrnic nutných k postupnému provádění ustanovení článku 67 SEHS a v článku 71 SEHS se členské státy zavázaly nezavádět uvnitř Společenství žádná nová omezení, která by se dotýkala pohybu kapitálu, a nezpříšňovat dosud platné předpisy v této oblasti.

Na rozdíl od ostatních základních svobod SDEU původně nepřiznal ustanovení článku 67(1) SEHS přímý účinek. Soud shledal, že toto ustanovení se svou formulací odlišovalo od ustanovení o volném pohybu zboží, osob a služeb tím, že nestanovovalo kategorický požadavek na liberalizaci pohybů kapitálu. Posouzení míry, v jaké bylo uvolnění pohybů kapitálu mezi členskými státy potřebné a vhodné, náleželo především Radě, která měla pohyby kapitálu uvolňovat postupně přijímáním příslušných směrnic.¹⁶¹

K plné liberalizaci pohybu kapitálu došlo, po některých předchozích rozpačitých pokusech¹⁶², až v roce 1990, kdy vstoupila v platnost směrnice č. 88/361/EEC, kterou se prováděl článek 67

¹⁶⁰ Case 2/74, *Reyners v. Belgium* [1974] ECR 631.

¹⁶¹ Case 203/80, *Casati* [1981] ECR 2595, odst. 10-11.

¹⁶² Vývoj úpravy volného pohybu kapitálu srov. např. *Snell, J.* Free Movement of Capital: Evolution as a Non-Linear Process. In: Craig, P. De Búrca, G. (Eds.). *The Evolution of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 547-574; *Usher, J.* The Evolution of the Free Movement of Capital. *Fordham International Law Journal*. 2008, 31(5), s. 1533-1570; *Hindelang, S.* The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law. New York: Oxford University Press, 2009 s. 31 a. násl.

Smlouvy EHS.¹⁶³ Proces byl pak završen přijetím Maastrichtské smlouvy, kterou byla kapitola o volném pohybu kapitálu kompletně přepracována a v tomto znění nabyla účinnosti dne 1.1.1994.¹⁶⁴ Článek 63(1) SFEU nyní zní následovně:

V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.

Druhý odstavec článku 63 SFEU obsahuje obdobně formulovaný zákaz omezení plateb. SFEU po nabytí účinnosti nových ustanovení kapitoly o volném pohybu kapitálu přiznal ustanovení článku 63 SFEU přímý účinek, a k volnému pohybu kapitálu začal v rámci své negativně-integrační rozhodovací praxe přistupovat obdobným způsobem, jako k ostatním základním svobodám (viz dále).

Ve srovnání s jinými základními svobodami je článek 63 SFEU specifický tím, že se uplatní nejen na pohyby kapitálu mezi členskými státy EU, ale i na pohyby z a do třetích zemí. Na základě Maastrichtské smlouvy tedy Evropská unie jednostranně otevřela svůj trh pro kapitál ze všech ostatních zemí. Tato vnější dimenze volného pohybu kapitálu má ovšem svá specifika, a ve srovnání s intra-unijními pohyby kapitálu se uplatňuje v poněkud limitované podobě (jak bude podrobněji rozebráno níže).

Kapitola o volném pohybu kapitálu je dále specifická tím, že obsahuje mnohem více výslovných výjimek, než SFEU stanovuje pro ostatní svobody. Některé z těchto výjimek se uplatní bez rozlišení na vnitřní i na vnější úrovni, jiné výjimky jsou specifické pouze pro pohyby kapitálu ve vztahu k třetím zemím.

Do první kategorie spadá článek 65 SFEU. Odstavec 1 stanovuje, že ustanovením článku 63 SFEU není dotčeno jednak právo členských států uplatňovat ustanovení svých daňových předpisů, která rozlišují mezi daňovými poplatníky podle místa jejich bydliště nebo podle místa, kde je jejich kapitál investován, dále právo členských států učinit nezbytná opatření k zabránění porušování vnitrostátních právních předpisů, zejména v oblasti daňového práva a dohledu nad finančními institucemi, nebo stanovit postupy pro ohlašování pohybu kapitálu pro účely správní a statistické, nebo učinit opatření odůvodněná veřejným pořádkem či veřejnou bezpečností. Dle odstavce 3 ovšem ani taková opatření a postupy nesmějí představovat prostředky svévolné diskriminace, ani zastřené omezování volného pohybu kapitálu.

Výjimky z volného pohybu kapitálu ve vztahu k třetím zemím obsahují článek 64(1), článek 66(3) a rovněž článek 75 SFEU. Článek 64(1) SFEU členským státům umožňuje ponechat v platnosti omezení, která existovala ke dni 31. prosince 1993. Tato výjimka má historickou povahu (hovoří se o tzv. *grandfathering clause*) a její význam s postupem času výrazně klesá. Článek 66 SFEU umožňuje Radě za výjimečných okolností, kdy pohyb kapitálu z a do třetích zemí způsobuje nebo hrozí způsobením vážné poruchy fungování hospodářské a měnové unie, přijmout naprosto nezbytná ochranná opatření vůči třetím zemím, a to na dobu nepřekračující 6 měsíců.

¹⁶³ Směrnice Rady ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy (88/361/EHS).

¹⁶⁴ Změny kapitoly o volném pohybu kapitálu Maastrichtskou smlouvou nutno vnímat i v kontextu uskutečňování hospodářské a měnové unie mezi členskými státy. Odstranění překážek pohybů kapitálu bylo podmínkou zahájení druhé etapy EMU, již se, na rozdíl od třetí etapy, účastnily všechny členské státy. Srov. článek 116 Smlouvy o založení ES ve znění Smlouvy z Nice.

Třetí výjimka je obsažena mimo vlastní kapitoly o volném pohybu kapitálu, a je více politického charakteru. Článek 75 SFEU s odkazem na cíle Unie v oblasti prostoru svobody, bezpečnosti a práva (článek 67 SFEU) v rámci předcházení terorizmu a boje proti němu umožňuje Radě přijmout formou nařízení rámec správních opatření týkajících se pohybu kapitálu a plateb, jako je zmrazení peněžních prostředků, finančních aktiv nebo hospodářských výhod.

Obecná pravomoc Unie přijímat opatření v oblasti volného pohybu kapitálu je založena v článku 64(2) a (3) SFEU. Parlament a Rada mohou řádným legislativním postupem (tj. kvalifikovanou většinou hlasů v radě) přijímat opatření týkající se pohybu kapitálu do a ze třetích zemí, zahrnujícího přímé investice, včetně investic do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na kapitálové trhy čl. 64(1) SFEU). Zvláštní legislativní postup (jednomyslnost v Radě) je vyžadován k přijetí opatření, která v oblasti liberalizace pohybu kapitálu do třetích zemí či z nich představují v právu Unie krok zpět (článek 64(3) SFEU).

(iv.) *Obecný zákaz diskriminace – článek 18 SFEU*

Konečně je vhodné zmínit i obecný zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti podle článku 18 SFEU. Toto ustanovení má reziduální charakter a uplatní se pouze tam, kde příslušná ustanovení Smluv neobsahují specifický zákaz diskriminace, tedy zejména mimo rámec ustanovení o základních svobodách.¹⁶⁵ V rámci právní úpravy vnitřního trhu je zákaz diskriminace upraven zvlášť v rámci příslušných kapitol a aplikace článku 18 SFEU bude zřejmě ve vztahu k přeshraničním investicím přicházet v úvahu jen výjimečně.

2.2.2 *Pojetí investic jako předmětu ochrany v právu EU*

Pro účely srovnání úpravy práva EU s typickou úpravou DPOI je nezbytné nejdříve porozumět tomu, z jaké perspektivy se na zahraniční investice dívá právo EU. Lze předestřít, že perspektiva práva EU se od statického pojetí investice v mezinárodním investičním právu, které jí chápe jako jakoukoli formu aktiv či majetkových hodnot, poněkud liší. Neznamená to ovšem, že koncept „investice“ podléhá v právu EU zcela odlišnému chápání než v mezinárodním právu.¹⁶⁶ Rozdíl spočívá spíše v předmětu ochrany. Zatímco DPOI chrání investice jako takové, právo EU se na investice dívá spíše z perspektivy pohybu osob či kapitálu – primárním předmětem jeho zájmu je právě tento pohyb.

Při hledání průniků mezi mezinárodněprávním chápáním investic a pojetím práva EU je ze systematických důvodů vhodnější začít předmětem úpravy ustanovení o volném pohybu kapitálu.

(i.) *Investice v rámci volného pohybu kapitálu*

Článek 63 SFEU zakazuje veškerá omezení *pohybu kapitálu*. SFEU ovšem nedefinuje, co přesně je třeba pro účely uvedeného ustanovení rozumět pod pojmem „pohyb kapitálu“. Pouze z článku 64(1) a (2) SFEU, které stanovují některé výjimky z volného pohybu kapitálu, vyplývá,

¹⁶⁵ *Tridimas, T.* The General Principles of EU law. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006, s. 119, a reference tam uvedené.

¹⁶⁶ K tomu srov. podrobný rozbor v *Dimopoulos, A.* EU Foreign Investment Law. New York: Oxford University Press, 2011, s. 20 a násl.

že pohyb kapitálu zahrnuje mj. „přímé investice včetně investic do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na trh“.

Indikativní klasifikaci pohybů kapitálu lze najít ve směrnici č. 88/361/EHS (dále v této části jen směrnice).¹⁶⁷ Uvedená směrnice, o níž již byla částečně řeč výše, se sice nabytím účinnosti nových ustanovení Maastrichtské smlouvy o volném pohybu kapitálu ke dni 1.1.1994 stala obsolentní,¹⁶⁸ nicméně SDEU z ní, a zejména její klasifikace pohybů kapitálu, při interpretaci ustanovení článku 63 SFEU nadále vychází.¹⁶⁹ Příloha č. I směrnice uvádí různé kategorie operací, které se považují za pohyb kapitálu, nicméně zároveň výslovně uvádí, že tato klasifikace není úplným seznamem pro účely definování pohybu kapitálu (což je následně potvrzeno tím, že klasifikace obsahuje i reziduální kategorii „různé“). Pro názornost je vhodné vyjmenovat některé nejdůležitější kategorie. Na prvním místě směrnice uvádí přímé investice. Pod přímými investicemi rozumí zakládání a rozšiřování poboček nebo nových podniků plně ovládaných poskytovatelem kapitálu a nabývání plné účasti v již existujících podnicích, dále účast v nových nebo stávajících podnicích s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobé hospodářské vztahy, dlouhodobé půjčování finančních prostředků s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobě hospodářské vztahy a zpětné investování zisků s cílem udržet dlouhodobé hospodářské vztahy. Samostatnými kategoriemi jsou pak investice do nemovitostí, různé operace s cennými papíry a s podílovými jednotkami subjektů kolektivního investování, operace na běžných a vkladových účtech, půjčky a úvěry, záruky, jakož i některé pohyby kapitálu osobní povahy, zahrnující mj. dary či dědictví. Jak teorie, tak i judikatura ovšem akceptují široký výklad pohybu kapitálu, a pod tímto pojmem rozumí i různé další operace ve směrnici výslovně neuvedené, jako např. převody movitých věcí, pokud jsou učiněny za investičním účelem (např. nepeněžitě vklady do vlastního kapitálu společnosti),¹⁷⁰ platby dividend,¹⁷¹ fyzický převod bankovek a mincí¹⁷² apod.¹⁷³

Ačkoli v literatuře se lze setkat s pokusy o obecnější definici nebo o pojmenování charakteristických znaků pohybu kapitálu, SDEU se ve svých rozhodnutích takovému vymezení vyhýbá a zpravidla si vystačí s posouzením konkrétní transakce, o níž se v daném případě jedná, bez vyvozování obecnějších závěrů. Každá transakce výslovně nezahrnutá do klasifikace tedy bude muset být posuzována individuálně s ohledem na konkrétní okolnosti, přičemž v úvahu bude nutno vzít především její ekonomický účel, zamýšlené právní účinky, účel a cíle ustanovení Smlouvy o volném pohybu kapitálu apod.¹⁷⁴

Je ovšem nutno zdůraznit, že předmětem ochrany podle článku 63 SFEU není kapitál jako takový (ve smyslu statickém, jakožto majetek či jiná aktiva), ale jeho pohyb. V tom se koncepce ustanovení o volném pohybu kapitálu liší od statické koncepce ochrany investic podle DPOI, nebo od konceptů ochrany vlastnictví podle lidskoprávních instrumentů. Z uvedeného pojetí vychází i klasifikace směrnice, když jednotlivé formy pohybu kapitálu pojímá jako transakce

¹⁶⁷ Pozn. 163.

¹⁶⁸ Směrnice sice nebyla formálně zrušena, nicméně tím, že provádí již neexistující článek 67 Smlouvy o založení Evropského hospodářského společenství, který byl Maastrichtskou smlouvou nahrazen novým zněním. Směrnice tím ztratila právní základ.

¹⁶⁹ Jak soud uvedl například v rozsudku *Trummer*, směrnice má pro účely definice pojmu pohybu kapitálu stejnou indikativní hodnotu, jakou měla před nabytím účinnosti (dnešních) článků 63 a násl. SFEU. *Case C-222/97, Trummer and Mayer* [1999] ECR I-1661, odst. 21.

¹⁷⁰ *Hindelang*, pozn. 162, s. 47.

¹⁷¹ *Case C-35/98, Verkooijen* [2000] ECR I-4071, odst. 26-30.

¹⁷² *Cases C-358 & 416/93, Bordessa* [1995] ECR I-361, odst. 13.

¹⁷³ Přehled judikatury viz Usher, pozn. 162, s. 1543 a násl.

¹⁷⁴ Srov. *Hindelang*, pozn. 162, s. 57.

či operace. Lze ovšem souhlasit s tím, že vzhledem ke smyslu a účelu ustanovení o volném pohybu kapitálu pod ochranu podle článku 63 SFEU nespadá jen příslušná transakce samotná, ale tato ochrana se v zásadě vztahuje i na další operace související s dokončením transakce a následnou správou příslušné investice.¹⁷⁵ Takový výklad odpovídá i teleologickému přístupu SDEU při aplikaci základních svobod.

Důležitou podkategorii pohybů kapitálu představují přímé investice. Směrnice definuje přímé investice ve vysvětlivkách ke klasifikaci pohybů kapitálu následujícím způsobem:

Investice všeho druhu realizované fyzickými osobami nebo obchodními, průmyslovými nebo finančními podniky, které slouží k vytváření nebo udržování dlouhodobých a 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.

Mezinárodní ekonomické právo pod pojmem „přímá zahraniční investice“ zpravidla chápe investici uskutečněnou s cílem založit strategickou dlouhodobou účast na podniku, přičemž charakteristickým prvkem přímé investice je určitý stupeň kontroly investora nad aktivitami podniku.¹⁷⁶ Směrnice je s tímto chápáním v souladu, neboť přímé investice od jiných forem investic odlišuje zavedením kritéria „vytvoření nebo udržování dlouhodobých a přímých vztahů“ (*lasting and direct links*). Nejsou-li tyto definiční prvky přímé investice přítomny, hovoří se zpravidla o tzv. investicích portfoliových. Stupeň kontroly investora, který postačí k existenci přímé investice, zřejmě nelze obecně a s univerzální platností kvantifikovat. Směrnice hovoří o účasti, která akcionáři umožňuje, aby se „efektivně podílel na řízení společnosti nebo její kontrole“. Manuál OECD stanovuje, že pro statistické účely prokazuje existenci dlouhodobého vztahu mezi investorem a investicí alespoň 10 % účast na hlasovacích právech. Pro účely aplikace ustanovení SFEU o volném pohybu kapitálu ovšem bude zřejmě v každém v konkrétním případě nezbytné individuální posouzení míry vlivu investora.¹⁷⁷

(ii.) *Přímé investice v rámci výkonu svobody usazování*

Přímé investice nepředstavují jen jednu z forem pohybů kapitálu ve smyslu článku 63 SFEU, ale zpravidla zároveň i usazení ve smyslu článku 49 SFEU. Uvedené ustanovení zakazuje omezení při zřizování společností (*tzv. primární usazení*) a dále při zřizování různých podnikatelských jednotek bez vlastní subjektivitu, jako jsou zastoupení či pobočky (*tzv. sekundární usazení*).¹⁷⁸ Z judikatury SDEU plyne, že svoboda usazování nezahrnuje pouze zakládání společností, ale vztahuje se například i na nabývání obchodních podílů či akcií,¹⁷⁹ nebo na přeshraniční fúze.¹⁸⁰

Usazení z podstaty věci předpokládá, že osoba, která vykoná právo usazení, bude disponovat určitou mírou kontroly a vlivu na řízení společnosti. U závislých forem podnikání, jako jsou pobočky či zastoupení, je naplnění tohoto požadavku zjevné. Pokud se jedná o nabývání podílů či akcií ve společnostech, SFEU žádnou konkrétní míru nestanovuje. Dle judikatury SDEU se o usazení jedná tehdy, pokud společník nebo akcionář v důsledku držení podílu či akcií společnosti získá rozhodující vliv (*definite influence*) na její rozhodování a držení tohoto podílu

¹⁷⁵ Hindelang, pozn. 162, s. 52; Peers, S. Free Movement of Capital: Learning Lessons or Slipping on Spilt Milk? In: Barnard, C, Scott, J. (eds.). The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises. Portland, Or.: Hart Pub., 2002, s. 344-346.

¹⁷⁶ Srov. např. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition, 2008, s. 17

¹⁷⁷ Hindelang, pozn. 162, s. 70 a násl.

¹⁷⁸ Kapitola o právu usazování se rovněž vztahuje na usazení ve formě výkonu samostatně výdělečné činnosti. Takovou formu usazení ovšem nelze považovat za investici.

¹⁷⁹ Case C-208/00 *Uberseering* [2002] ECR I—9919, odst. 77.

¹⁸⁰ Case C-411/03 *Sevic Systems* [2005] ECR I-10805, odst. 19.

či akcií mu umožní určovat činnost společnosti.¹⁸¹ Z judikatury ovšem jednoznačně nevyplývá, jaká míra kontroly se již považuje za dostatečnou, abychom mohli konstatovat existenci rozhodujícího vlivu na řízení společnosti v uvedeném smyslu. Nicméně je zjevné, že kritérium „rozhodujícího vlivu“, které se uplatní v rámci svobody usazování, a kritérium „efektivního podílu na řízení“, které je definičním znakem přímé investice pro účely volného pohybu kapitálu, jsou na první pohled velmi podobná.¹⁸² Bez ohledu na případné rozdíly je zřejmé, že koncept usazení zahrnuje velkou část přímých investic, a v tomto rozsahu se kapitola o volném pohybu kapitálu a kapitola o svobodě usazování překrývají.

Tato skutečnost má poměrně zásadní význam. Za prvé, zatímco volný pohyb kapitálu není omezen pouze na pohyby mezi členskými státy EU, ale vztahuje se i na třetí země, svoboda usazování je přiznávána pouze státním příslušníkům členských států EU. Za druhé, kapitola o volném pohybu kapitálu obsahuje více výslovných výjimek, než kapitola o právu usazování. Z hlediska ochrany investic, které naplňují jak znaky pohybu kapitálu, tak znaky usazení, je tedy klíčové, zda se články 49 SFEU a 63 SFEU aplikují paralelně, nebo zda má některý z nich přednost na úkor druhého. Této otázce bude věnována pozornost dále v rámci rozboru relevantní judikatury SDEU.

(iii.) Přeshraniční prvek

Účelem vytvoření vnitřního trhu je odstranění omezení pohybu jednotlivých zdrojů (výrobních faktorů) mezi jednotlivými členskými státy, resp. u volného pohybu kapitálu i mezi členskými státy a třetími zeměmi. Naopak, čtyři základní svobody se neuplatní na ryze vnitrostátní situace, které postrádají potřebný přeshraniční prvek. V tomto smyslu se i ochrana práva EU, obdobně jako je tomu u DPOI, vztahuje pouze na „zahraniční“, a nikoli na ryze „domácí“ investice.

Jednodušší je identifikace přeshraničního prvku u práva usazování. Článek 49 SFEU zakazuje omezení svobody usazování pro státní příslušníky jiných členských států. U fyzických osob je státní příslušnost vázána na jejich občanství, nicméně SDEU ve své judikatuře alternativně pracuje i s kritériem obvyklého pobytu. Pravidlo pro určování státní příslušnosti právnických osob, které je obsaženo v článku 54 SFEU, kombinuje kritérium inkorporace s kritériem efektivního sídla. První podmínkou pro to, aby společnost mohla požívat práva vyplývající ze svobody usazování, je, aby společnost byla založena podle práva některého členského státu. Druhou podmínkou je, aby společnost měla (kdekoli) na území Unie své sídlo, ústřední správu nebo hlavní provozovnu. Důležité dále je, že korporátní státní příslušnost není nijak závislá na kritériu kontroly. To znamená, že pokud zahraniční investor – příslušník třetího státu – vykoná kdekoli v rámci EU primární usazení formou založení společnosti v některém z členských států, při dalším (primárním či sekundárním) usazení v rámci EU tato společnost v plné míře požívá ochrany článku 49 SFEU. Naopak, na společnosti založené podle právních řádů třetích států nebo mající v třetích státech své sídlo se článek 49 SFEU nevztahuje, byť by byly plně kontrolovány příslušníky členských států EU.

Složitější je definování kritéria pro určení přeshraničního prvku u pohybu kapitálu. Doktrína vychází z toho, že volný pohyb kapitálu se týká přeshraničního pohybu „věci“ (tedy kapitálu),

¹⁸¹ Case C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation* [2006] ECR I-11753, odst. 37; Case C-251/98, *Baars* [2000] ECR I-2787, odst. 22.

¹⁸² Generální advokát v případě *Baars* argumentoval, že míra vlivu v rámci testu „efektivního podílu na řízení“ pro účely zjištění existence přímé investice ve smyslu kapitoly o volném pohybu kapitálu je zjevně mnohem nižší než míra vlivu nezbytná pro existenci „rozhodujícího vlivu“ pro účely aplikace ustanovení o usazování. Kritika tohoto přístupu viz *Hindelang*, pozn. 162, s. 86 a násl.

nikoli osob (hovoří se o tzv. *object-related freedom*).¹⁸³ Kritéria pro určení přeshraničního prvku se proto nemohou primárně vztahovat k vlastnostem osob, které se na pohybu kapitálu účastní, jako je například státní příslušnost či obvyklé bydliště těchto osob, nýbrž je nutno taková kritéria odvozovat z lokalizace samotného kapitálu, a na tomto základě zjistit, zda došlo k jeho přeshraničnímu pohybu. To samozřejmě vyvolává řadu teoretických otázek. Zejména se lze ptát, jak lokalizovat kapitál, který má nehmotnou podobu, a co vlastně pro tyto účely rozumět jeho pohybem. Aniž bychom zde chtěli přispívat do této vysoce akademické debaty, uvedeme pouze několik zjednodušujících úvah, které situaci snad alespoň částečně objasní.

Pohyb kapitálu zjevně nelze konstruovat tak, že by nutně muselo dojít k přeshraničnímu pohybu aktiva, které představuje podklad příslušné transakce. Takový přístup by z ochrany článku 63 SFEU vyřadil celou řadu transakcí, které *prima facie* představují přeshraniční pohyb kapitálu ve smyslu tohoto ustanovení, například pořízení nemovitého majetku nerezidenty.¹⁸⁴ Některé přístupy „investiční“ ve smyslu práva EU pojmají jako změnu formy, kterou kapitál měl před uskutečněním transakce, a do které se transformoval po jejím uskutečnění. Kapitál, představovaný majetkem či jiným ekonomickým aktivem (obvykle finančními prostředky), je přesunut do jiného státu, ve kterém pak nabývá formu novou (např. podíl na podniku, nemovitý majetek, cenné papíry apod.).¹⁸⁵ Lokalizaci takových forem kapitálu, jako jsou například finanční prostředky, v mnoha případech nebude možné odvozovat od jejich „fyzické“ polohy, ale spíše od jejich vlastníka či držitele.¹⁸⁶ Tím se zpětně dostáváme k tomu, že charakteristika osoby, která pohyb provádí, bude v mnoha případech hrát určitou, pokud ne přímo rozhodující, roli. Vzhledem k objektivnímu zaměření svobody pohybu kapitálu ovšem nebude rozhodujícím kritériem státní příslušnost, ale obvyklé bydliště. Tomu víceméně odpovídá i pojetí směrnice, která jednotlivé operace pojmá jako transakce, jež v zásadě probíhají mezi rezidenty různých členských států. Jak ovšem poukazují někteří autoři, vzhledem ke smyslu a účelu článku 63 SFEU je vhodné vztáhnout ochranu tohoto ustanovení i na některé další transakce, u nichž kapitál ve skutečnosti nepřekračuje hranice (ani ve výše uvedeném smyslu), které se ovšem z ekonomického pohledu jeví jako přeshraniční investice.¹⁸⁷ Koncepti přeshraničního prvku u volného pohybu kapitálu tak zřejmě nebude možné striktně omezovat jen na případy přeshraničního pohybu kapitálu, ale bude nutno zvážit konkrétní okolnosti případu.

Ponechme stranou otázku, nakolik jsou nastíněné (notně zjednodušené) teoretické koncepce uspokojivé a pro praxi přínosné, berouc v úvahu zejména přístup SFEU, který k otázkám týkajícím se existence pohybu kapitálu většinou přistupuje na *ad hoc* bázi. Koncepti přeshraničního prvku u volného pohybu kapitálu nelze považovat za ustálenou, SFEU má ovšem tendenci vykládat jí široce. Důležité ovšem je, že v případě volného pohybu kapitálu nehraje, alespoň v teorii, státní příslušnost investora roli, což je rozdíl nejen ve srovnání s právem usazování, ale i s tradiční koncepcí mezinárodního investičního práva, které je postaveno na kritériu státní příslušnosti investora.¹⁸⁸

¹⁸³ Hindelang, pozn. 162, s. 42-43; Dimopoulos, pozn. 166, s. 41-42.

¹⁸⁴ Srov. příloha I směrnice 88/361/EHS, která takové transakce výslovně označuje za kategorii pohybu kapitálu.

¹⁸⁵ Dimopoulos, pozn. 166, s. 38 a reference tam uvedené.

¹⁸⁶ Hindelang, pozn. 162, s. 58.

¹⁸⁷ Hindelang, pozn. 162, s. 62-63, který rovněž uvádí příklady takových transakcí.

¹⁸⁸ Názorně to lze uvést na následujícím příkladě. Pokud příslušník jednoho členského státu, který je ovšem rezidentem v druhém členském státě, koupí v tomto druhém státě nemovitost, z pohledu mezinárodního investičního práva jedná o zahraniční investici, zatímco právo EU takovou transakci nebude považovat za pohyb kapitálu ve smyslu článku 63 SFEU.

2.2.3 Rozsah ochrany v rámci úpravy vnitřního trhu – teoretický koncept

Ochrana zahraničních investic v rámci právní úpravy vnitřního trhu se zakládá primárně na dvou ustanoveních (články 49 a 63 SFEU), jejichž skutečný obsah a dosah je ovšem z jejich textového znění jen málo patrný. Je takřka nemožné postihnout rozsah ochrany zahraničních investic podle práva EU, aniž bychom detailně analyzovali judikaturu SDEU k těmto ustanovením. Podrobný rozbor judikatury by ovšem daleko překračoval rámec této práce a přínos by byl z pohledu sledovaného účelu diskutabilní. Jako vhodnější se jeví extrahovat z judikatury SDEU alespoň určité základní obecné principy, které by umožňovaly abstraktní srovnání úpravy práva EU s typickou úpravou DPOI. To ovšem není jednoduchý úkol. Za prvé, judikatura SDEU se vyznačuje spíše účelovostí a kazuistickým přístupem k řešení individuálních situací, než snahou o formulaci obecných principů. Za druhé, ani v aplikaci těch principů, které z judikatury obecně dovozuje doktrína, není SDEU příliš konzistentní. Výsledkem je poněkud komplikovaný a nejasný obraz o tom, co jsou to vlastně omezení svobody usazování a volného pohybu kapitálu, která jsou zakázána články 49 a 63 SFEU.

Přesto se jeví jako užitečné nabídnout pro účely této práce alespoň základní obecný koncept omezení na vnitřním trhu, byť z povahy věci půjde pouze o zjednodušený model. Obecnou tendencí, kterou lze v judikatuře SDEU pozorovat, je snaha soudu o v zásadě obdobný přístup k posuzování omezení pohybu v rámci všech základních svobod vnitřního trhu, tj. volného pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu. Pro identifikování základních obecných principů, kterými se řídí vnitřní trh, je nezbytné ve stručnosti připomenout judikaturu SDEU v oblasti volného pohybu zboží, a to konkrétně k článku 34 SFEU, který zakazuje množstevní omezení dovozu zboží a veškerá opatření s rovnocenným účinkem, a z níž pak v zásadě vychází i judikatura k ostatním základním svobodám.

Na vnitřním trhu jsou zakázána především ta opatření, která zakládají nebo jsou způsobilá založit odlišné zacházení mezi domácími a zahraničními výrobky, osobami, službami či kapitálem. Zákaz diskriminace je v právu EU pevně zakořeněn – diskriminační opatření uplatňovaná cílovým členským státem jednoznačně představují překážku přístupu na jeho trh. Pojímání diskriminace je v judikatuře SDEU obzvláště široké a její posuzování je velmi přísné – zákaz postihuje nejen přímou diskriminaci, ale i nejrůznější formy diskriminace nepřímé, přičemž není důležité, zda bylo rozdílné zacházení účelem posuzovaného opatření, důležitý je pouze jeho výsledný účinek.¹⁸⁹

Omezení na vnitřním trhu nemusí spočívat jen v opatřeních, která mají diskriminační povahu. Jinými slovy, odstranění diskriminačních omezení je nezbytnou, ale ne dostatečnou podmínkou pro vytvoření vnitřního trhu.¹⁹⁰ V oblasti volného pohybu zboží položil SDEU teoretický základ pro postihování jiných omezení obchodu v rozsudku *Dassonville*, v němž konstatoval, že „všechna obchodní pravidla upravená právem členských států, která přímo nebo nepřímo, skutečně nebo potenciálně brání obchodu mezi členskými státy, je nutno považovat za opatření mající rovnocenný účinek jako kvantitativní omezení“.¹⁹¹ Pravidlo o možnosti aplikace článku 34 SFEU i na tzv. nerozlišující opatření (*indistinctly applicable rules*), tj. opatření která se aplikují stejně na domácí i na zahraniční zboží, nicméně přesto mohou představovat omezení obchodu mezi členskými státy, formuloval soud v proslulém rozsudku *Cassis de Dijon*.¹⁹²

¹⁸⁹ Pro rozbor aplikace zákazu diskriminace v oblasti volného srov. např. *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 638 – 646.

¹⁹⁰ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 647.

¹⁹¹ *Case 8/74, Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837, odst. 5.

¹⁹² *Case 120/78, Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

Německá pravidla označování zboží, která možnost používat pro alkoholické výrobky označení likér podmiňovala určitým minimálním obsahem alkoholu, sice formálně platila stejně pro domácí i pro zahraniční výrobky, nicméně ve výsledku vylučovala z německého trhu likéry legálně obchodované ve Francii, kde podobné omezení neexistovalo. Soud formuloval slavné pravidlo, podle něhož „překážky pohybu v rámci Společenství, které jsou důsledkem rozdílné národní právní úpravy týkající se obchodu s těmito výrobky, mohou být akceptovány jen potud, pokud jsou taková ustanovení shledána jako nezbytná pro splnění oprávněných požadavků vyplývajících zejména z nutnosti efektivního fiskálního dohledu, ochrany veřejného zdraví, zajištění poctivosti obchodních transakcí a ochrany spotřebitele“. Pravidlo formulované soudem v rozsudku *Cassis de Dijon* položilo základ pro vznik zásady vzájemného uznávání (*mutual recognition*) v rámci vnitřního trhu – zboží, které je legálně obchodováno v jednom členském státě, musí mít zaručen přístup na trh i v ostatních členských státech. Opatření omezující obchod mezi členskými státy jsou přípustná pouze tehdy, pokud jsou odůvodněná nutností splnit oprávněné požadavky (*mandatory requirements*). Ani taková opatření ovšem nesmějí omezovat obchod nad rámec toho, co lze považovat pro splnění uvedených oprávněných požadavků za nezbytné. Uvedené pravidlo je označováno jako tzv. „pravidlo rozumu“ (*rule of reason*).

Pravidlo formulované v rozsudku *Cassis de Dijon* teoreticky otevřelo cestu pro takřka neomezený přezkum státní regulace z hlediska jejího souladu s právem EU. Lze říci, že každé opatření, které reguluje ekonomické aktivity, zároveň určitým způsobem omezuje výkon základních svobod. Tento potenciálně velmi široký dosah se stal patrným v případech, kdy jednotlivci začali napadat taková opatření států, která se netýkala požadavků na zboží samotné, ale obecných požadavků souvisejících s prodejem. Názorným případem jsou rozsudky týkající se vnitrostátních pravidel o zákazu nedělního prodeje.¹⁹³ Taková pravidla nebyla principiálně vyloučena spod dosahu článku 34 SFEU, a jejich přípustnost v zásadě podléhala testu pravidla rozumu. Meze takového dalekosáhlého přístupu se SDEU pokusil stanovit v rozsudku *Keck*.¹⁹⁴ Předmětem posouzení bylo vnitrostátní pravidlo, které zakazovalo prodej zboží se ztrátou (tj. za cenu nižší, než byla cena pořizovací). Soud, poukazující na tendenci excesivního uchylování se k článku 34 SFEU za účelem napadání jakéhokoli vnitrostátního opatření omezujícího obchod se jal vyjasnit do té doby existující judikaturu. Poté, co potvrdil aplikovatelnost závěrů rozsudku *Cassis de Dijon* na pravidla stanovující požadavky na zboží (např. vzhled, forma, hmotnost, složení, označování a balení), konstatoval, že pravidlo zakazující prodej se ztrátou nespadlo pod rozsah aplikace článku 34 SFEU:

Uplatnění určitých restriktivních ustanovení omezujících nebo zakazujících určité způsoby prodeje a vztahující se i na zboží z jiného členského státu není možné považovat za opatření ohrožující přímo nebo nepřímo, aktuálně nebo potenciálně, obchod mezi členskými státy tak, jak tomu bylo v případě *Dassonville*, pokud se tato opatření vztahují na všechny obchodníky obchodující na území státu a ovlivňují stejným způsobem, z hlediska právního i věcného, obchodování s domácími výrobky i s výrobky dovezenými z jiného členského státu.¹⁹⁵

Pravidlo formulované v rozsudku *Keck* vyvolalo a dodnes vyvolává bouřlivé diskuse akademiků. Předmětem kritiky je především poněkud nejasný obsah výrazu „určité způsoby prodeje“ společně se skutečností, že i taková pravidla mohou založit významnou překážku volného pohybu, a dále přílišný důraz na právně i fakticky stejný dopad předmětného opatření na domácí i na dovezené výrobky, což bylo vnímáno jako návrat k testu nediskriminace na úkor

¹⁹³ Case C-145/88, *Torfaen BC v. B & Q plc* [1989] ECR I-3581; 312/89, nebo Case C-169/91, *Stoke-on-Trent and Norwich City Councils v. B & Q plc* [1992] ECR I-6635.

¹⁹⁴ Cases C-267 and 268/91, *Criminal Proceedings against Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

¹⁹⁵ Cases C-267 and 268/91, *Keck*, odst. 16.

postihování formálně nediskriminačních, nicméně neodůvodněných omezení obchodu mezi členskými státy.¹⁹⁶ Zejména v literatuře lze shledávat příklon k poněkud modifikovanému pojetí aplikace základních svobod, které v ucelené podobě formuloval generální advokát Jacobs ve svém vlivném posudku ve věci *Leclerc-Siplec*.¹⁹⁷

Pravidlo navržené generálním advokátem vyžaduje zjištění rozsahu, v jakém příslušné opatření brání obchodu mezi členskými státy, a z působnosti článku 34 SFEU (resp. dalších ustanovení o volném pohybu na vnitřním trhu) vylučuje pouze taková opatření, která nepředstavují „podstatnou překážku přístupu na trh“ (*substantial restriction on market access*). Tato koncepce tedy vyžaduje zavedení kritéria *de minimis*. Pravidlo *de minimis* se ovšem neuplatní u opatření, která jsou otevřeně diskriminující – taková opatření spadají pod zákaz omezení volného pohybu vždy, i když je jejich vliv na obchod mezi členskými státy minimální. V případě opatření, která se aplikují bez rozlišení na domácí a cizí zboží bude jejich podřazení pod článek 34 SFEU záviset na tom, zda zakládají takovou překážku přístupu na trh, kterou lze považovat za *podstatnou*.¹⁹⁸ Tedy pokud příslušné opatření nebude představovat podstatnou překážku přístupu na trh (jako například opatření posuzované v rozsudku *Keck*), takové opatření nebude spadat pod ustanovení článku 34 SFEU. Pokud ovšem dopad předmětného opatření na obchod mezi členskými státy bude podstatný (jako tomu bylo v rozsudku *Cassis de Dijon*), zákaz podle článku 34 SFEU nebude podléhat pouze tehdy, pokud bude nezbytné ke splnění oprávněných požadavků (pravidlo rozumu).

Je poněkud paradoxní, že v řízení, ve kterém generální advokát Jacobs předložil svůj posudek navrhuující výše uvedené principy, soud k jeho stanovisku příliš nepřihlížel a aplikoval klasickou formuli založenou na rozsudku *Keck*. Nicméně vliv tohoto pojetí na další judikaturu a na vývoj doktríny je evidentní. Je ovšem nutno upozornit, že SDEU v žádném ze svých rozhodnutí neformuloval ucelenou koncepci „omezení volného pohybu“ která by uvedené pojetí definitivně potvrdila, a odstranila tak přetrvávající pochybnosti. Naopak, judikatura v oblasti vnitřního trhu se vyznačuje spíše pragmatickým kazuistickým přístupem a ne vždy je zcela konzistentní s koncepcemi favorizovanými akademickou sférou.

Obecně lze konstatovat, že opatření s nerozlišujícím účinkem mohou založit porušení SFEU nejen v rámci volného pohybu zboží, ale i u ostatních základních svobod. V rámci práva usazování byla taková možnost jasně naznačena v rozsudku *Gebhard*:

Z judikatury Soudního dvora však vyplývá, že vnitrostátní opatření, která by mohla bránit výkonu základních svobod zaručených Smlouvou, nebo jej činit méně atraktivním, musí splňovat čtyři podmínky: musí se uplatňovat nediskriminujícím způsobem, musí být odůvodněna naléhavými důvody obecného zájmu, musí být způsobilá zaručit uskutečnění cíle, který sledují, a nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné.¹⁹⁹

Přístup, který se zaměřuje na identifikaci překážek jako takových, než na posouzení pouhé diskriminace, byl v oblasti usazování potvrzen mnoha dalšími rozhodnutími.²⁰⁰ Z novějších lze uvést například rozsudek ve věci *Komise proti Španělsku*, který se týkal striktní regulace obchodních řetězců:

¹⁹⁶ Viz obecně Case C-412/93, *Societe d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v. TFI Publicite SA* [1995] ECR I-179, posudek AG Jacobse.

¹⁹⁷ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec*, Opinion of AG Jacobs, 24 November 1994.

¹⁹⁸ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec*, posudek AG Jacobse, odst. 38-49.

¹⁹⁹ Case C-55/94, *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, odst. 37.

²⁰⁰ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 775 a reference tam uvedené.

Pojem „omezení“ ve smyslu článku 43 SES [dnes článku 49 SFEU] zahrnuje opatření členského státu, která se i přesto, že jsou aplikována bez rozlišení, dotýkají (*affect*) přístupu na trh pro podniky z jiných členských států, a tím pádem omezují intra-komunitární obchod.²⁰¹

V rámci kapitoly o volném pohybu kapitálu byl tento závěr jasně vyjádřen v rozsudcích týkajících se tzv. *zlatých akcií* (*Golden Shares Cases*):

Článek 73b SES (dnes 63 SFEU) stanovuje obecný zákaz omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy. Tento zákaz jde nad rámec prostého odstranění nerovného zacházení na základě státní příslušnosti mezi subjekty činnými na finančních trzích.

I když posuzovaná pravidla nemusí vést k nerovnému zacházení, jsou způsobilá ztížit nabývání akcií v příslušných podnicích a odradit investory z jiných členských států od investování kapitálu do těchto podniků. Ve výsledku jsou tedy způsobilá učinit volný pohyb kapitálu iluzorním.²⁰²

Skutečnost, že články 49 a 63 SFEU se nevztahují pouze na diskriminační opatření, a že zákaz omezení v podobě nerozlišujících opatření se uplatní i v rámci svobody usazování a volného pohybu kapitálu, tedy lze považovat za jasně danou a judikatorně dostatečně podloženou. Mnohem větší nejasnosti ovšem panují ohledně toho, na základě jakých kritérií určit, zda nerozlišující opatření členského státu již představuje omezení spadající pod příslušná ustanovení SFEU. Judikatura soudu v tomto ohledu neposkytuje příliš spolehlivé vodítko. Někteří autoři poukazují na to, že zatímco v oblasti volného pohybu zboží SDEU nadále spoléhá především na kritéria typu *Keck*, není příliš ochoten obdobný test aplikovat v oblastech volného pohybu osob, služeb a kapitálu, kde se spíše přiklání k obecnějšímu testu existence překážek.²⁰³ Velká část autorů sice favorizuje test „podstatných překážek“ ve smyslu stanoviska generálního advokáta ve věci *Leclerc-Spilec*, obecný konsenzus ohledně kritérií pro určení „míry omezení“ potřebné proto, aby bylo opatření státu posuzováno jako překážka přístupu na trh, patrně neexistuje. Někteří z autorů poukazují na to, že obecná kritéria zřejmě ani stanovit nelze, neboť takové posouzení bude vždy záviset na konkrétních okolnostech případu a příslušná míra podstatného omezení musí být objasněna soudem kazuistickým způsobem.²⁰⁴

Pokud opatření členského státu představuje podstatnou překážku přístupu na trh, a z tohoto důvodu spadá pod některé z ustanovení upravující volný pohyb, nemusí podléhat zakazu, pokud členský stát prokáže, že se na něj uplatní některá z přípustných výjimek. Výjimky ze zákazu omezení na vnitřním trhu jsou dvojího charakteru. První kategorii představují výjimky stanovené přímo ve Smlouvě. Na základě doktríny pravidla rozumu podle rozsudku *Cassis de Dijon* může členský stát dále uplatnit i „nepsané výjimky“, opírající se o tzv. oprávněné požadavky (*mandatory requirements*). Seznam v úvahu přicházejících oprávněných požadavků, který SDEU uvedl v rozsudku *Cassis de Dijon*, nelze považovat za uzavřený a později byl rozšířen o další oblasti. Soud byl většinou ochoten akceptovat různé kategorie veřejného zájmu, které potenciálně mohou odůvodňovat vyluky ze základních svobod a stabilně odmítá pouze

²⁰¹ Case C-400/08 *Commission v. Spain* [2011] ECR I-1915, odst. 64.

²⁰² Case C-367/98 *Commission v. Portugal* [2002] ECR I-4731, odst. 44-45.

²⁰³ Dawes, A. Importing and Exporting Poor Reasoning: Worrying Trends in Relation to the Case Law on the Free Movement of Goods. *German Law Journal*. 2009, 8(8), s. 761-776. Autor poukazuje zejména na rozsudek *Bosman* z oblasti volného pohybu pracovníků, ve kterém soud analogii s rozsudkem *Keck* výslovně odmítl (Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL v. Jean-Marc Bosman* [1995] ECR I-4921, odst. 102-103). Příkladem, kdy soud odmítl analogii s případem *Keck* v oblasti volného pohybu služeb, je rozsudek Case C-384/93, *Alpine Investments v. Minister van Financiën* [1995], odst. 35-38. ECR I-1141, odst.

²⁰⁴ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 665, *Hindelang*, pozn. 162, s. 127.

argumenty založené na ekonomických či administrativních důvodech.²⁰⁵ Na druhé straně i opatření členských států, která jsou odůvodněna legitimním veřejným zájmem, podléhají striktnímu testu nezbytnosti. Důkazní břemeno leží na státu, který musí zejména prokázat, že dané opatření je přiměřené (*proportional*), což mimo jiné znamená prokázat, že takové opatření je nejméně restriktivním způsobem, jak dosáhnout naplnění příslušného cíle veřejného zájmu, což se členskému státu podaří spíše výjimečně.²⁰⁶

Na základě výše uvedeného tedy můžeme konstruovat určitý velmi zjednodušený model, jakým právo EU přistupuje k opatřením členských států z pohledu jejich souladu s pravidly vnitřního trhu. Uvedený model, který se pokouší o shrnutí převažujícího doktrinárního přístupu, není ani univerzálně přijímaný, ani judikaturou konzistentně uplatňovaný, nicméně pro účely této práce se jeví jako užitečný:

1. Na vnitřním trhu jsou zakázána opatření, která představují omezení volného pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu.
2. Za nepřipustná budou vždy považována opatření, která jsou otevřeně diskriminační, a to bez nutnosti dále zkoumat, zda taková opatření představují podstatnou překážku přístupu na trh. Nepřipustná jsou i opatření nepřímo diskriminující. Vzhledem k širokému pojetí nepřímé diskriminace v judikatuře SDEU může být hranice mezi nepřímou diskriminací a omezujícím opatřením s nerozlišujícím účinkem tenká.
3. Opatření s nerozlišujícím účinkem budou spadat pod příslušná ustanovení Smlouvy tehdy, pokud budou představovat podstatnou překážku přístupu na trh pro zboží, osoby, služby či kapitál z jiných členských států. Opatření s nerozlišujícím účinkem, která nepředstavují podstatnou překážku přístupu na trh, vůbec nespádají pod ustanovení Smlouvy a jsou bez dalšího povolena. Ohledně „míry omezení“, která je potřebná proto, aby opatření s nerozlišujícím účinkem spadalo pod ustanovení Smlouvy, neexistuje obecná shoda a SDEU se touto otázkou jen málokdy zabývá nad rámec konstatování, že opatření členského státu představuje překážku volného pohybu kapitálu či svobody usazování. V rozhodovací praxi se v tomto ohledu uplatňuje spíše kazuistický přístup založený na konkrétních okolnostech případu. Vzhledem ke zjevné tendenci judikatury k širokému teleologickému pojmání překážek na vnitřním trhu ovšem hraniční „míru omezení“ obecně nelze považovat za nikterak vysokou.²⁰⁷
4. Pokud opatření členského státu představuje omezení na vnitřním trhu a z tohoto důvodu spadá pod některé z příslušných ustanovení SFEU, může být přesto přípustné, a to na základě některé z výslovných výjimek stanovených v SFEU. Interpretace těchto

²⁰⁵ Scott, J. Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO. In: Barnard, C., Scott, J. (eds.). The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises. Portland, Or.: Hart Publishing, 2002, s. 269

²⁰⁶ Tamtéž.

²⁰⁷ Příkladem, opatření nespádajících pod ustanovení o volném pohybu jsou opatření vyloučená na základě testu *Keck*. Test založený na rozsudku *Keck* je ovšem v literatuře přijímán s velkou rezervou a jeho použitelnost zejména mimo oblast volného pohybu zboží je problematická. Jiným příkladem může být rozsudek *Graf* z oblasti volného pohybu pracovníků, ve kterém bylo posuzováno pravidlo rakouského pracovního práva, podle kterého zaměstnanci, který pracoval u stejného zaměstnavatele více než 3 roky, náleží odstupné, ovšem pouze v tom případě, že pracovní poměr nebyl ukončen z iniciativy zaměstnavatele. SDEU shledal, že uvedené pravidlo nebylo takové povahy, aby zaměstnanci zabránilo nebo jej odradilo od ukončení pracovního poměru za účelem vstupu do nového pracovního poměru s novým zaměstnavatelem v jiném členském státě. Účinky rakouského pravidla byly v tomto případě *příliš neurčité a nepřímé* na to, aby toto pravidlo bylo způsobilé omezit (*liable to hinder*) volný pohyb osob. 190/98 (Case C-190/98, *Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH* [2000] ECR I-493, odst. 24-25).

výjimek soudem je ovšem velmi restriktivní a členským státům se jen málokdy podaří je úspěšně uplatnit. Členský stát dále může prokázat, že omezení je odůvodněné (*justified*) dle „pravidla rozumu“ ve smyslu rozsudku *Cassis de Dijon*. Přístup soudu není zcela konzistentní, odůvodněnost omezení je ovšem zpravidla zkoumána v třístupňovém testu. Za prvé, soud zkoumá, zda opatření členského státu sleduje legitimní cíle. Následně se ptá, zda je takové opatření vhodné (*appropriate*) k dosažení deklarovaných cílů. Nakonec posuzuje, zda omezení nepřekročilo rámec toho, co je k dosažení příslušného cíle nezbytné (test *proportionality*). Zatímco soud je zpravidla ochoten akceptovat širokou škálu účelů a cílů jako legitimních, velmi striktnímu výkladu podléhá zejména požadavek na *proportionality* posuzovaných opatření.

Je ovšem nutno upozornit, že výše uvedený model odpovídá spíše přáním převažující části literatury, než že by striktně vycházel z rozhodovací praxe SDEU v oblastech práva usazování a volného pohybu kapitálu. Z existující judikatury zejména není moc patrné, že by soud vycházel z jednoznačně vymezeného a ustáleného analytického rámce a pro mnoho rozhodnutí je příznačné ne příliš důsledné rozlišování mezi diskriminací a nediskriminačními omezeními, když tyto dva testy jsou často nepřehledně směřovány.

2.2.4 Některé specifické příklady z judikatury SDEU

Judikatura SDEU v oblasti svobody usazování a volného pohybu kapitálu je velmi rozsáhlá a komplikovaná zároveň a její komplexní analýza by podstatně překročila rámec této práce. Jeví se ovšem jako vhodné podat alespoň indikativní přehled rozhodnutí SDEU v několika oblastech, které se dotýkají zahraničních investic, a z tohoto pohledu se jeví jako relevantní pro účely srovnání úpravy práva EU s typickou úpravou DPOI, aniž by ovšem byl v jakémkoli ohledu vydáván za reprezentativní.²⁰⁸

(i.) Nabývání, pozbývání a užívání majetku

Z pohledu srovnání úpravy vnitřního trhu s ochranou investic dle DPOI je zajímavá série rozsudků SDEU, které se týkají nabývání a pozbývání vlastnického práva k nemovitostem. Článek 345 SFEU, o němž bude podrobněji pojednáno v jiné části této práce (srov. část 3.4.3), stanovuje, že Zakládající smlouvy se nijak nedotýkají úpravy vlastnického práva uplatňované v členských státech. Toto ustanovení je ovšem v judikatuře vykládáno zužujícím způsobem a nebrání SDEU, aby systém úpravy vlastnického práva uplatňovaný členskými státy podroboval přezkumu s ohledem na jeho kompatibilitu se základními svobodami, zejména pokud jde o podmínky nabývání nebo pozbývání majetku. Vlastnické právo k nemovitostem může v závislosti na okolnostech spadat pod ochranu kapitoly o právu usazování, nebo kapitoly o volném pohybu kapitálu.

Nabytí nemovitosti samo o sobě nepředstavuje usazení ve smyslu článku 49 SFEU. Nicméně svoboda usazování je v judikatuře vykládána široce a její dosah se neomezuje pouze na pravidla týkající se výkonu samostatně výdělečných činností, resp. na zakládání a řízení společností a poboček, ale vztahuje se i na širokou škálu pravidel a opatření, která upravují záležitosti související s výkonem podnikání.²⁰⁹ V tomto smyslu SDEU v případě *Komise proti Řecku* uvedl, že právo nabývat, užívat a disponovat s nemovitým majetkem nacházejícím se na území členského státu je nezbytným doplňkem (*corollary, Ergänzung, complément nécessaire*)

²⁰⁸ Pro komplexnější analýzu viz např. zdroje uvedené v poznámce 162.

²⁰⁹ Např. Case 63/86, *Commission v. Italy* [1988] ECR 29.

svobody usazování.²¹⁰ Zároveň, jak bylo podrobněji popsáno výše, v případech nabytí či prodeje nemovitého majetku nerezidentem se bude jednat o pohyb kapitálu ve smyslu článku 63 SFEU.²¹¹

V rozsudku *Fearon*²¹² z roku 1984 se SDEU zabýval irským systémem umožňujícím státním orgánům provést povinný odkup zemědělské půdy od jejích soukromých vlastníků. Tento systém obsahoval výjimku, podle níž nebylo možné povinný odkup uplatnit vůči vlastníkům, kteří měli bydliště přímo na předmětném pozemku nebo v jeho bezprostředním sousedství. V případě, že byla vlastníkem právnická osoba, vztahovala se na ní výjimka pouze v případě, že tuto podmínku splňovali všichni její společníci. To ovšem nebyl případ stěžovatele, irské společnosti, jejíž společníky byli britští občané, z nichž ani jeden nesplňoval podmínku bydliště pro účely irského zákona. Irské pravidlo bylo posuzováno z hlediska souladu se svobodou usazování. Ve svém rozhodnutí SDEU uvedl, že Zakládající smlouvy nezpochybňují právo členského státu zavést systém povinného odkupu půdy, nicméně takový systém podléhá pravidlům SFEU o právu usazování, zejména pravidlu o zákazu diskriminace. Následně dovodil, že pravidlo irského práva, které pro aplikaci výjimky ze systému povinného odkupu zemědělské půdy stanovovalo kritérium bydliště na dotčeném pozemku, se vztahovalo stejným způsobem na irské občany i na státní příslušníky jiných členských států. Uvedené pravidlo tedy nebylo diskriminační a nebylo v rozporu s článkem 49 SFEU.

Rozsudek *Fearon* je poněkud poznačen tím, že je již staršího data. Při aplikaci článku 49 SFEU se SDEU zaměřil pouze na otázku, zda bylo předmětné opatření diskriminační, aniž by analyzoval, zda představovalo či mohlo představovat omezení svobody usazování. Rozsudek pouze implicitně předpokládá, že toto opatření spadalo pod článek 49 SFEU, což by podle dnešní převažující koncepce vyžadovalo posouzení z hlediska možných výjimek, patrně aplikací „pravidla rozumu“. Soud se ovšem spokojil s tím, že pravidlo nezakládalo diskriminaci, a proto jeho rozpor s článkem 49 SFEU neshledal. Dále je vhodné upozornit na skutečnost, že ačkoli bylo toto rozhodnutí vydáno v době, kdy ještě v rámci Evropského společenství nedošlo k úplné liberalizaci pohybů kapitálu, ani z dnešního pohledu by nabytí či pozbytí příslušné nemovitosti nepředstavovalo pohyb kapitálu ve smyslu článku 63 SFEU. Vlastníkem (tedy i nabyvatelem) nemovitosti nacházející se na území Irska totiž byla irská společnost. Z pohledu článku 63 SFEU by se tedy jednalo o vnitrostátní situaci. Nabytí či užívání nemovitostí ve vlastnictví stěžovatele vůbec nepředstavovalo investici ve smyslu práva EU, přičemž pod ochranu článku 49 SFEU se dostalo jen jako „doplňek“ práva usazování, jehož výkon spočíval v založení irské společnosti britskými občany.

Další rozsudky rozebírané níže se týkaly podmínek nabývání vlastnického práva k nemovitostem. Jelikož v těchto případech se jednalo o nabývání nerezidenty, soud je posuzoval podle kapitoly o volném pohybu kapitálu. V těchto rozhodnutích je patrný odklon od pouhého testu diskriminace a příklon k testu založenému na existenci překážek volného pohybu. Zároveň byla pravidla uplatňovaná členským státem (kterým bylo ve všech případech Rakousko) podrobena striktnímu testu nezbytnosti příslušné omezující legislativy z hlediska naplnění oprávněných požadavků (*mandatory requirements*), jichž se členský stát dovolával.

²¹⁰ Case 305/87, *Commission v. Greece* [1989] ECR 1461, odst. 22.

²¹¹ Lze připomenout, že investice do nemovitostí nerezidenty jsou v příloze I. směrnice č. 88/361/EHS výslovně uvedeny jako jedna z kategorií pohybu kapitálu.

²¹² Case 182/83, *Fearon & Co. Ltd v. Irish Land Commission* [1984] ECR 3677.

V rozsudcích *Konle*²¹³ a *Ospelt*²¹⁴ se jednalo o pravidla rakouského práva, která k nabytí pozemků (*Konle*), resp. k převodu zemědělských a lesních pozemků (*Ospelt*), vyžadovala získání předchozího úředního povolení. V prvním případě rakouské právo k získání takového povolení vyžadovalo, aby žadatel předložil důkaz o tom, že pozemek nebude využíván k vybudování rekreačního objektu. U cizinců bylo navíc vyžadováno splnění dalších podmínek, čemuž se ovšem žadatel mohl vyhnout, pokud prokázal, že vykonává jednu ze základních svobod podle SFEU. SDEU začal svou analýzu konstatováním, že předchozí schvalovací procedura představuje zjevné omezení volného pohybu kapitálu, a může být kompatibilní s článkem 63 SFEU pouze za určitých podmínek:

... v rozsahu, v jakém může členský stát odůvodnit svůj požadavek na získání předchozího povolení cíli územního plánování, jako je zachování (ve veřejném zájmu) stálé populace a ekonomických aktivit nezávislých na turistickém sektoru v některých regionech, omezující opatření spojená s takovými požadavky mohou být akceptována pouze tehdy, pokud nejsou aplikována diskriminačním způsobem a pokud stejný výsledek nemůže být dosažen jinými, méně omezujícími procedurami.²¹⁵

Soud tedy poté, co zjistil, že příslušné opatření spadá pod článek 63 SFEU aplikoval test „pravidla rozumu“ ve smyslu rozsudku *Cassis de Dijon*. Ačkoli uznal, že cíle územního plánování v zásadě mohou představovat oprávněné požadavky zakládající výjimku z aplikace uvedeného ustanovení, předmětná rakouská pravidla SDEU nepovažoval za přiměřený prostředek k dosažení deklarovaného účelu a konstatoval porušení článku 63 SFEU. Soud poukázal zejména na to, že příslušná pravidla nestanovovala jasné, předem seznatelné podmínky, kterými se posuzování žádostí řídilo, ponechávajíc úřadům velkou míru diskrece při rozhodování, jakož i na inherentní riziko diskriminace spojené s takovým systémem. O velmi podobný případ šlo i v rozsudku *Ospelt*. Ovšem zatímco v předchozím případě požadavek na získání předchozího úředního povolení zaváněl latentní diskriminací, zde se jednalo o skutečné opatření s nerozlišujícím účinkem. Pro získání povolení k nabytí zemědělského pozemku bylo úřady vyžadováno, aby nabyvatel na pozemku sám hospodařil a měl zde své bydliště, v opačném případě záviselo udělení příslušného povolení na úvaze správního orgánu. Žadatel, který hodlal nabývané pozemky pronajímat jiným farmářům, povolení nedostal, neboť dle úřadů by to odporovalo veřejným zájmům. Soud, ačkoli shledal, že příslušná pravidla sledovala legitimní cíle, dospěl k závěru, že uvedená podmínka přesahovala rámeček toho, co bylo nezbytné k jejich dosažení.

O mírně odlišnou situaci se jednalo v rozsudku *Burtscher*.²¹⁶ Faktické okolnosti byly poněkud složitější, nicméně v principu šlo o posouzení pravidla, které k zápisu převodu nemovitostí do katastru vyžadovalo, aby nabyvatel v předstihu předložil úřadům prohlášení obsahující některé osobní údaje, jakož i informace o zamýšleném způsobu užívání nemovitosti. Systém vyžadující předložení takového prohlášení (ačkoli se jednalo o omezení) SDEU obecně shledal jako kompatibilní s ustanoveními o volném pohybu kapitálu. Problematická byla ovšem sankce – pokud nabyvatel nepředložil prohlášení do dvou let od uzavření příslušné smlouvy, následkem bylo automatické zneplatnění celé transakce *ab initio*. Takovou sankci soud považoval za nepřiměřenou. Poté, co nastínil několik možných odlišných řešení, kterými by požadovaný účel mohl být dosažen méně drastickým způsobem (jako například vysoké pokuty), uzavřel, že sankce spočívající v automatickém zneplatnění převodu nemůže být považována za absolutně nezbytnou k zajištění splnění povinnosti předložit příslušné prohlášení. Zajímavé na tomto případě je, že soud se opřel i o argumenty připomínající zásadu ochrany práv nabytých v rovině

²¹³ Case C-302/97, *Konle* [1999] ECR I-3099.

²¹⁴ Case C-452/01, *Margarethe Ospelt v. Schlossle Weissenberg Familienstiftung* [2003] ECR I-9473.

²¹⁵ C-302/97, *Konle*, odst. 40.

²¹⁶ Case C-213/04, *Ewald Burtscher v Josef Stauderer* [2005] ECR I-10309.

soukromého práva,²¹⁷ což mírně evokuje určitou paralelu některými případy post-investiční ochrany dle dohod o ochraně investic.²¹⁸

Pod ustanovení SFEU nespádají jen pravidla týkající se užívání a dispozic s movitým majetkem. V rozsudku ve věci *Factortame II*²¹⁹ SDEU označil za inkompatibilní se svobodou usazování britská pravidla, která omezení na bázi státní příslušnosti zakládala pro registraci lodí pod britskou vlajkou. V rámci posuzování, zda na předmětný případ dopadají ustanovení SFEU o svobodě usazování, soud konstatoval, že koncept usazení ve smyslu článků 49 a násl. SFEU zahrnuje skutečný výkon ekonomické aktivity prostřednictvím pevného zřízení (*fixed establishment*) v jiném členském státě na neurčitou dobu. Registrace lodě podle soudu nemusí nutně obnášet usazení v uvedeném smyslu (např. pokud loď není určena k výkonu ekonomických aktivit, nebo je žádost o registraci učiněna jménem osoby, která není v příslušném státě usazená, ani to nemá v úmyslu). Pokud ovšem loď představuje nástroj pro výkon ekonomické aktivity, která obnáší pevné zřízení v příslušném členském státě, registrace této lodě nemůže být oddělena od výkonu práva usazení. Podmínky pro registraci lodě proto nesmí představovat překážku svobody usazování podle článků 49 a násl. SFEU. Následně již soud neměl daleko ke konstatování, že při určování podmínek pro registraci lodí musí členské státy respektovat zákaz diskriminace příslušníků jiných členských států na základě jejich státní příslušnosti. Napadená britská legislativa, která registraci lodí podmiňovala splněním kritérií státní příslušnosti, byla proto shledána v rozporu s článkem 48 SFEU, jakož i s článkem 55 SFEU. Obdobný rozpor soud shledal i u kritéria pobytu, neboť rovněž toto kritérium vede k diskriminaci na základě státní příslušnosti a není odůvodněno povahou práv a povinností spojených s registrací lodě pod příslušnou vlajkou. Naopak rozpor neshledal u podmínky, podle které musela být loď řízena a její aktivity kontrolovány z území Spojeného království, neboť tato podmínka dle soudu odpovídala konceptu usazení ve smyslu článku 49 a násl. SFEU, které předpokládá pevné zřízení na území členského státu.

(ii.) *Korporátní právo a problematika tzv. „zlatých akcií“*

Negativní integrace formou přímé aplikace základních svobod měla významné dopady na úpravu korporátního práva a na organizaci obchodních společností v členských státech. Judikatura SDEU v této oblasti zasluhuje zmínku, neboť lze říci, že se jedná o jádro unijní úpravy zahraničních investic ve smyslu práva EU.

Zprvu se pozornost zaměřovala především na vztah korporátního práva a svobody usazování. Článek 54 SFEU z pohledu možnosti výkonu práva usazení zrovnoprávňuje právnické osoby s osobami fyzickými. Výkon této svobody právnickými osobami ovšem často naráží na rozdílnou právní úpravu společností v jednotlivých členských státech.²²⁰ Judikatura se v této oblasti týkala zejména přeshraniční mobility obchodních společností. SDEU zde zaujal výrazně liberalizující postoj, když v oblasti korporátního práva zavedl zásadu vzájemného uznávání (*mutual recognition*).²²¹ Společnostem, které byly založeny a platně existují podle práva některého z členských států, nesmí hostitelský členský stát s odkazem na vlastní korporátní

²¹⁷ Jak uvedl soud: „...taková sankce radikálním způsobem zpochybňuje, bez jakéhokoliv důvodu vycházejícího z porušení použitelného hmotného práva, dohodu vyjadřující úmysl smluvních stran, a nemůže proto odpovídat požadavkům právní jistoty, obzvláště důležitým v oblasti nabývání pozemků.“ C-213/04, *Ewald Burtscher*, odst. 56.

²¹⁸ Např. *Pren Nreka v. Czech Republic*, Arbitral Award, 1 February 2007.

²¹⁹ Case C-221/89, *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1991] ECR I-3905.

²²⁰ Rada přijala v této oblasti řadu směrnic sbližujících některé aspekty práva společností. Přehled těchto předpisů je dostupný na adrese: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm

²²¹ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 784.

úpravu bránit ve výkonu práva usazení formou zřizování poboček,²²² přemístění sídla²²³ nebo přeshraniční fúze,²²⁴ a nesmí v těchto případech od zahraničních společností vyžadovat splnění přísnějších podmínek (například co se týče výše základního kapitálu, odpovědnosti statutárních orgánů apod.), než jaké se uplatní dle právního řádu členského státu, podle něhož byla příslušná společnost založena.²²⁵ To platí i v případech, kdy, společnost, která hodlá využít svobody usazení, nevykonává ve státě svého založení žádnou skutečnou činnost,²²⁶ nebo kdy je zcela ovládána občany hostitelského státu,²²⁷ což fakticky umožňuje efektivně obcházet příslušné požadavky práva hostitelského státu. Jak SDEU výslovně uvedl v rozsudku *Centros*, takovou praxi nelze považovat za zneužití práva usazování:

Za těchto podmínek skutečnost, že se státní příslušník členského státu, který si přeje založit společnost, rozhodne umístit ji v tom členském státu, jehož předpisy pro zakládání společností mu připadají méně omezující, a pak založit pobočky v jiných členských státech, nepředstavuje sama o sobě zneužití práva usazování. Právo založit společnost v souladu s právními předpisy některého členského státu a založit pobočky v jiných členských státech je totiž v rámci jednotného trhu inherentní výkonu svobody usazování zaručené Smlouvou.²²⁸

Pro úplnost je vhodné připomenout, že je potřebné odlišovat mezi tzv. primárním usazením (založení nové společnosti) a sekundárním usazením (zřizování poboček či zastoupení). Pro primární usazení platí princip národního zacházení, tedy příslušníci členských států mohou v jiných členských státech zakládat společnosti za stejných podmínek, jako občané hostitelského státu (tedy je nutno splnit podmínky práva státu inkorporace týkající se například výše základního kapitálu). Rozhodnutí jako *Centros* či *Inspire Art*²²⁹ se týkala sekundárního usazení – z těchto rozhodnutí vyplývá, že při zřizování poboček společností z jiných členských států nesmí hostitelský stát přímo po mateřské společnosti vyžadovat „dorovnání“ požadavků domácího korporátního práva (např. požadovat od zahraniční společnosti, aby za účelem zřízení pobočky zvýšila základní kapitál na úroveň požadovanou právem hostitelského státu) a musí akceptovat, že tyto korporátní náležitosti se řídí právním řádem domovského státu, což je podstatou zásady vzájemného uznávání v oblasti korporátního práva.

Nové možnosti pro kontrolu korporátního práva členských států z hlediska jeho souladu se základními svobodami přineslo úplné uvolnění pohybů kapitálu Maastrichtskou smlouvou, zejména z toho důvodu, že na rozdíl od práva usazování se volný pohyb kapitálu neuplatní pouze na investice obnášející prvek kontroly ze strany investora, ale i na investice portfoliové.²³⁰ Komise tento nový nástroj záhy využila a zaměřila se na problematiku tzv. zlatých akcií. Pojem „zlaté akcie“ představuje označení pro různá opatření a pravidla uplatňovaná členskými státy, která umožňují ponechat si určitý vliv státu v privatizovaných společnostech, například tím, že státu umožní vetovat budoucí operace znamenající změnu kontroly nad společností, nebo některá strategická manažerská rozhodnutí. Možnost státu zasahovat do záležitostí společnosti je zpravidla zabezpečena prostřednictvím zvláštních práv spojených s jeho menšinovým podílem, která mohou být přiznána zákonem či korporátními dokumenty dotčené společnosti.

²²² Case C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR, I-1459.

²²³ Case C-208/00, *Überseering* [2002] ECR I—9919.

²²⁴ Case C-411/03 *Sevic Systems* [2005] ECR I-10805.

²²⁵ Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.* [2003] ECR I-10155.

²²⁶ Case 79/85, *Segers* [1986] ECR 2375.

²²⁷ C-212/97, *Centros*.

²²⁸ C-212/97, *Centros* odst. 27.

²²⁹ Case C-167/01, *Inspire Art*.

²³⁰ Srov. *Ringe, W. Domestic Company Law and Free Movement of Capital: Nothing Escapes the European Court?* (March 20, 2010). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1295905>.

Výsledkem řízení zahájených Komisí proti jednotlivým členským státům bylo v naprosté většině případů rozhodnutí SDEU, podle kterého zvláštní práva, která si stát ponechal v privatizovaných společnostech, porušují pravidla o volném pohybu kapitálu.²³¹ Soud se nenechal přesvědčit argumenty členských států, že uvedená opatření působila nediskriminačně, a že úprava různých práv spojených s různými druhy akcií nemůže představovat omezení přístupu na trh spadající pod příslušná ustanovení SFEU.²³² Hlavním důvodem, proč soud shledal v existenci zlatých akcií rozpor s ustanovením článku 63 SFEU, byl jejich negativní vliv na zájem investorů z jiných členských o nabytí účasti v dotčených společnostech. Jak uvedl například v rozsudku ve věci *Komise proti Spojenému Království*, „i když příslušná omezení investičních aktivit platí bez rozlišení pro rezidenty i nerezidenty, přesto se dotýkají postavení osoby nabývající akcionářský podíl, a tím pádem jsou způsobilá odradit investory z jiných členských států od takové investice, a ve výsledku se tedy dotýkají přístupu na trh“. Z rozsudku ve věci *Komise proti Nizozemsku*, vyplývá, že faktorem, který může hrát roli, je i vliv opatření na cenu akcií:

Dotčené zvláštní akcie mohou mít rovněž odrazující účinek na portfoliové investice ve společnostech KPN a TPG. Pokud by totiž nizozemský stát případně odmítl schválit důležité rozhodnutí, které navrhly orgány dotčené společnosti jako rozhodnutí v zájmu této společnosti, mohlo by to ovlivnit tržní hodnotu akcií uvedené společnosti, a ovlivnit tedy atraktivitu investice do takových akcií.²³³

Pouze v jediném případě SDEU shledal, že existence zvláštních práv ve prospěch členského státu v privatizovaných společnostech nebyla v rozporu s článkem 63 SFEU. V rozsudku *Komise proti Belgii*²³⁴ se speciální práva belgického státu týkala společností provozujících soustavu vodovodů a kanalizací, resp. distribuční síť plynu. Soud v tomto případě shledal, že existence zlatých akcií ve prospěch belgického státu, ačkoli představovala omezení pohybu kapitálu, byla odůvodněna legitimním zájmem na zachování minimálních dodávek vody a plynu ve stavu nouze. Omezení, spočívající v zachování určité míry kontroly státu nad podniky v těchto strategických odvětvích sloužících veřejnému, soud shledal jako přiměřené.

(iii.) *Přímé daně*

Poněkud specifickou problematiku představuje aplikace práva usazování a volného pohybu kapitálu na oblast přímých daní. K této oblasti se vztahuje robustní masa judikatury, která je značně nepřehledná a komplikovaná. Anž bychom se zabývali jednotlivými rozhodnutími, pokusíme se načrtnout pouze určitá obecná východiska a tendence, kterými se rozhodování SDEU ubírá.

Přímé daně jsou tradičně považovány za doménu členských států, které si svou „daňovou suverenitu“ pečlivě střeží. Dosažený stupeň pozitivní integrace formou harmonizace daňových předpisů členských států je minimální. To ovšem SDEU nebránilo, aby i v této oblasti usiloval o integraci negativní.²³⁵ Specifikum daňové oblasti spočívá v tom, že vzhledem k existující daňové suverenitě si každý členský stát určuje podmínky zdaňování subjektů na svém území

²³¹ Přehled jednotlivých rozhodnutí týkajících se problematiky zlatých akcií viz: http://ec.europa.eu/internal_market/capital/framework/court/index_en.htm.

²³² Srov. např. argumentaci Spojeného království (Case C-98/01, *Commission v. United Kingdom* [2003] ECR I-4641), které se mj. odvolávalo na rozsudek *Keck*.

²³³ Joined Cases C-282/04 and C-283/04, *Commission v. Netherlands* [2006] ECR I-9141, odst. 27.

²³⁴ Case C-503/99, *Commission v. Belgium* [2002] ECR I-4809.

²³⁵ Soud svou analýzu tradičně uvozuje formulí, že „i když přímé daně spadají do pravomoci členských států, při výkonu této pravomoci musejí členské státy nicméně dodržovat právo EU“. Srov. Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* [2007] ECR I-2107, odst. 25 a reference tam uvedené.

sám, výsledkem čehož je existence 27 oddělených daňových systémů. Za této situace je takřka nevyhnutelné, že odlišná pravidla platná v jednotlivých členských státech mohou být v nejrůznějších přeshraničních situacích vnímána jako omezení práva usazování nebo volného pohybu kapitálu.²³⁶ Sporné otázky se týkají několika okruhů. První je otázka, zda je v oblasti přímých daní namísto uplatňování stejně širokého testu překážek volného pohybu, jaký soud aplikuje na opatření členských států v jiných oblastech, neboť dalekosáhlost a nepředvídatelnost tohoto přístupu může mít pro fiskální stabilitu členských států fatální důsledky. Obsáhlá judikatura se vztahuje zejména k případům, kdy daňové předpisy v souladu se zásadou teritoriality rozlišují mezi rezidentními a nerezidentními mateřskými a dceřinými společnostmi pro účely jejich společného zdanění. Druhá otázka, která s výše uvedeným úzce souvisí, zní, zda je v rámci EU přípustné dvojí zdanění subjektů, které je rovněž inherentním projevem oddělených teritoriálních daňových systémů. Za třetí, problematika dvojího zdanění je zpravidla řešena formou mezinárodních dohod o zamezení dvojího zdanění, které ovšem vzhledem ke své bilaterální povaze mohou v unijním kontextu otevřít otázku diskriminace na základě státní příslušnosti.

Přístup SDEU v oblasti přímých daní se původně nijak výrazně nelišil od jeho obecného přístupu v otázkách volného pohybu. Kombinace širokého a kazuistického testu překážek volného pohybu s restriktivním pojetím přípustných výjimek vedla v několika významných případech k výsledkům z pohledu členských států nepříznivým. Bylo tomu tak například v případě *Manninen*, kde SDEU shledal jako nepřipustné finské pravidlo, podle kterého byla finským rezidentům přiznána možnost uplatnit slevu na dani z dividend vyplácených finskými společnostmi, nikoli však z dividend majících původ v zahraničí.²³⁷ Velký rozruch vyvolalo rozhodnutí ve věci *Bosal*, v němž SDEU shledal jako nepřipustné nizozemské pravidlo, které umožňovalo nizozemským společnostem uplatnit náklady dceřiných společností pouze v případě, že tyto dceřiné společnosti rovněž podléhaly zdanění v Nizozemsku, nebo pokud náklady dceřiných společností souvisely s generováním příjmů v Nizozemsku. Ačkoli pravidlo nebylo diskriminační, dle soudu mohlo odradit nizozemské společnosti od podnikání prostřednictvím dceřiných společností založených v jiných státech.²³⁸

Rozhodnutí, jakým byl rozsudek *Bosal*, vyvolávala značnou nevoli členských států a byla předmětem ostré kritiky zejména ze strany některých daňových specialistů.²³⁹ Patrně pod tlakem členských států začal SDEU zhruba od roku 2005 v oblasti přímých daní uplatňovat shovívavější přístup, který lze ilustrovat na třech rozhodnutích.

Významným precedentem ve věci dvojího zdanění je případ známý pod označením „D“.²⁴⁰ Pan D, německý občan, který vlastnil nemovitosti nacházející se v Nizozemsku, které zde podléhaly zdanění, namítal, že mu Nizozemsko neumožnilo uplatnit z příslušné daně slevy a odpočty, které byly naopak umožněny belgickým občanům na základě smlouvy o zamezení dvojího zdanění uzavřené mezi Nizozemskem a Belgií, čímž mělo dojít k zakázané diskriminaci ve smyslu článku 63 SFEU. Je třeba zdůraznit, že namítaná diskriminace zde nespočívala v příznivějším zacházení poskytovaném vlastním státním příslušníkům, nýbrž v rozdílném zacházení poskytovaném Nizozemskem státním příslušníkům různých jiných členských států

²³⁶ Srov. *Kingston*, *The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying Internal Market Law to Direct Tax Measures*. Cambridge Yearbook of European Legal Studies. 2012, 9(1), s. 299.

²³⁷ Case C-319/02, *Manninen* [2004] ECR I-7477.

²³⁸ Case C-168/01, *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, [2003] ECR I-9409, odst. 27.

²³⁹ *Kingston*, pozn. 236, s. 301 a násl.

²⁴⁰ Case C-376/03 *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen* [2005] ECR I-5821.

(Belgie, resp. Německa). Ve své podstatě tak měl soud rozhodnout o tom, zda je součástí zákazu diskriminace podle práva EU vedle národního zacházení (*national treatment*) rovněž povinnost poskytování nejvyšších výhod (*most favoured nation*). Soud s odkazem na svou starší judikaturu připomněl, že při absenci společných pravidel mají členské státy volnost v rámci smluv o zamezení dvojího zdanění upravit hraniční určovatele za účelem rozdělení daňových pravomocí a uznal, že rozdíl v zacházení se státními příslušníky dvou členských států vycházející z takového rozdělení nemůže založit diskriminaci odporující ustanovením SFEU. Následně se zabýval otázkou, zda byla situace pana D. srovnatelná se situací jiných nerezidentů požívajících výhody zvláštního zacházení na základě smlouvy o zamezení dvojího zdanění, přičemž dospěl k závěru, že nikoli, a to s následujícím odůvodněním:

Skutečnost, že tato vzájemná práva a závazky se uplatní pouze na osoby s bydlištěm v jednom ze dvou smluvních členských států, je inherentním důsledkem smluv o zamezení dvojího zdanění. Z toho vyplývá, že poplatník s bydlištěm v Belgii se, pokud jde o daň z nemovitého majetku nacházejícího se v Nizozemsku, nenachází ve shodné situaci jako poplatník s bydlištěm mimo Belgie. Pravidlo, jako je pravidlo obsažené v čl. 25 odst. 3 belgicko-nizozemské smlouvy, není možné analyzovat jako výhodu oddělitelnou od zbytku mezinárodní smlouvy, nýbrž ve skutečnosti jako její integrální součást přispívající k její celkové vyváženosti.²⁴¹

SDEU tedy odmítl rozšířit práva přiznaná smlouvou o zamezení dvojího zdanění na státní příslušníky jiných členských států s ohledem na „celkovou vyváženost“ (*overall balance*) mezinárodní smlouvy založenou na „vzájemných právech a závazcích“ (*reciprocal rights and obligations*). Je otázkou, nakolik je toto zdůvodnění ve světle judikatury soudu v jiných oblastech přesvědčivé,²⁴² a zejména zda jej lze považovat za důkaz o neexistenci zásady nejvyšších výhod v právu EU, zejména pokud jde o oblasti odlišné od problematiky smluv o zamezení dvojího zdanění.²⁴³

Dalším příkladem vstřícnějšího kurzu vůči daňové politice členských států je rozhodnutí v ostře sledovaném případě *Marks & Spencer*.²⁴⁴ Posuzované pravidlo anglického daňového práva se týkalo možnosti odečíst z daňového základu rezidentních mateřských společností ztráty nerezidentních dceřiných společností, a nebylo nepodobné tomu, které soud označil za inkompatibilní s právem usazování v případě *Bosal*. Soud sice shledal, že pravidlo představovalo omezení článku 49 SFEU, nicméně tentokrát jej shledal jako odůvodněné legitimními cíli a zároveň jako přiměřené. Soud se ve své analýze podrobně zabýval zvláštními aspekty mezinárodního zdaňování, když uvedl, že členský stát sídla mateřské společnosti tím, že zdaňuje společnosti, které jsou rezidenty, z jejich celosvětových příjmů a společnosti, které jsou nerezidenty, výlučně z příjmů pocházejících z jejich činnosti v uvedeném státě, postupuje v souladu se zásadou teritoriality zakotvenou v mezinárodním daňovém právu a uznanou právem EU, přičemž v této souvislosti identifikoval hned několik legitimních cílů daňové politiky, které odůvodňovaly přijetí takového opatření.²⁴⁵

²⁴¹ C-376/03 *D.*, odst. 61-62.

²⁴² Kritika přístupu soudu viz např. *Kofler, G., Schindler, C.* „Dancing with Mr D”: The ECJ’s Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the “D” Case. *European Taxation*. 2005, 45(12), s. 530-540.

²⁴³ Stojí za zmínku, že soud se ve svém zdůvodnění opřel mimo jiné o dnes již neexistující článek 293 SES, podle kterého měly členské státy mezi sebou v případě potřeby zahájit jednání s cílem zajistit ve prospěch svých státních příslušníků zamezení dvojího zdanění uvnitř Společenství.

²⁴⁴ C-446/03 *Marks & Spencer plc v. David Halsey* [2005] ECR I-10837

²⁴⁵ C-446/03 *Marks & Spencer*, odst. 39. Jako příslušné legitimní cíle daňové politiky soud uvedl vyvážené rozdělení pravomocí v oblasti daní mezi členské státy, potřebu předcházet vícenásobnému započtení ztrát, či potřebu snížit riziko krácení daní přesouváním ztrát do jurisdikcí s nižší mírou zdanění.

Jako poslední lze zmínit rozsudek ve věci *Kerckhaert*,²⁴⁶ ve kterém se jednalo o ryzí příklad dvojího zdanění v důsledku existence různých daňových systémů fungujících na principu teritoriality. Pan Kerckhaert, belgický rezident, obdržel od francouzské společnosti dividendy, které byly ve Francii předmětem srážkové daně ve výši 15 %, zároveň však byly v Belgii předmětem daně z příjmu ve výši 25 %, která byla uplatňována na veškeré dividendy bez ohledu na jejich zdroj. SDEU ani v tomto případě neshledal rozpor belgického pravidla s ustanovením článku 63 SFEU. Nejdříve se pokusil odlišit případ od situací posuzovaných v dřívějších rozhodnutích (např. od rozsudku *Manninen* – viz výše). Na rozdíl od těchto případů belgická právní úprava nezavádí žádné rozlišení mezi dividendami společností usazených v Belgii a dividendami společností usazených v jiném členském státě, neboť tyto jsou zdaňovány shodnou sazbou daně z příjmů. Uvedené pravidlo soud nepovažoval za diskriminační – nepříznivé následky pro daňové poplatníky byly pouze důsledkem souběžného výkonu daňových pravomocí dvěma členskými státy. Při neexistenci relevantní úpravy na úrovni EU bylo dle soudu na členských státech, zda a v jakém rozsahu přijmou opatření nezbytná k zamezení takových situací.

Rovněž rozhodnutí v dalších věcech potvrdila obecnou změnu kurzu judikatury vztahující se k problematice přímých daní.²⁴⁷ Nový přístup soudu vyvolal v odborných kruzích smíšené reakce. Někteří specialisté na mezinárodní zdanění tento trend přivítali, slovy jedné z nich jako „nový, racionálnější a předvídatelnější přístup, který s obdivuhodnou citlivostí bere ohled na nezbytné důsledky daňové suverenity členských států“.²⁴⁸ Autoři zabývající se primárně právem EU jsou skeptičtější, když poukazují na to, že soud aprobováním dvojího zdanění jako přirozeného důsledku teritoriality daňových systémů v této oblasti zcela upustil od snahy o odbourávání dvojí regulace ekonomických aktivit,²⁴⁹ která je od vydání rozsudku *Cassis de Dijon* ztělesněna v zásadě vzájemného uznávání.²⁵⁰ Zároveň upozorňují na to, že úprava volného pohybu kapitálu a svobody usazování se nyní bez pádného důvodu rozpadla na dvě odlišné podkategorie.²⁵¹

(iv.) *Volný pohyb kapitálu ve vztahu k třetím státům*

Volný pohyb kapitálu se na rozdíl od ostatních základních svobod uplatňuje i ve vztahu k třetím státům. Znění článku 63 SFEU napovídá, že v rámci uplatňování volného pohybu kapitálu by v zásadě nemělo být rozdílu v posuzování intra-unijních situací a situací zahrnujících třetí země.²⁵² Ve skutečnosti je ovšem věc poněkud složitější. Vedle skutečnosti, že kapitola SFEU o volném pohybu kapitálu obsahuje několik dodatečných výslovných výjimek, které se uplatní výlučně ve vztahu k třetím státům, některé další limity aplikace článku 63 SFEU ve vztahu k třetím zemím vyplývají z judikatury SDEU.

Za prvé, jak bylo ukázáno výše, úprava volného pohybu kapitálu a svobody usazování se do značné míry prolínají, zejména pokud se jedná o přímé investice. Vzhledem k tomu, že svoboda usazování se na rozdíl od volného pohybu kapitálu ve vztahu k třetím zemím neuplatní, je nezbytné vymezit jejich vzájemný vztah v situacích, kdy mezi těmito svobodami dochází k průniku. Judikatura je v tomto ohledu poněkud rozporuplná. Zatímco v dřívějších rozhodnutích

²⁴⁶ Case C-513/04, *Kerckhaert and Morres*, [2006], ECR I-10967.

²⁴⁷ Reference viz *Kingston*, pozn. 236.

²⁴⁸ *Kingston*, pozn. 236.

²⁴⁹ K odstraňování dvojí regulace obecně viz *Weatherill*, pozn. 154.

²⁵⁰ *Snell*, pozn. 162.

²⁵¹ *Snell*, pozn. 162, s. 561-562.

²⁵² Srov. článek 63 odst. 1 SFEU: *V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.*

týkajících se intra-unijních situací se SDEU touto otázkou buďto vůbec nezabýval, nebo aplikoval články 49 a 63 SFEU souběžně, v novějších rozhodnutích se soud patrně čím dál tím více přiklání k výlučné aplikaci pouze jedné ze základních svobod, a to té, která má k danému případu bližší vztah, a představuje tedy svobodu primární.²⁵³ To má zásadní dopad na přímé investice z třetích zemí, neboť pokud soud rozhodne, že primární ve vztahu k předmětné situaci je svoboda usazování, taková investice zůstane zcela mimo ochranu SFEU. Přesné kritérium pro určení hranice mezi oběma svobodami zatím z judikatury nevyplývá zcela jednoznačně. Ve většině rozhodnutí soud považoval za rozhodující účel posuzovaného opatření členského státu.²⁵⁴ Jako příklad lze uvést opatření členského státu, které se z povahy věci může uplatnit pouze na případy, kdy investor vykonává na investici „rozhodující vliv“ – takové opatření bude posuzováno pouze z pohledu ustanovení článku 49 SFEU na úkor článku 63 SFEU, které se v daném případě nepoužije. Poněkud paradoxním důsledkem tohoto přístupu je, že čím významnější je investice investora z třetího státu z hlediska jeho kontroly, tím menší ochranu mu právo EU poskytuje.²⁵⁵

Další otázkou je, zda se koncepce vytvořené SDEU v intra-unijním kontextu, tj. široký teleologický výklad překážek pohybu kapitálu v kombinaci s restriktivním výkladem přípustných výjimek, stejným způsobem uplatní i na pohyby kapitálu ve vztahu k třetím zemím. Soud několikrát naznačil, že při určení rozsahu, ve kterém jsou členské státy oprávněny uplatňovat určitá omezující ustanovení týkající se pohybu kapitálu, je nutno zohlednit okolnost, že pohyb kapitálu do nebo ze třetích zemí probíhá v odlišném právním kontextu, než pohyb kapitálu uvnitř Evropské unie, a to zejména vzhledem k vyššímu stupni právní integrace mezi členskými státy.²⁵⁶ Soud tedy vychází z toho, že situace obnášející pohyby kapitálu z a do třetích zemí nejsou zcela srovnatelné s obdobnými situacemi v intra-unijním kontextu a naznačuje, že členským státům v této sféře přináležejí více volnosti.²⁵⁷

Výše uvedené tedy lze shrnout tak, že ačkoli EU přijetím Maastrichtské smlouvy (dnešním) článkem 63 SFEU jednostranně uvolnila pohyby kapitálu z a do třetích států, tento režim nelze zcela srovnávat s režimem, jenž se uplatní ve vztahu k intra-unijním investicím. Odlišnost spočívá zejména v tom, že značná část přímých zahraničních investic z třetích států bude patrně zcela vyloučena spod ochrany SFEU v důsledku konkurence ustanovení o volném pohybu kapitálu a o svobodě usazování.

2.2.5 *Obecné zásady práva EU*

Vedle základních svobod vnitřního trhu mohou ve vztahu k zahraničním investicím plnit ochrannou funkci i obecné zásady práva EU. Jedná se o zpravidla nepsaná pravidla, která SDEU

²⁵³ Srov. *Hindelang*, pozn. 162, s. 81 a násl., *Snell*, pozn. 162, s. 568 a násl., a reference tam uvedené.

²⁵⁴ Case C-446/04, *Test Claimant in the FII Group Litigation Order* [2006] ECR I-11753, odst. 36 a.násl., Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* [2007] ECR I-2107, odst. 27 a.násl. nebo 182/08, para. 40, 47 a.n. *Hindelang* ve svém novějším příspěvku ovšem upozorňuje i na rozhodnutí, v nichž se soud místo účelu opatření členského státu zaměřil spíše na povahu ekonomické aktivity a rozsah na rozsah vlivu investora na investici – např. C-284/06, *Finanzamt Hamburg-Am Tierpark/Burda GmbH* [2008] ECR I, nebo C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI)/Belgian State*, [2010] ECR I-0487. Srov. *Hindelang, S., Maydell, N.* The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots. In: *Bungenberg, M., Griebel, J.* (eds.). *International Investment Law and EU law*. Heidelberg: Springer, 2011, s. 4.

²⁵⁵ *Snell*, pozn. 162, s. 572.

²⁵⁶ C-446/04, *Test Claimant*, odst. 170, *Joined Cases C-439/07 and C-499/07 KBC Bank and Beleggen, Risicokapitaal, Beheer* [2009] ECR I-4409, odst. 72.

²⁵⁷ Pro podrobnou kritickou analýzu srov. zejména *Hindelang*, pozn. 162, s. 162 a násl.

v procesu aplikace norem práva EU postupně extrahoval z právních řádů členských států.²⁵⁸ Vynalezení konceptu základních zásad ze strany SDEU se spojuje především s ochranou základních (lidských) práv. Průkopnickým je v tomto ohledu rozsudek ve věci *Internationale Handelsgesellschaft*,²⁵⁹ v němž byla u německého ústavního soudu napadána opatření orgánů EU týkající se vývozu zboží pro jejich namítaný rozpor s německými ústavními principy a právy garantovanými jednotlivcům. SDEU shledal, že opatření přijatá orgány EU mohou být posuzována výlučně ve světle práva EU, a že platnost či účinek takových pravidel na území členského státu v žádném případě nemůže být ovlivněna námitkami, že jsou v rozporu se základními právy zakotvenými v ústavním pořádku členského státu nebo s principy jeho ústavního zřízení. Taková koncepce by ovšem bez dalšího byla pro ústavní soudy členských států pochopitelně jen obtížně akceptovatelná. SDEU proto musel vynalézt způsob, jak poskytnout ochranu základním právům i v rámci systému práva EU. V uvedeném rozsudku proto hned vzápětí dovodil, že respekt k základním právům představuje integrální součást obecných zásad práva EU, které jsou pod ochranou SDEU, a že ochrana těchto práv, která je sice inspirována ústavními tradicemi společnými členským státům, musí být zajištěna v rámci struktury a cílů Unie. Tím byly položeny základy ochrany základních práv v rámci systému práva EU. Jelikož právo EU původně žádný psaný katalog základních práv neobsahovalo, při jejich identifikaci a jejich výkladu se SDEU zpravidla inspiroval Evropskou úmluvou o lidských právech a judikaturou Evropského soudu pro lidská práva.

Vedle ochrany základních práv SDEU postupně našel řadu dalších obecných zásad práva EU, jejichž úplný seznam lze podat jen obtížně. Tridimas uvádí demonstrativní výčet základních zásad, jejichž existenci a závaznost má za potvrzenou v judikatuře SDEU: (i) právo na soudní ochranu; (ii) zásada rovného zacházení a nediskriminace; (iii) zásada proporcionality; (iv) zásada právní jistoty; (v) zásada ochrany legitimních očekávání; (vi) ochrana základních práv a (vii) právo na procesní obranu.²⁶⁰ Hranice mezi jednotlivými zásadami ovšem není stanovena nijak jasně – je patrné, že k přesahům může docházet zejména mezi širokou kategorií základních práv a některými dalšími specifickými zásadami.

Zatímco ochrana základních práv v právu EU prošla od vydání rozsudku ve věci *Internationale Handelsgesellschaft* zásadním vývojem, který vyvrcholil vytvořením vlastního katalogu v podobě Listiny základních práv EU, která byla Lisabonskou smlouvou formálně postavena na roveň pramenům primárního práva,²⁶¹ ostatní základní zásady si z větší části zachovávají povahu nepsaných pravidel. To ovšem nesnižuje jejich význam, neboť vedle interpretační funkce slouží tyto zásady jako jedno z kritérií pro přezkum aktů orgánů Unie a členských států s ohledem na jejich soulad se Zakládajícími smlouvami.

Následující výklad se nejdříve bude zabývat otázkou, v jakém rozsahu se obecné zásady práva EU uplatní na opatření členských států, a následně se zběžně podíváme na některé zásady, které mají v určitých ohledech blízko ke standardům ochrany zahraničních investic podle DPOI, a to konkrétně na zásadu proporcionality, zásadu ochrany legitimních očekávání, dále na ochranu vlastnictví, která představuje jedno ze základních práv kodifikovaných v Listině základních práv EU, a též zásadami, které se uplatní v procesní oblasti.

²⁵⁸ Tridimas, T. *The General Principles of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006, s. 5.

²⁵⁹ Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 1125.

²⁶⁰ Tridimas, T., pozn. 258, s. 6.

²⁶¹ Srov. článek 6 SEU.

(i.) *Aplikace obecných zásad na opatření členských států*

Obecné zásady práva EU zavazují především orgány EU. Nastavení určitých limitů pro činnost Unie lze považovat za jejich obecnou a typickou funkci, a v této podobě aplikace obecných zásad nezpůsobuje teoretické obtíže. Podstatně více nejasností provází hledání odpovědi na otázku, zda a v jakém rozsahu se obecné zásady práva EU mohou uplatnit na opatření členských států. V této souvislosti je vhodné učinit dvě úvodní poznámky. Ačkoli význam obecných zásad, zejména ochrany základních práv, v právu EU neustále vzrůstá, Unie není obecnou lidskoprávní organizací a SDEU nemá pravomoc přezkoumávat jakékoli akty či jednání členských států s ohledem na jejich soulad se základními právy nebo obecnými zásadami práva EU.²⁶² Obecně se tedy uznává, že v rozsahu, v jakém členské státy jednají zcela mimo rámec práva EU, nejsou těmito zásadami vázány.²⁶³ Na druhé straně lze v judikatuře SDEU pozorovat zjevnou tendenci k podstatnému rozšiřování působnosti obecných zásad i na opatření členských států a k neustálému posouvání hranice výlučně vnitrostátní právní sféry. Z judikatury SDEU lze v současné době dovodit tři základní okruhy situací, kdy jsou členské státy povinny respektovat obecné zásady práva EU.

Za prvé, členské státy jsou obecnými zásadami vázány tehdy, když implementují nebo aplikují právo EU. Bude tomu tak zejména v případě, kdy členské státy vystupují jako „prodloužená ruka“ orgánů EU (v češtině se obtížně hledá vhodný ekvivalent anglického slova *agent*), tedy například když aplikují nařízení. V rozsahu, v jakém mají možnost zvolit si konkrétní metodu implementace, přitom musí respektovat základní práva další základní zásady práva EU.²⁶⁴ To platí jak pro nařízení, tak pro směrnice, které členským státům ponechávají při konkrétním způsobu implementace mnohem širší prostor. I když například směrnice stanovuje pouze určité minimální požadavky, prováděcí legislativa musí být v souladu s obecnými zásadami práva EU i v tom rozsahu, v jakém členský stát zavádí dodatečné a přísnější požadavky, které nejsou směrnici vyžadovány.²⁶⁵

Za druhé, judikatura dovodila, že členské státy jsou povinny respektovat základní práva i tehdy, když se spoléhají na některou z výslovných či nepsaných výjimek ze základních svobod. Zásadním byl v tomto ohledu rozsudek ve věci *ERT*,²⁶⁶ v němž Řecko hodlalo uplatnit výjimku z volného pohybu služeb na základě kombinace článků 62 a 52 SFEU. SDEU dospěl k závěru, že pokud se členský stát odvolává na výslovnou výjimku stanovenou v Zakládajících smlouvách, aby zdůvodnil opatření, které může představovat překážku volného pohybu, takové opatření členského státu spadá do rámce působnosti práva EU. V důsledku toho se na opatření členského státu může některá z výslovných výjimek stanovených ve SFEU vztahovat pouze tehdy, pokud je toto opatření slučitelné s obecnými zásadami práva EU. Obdobně musí členský stát respektovat obecné zásady práva EU i tehdy, pokud se odvolává na nepsané výjimky na základě uplatňování oprávněných požadavků (*mandatory requirements*).²⁶⁷

²⁶² Srov. článek 7 SEU, který zakládá politický mechanismus nápravy pro případy, kdy existuje zřejmé nebezpečí, že některý členský stát závažně poruší základní hodnoty Unie.
v článku

²⁶³ Např. *Case 12/86 Demirel v Stadt Schwabisch Gmund*, [1987] ECR 3719, [1989], odst. 28.

²⁶⁴ Např. *Joined Cases 201/85 and 202/85, Klensch v Secrétaire d' Etat* [1986] ECR 3477, nebo často citovaný rozsudek *Case 5/88, Hubert Wachauf v Bundesamt Ernährung und Forstwirtschaft* [1989] ECR 2609.

²⁶⁵ Např. *Joined Cases C-20/00 and C-64/00, Booker Aquaculture and Another v The Scottish Ministers* [2003] ECR I-7411.

²⁶⁶ *Case C-260/89, Elleniki Radiophonia Tileorasi (ERT)* [1991] ECR I-2925.

²⁶⁷ *Case C-368/95, Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags und Vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag* [1997] ECR I-3689.

Třetí, nejméně jasnou kategorií, jsou situace, kdy členské státy jednají „v rámci působnosti práva EU“ (*within the scope of EU law*). Judikatura SDEU neposkytuje přesná kritéria, na základě kterých lze určit, kdy opatření členského státu stojí mimo rámec působnosti práva EU, a kdy již do tohoto naopak spadá. V existujících rozhodnutích je ovšem zřejmá tendence pojímat rozsah aplikace práva EU široce. Tento přístup lze demonstrovat na třech příkladech, které sice přímo nesouvisejí se zahraničními investicemi, nicméně poskytují názornou ukázkou toho, že možnosti aplikace obecných zásad na opatření členských států jsou poměrně velkorysé.

Prvním, poměrně známým příkladem, je rozsudek ve věci *Carpenter*.²⁶⁸ Paní Carpenter, státní příslušnice třetí země, se v době, kdy již překročila povolenou dobu pobytu ve Spojeném Království, provdala za britského občana, pana Carpentera, který byl usazen ve Spojeném Království, ale podstatná část jeho obchodních aktivit měla přesahy do jiných členských států, kde pan Carpenter často pracovně pobýval. Poté, co britské úřady vzhledem k porušení imigračních předpisů nařídily paní Carpenter, aby opustila zemi, paní Carpenter namítala, že na základě článku 56 SFEU o volném pohybu služeb měla odvozené právo zůstat po boku svého manžela. SDEU na tuto argumentaci slyšel. Nejdříve konstatoval, že na činnost pana Carpentera se vztahoval článek 56 SFEU, jelikož značná část jeho činnosti spočívala v poskytování služeb v jiných členských zemích. Následně shledal, že odloučení pana a paní Carpenterových by bylo způsobilo újmu jejich rodinnému životu, čímž by byly rovněž dotčeny podmínky, za nichž pan Carpenter vykonával základní svobodu poskytování služeb v jiných členských státech.²⁶⁹ Svoboda poskytování služeb se nemohla naplno uplatnit, dokud byl pan Carpenter od jejího výkonu odrazován překážkami ohledně vstupu a pobytu jeho manželky, které na ní kladl jeho domovský stát.²⁷⁰ Následně soud přistoupil k posouzení opatření britských úřadů z hlediska jejich souladu se základními právy, přičemž shledal, že rozhodnutí vyhoštění představovalo porušení práva pana Carpentera na respektování rodinného života ve smyslu článku 8 EULP.

Druhým příkladem je rozhodnutí ve věci *Karner*,²⁷¹ které se týkalo možného porušení ustanovení článku 34 SFEU rakouským předpisem zakazujícím určitou formu reklamy. Poté, na základě aplikace pravidla *Keck* SDEU dospěl k závěru, že se na dané opatření článek 34 SFEU nevztahoval, poněkud překvapivě pokračoval v analýze, zda rakouské pravidlo neporušovalo svobodu projevu. Svůj postup odůvodnil tím, že pokud vnitrostátní předpisy spadají do rámce působnosti práva EU, SDEU musí soudu členského soudu poskytnout interpretační vodítko k tomu, aby mohl posoudit, zda jsou tyto předpisy v souladu se základními právy. I když soud nakonec shledal, že k porušení svobody projevu nedošlo, není zřejmé, proč měl podle soudu tento rakouský předpis spadat do rámce působnosti práva EU, když podle jeho vlastního zdůvodnění šlo o „předpis upravující podmínky prodeje“, na který se článek 34 SFEU nevztahoval.²⁷² Z rozsudku *Karner* by patrně bylo možné dovozovat, že posuzování opatření členských států z hlediska jejich souladu s obecnými zásadami práva EU přichází v úvahu i tehdy, když opatření členského státu lze považovat za potenciální překážku volného pohybu v rámci vnitřního trhu, i když z jejich detailnějšího posouzení vyplyne, že ustanovením SFEU nepodléhá. Je zjevné, že takové kritérium představuje ztělesnění právní nejistoty, a pokud by se mělo uplatnit v širším měřítku, potenciálně neomezeným způsobem rozšiřuje pravomoc SDEU k přezkoumávání opatření členských států.²⁷³

²⁶⁸ Case C-60/00, *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279.

²⁶⁹ Podstatou námitek paní Carpenterové bylo, že její manžel mohl snadněji jezdit na služební cesty do zahraniční, pokud ona pečovala o jeho děti z prvního manželství.

²⁷⁰ C-60/00, *Carpenter*, odst. 24.

²⁷¹ Case C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v Troostwijk GmbH* [2004] ECR I-3025.

²⁷² Srov. *Tridimas*, pozn. 258, s. 336.

²⁷³ Tamtéž.

Jako třetí příklad lze uvést tři rozhodnutí SDEU týkajících se vnitrostátních pravidel členského státu, která při úpravě výpovědi z pracovního poměru diskriminovala některé pracovníky na základě jejich věku. Obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání je na úrovni EU upraven směrnicí 2000/78/ES.²⁷⁴ V případě *Mangold*²⁷⁵ byla posuzována situace, která nastala ještě před uplynutím lhůty pro transpozici uvedené směrnice. Napadená vnitrostátní opatření nicméně implementovala jinou směrnicí, a to směrnicí 1999/70/ES, jejíž ustanovení ovšem k danému případu jinak věcně neměla žádný vztah. I tato okolnost nicméně SDEU stačila k tomu, aby shledal, že na daný případ se vztahoval zákaz diskriminace na základě věku jakožto obecná zásada práva EU. O obdobný případ šlo v rozsudku *Bartsch*²⁷⁶ – ani zde ještě lhůta pro transpozici směrnice 2000/78/ES neuplynula. Na rozdíl od případu *Mangold* ovšem v tomto případě neexistoval ani žádný další akt EU, ke kterému by posuzovaná vnitrostátní legislativa měla takový vztah, který by mohl aktivizovat uplatnění obecných zásad práva EU. SDEU dovedl, že k tomu, aby opatření členského státu v takovém případě spadalo do působnosti práva EU a mohlo být posuzováno ve světle obecných zásad práva EU, musí být splněny dvě podmínky: (i) napadené opatření by muselo představovat specifickou implementaci směrnice 2000/78/ES; a (ii) lhůta pro její transpozici musela v době, kdy došlo k relevantním skutečnostem, již uplynout. Jelikož ani jedna z těchto podmínek splněna nebyla, SDEU v tomto případě neshledal dostatečnou vazbu napadeného opatření s právem EU. Konečně v případě *Kücükdeveci*²⁷⁷ k relevantním okolnostem došlo až poté, co lhůta pro transpozici směrnice 2000/78/ES uplynula. SDEU zde již dovedl, že od uvedeného data již napadená opatření členského státu spadala do rámce působnosti práva EU. Jak bylo poukázáno v literatuře, soud v tomto rozhodnutí již vůbec neoperoval s první podmínkou rozsudku *Bartsch*, totiž že by posuzovaná opatření měla implementovat směrnicí 2000/78/ES (tato podmínka by v případě *Kücküdeveci* splněna nebyla). Uvedené rozhodnutí lze tedy interpretovat i tak, že členské státy jednají v rámci působnosti práva EU, a jsou tedy vázány jeho obecnými zásadami kdykoli se při výkonu svých vlastních pravomocí se dotknou určité oblasti, která je nějakým způsobem upravena i pravidly přijatými na úrovni EU.²⁷⁸

Výše uvedené tedy lze shrnout tak, že SDEU nemá univerzální jurisdikci přezkoumávat opatření členských států s ohledem na jejich soulad se základními právy a jinými obecnými zásadami práva EU. Na druhé straně je poměrně obtížné obecně říci, jaká opatření leží mimo rámec působnosti práva EU a jaká opatření do tohoto rámce již spadají.²⁷⁹ Expanzivní přístup soudu se může v určitých ohledech rozcházet s výslovným ustanovením článku 51 Listiny základních práv EU, podle kterého jsou její ustanovení určena orgánům, institucím a jiným subjektům Unie, a dále členským státům, výhradně pokud uplatňují právo Unie. Uvedený článek rovněž výslovně stanovuje, že Listina nerozšiřuje oblast působnosti práva EU nad rámec pravomocí Unie, a nevytváří ani nemění žádnou novou pravomoc či úkol pro Unii, jak jsou tyto stanoveny v Zakládajících smlouvách.

²⁷⁴ Podrobněji viz *Editorial Comments*. The Scope of Application of the General Principles of Union Law: An Ever Expanding Union? *Common Market Law Review*. 2010, 47(6), s. 1589–1596.

²⁷⁵ Case C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*. [2005] ECR I-9981.

²⁷⁶ Case C-427/06, *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* [2008] ECR I-7245.

²⁷⁷ Case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG* [2010] ECR. I-365

²⁷⁸ *Editorial comment*, pozn. 274, s. 1594.

²⁷⁹ Např. Case C-313/99, *Mulgan and others* [2002] ECR I-5719, Case C-459/03, *Commission v. Ireland* [2006] ECR I-4635.

(ii.) *Zásada proporcionality*

Mezi obecné zásady práva EU se tradičně řadí zásada proporcionality. S uplatňováním této zásady se můžeme setkat v různých kontextech: (i) z hlediska požadavku proporcionality jsou přezkoumávány legislativní a správní akty Unie; (ii) proporcionalita představuje limit pro výkon pravomoci Unie;²⁸⁰ a (iii) proporcionalita je měřítkem pro posuzování souladu opatření členských států s právem EU. Je přitom příznačné, že SDEU používá v těchto kontextech zcela odlišný test proporcionality.

Méně intenzivnímu přezkumu z hlediska proporcionality podléhají legislativní a správní akty Unie. V těchto případech SDEU uplatňuje opatrný přístup a je připraven respektovat značnou míru diskrece orgánů Unie z hlediska stanovování politických cílů a prostředků pro jejich dosažení. Aplikuje přitom tzv. „test zjevné nevhodnosti“ (*manifestly inappropriate test*).²⁸¹ Příkladem je výrok soudu v rozsudku *Fedesa*²⁸² týkající se opatření ve věcech společné zemědělské politiky. Poté, co SDEU konstatoval, že zásada proporcionality je jednou ze základních zásad práva EU, a stručně jmenoval, co proporcionalita obnáší, následně uvedl:

Ovšem co se týče soudního přezkumu dodržení těchto podmínek je nutno uvést, že ve věcech společné zemědělské politiky má komunitární legislativa diskreční oprávnění, která odpovídají politické odpovědnosti svěřené jí Smlouvou. Z toho vyplývá, že zákonnost (legalita) opatření přijatého v této oblasti může být dotčena pouze tehdy, je-li toto opatření zjevně nevhodné s přihlédnutím k cílům, jejichž dosažení příslušný orgán sleduje.²⁸³

Soud při posuzování opatření Unie standardně operuje s pojmy jako je zjevné pochybení (*manifest error*), zneužití pravomoci (*misuse of power*), nebo zjevné překročení diskrečních oprávnění (*clear excess in the bounds of discretion*).²⁸⁴ Relativně volný test se uplatní i tehdy, kdy opatření Unie zasahuje do některého ze základních práv jednotlivce. Ačkoli soud uznává, že základní práva tvoří součást unijního právního řádu, zdůrazňuje, že tato práva nejsou absolutní a musí být nahlížena skrze svou společenskou funkci. SDEU tedy bude především posuzovat, zda přezkoumávané opatření sleduje naplnění cílů odpovídajících obecnému zájmu Unie, a zda nepředstavuje nepřiměřený a nepřijatelný zásah, který zasahuje samou podstatu chráněných práv.²⁸⁵ Tento přístup je mj. uplatňován i při aplikaci základního práva garantujícího ochranu majetku (viz dále).

Zcela odlišný test proporcionality je uplatňován při přezkumu opatření členských států, jak by ostatně mělo vyplývat již z indikativního přehledu judikatury v oblasti vnitřního trhu podaného výše. Proporcionalita opatření v těchto případech v podstatě představuje hranici mezi legálními a nelegálními omezeními volného pohybu mezi členskými státy. Intenzita přezkumu opatření členských států z hlediska jejich proporcionality je mnohem vyšší než u opatření Unie. Soud v těchto případech vychází z testu „méně restriktivní alternativy“ (*less restrictive alternative test*).²⁸⁶ Omezující opatření členského státu bude s právem EU v souladu pouze tehdy, pokud je nezbytné k dosažení legitimních cílů, a zároveň pokud tyto cíle nemohou být dosaženy méně omezujícími prostředky. Odlišný přístup k proporcionalitě v různých kontextech bývá

280 Srov. článek 5 odst. 4 SEU: „Podle zásady proporcionality nepřekročí obsah ani forma činnosti Unie rámec toho, co je nezbytné pro dosažení cílů Smluv.“

²⁸¹ *Tridimas*, pozn. 258, s. 38.

²⁸² Case C-331/88, *R v Maff ex parte Fedesa* [1990] ECR I-4023.

²⁸³ C-331/88 *Fedesa*, odst. 14.

²⁸⁴ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 551.

²⁸⁵ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 529 a reference tam uvedené.

²⁸⁶ *Tridimas*, pozn. 258, s. 148.

zdůvodňován důležitostí čtyř základních svobod v projektu evropské ekonomické integrace.²⁸⁷ Standard pro poměrování národních zájmů členských států je zde určován účelem a cíli pravidel práva EU, při jejichž interpretaci má zásada proporcionality napomáhat.²⁸⁸

(iii.) *Zásada právní jistoty a ochrany legitimních očekávání*

Mezi obecné zásady práva EU bývají řazeny i zásady právní jistoty a ochrany legitimních očekávání, které mohou připomínat některé obsahové komponenty standardu řádného a spravedlivého zacházení podle DPOI. Zatímco zásada právní jistoty slouží ve většině případů spíše jako pravidlo interpretace, namítaný zásah do legitimních očekávání představuje poměrně běžný důvod přezkumu opatření Unie.²⁸⁹ SDEU se ve své judikatuře legitimními očekáváními nejčastěji zabývá zejména v souvislosti s retroaktivním účinkem některých unijních opatření, a to především v oblasti zemědělské politiky. Základním pravidlem je, že unijní opatření by neměla působit retroaktivně, přičemž výjimky jsou přípustné jen v odůvodněných případech.²⁹⁰ K tomu je zpravidla nutné splnění dvou základních podmínek: zpětný účinek je vyžadován z hlediska účelu předmětného opatření²⁹¹ a zároveň musí být respektována legitimní očekávání dotčených osob.²⁹² Zásada ochrany legitimních očekávání se ovšem v judikatuře objevuje i v jiných kontextech, a to zejména v případech, kdy jsou legitimní očekávání ekonomických subjektů založena na existující unijní legislativě.²⁹³

Případy aplikace zásady ochrany legitimních očekávání na opatření členských států jsou méně časté. Několik rozhodnutí, o nichž referuje literatura, se týkalo retroaktivních účinků opatření členských států provádějících akty Unie v oblasti zemědělské politiky²⁹⁴ SDEU tyto případy posuzoval v zásadě obdobným způsobem, jakým postupuje u opatření přijatých orgány Unie. Další rozhodnutí se týkala případů, kdy členský stát jednotlivcům omylem vyplatil prostředky z fondů EU a následně žádal jejich vrácení,²⁹⁵ nebo případů, kdy bylo požadováno vrácení státních podpor poskytnutých v rozporu s články 107 až 109 SFEU.²⁹⁶

²⁸⁷ Craig, *De Búrca*, pozn. 153, s. 532.

²⁸⁸ Tridimas, pozn. 258, s. 193.

²⁸⁹ Tridimas, pozn. 258, s. 244 a násl.

²⁹⁰ Craig, *De Búrca*, pozn. 153, s. 533 a násl.

²⁹¹ Craig a *De Búrca* označují tuto podmínku jako „pressing Union objective“ (Craig, *De Búrca*, pozn. 153, s. 535)

²⁹² Tridimas, pozn. 258, s. 254.

²⁹³ Tridimas uvádí jako typický příklad rozhodnutí ve věci mléčných kvót *Mulder I* (Case 120/86 *Mulder v Minister van Landbouw en Visserij* [1988] ECR 2321), *Spagl* (C-189/89, *Spagl v. Hauptzollamt Rosenheim* [1990] ECR I-4539) a *Mulder II*. (Joined Cases C-104/89 and C-37/90, *Mulder et al. and Heinemann v. Council and Commission* [2000] ECR I-202). Srov. Tridimas, pozn. 258, s. 273 a násl.

²⁹⁴ Case C-313/99, *Mulligan and Others* [2002] ECR I-5719, C-459/02 *Willy Gerekens and Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola v. Luxembourg* [2004] ECR I-7315.

²⁹⁵ Jak shrnuje Tridimas, dle ustálené judikatury se vrácení těchto prostředků v rozsahu, v jakém neexistují společná pravidla, řídí právními předpisy členských států s tím, že (i) tato pravidla nesmí být méně účinná než pravidla pro vrácení dávek poskytnutých na základě vnitrostátních předpisů (požadavek ekvivalence) a (ii) vnitrostátní pravidla nesmí činit implementaci unijních pravidel prakticky nemožnou či mimořádně obtížnou (zásada efektivity). Zároveň poukazuje na to, že soud je v těchto případech připraven zaujmout poměrně vstřícný postoj k ochraně legitimních očekávání jednotlivců. Srov. Tridimas, pozn. 258, s. 289-292.

²⁹⁶ V těchto případech je postoj SDEU mnohem striktnější. Na legitimní očekávání příjemce se nemůže odvolávat členský stát, který podporu poskytl. Tato obrana je v omezené míře přípustná u příjemce podpory, ovšem pouze za existence zcela výjimečných okolností, na základě kterých mohl příjemce předpokládat, že přijatá podpora byla povolená. Srov. Tridimas, pozn. 258, s. 292 a násl.

(iv.) *Ochrana vlastnictví*

Prakticky ve stejný okamžik, kdy SDEU vynalezl koncept ochrany základních práv jako obecné zásady práva EU, dal zároveň nepochybně najevo, že mezi základní práva, která jsou předmětem ochrany, patří i právo na vlastnictví (*right to property*), a toto právo je dnes kodifikováno v článku 17 Listiny základních práv EU. Průkopnická rozhodnutí ve věcech *Nold*²⁹⁷ a *Hauer*²⁹⁸, v nichž soud formoval koncepci ochrany základních práv v rámci práva EU, se týkala právě namítaných zásahů do vlastnického práva jednotlivců, způsobených implementací a aplikací unijní legislativy. Pro tato, ale i pro další rozhodnutí, je ovšem charakteristický poměrně opatrný přístup soudu a jeho snaha o vyvažování práv jednotlivců se zájmy Unie. SDEU na jedné straně uznává, že ochrana vlastnictví patří mezi základní zásady, jimiž jsou orgány Unie i členské státy vázány, na druhé straně ovšem zdůrazňuje, že tato práva mohou být omezena v zájmu organizace společného trhu či jiných legitimních cílů. Již ve zmíněných dvou rozhodnutích to vyjádřil formulací, která se v judikatuře dodnes pravidelně opakuje: ochrana vlastnictví není absolutní, ale musí být vnímána ve světle své společenské funkce. Omezení vlastnického práva je přípustné, pokud odpovídá cílům obecného zájmu sledovaným Unií a pokud, s ohledem na tyto sledované cíle, nepředstavuje nepřiměřený a nepřijatelný zásah do samotné podstaty takto garantovaného práva (*a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of the right so guaranteed*).²⁹⁹ Faktem je, že SDEU jen zcela výjimečně dospěje k závěru, že posuzované opatření již překračuje takto nastavené limity ochrany vlastnictví, a že je z tohoto důvodu nepřipustné. Pokud ještě v roce 2006 literatura uváděla, že do té doby v žádném posuzovaném případě soud neshledal porušení práva na ochranu vlastnictví,³⁰⁰ do dnešního dne lze identifikovat pouze jedno takové rozhodnutí ve věci *Kadi a Al Barakaat*,³⁰¹ které ovšem z hlediska ochrany zahraničních investic nemá přílišnou vypovídací hodnotu.³⁰²

Zajímavým příkladem, kdy unijní legislativa poměrně výrazně zasáhla určitou skupinu ekonomických subjektů, nicméně nepředstavovala porušení jejich práva na ochranu vlastnictví, je rozsudek ve věci *Německo proti Radě*.³⁰³ Nařízení, které stanovilo nová pravidla pro alokaci kvót pro dovoz banánů z třetích zemí, mělo nepříznivý dopad na německé dovozce, kteří v důsledku nové legislativy přišli odhadem o 30 % jejich dosavadního tržního podílu. SDEU ovšem námitky Německa založené na tvrzeném porušení práva na ochranu vlastnictví odmítl, když uvedl, že žádný ekonomický subjekt si nemůže nárokovat zachování svého existujícího tržního podílu jako „majetku“, neboť tržní podíl představuje pouze momentální ekonomickou pozici určitého ekonomického subjektu, která podléhá riziku změny okolností. Podle soudu rovněž není možné za takových okolností dovozovat existenci nabytých práv nebo dokonce legitimních očekávání, že bude zachována existující situace, která nutně podléhá možným změnám v důsledku přijetí nových pravidel orgány Unie v rámci jejich diskrečních oprávnění.

²⁹⁷ Case 4/73, *J Nold KG v Commission* [1974] ECR 491.

²⁹⁸ Case 44/79, *Hauer v Land Rheinland-Pflaz* [1979] ECR 3727.

²⁹⁹ Case 4/73, *Nold*, odst. 14, Case 44/79 *Hauer*, odst. 32; Case C-280/93, *Commission v. Germany* [1994] ECR I-4873, odst. 78, z řady dalších rozhodnutí v nedávné době například *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-06351 odst. 355.

³⁰⁰ *Tridimas*, pozn. 258, s. 315.

³⁰¹ *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and Al Barakaat*.

³⁰² Jednalo se zde o opatření přijatá na základě prováděcí legislativy k rezolucím Bezpečnostní rady OSN, které ukládaly všem členským státům zmrazit finanční prostředky osob spojených s hnutím Taliban, Usámou bin Ládinem nebo organizací Al-Kaidá. SDEU v daném případě dospěl k závěru, že došlo neodůvodněnému omezení vlastnického práva stěžovatele, nicméně je zřejmé, že to souviselo především s procesní stránkou uplatňování těchto sankčních opatření.

³⁰³ C-280/93, *Commission v. Germany*.

Za pozornost stojí rovněž způsob, jak se soud vypořádal s požadavkem na proporcionalitu posuzovaných unijních opatření. Poté, co shledal, že napadené opatření sledovalo legitimní cíle (vytvoření společného trhu s banány), konstatoval, že i když k dosažení deklarovaných cílů nepochybně přicházely v úvahu i jiné prostředky, není úkolem soudu, aby místo Rady prováděl hodnocení přijatých opatření z pohledu jejich vhodnosti, pokud není prokázáno, že tato opatření nejsou k dosažení stanovených cílů zjevně nevhodná (*manifestly inappropriate*).

Jak dále ukazuje rozsudek SDEU ve věci *Bosphorus*³⁰⁴, i velmi citelný zásah do majetkových práv konkrétního subjektu může být odůvodněn významem zájmů, které omezující opatření sleduje. V posuzovaném případě irské úřady s odvoláním se na nařízení Rady, které provádělo sankce uvalené Radou bezpečnosti OSN vůči Svazové republice Jugoslávie, zabavily na letišti v Dublinu dvě letadla, která měla turecká společnost Bosphorus v pronájmu od jugoslávských aerolinií, a která tato společnost využívala k provozování charterových letů. Turecký provozovatel namítal, že účinkem uvedeného opatření bylo zmaření jeho podnikání, čímž došlo k porušení jeho práva na pokojné užívání majetku a na svobodný výkon podnikatelských aktivit. Argumentoval rovněž tím, že opatření bylo nepřiměřené vzhledem k tomu, že platby za nájem byly jugoslávskému vlastníku letadel stejně poukazovány na účet, který byl předmětem blokace, a že zabavení letadel postihlo zcela nevinný subjekt ze spřátelené země. SDEU ovšem legalitu napadeného opatření potvrdil, když poukázal především na mimořádný význam cílů nařízení, které provádělo sankce uvalené na Svazovou republiku Jugoslávie v době ozbrojeného konfliktu na území Bosny a Hercegoviny. Vzhledem k tomu, že toto opatření sledovalo cíle obecného zájmu, které byly zásadní z pohledu celého mezinárodního společenství, dle soudu uvedené opatření nemohlo být považováno za nevhodné či nepřiměřené. V souvislosti s rozsudkem *Bosphorus* je nutno zdůraznit, že okolnosti tohoto případu byly velmi specifické, přičemž z rozsudku je patrné, že mimořádně intenzivní zásah do práv stěžovatele byl akceptován právě s ohledem na okolnost, že důvodem zásahu bylo provádění sankcí Rady bezpečnosti OSN.³⁰⁵

Jelikož SDEU zpravidla neshledá, že by napadené opatření představovalo porušení práva na ochranu majetku, jen zřídka se vyjádří k otázce kompenzace. V rozsudku *Wachauf* soud naznačil, že členské státy by měly při provádění nařízení v oblasti společné zemědělské politiky v určitých odůvodněných případech poskytovat farmářům kompenzace, i když to prováděné nařízení výslovně nestanoví (v předmětném případě pokud by aplikace unijních pravidel zbavila nájemce zemědělského statku plodů jeho práce a investic vložených do najímaného statku).³⁰⁶ Nicméně v jiných případech zaujal k otázce poskytování kompenzací zdrženlivější postoj, ponechávajíc příslušnou úpravu spíše na členské státy.³⁰⁷

Výše uvedené lze shrnout tak, že SDEU sice zřetelně považuje právo na vlastnictví za součást unijního právního řádu, nicméně toto právo vykládá spíše restriktivním způsobem, ponechávajíc orgánům Unie poměrně velký prostor k uplatnění jejich diskrečních oprávnění. Jak uvádí Tridimas, judikatura nasvědčuje tomu, že určité právo náležící jednotlivci může být

³⁰⁴ Case C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Minister for Transport, Energy and Communications, Ireland and the Attorney General* [1996] ECR I-3953.

³⁰⁵ Je též vhodné uvést, že význam případu *Bosphorus* přesahuje rámec problematiky ochrany vlastnictví v právu EU. Rozhodnutí soudu a vývoj, který následoval po jeho vydání, jsou důležité také z hlediska otázky účinků mezinárodního práva a zejména rozhodnutí Bezpečnosti Rady OSN v právu EU, a dále z hlediska institucionálních vztahů mezi SDEU a Evropským soudem pro lidská práva. Srov. rozhodnutí ESLP *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, App. No. 45036/98 (ECHR, 30 June 2005).

³⁰⁶ Case 5/88, *Hubert Wachauf v Bundesamt Ernährung und Forstwirtschaft* [1989] ECR 2609, odst. 19-22.

³⁰⁷ Case C-2/92 *R v Ministry of Agriculture, ex parte Bostock* [1994] ECR I-955; nebo Joined Cases C-20/00 and C-64/00, *Booker Aquaculture and Another v The Scottish Ministers* [2003] ECR I-7411.

z podstatné části zbaveno své ekonomické hodnoty, aniž by tím došlo k nedovolenému zásahu do práva na vlastnictví.³⁰⁸ V tomto smyslu odpovídá ochrana vlastnictví v právu EU spíše mezinárodněprávní ochraně proti přímému vyvlastnění, nikoli ochraně proti různým formám vyvlastnění nepřímého, známé z judikatury arbitrážních tribunálů v investičních sporech. Dále lze konstatovat, že případy, kdy byly předmětem přezkumu SDEU s ohledem na možný zásah do práva na vlastnictví opatření členských států, se v naprosté většině případů týkaly provádění nařízení, výjimečně i směrnic.³⁰⁹ Případ, kdy by bylo z pohledu zásahu do vlastnického práva přezkoumáváno opatření členského státu spadající do širěji pojímaného rámce působnosti práva EU (viz výše), zatím nebyl zaznamenán.

(v.) *Procesní práva*

Mezi obecné zásady práva EU se řadí i některá základní procesní práva, která rovněž připomínají některé komponenty standardu řádného a spravedlivého zacházení. Tato práva bývají označována různě, a ve svém souhrnu tvoří širší kategorii procesních práv, kterou lze označit jako „právo na obranu“ (*rights of defence*),³¹⁰ nebo „právo na řádnou správu“ (*right to good administration*).³¹¹

Za jednu ze základních obecných zásad práva EU uplatňující se v procesní rovině je považováno právo být slyšen (*right to be heard*). Právo být slyšen náleží každé osobě, jejíž práva nebo zájmy mohou být relevantním způsobem ovlivněny v řízení před orgány EU,³¹² nebo v řízení před orgány členského státu jednajícího v rámci působnosti práva EU.³¹³ Jakožto jedna z obecných zásad práva EU se toto právo uplatní bez ohledu na to, zda je pro určitý konkrétní typ řízení výslovně zakotveno v pramenech primárního nebo sekundárního práva, či nikoli. Právu být slyšen odpovídá požadavek, aby osoba dotčená určitým opatřením dostala příležitost k tomu, aby mohla efektivně prezentovat svůj případ a ozřejmit svůj pohled na věc.³¹⁴ Osoba, která se tohoto práva dovolává, nemusí prokázat, že rozhodnutí příslušného orgánu by při jeho respektování bylo odlišné – stačí, že takovou možnost nelze zcela vyloučit.³¹⁵ Za těchto podmínek vede porušení uvedené zásady ke zrušení napadeného aktu.

Další z procesních zásad, která je dokonce výslovně zakotvena v Zakládajících smlouvách, je povinnost podat odůvodnění (*duty to give reasons*). Podle článku 296 SFEU musí právní akty obsahovat odůvodnění a odkazovat na návrhy, podněty, doporučení, žádosti nebo stanoviska požadovaná Smlouvami. Uvedená povinnost jde nad rámec toho, co požadují právní řady některých členských států, neboť se vztahuje na právní akty bez rozlišení a zahrnuje tedy například i akty legislativní.³¹⁶

Z judikatury SDEU lze dovodit i některé další specifické procesní zásady – uvádí se například právo na přístup ke spisu,³¹⁷ právo na právní pomoc, respektování mlčenlivosti právních poradců (*legal professional privilege*) či podmíněný zákaz sebeobviňování.³¹⁸ Poměrně

³⁰⁸ *Tridimas*, pozn. 258, s. 317.

³⁰⁹ C-20/00 and C-64/00, *Booker Aquaculture*.

³¹⁰ Např. *Tridimas*, pozn. 258, s. 370 a násl.

³¹¹ Článek 41 Listiny základních práv EU.

³¹² *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 520 a reference tam uvedené.

³¹³ K aplikaci práva být slyšen v řízeních před orgány členských států srov. *Tridimas*, pozn. 258, s. 415-417.

³¹⁴ *Tridimas*, pozn. 258, s. 386.

³¹⁵ Case C-141/08, *P Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware v Council*, [2009] ECR I-9147, odst. 94.

³¹⁶ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 523.

³¹⁷ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 521 a reference tam uvedené.

³¹⁸ *Tridimas*, pozn. 258, s. 372.

širokým a ambiciózním způsobem je většina z uvedených práv formulována v článku 41 Listiny základních práv EU. Vedle zásad známých z judikatury SDEU toto ustanovení upravuje i některá rozšiřující práva, jako je požadavek na přiměřenou lhůtu či právo obracet se na orgány Unie v jednom z oficiálních jazyků Unie a ve stejném jazyku obdržet odpověď.

Další procesní práva v rovině soudní ochrany jsou výslovně upravena v Hlavě VI Listiny základních práv, z nichž lze poukázat zejména na článek 47 (Právo na účinnou právní ochranu a na spravedlivý proces). Podle uvedeného ustanovení má každý, jehož práva a svobody zaručené právem Unie byly porušeny, právo na účinné prostředky nápravy před soudem. Každý má zejména právo, aby jeho věc byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, předem zřízeným zákonem, a každému musí být umožněno poradit se, být obhajován a být zastupován.

2.2.6 Vynucování práva EU a procesní možnosti dostupné jednotlivcům

(i.) Vtažení jednotlivce do hry – doktríny přímého účinku a nadřazenosti práva EU

Ačkoli se názory na postavení jednotlivce v mezinárodním právu různí, žádný z relevantních přístupů nepovažuje jednotlivce za plnohodnotný subjekt mezinárodního práva. Od 2. poloviny 20. století se začaly v mezinárodních smlouvách objevovat mechanismy, které jednotlivcům umožňují uplatňovat svá práva proti suverénnímu státu přímo prostředky mezinárodního práva. Nejvýznamnějším příkladem jsou samozřejmě judiciální a quasi-judiciální mechanismy ochrany lidských práv. Obdobnými rysy se ovšem vyznačuje i smíšený neboli diagonální mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem podle dohod o ochraně investic. Ve všech těchto případech se jedná o režim smluvní. Pokud příslušný mechanismus není v mezinárodní smlouvě upraven, rozsah a způsob, jakým se fyzické a právnické osoby mohou domáhat materiálních práv, které jim adresují prameny mezinárodního práva, závisí na vnitrostátním právu příslušného státu, zejména na tom, jaké postavení a účinek přiznává jeho ústavní řád mezinárodnímu právu, obzvláště mezinárodním smlouvám.³¹⁹ Porušování práv jednotlivců garantovaných mezinárodním právem sice může vést k odpovědnosti státu dle mezinárodního práva, jednotlivci ovšem obecně postrádají prostředek k jejímu přímému uplatnění vůči státu, který se porušení dopustil.

Zakládající smlouvy neobsahují mechanismus „řešení sporů“ mezi jednotlivcem a členským státem EU, který by bylo možné považovat za obdobu investiční arbitráže podle DPOI. To ovšem neznamená, že jednotlivce má v právu EU postavení pouhého objektu či destinatáře práv, jaké mu přiznávají „běžné“ mezinárodní smlouvy. Naopak, SDEU díky svému kreativnímu teleologickému přístupu vyvinul specifický a sofistikovaný model, který umožňuje jednotlivcům velmi efektivní participaci na prosazování unijního právního řádu. Základními kameny tohoto modelu jsou zásady přímého účinku unijních norem (*direct effect*) a nadřazenosti (*supremacy*) práva EU vůči právním řádům členských států. Uvedené zásady bývají dnes považovány za obecné definiční znaky práva EU.³²⁰

³¹⁹ K problematice poměru mezinárodního a vnitrostátního práva, jejich teoretických východisek (monistická a dualistická učení), jakož i praxi (aplikační monismus a aplikační dualismus) srov. blíže Malenovský, J. Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům. 5. podst. upr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2008, s. 407 a násl.

³²⁰ De Witte, B. Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order. In: Craig, P., De Búrca, G. (eds.). The Evolution of EU law. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 324.

Zásada přímého účinku vyjadřuje, zjednodušeně řečeno, že norem práva EU se jednotlivci mohou dovolávat přímo v řízení před vnitrostátním soudem, a to bez ohledu na vnitrostátní podmínky recepce mezinárodních smluv. Počátky doktríny přímého účinku sahají k slavnému rozsudku *Van Gend en Loos*,³²¹ v němž soud s ohledem na zvláštní povahu komunitárního práva jako „nového právního řádu“ dovodil, že jednotlivci se mohou dovolávat přímé aplikace článku 12 Smlouvy o založení EHS (dnes článek 30 SFEU).³²² Přímý účinek byl později rozšířen i na další ustanovení SFEU, mj. i na článek 49 SFEU, zakládající právo usazování, a poté, co 1.1.1994 vstoupila v platnost nová ustanovení SES o volném pohybu kapitálu, i na článek 63 SFEU. Obecná způsobilost k přímému účinku byla přiznána rovněž pramenům sekundárního práva EU, zejména nařízením a rozhodnutím, a, za splnění určitých podmínek, i směrnicím.³²³

Zásada nadřazenosti práva EU je ryzím produktem judikatury SDEU. Tato zásada neměla žádnou výslovnou oporu v původním znění Smlouvy o založení EHS a není výslovně zakotvena ani v Zakládajících smlouvách v jejich dnešním znění. Počátky této doktríny jsou spojeny s neméně slavným rozsudkem ve věci *Costa proti ENEL*³²⁴, v němž soud dovodil, že pravidla práva EU nemohou být podřízena právním řádům členských států a závazky členských států podle Zakládajících smluv nemohou být zpochybněny jejich pozdějšími legislativními akty. I v mezinárodním právu samozřejmě platí ustálené pravidlo, že stát nemůže své mezinárodně protiprávní chování omlouvat důvody opírajícími se o jeho vnitrostátní právo. Základní rozdíl v přístupu rozsudku *Costa proti ENEL* ovšem spočívá v tom, že se zde nejedná o přednost na mezinárodní scéně, vyvolávající případnou mezinárodněprávní odpovědnost státu, ale o přednost na úrovni vnitrostátní – SDEU se obrací přímo na soud členského státu, přičemž mu zakazuje dopustit se porušení Zakládajících smluv a přikazuje mu aplikovat normy práva EU přednostně před inkompatibilními normami práva vnitrostátního.³²⁵ Zásada nadřazenosti se projevuje ve dvou základních rovinách. Za prvé, platnost opatření přijatých orgány EU může být posuzována jedině ve světle práva EU, nikdy ne podle pravidel vnitrostátního práva, a to ani když jsou ve hře základní ústavní principy právních řádů členských států, jako je zejména ochrana základních (lidských) práv.³²⁶ Za druhé, dostane-li se jakékoli pravidlo práva EU do rozporu s jakýmkoli pravidlem vnitrostátního práva, pravidlo práva EU má vždy přednost. Soud členského státu je povinen přiznat pravidlům práva EU plný účinek a v případě rozporu nepřihlížet k inkompatibilnímu pravidlu vnitrostátního právního řádu. Přednost práva EU se projevuje v rovině aplikační – nevyžaduje se, aby bylo konfliktní ustanovení vnitrostátního práva zrušeno, v rozsahu, v jakém je v rozporu s právem EU, jej ovšem soud členského státu neaplikuje.³²⁷

³²¹ Case 26/62, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

³²² Jak upozorňuje B. De Witte, důležitost rozsudku *Van Gend en Loos* nelze shledávat ani tak ve zjištění, že určitá ustanovení Smlouvy mohou mít přímý účinek. V právních řádech mnoha států, zejména těch, které jsou postaveny na monistické koncepci vztahu mezinárodního a vnitrostátního práva, není přímý účinek norem mezinárodního práva čím neobvyklým. Zásadní přelom spojený s rozsudkem *Van Gend en Loos* ovšem spočívá v tom, otázka přímého účinku určitých ustanovení Smlouvy měla být napříště řešena na centrální úrovni Evropským soudním dvorem, nikoli soudy členských států aplikujících jejich různé vnitrostátní ústavní koncepce. Srov. *De Witte*, pozn. 320, s. 327.

³²³ S doktrínou přímého účinku jsou spojeny složité a dodnes ne zcela uspokojivě vyřešené otázky, které se týkají zejména horizontálního přímého účinku (tj. možnosti přímého účinku norem práva EU na jednání nestátních subjektů) a podmínek přímého účinku směrnic. K tomu viz blíže *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 180 a násl. Z pohledu této práce je ovšem důležité, že vertikální přímý účinek (tj. přímý účinek na opatření členských států) článků 49 a 63 SFEU, jakož i obecných zásad práva EU, je nezpochybnitelný.

³²⁴ 6/64, *Flaminio Costa v Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL)* [1964] ECR 585.

³²⁵ *De Witte*, pozn. 320, s. 329.

³²⁶ Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 1125, odst. 3.

³²⁷ Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629, odst. 21-24.

Doktríny přímého účinku a nadřazenosti práva výrazně přispěly k tomu, že jednotlivcům jsou v rámci práva EU k dispozici poměrně efektivní prostředky ochrany jejich práv. S výrazným přispěním kreativního přístupu SDEU jednotlivci aktivně participují na vynuovení pravidel práva EU, čímž se model evropské integrace výrazně odlišuje od jiných forem mezivládní spolupráce.³²⁸ Na druhé straně je nutno zdůraznit, že i přes klíčovou roli SDEU leží systém vynuovení práva EU, na rozdíl od mezinárodního investičního práva, v převážné míře na vnitrostátních soudech členských států.

(ii.) *Decentralizovaný mechanismus vynuovení práva EU a procedurální autonomie členských států*

Doktrína přímého účinku nutí soudy členských států při rozhodování jednotlivých případů aplikovat právo EU a doktrína nadřazenosti jim říká, jakým způsobem přistupovat k případům konfliktů mezi normami unijního a vnitrostátního práva. V tomto smyslu lze hovořit o materiální, hmotněprávní, rovině vynuovení práva EU. V procesní rovině se mechanismus vynuovení práva EU vyznačuje decentralizací. Jednotlivci nemají možnost obracet se s případy namítaného porušení svých práv členským státem EU přímo na SDEU, ale zůstávají odkázáni na soudy (či jiné příslušné orgány) členských států, které jsou hlavními vykonavateli unijního právního řádu.

Právo EU zároveň neobsahuje komplexní úpravu řízení před soudy členských států a nestanovuje ani konkrétní prostředky nápravy (*remedies*) pro případy porušení jeho pravidel. Tyto otázky jsou ponechány úpravě vnitrostátního práva. V tomto smyslu se hovoří o zásadě procesní autonomie členských států. Z judikatury SDEU ovšem plynou dva obecné požadavky, které musí procesní úprava členských států splňovat. Za prvé, vynuovení subjektivních práv vyplývajících z práva EU nesmí podléhat méně příznivé úpravě, než vynuovení práv vyplývajících z vnitrostátního práva (zásada ekvivalence). Za druhé, tato procesní úprava nesmí činit výkon subjektivních práv vyplývajících z práva EU prakticky nemožným (zásada efektivity). Tyto zásady v obecné rovině formuloval soud již v roce 1976 v rozsudku *Rewe*,³²⁹ jejich aktuálnější formulaci lze demonstrovat na rozsudku *Peterbroeck*:

[J]e na členských státech, aby zajistily právní ochranu, která jednotlivcům náleží v důsledku přímého účinku komunitárního práva. Pokud na komunitární úrovni neexistují odpovídající pravidla, je věcí vnitrostátního právního systému každého členského státu, aby určil příslušné soudy a tribunály a aby stanovil podrobná procesní pravidla upravující řízení ve věcech týkajících se zajištění práv jednotlivců odvozených z přímého účinku komunitárního práva. Tato pravidla ovšem nesmějí být méně příznivá než ta, kterými se řídí obdobná vnitrostátní řízení, a zároveň nesmějí výkon práv přiznaných komunitním právním řádem prakticky znemožňovat, nebo jej činit nadměrně obtížným.³³⁰

Ačkoli výše uvedená formulace se v rozhodnutích SDEU již od 70. let opakuje v téměř nezměněné podobě, judikaturní výklad jednotlivých podmínek prodělal poměrně dramatický vývoj, v němž většina literatury rozeznává tři základní etapy.³³¹ První etapa (zhruba do poloviny 80. let) bývá charakterizována značným respektem SDEU k procesní autonomii členských států. Soud se v tomto období mimo jiné vyjádřil v tom smyslu, že smluvní státy nebyly za účelem vynuovení pravidel komunitárního práva povinny vytvořit nové prostředky nápravy,

³²⁸ *De Witte*, pozn. 320, s. 358.

³²⁹ Case 33/76, *Rewe Zentralfinanz eG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989.

³³⁰ C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v. Belgian State* [1995] ECR I-4599, odst. 12.

³³¹ Blíže srov. *Dougan, M.* The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law before the National Courts. In: Craig, P., De Búrca, G. (eds.). *The Evolution of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 407 a násl. Podrobný rozbor rovněž *Craig, De Búrca*, pozn. 153, kapitola 8.

pokud jejich vnitrostátní právní řady takové prostředky neznaly (*no requirement of specific remedies*).³³² Další etapa, kterou představují rozhodnutí z přelomu 80. a 90. let, se ovšem vyznačuje mnohem intervencionistickým přístupem soudu, spočívajícím v razantním prosazování požadavku efektivity. Do tohoto období spadají rozsudky jako například *Factortame I*,³³³ podle kterého soudy členských států musí umožnit vydání předběžného opatření v případě, že se jednotlivec soudní cestou domáhá proti členskému státu ochrany svých práv přiznaných unijním právním řádem, a to i tehdy, když vnitrostátní právo takovou možnost nezná, dále *Marshall II*,³³⁴ ve kterém soud označil za nepřijatelná procesní pravidla, která v případě porušení diskriminace na základě pohlaví stanovovala horní hranici náhrady škody a neumožňovala přiznání úroků, nebo stěžejní rozsudek *Francovich*,³³⁵ podle kterého vzniká jednotlivci v případě porušení jeho práv přiznaných právem EU vůči členskému státu nárok na náhradu způsobené škody. Ve třetí etapě, která se datuje zhruba od roku 1993, soud opět zaujal poněkud zdrženlivější postoj, když vydal několik rozhodnutí, která zdánlivě popírala, resp. významně zužovala požadavky na existenci a náležitosti prostředků nápravy, které soud formuloval v předchozí etapě.³³⁶

Dnešní přístup SDEU bývá charakterizován snahou o vyvažování požadavků na efektivní soudní ochranu práv vyplývajících z unijního právního řádu na straně jedné a aplikací legitimní procesní úpravy členských států na straně druhé.³³⁷ Tento přístup se vyznačuje vysokým důrazem na konkrétní okolnosti (*context-specific balancing approach*), kdy soud je připraven brát větší ohled na význam a účel vnitrostátních procesních pravidel, a nechává členským státům větší prostor pro volbu konkrétních řešení.³³⁸ V žádném případě to ovšem neznamená, že by byly zcela opuštěny koncepce vytvořené v předchozí etapě, z nichž je z pohledu této práce významná především koncepce odpovědnosti státu za škodu způsobenou porušením práva EU (viz níže).

(iii.) *Role SDEU v procesu individuálního vynucování práva EU – institut předběžné otázky*

Jak vyplývá z výše uvedeného, cesta k prosazení individuálních práv přiznaných jednotlivci právem EU vůči členským státům vede pouze přes řízení před vnitrostátními soudy. SDEU může do tohoto řízení před soudem členského státu zasáhnout v rámci řízení o předběžné otázce podle článku 267 SFEU:

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.

³³² Case 158/80, *Rewe Handelsgesellschaft Nord v Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805.

³³³ Case C-213/89, *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1990] ECR I-2433.

³³⁴ Case C-271/91, *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367.

³³⁵ Joined Cases C-6/90 and 9/90, *Francovich and Bonifaci v Republic of Italy* [1991] ECR I-5357.

³³⁶ Jako příklady nového přístupu bývají uváděna rozhodnutí jako *Steenhorst-Neerings* (Case C-338/91 *H. Steenhorst-Neerings v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en. Huisvrouwen* [1993] ECR I-5475), *Johnson II* (Case C-410/92, *Johnson v. Chief Adjudication Officer* [1994] ECR I-5483) nebo *Sutton* (Case C-66/95, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton* [1997] ECR I-2163).

³³⁷ *Dougan*, pozn. 331, s. 418; *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 231.

³³⁸ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 241; *Dougan*, pozn. 331, s. 419. Ačkoli je tento trend obecně vnímán pozitivně, autoři zároveň upozorňují s *ad hoc* přístupem je spojena poměrně velká nejistota a nepředvídatelnost ohledně toho, která vnitrostátní pravidla budou akceptována jako legitimní a která naopak požadavku efektivity nevyhoví.

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 vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr Evropské unie.

Vztah mezi soudem členského státu a SDEU v rámci řízení o předběžné otázce je pojat jako vztah spolupráce. Pokud soud členského státu usoudí, že k vyřešení případů, který mu je předložen, je nezbytný výklad určitého pravidla práva EU, může, a v některých případech musí položit předběžnou otázku. Řízení o předběžné otázce v žádném případě nepředstavuje odvolací mechanismus – právo EU nepřiznává jednotlivcům možnost odvolat se proti rozhodnutí vnitrostátního soudu k SDEU.

Rozhodnutí položit předběžnou otázku náleží vnitrostátnímu soudu, kterému je v tomto směru přiznána značná míra diskrece. Na rozdíl od soudů nižších instancí, které mají možnost, nikoli však povinnost položit předběžnou otázku (což samozřejmě nelze směřovat s jejich povinností aplikovat právo EU),³³⁹ jsou ovšem soudy, jejichž rozhodnutí již nelze napadnout vnitrostátními opravnými prostředky, k položení předběžné otázky povinny. Pokud vnitrostátní soud, který naplňuje uvedenou definici, předběžnou otázku nepoloží, ačkoli tak učinit měl, dopustí se tím porušení práva EU, s nímž může být spojen i vznik povinnosti členského státu nahradit dotčenému jednotlivci škodu.³⁴⁰ Z uvedené povinnosti ovšem existují výjimky. Soud členského státu není povinen položit předběžnou otázku v případě, kdy na stejnou otázku již soud minulosti odpověděl v rámci jiného rozhodnutí,³⁴¹ nebo pokud existuje dřívější judikatura, která se sice nevztahuje k identickému předmětu řízení a neodpovídá na identické otázky, nicméně z těchto rozhodnutí vyplývá řešení předmětné právní otázky (*point of law in question*).³⁴² Posledně uvedený případ je označován jako doktrína *acte clair* a poskytuje vnitrostátním soudům poměrně široký prostor k dispozici s řešenými případy, neboť je v zásadě na jejich rozhodnutí, zda v daném případě vzhledem k existující judikatuře shledají jako nezbytné položit předběžnou otázku, nebo případ vyřeší bez asistence SDEU. Nicméně i v samotném rozhodnutí SDEU ve věci *CILFIT*³⁴³, které je základem této doktríny, soud pro její uplatnění stanovil poměrně přísné podmínky. Vnitrostátní soud je zbaven povinnosti položit předběžnou otázku pouze tehdy, pokud je postaveno na jisto, že otázka, která v rámci řízení vyvstala, je buďto irelevantní, nebo že již byla ze strany SDEU vyložena, nebo že je správná aplikace práva EU natolik zřejmá, že zde v tomto ohledu není prostor po žádné důvodné pochybnosti.³⁴⁴ Vytvořením doktríny *acte clair* se unijní právní řád do určité míry odklonil od původního modelu spolupráce mezi SDEU a vnitrostátními soudy při řešení konkrétních případů a více se přiblížil k soudnímu systému založenému na precedentech, což přenáší větší odpovědnost za správnou aplikaci práva EU na soudy členských států.³⁴⁵

V rámci řízení o předběžné otázce je úlohou SDEU poskytovat výklad norem práva EU (eventuálně rozhodovat o platnosti sekundární legislativy). Soudu naopak nepřínáleží

³³⁹ SDEU v rozsudku *Cartesio* ovšem potvrdil možnost soudů nižších instancí klást předběžné otázky, třebaže rozhodnutí těchto soudů mohou být v rámci řízení o vnitrostátních opravných prostředcích soudy vyšších stupňů následně zrušena či změněna. Case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, [2008] ECR I-9641, odst. 98.

³⁴⁰ Case C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239.

³⁴¹ Joined cases 28–30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Nederlandse Belastingadministratie* [1963] ECR 31.

³⁴² Case 283/81 *CILFIT v Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

³⁴³ Case 283/81 *CILFIT*.

³⁴⁴ Case 283/81 *CILFIT*, odst. 21.

³⁴⁵ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 475 a násl.

rozhodovat o platnosti norem vnitrostátního práva,³⁴⁶ ani o skutkových otázkách vznesených v rámci podkladového řízení, ani mu nepřísluší uplatňovat právo EU na skutkový stav, o který se jedná v podkladovém řízení.³⁴⁷ To by v zásadě mělo odpovídat rozdělení úkolů mezi SDEU a soudy členských států – zatímco SDEU normy práva EU interpretuje, soudy členských států tuto interpretaci aplikují na konkrétní skutkový stav. Praxe ovšem ukazuje, že SDEU je často připraven odpovídat na otázky soudů členských států velmi detailním způsobem, který příslušnému vnitrostátnímu soudu nenechává prakticky žádný prostor k vlastní aplikaci a v podstatě z něj činí pouze vykonavatele rozhodnutí SDEU.³⁴⁸ Rozdíl mezi interpretací práva EU a jeho aplikací se tak do značné míry stírá.

(iv.) *Odpovědnost členského státu za škodu způsobenou porušením práva EU*

I když SDEU v rozhodnutí *Rewe* v roce 1981 uvedl, že SES nevyžaduje od členských států zavedení nových prostředků nápravy (*no new remedies*),³⁴⁹ a na této premise formálně setrvává dodnes,³⁵⁰ ve skutečnosti z mnoha jeho rozhodnutí vyplynul požadavek, aby byl jednotlivcům v případě porušení práva EU ze strany členského státu k dispozici určitý konkrétní nárok či prostředek nápravy. Patrně nejvýznamnějším příkladem je koncepce odpovědnosti státu za škodu způsobenou porušením práva EU.

Existenci odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou jednotlivci v důsledku porušení práva EU SDEU poprvé dovodil v rozsudku *Francovich*,³⁵¹ který se týkal porušení ze strany Itálie spočívajícího v neprovedení směrnice. Soud uvedl, že plný účinek unijních pravidel by byl ohrožen, a ochrana práv, které tato pravidla přiznávají, by byla oslabena, pokud by jednotlivcům nebylo umožněno dosáhnout náhrady škody v případech porušení jejich práv ze strany členského státu. Zásada odpovědnosti státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením práva EU je dle soudu inherentní systému Zakládajících smluv (*inherent to the system of the Treaty*). Uvedená koncepce byla dále rozvinuta v rozsudku ve věci spojených případů *Brasserie du Pêcheur a Factortame III*, kde soud odpovědnost členského státu za škodu uvedl do kontextu mimosmluvní odpovědnosti Unie, která je výslovně zakotvena v článku 340 SFEU:

27. Vzhledem k tomu, že Smlouva neobsahuje žádné ustanovení, které by výslovně a přesně upravovalo důsledky porušení práva Společenství členskými státy, je věcí Soudního dvora, aby při výkonu svého poslání zajišťoval dodržování práva při výkladu a provádění Smlouvy, které mu ukládá článek 164 Smlouvy [*dnes článek 19 odst. 1 TEU*], rozhodl tuto otázku v souladu s obecně uznávanými metodami výkladu, zejména s odvoláním na základní zásady právního systému Společenství a popřípadě na obecné zásady společné pro právní řády členských států.

28. Ostatně právě obecné zásady, které jsou společné právním řádům členských států, jsou v druhém pododstavci článku 215 Smlouvy [*dnes článek 340 SFEU*] uvedeny jako základ mimosmluvní odpovědnosti Společenství za škodu způsobenou jeho orgány nebo jeho zaměstnanci při výkonu jejich funkcí.

29. Zásada mimosmluvní odpovědnosti Společenství, výslovně stanovená článkem 215 Smlouvy [*dnes článek 340 SFEU*], je pouze výrazem obecné zásady, kterou uznávají právní řády členských států, podle níž protiprávním konáním nebo opomenutím vzniká povinnost nahradit způsobenou škodu. Toto

³⁴⁶ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 444.

³⁴⁷ Informativní sdělení o zahajování řízení o předběžné otázce vnitrostátními soudy (2011/C 160/01), 28.5.2011.

³⁴⁸ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 473-474.

³⁴⁹ Case 158/80, *Rewe Handelsgesellschaft Nord v Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805

³⁵⁰ Z novějších rozhodnutí např. Case C-432/05 *Unibet (London) and anor v Justitiekanslern* [2007] ECR I-2271, odst. 40-41.

³⁵¹ Joined Cases C-6/90 and 9/90 *Francovich and Bonifaci v Republic of Italy* [1991] ECR I-5357.

ustanovení také odráží povinnost veřejných orgánů nahradit škodu způsobenou při výkonu jejich funkcí.³⁵²

Princip odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou porušením je tak dle soudu odrazem zásad společných právním řádům členských států, které jsou v Zakládajících smlouvách zhmotněny v konceptu mimosmluvní odpovědnosti Unie podle článku 340 SFEU.³⁵³ Na obdobných základech, na jakých je konstruována odpovědnost Unie, je pak nutno konstruovat i odpovědnost členských států, i když ta není v Zakládajících smlouvách zakotvena výslovně.

Podmínky vzniku odpovědnosti členského státu za škodu způsobenou porušením práva EU jsou dle judikatury následující: (1) cílem porušené právní normy je přiznání práv jednotlivcům; (2) porušení je dostatečně závažné; a (3) existuje přímá příčinná souvislost mezi porušením ze strany členského státu a škodou způsobenou dotčeným osobám.³⁵⁴

První z uvedených podmínek (přiznání práv jednotlivcům) lze v zásadě ztotožnit s podmínkami pro přímý účinek určité normy práva EU. V případě druhé podmínky (dostatečná závažnost porušení) SDEU shledává analogii s odpovědností Unie podle článku 340 SFEU. Rozhodujícím faktorem při posuzování závažnosti porušení je míra diskrece, jakou členský stát disponuje při jednání, které spadá do rozsahu působnosti práva EU. Pokud například právo EU ukládá členskému státu povinnost dosáhnout určitý konkrétní výsledek, nebo mu ukládá specifickou povinnost jednat či se určitého jednání zdržet, míra diskrece členského státu je nízká a porušení příslušné povinnosti členským státem bude zpravidla považováno za závažné. Typickým příkladem je případ, kdy stát neprovede ve stanovené lhůtě směrnici a nezabezpečí výsledek, jehož má být jejím provedením dosaženo.³⁵⁵ Pokud ovšem členskému státu náleží při přijímání určitého opatření široká míra diskrece, porušení bude považováno za dostatečně závažné pouze tehdy, pokud členský stát zjevně a závažným způsobem překročil meze svého diskrečního oprávnění (*manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion*).³⁵⁶ Úplný a spolehlivý test závažnosti porušení neexistuje. Nicméně mezi faktory, které má příslušný soud brát v úvahu, patří především stupeň jasnosti a přesnosti porušené normy, rozsah prostoru pro uvážení, který tato norma ponechává orgánům členského státu, úmyslná či neúmyslná povaha spáchaného protiprávního jednání a vzniklé škody, omluvitelnost či neomluvitelnost případného nesprávného právního posouzení, otázka, zda k opomenutí členského státu mohlo přispět chování orgánu Unie a přijetí nebo zachovávání vnitrostátních opatření nebo zvyklostí, která jsou v rozporu s právem EU.³⁵⁷ Splnění třetí podmínky (existence příčinné souvislosti) je na posouzení vnitrostátního soudu.³⁵⁸

Zatímco SDEU v rozsudku *Brasserie du Pêcheur* stanovil základní rámcové podmínky pro vznik odpovědnosti členského státu za škodu, konkrétní podmínky vzniku odpovědnosti a její obsah se nadále do značné míry řídí vnitrostátním právem. Řízení o náhradu škody proti

³⁵² Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* [1996] ECR I-01029.

³⁵³ Článek 340 pododstavec 2 SFEU zní následovně: „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.“

³⁵⁴ Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*, odst. 51.

³⁵⁵ Srov. Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*, odst. 46.

³⁵⁶ Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*, odst. 55.

³⁵⁷ Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*, odst. 56.

³⁵⁸ Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*, odst. 65. Někdy se ovšem SDEU nezdráhá přímo se vyjádřit k existenci příčinné souvislosti v konkrétním posuzovaném případě. Srov. např. C-319/96 *Brinkmann Tabakfabriken GmbH v Skatteministeriet* [1998] ECR I-5255, odst. 29.

členskému státu probíhá před vnitrostátním soudem, přičemž vnitrostátním právem se bude řídit posuzování takových otázek, jako jsou lhůty pro uplatnění nároků, příčinná souvislost, výpočet výše náhrady či možnost jejího snížení.³⁵⁹ Právo EU v tomto ohledu nastavuje pouze určité limity, spočívající v nutnosti vyhovět požadavkům ekvivalence a efektivity.

Praxe ukazuje, že právní řády členských států se někdy jen obtížně vyrovnávají s přijímáním koncepcí, které jsou jim cizí. Doktrína odpovědnosti za škodu způsobenou porušením práva EU se uplatní v případě porušení způsobeného v zásadě kterýmkoli orgánem členského státu, včetně orgánů zákonodárných nebo nejvyšších soudních instancí (například v rozsudku *Köbler*³⁶⁰ SDEU rozhodl, že odpovědnost členského státu za škodu může vzniknout i v případě, kdy vnitrostátní soud nejvyššího stupně nepoloží v rozporu s článkem 267 SFEU předběžnou otázku). Právní řády některých členských států odpovědnost státu za škodu způsobenou akty zákonodárce nebo rozhodnutími nejvyšších soudních instancí původně neznaly. Itálie například v reakci na uvedený vývoj přijala zákon, který vylučoval odpovědnost státu za škodu v případech, kdy porušení práva EU způsobené rozhodnutím soudů poslední instance bylo důsledkem určitého právního výkladu nebo hodnocení skutkového stavu a důkazů, a který omezoval odpovědnost státu za škodu pouze na případy úmyslného zavinění nebo zneužití úřední moci. Není velkým překvapením, že SDEU v rozsudku *Traghetti del Mediterraneo*³⁶¹ shledal, že zákon, který takovým způsobem omezuje odpovědnost členského státu za škodu, je v rozporu s právem EU. Jiným příkladem je Rakousko, kde se tamější ústavní soud v reakci na rozsudek *Köbler* sám prohlásil za příslušný za rozhodování o odpovědnosti státu za porušení práva EU způsobené legislativními akty či rozhodnutími nejvyšších soudních instancí, nicméně ve své rozhodovací praxi prokazuje velkou nevoli k uznávání odpovědnosti státu v konkrétních případech.³⁶² Jako další příklad může posloužit i Česká republika, kde odpovědnost státu za porušení práva EU není zákonem zvlášť upravena. Odpovědnost státu způsobenou výkonem veřejné moci sice upravuje zákon č. 82/1998 Sb., ten ovšem omezuje odpovědnost za akty soudní moci na případy, kdy bylo rozhodnutí soudu zákonem předepsaným způsobem zrušeno, přičemž na odpovědnost za škodu způsobenou legislativní činností se tento zákon nevztahuje vůbec.³⁶³ Až donedávna v této věci neexistovala ani žádná relevantní judikatura a žalobce domáhající se náhrady škody proti České republice byl v případě uplatňování svého nároku u českého soudu nucen svěst náročný souboj s existujícím psaným právem a s jeho dosavadním soudním výkladem.³⁶⁴ Částečné vyjasnění přinesl teprve nálezný Ústavního soudu ČR sp. zn. IV. ÚS 1521/10 z roku 2011, z něhož lze citovat následující pasáž (autorsky zkráceno):

Odpovědnost za škodu způsobenou porušením evropského práva nelze sice směřovat s odpovědností za škodu způsobenou nesprávným úředním postupem, rovněž ale není možné celou věc uzavřít jen lakonickým konstatováním o rozdílnosti obou konceptů odpovědnosti. Za této situace, kdy je Česká

³⁵⁹ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 251.

³⁶⁰ Case C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239.

³⁶¹ Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA v Italy* [2006] ECR I-5177.

³⁶² *Potacs, M.* Changes of Austrian State Liability under the Influence of European Law. Přednáška na mezinárodní konferenci *The Liability of Member States for Infringement of European Union Law*, konané ve dnech 17. a 18. března na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze. Názornou ilustrací tohoto přístupu je skutečnost, že ani panu Köblerovi nakonec nebyla rakouskými soudy přiznána žádná náhrada.

³⁶³ Podle rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. ledna 2007 sp. zn. 25 Cdo 1124/2006 „...nelze proces přijímání zákonů hlasováním v Poslanecké sněmovně či Senátu považovat za úřední postup ve smyslu § 13 zák. č. 82/1998 Sb. a - pokud pravidla jednacího řádu Poslanecké sněmovny nebo Senátu byla zachována - už vůbec nelze uvažovat o soudní kontrole, zda výsledek hlasování je správný či nesprávný“. Je ovšem nutno dodat, že toto rozhodnutí se netýkalo možného rozporu normativního aktu s právem EU.

³⁶⁴ V českých realitách se žalobce navíc musí vypořádat s velmi rigidním uplatňováním procesní teorie tvrzení a důkazu, která v praxi způsobuje, že ve složitějších případech je prokázání škody a příčinné souvislosti pro žalobce často takřka nespílitelným úkolem.

republika demokratickým právním státem, dodržujícím závazky, které pro něj vyplývají z mezinárodního práva (srov. čl. 1 odst. 2 Ústavy České republiky), nemůže na plnění závazků plynoucích z mezinárodního (tzn. i evropského) práva rezignovat jen proto, že na národní úrovni výslovná právní úprava umožňující dovolávat se vůči České republice odpovědnosti za škodu způsobenou porušením závazků, k nimž se sama a otevřeně hlásí, neexistuje.

Je povinností obecných soudů, zejména pak soudu Nejvyššího, aby vykládal zákon o odpovědnosti státu a konstruoval jeho vztah k systému odpovědnosti v rámci práva Evropské unie. Při tomto výkladu však nemůže postupovat svévolně, přičemž svévolným postupem bude i absence řádného vysvětlení, jak a proč zvolené řešení konvenuje účelu unijní právní normy.

Z ústavněprávního hlediska lze akceptovat oddělení systému odpovědnosti za škodu způsobenou porušením práva Evropské unie od systému vnitrostátního, existujícího na základě zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem, jak to ve své judikatuře činí i Nejvyšší soud. Analogicky např. Ústavní soud ve stanovisku pléna sp. zn. Pl. ÚS-st. 27/09 ze dne 28. 4. 2009 dovedl relativní autonomii režimu náhrady za nucené omezení vlastnického práva ve veřejném zájmu, na kterou vzniká nárok přímo z čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod. Jelikož toto ustanovení „samo o sobě neobsahuje žádnou bližší úpravu celé řady praktických otázek, jako kupř. u kterého státního orgánu je nutno nárok uplatnit, v jakých lhůtách apod.“, uvedl Ústavní soud, že „[v] tomto směru je nutno postupovat analogicky podle předpisu svým obsahem a účelem nejbližšího, kterým je [zákon č. 82/1998 Sb.]“.

Ovšem i v případě, kdy Nejvyšší soud takovou výkladovou variantu zvolí, se musí vypořádat s argumentací stěžovatelky, která se domáhá náhrady za škodu, kterou podle svých tvrzení utrpěla v důsledku porušení práva Evropské unie ze strany orgánů České republiky, a kterou vznesla jak před odvolacím soudem, tak před soudem dovolacím. Pokud tak Nejvyšší soud neučiní, porušuje limity vymezené v nálezu sp. zn. II. ÚS 1009/08.

Jakkoli nález Ústavního soudu situaci průlomovým způsobem vyjasňuje a jeho otevřený přístup je jednoznačně nutno uvítat, zároveň je zřejmé, že uplatňování nároků na náhrady škody způsobené porušením práva EU jednotlivci proti České republice nebude ani nadále nikterak jednoduché.

Odpovědnost členského státu za škodu způsobenou porušením práva EU tak lze považovat za teoretický koncept, jehož praktické uplatnění bude často narážet na významné bariéry kladené vnitrostátními právními řády, a jehož efektivitu z pohledu jednotlivců lze prozatím přes veškerou snahu SDEU do značné míry považovat za problemickou.

(v.) Přezkum opatření Unie a odpovědnost Unie za škodu způsobenou jednotlivci

Pro úplnost je vhodné alespoň velmi stručně pojednat i o možnostech obrany, které má jednotlivec proti zásahům ze strany samotné Unie. Tato problematika se rozpadá na dvě základní otázky – první z nich se týká možností a důvodů přezkumu legality aktů Unie, druhá se týká možností jednotlivce dosáhnout náhrady škody.

Přezkum aktů Unie je možné docílit dvěma základními způsoby. Prvním je přímá žaloba k SDEU podle článku 263 SFEU. Podmínky, za kterých může tuto žalobu podat jednotlivec, jsou stanoveny ve čtvrtém pododstavci. Fyzické a právnické osoby mohou podávat zejména žaloby proti aktům, které jsou jim přímo určeny. V případě, že akt Unie není určen přímo konkrétní fyzické nebo právnické osobě, je žaloba přípustná pouze tehdy, pokud se jí daný akt bezprostředně a osobně dotýká. Tato podmínka je ze strany SDEU vykládána mimořádně restriktivně. Soud doposud užívá test založený na rozsudku *Plaumann*,³⁶⁵ který vyžaduje, aby žalobce prokázal, že se ho určitý akt dotýká z důvodu určitých specifických vlastností žalobce, nebo že existují okolnosti, které žalobce odlišují od všech jiných osob, a z důvodu těchto

³⁶⁵ Case 25/62 *Plaumann & Co v Commission* [1963] ECR 95.

odlišujících vlastností či okolností se příslušný akt dotýká právě jeho.³⁶⁶ Striktní uplatňování testu *Plaumann* v praxi učinilo přímé žaloby jednotlivců k SDEU na neplatnost aktů Unie v případech, kdy příslušný akt není adresován přímo žalobci, téměř nemožnými, za což soud sklízí značnou kritiku.³⁶⁷ Další okruh případů, kdy bude přípustná přímá žaloba jednotlivce k SDEU, byl do článku 263 SFEU přidán Lisabonskou smlouvou. Podle nově vložené pasáže pododstavce 4 by měly být přípustné i žaloby proti právním aktům s obecnou působností (*regulatory acts*), které se žalobce bezprostředně dotýkají, a které nevyžadují přijetí prováděcích opatření. V těchto případech by nemělo být vyžadováno, aby se příslušný akt žalobce bezprostředně a osobně dotýkal ve smyslu testu *Plaumann*. Skutečný dopad této změny ovšem ukáže až čas.

Druhý způsob, jak může jednotlivec dosáhnout prohlášení aktu Unie za neplatný, představuje řízení před vnitrostátním soudem ve spojení s řízením o předběžné otázce podle článku 267 SFEU. V rámci řízení o předběžných otázkách totiž SDEU nepodává jen výklad Základajících smluv a aktů přijatých orgány Unie, ale rozhoduje i o platnosti těchto aktů (článek 267(1)(b) SFEU). Při restriktivním pojetí aktivní legitimace k podávání žalob podle článku 263 SDEU tak řízení před vnitrostátním soudem zpravidla představuje pro jednotlivce schůdnější cestu, jak napadat platnost nařízení, směrnic, nebo rozhodnutí orgánů Unie. Soud členského státu má možnost žalobní důvody týkající se neplatnosti aktu Unie odmítnout sám, i bez položení předběžné otázky. Není ovšem v jeho pravomoci, aby prohlásil akt Unie za neplatný, neboť tato pravomoc náleží výlučně SDEU.³⁶⁸ Pokud má tedy vnitrostátní soud o platnosti aktu Unie pochybnosti, musí se s touto otázkou obrátit na SDEU.

Důvody přezkumu aktů Unie jsou uvedeny v článku 26 pododst. 2. Patří mezi ně nedostatek příslušnosti, porušení podstatných formálních náležitostí, porušení Základajících smluv nebo jakéhokoli právního předpisu týkajícího se jejich provádění a zneužití pravomoci. Častým a typickým důvodem pro zrušení aktu Unie je rozpor s některou z obecných zásad práva EU, o nichž bylo pojednáno výše.

Konečně v některých případech může Unie odpovídat jednotlivcům za škodu způsobenou protiprávními zásahy do jejich práv, což je výslovně zakotveno 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.

Odkazem na zásady společné právním řádům členských států ponechává toto ustanovení SDEU široký interpretační prostor. Základním předpokladem pro vznik odpovědnosti Unie je, že akt přijatý jejími orgány je protiprávní (*illegal*), což zjednodušeně znamená, že je v rozporu s ustanoveními Základajících smluv, s nadřazeným právním aktem Unie či s obecnými zásadami práva EU.³⁶⁹ Není ovšem nezbytné, aby byl protiprávní akt Unie nejdříve příslušným způsobem zrušen. O nároku na náhradu škody je vedeno samostatné řízení podle článku 268

³⁶⁶ V rozsudku *Plaumann* soud odmítl přípustnost žaloby proti rozhodnutí Komise týkající se cla na dovoz mandarinek z třetích zemí, kterou podal jeden z německých dovozců. Soud to odůvodnil tím, že napadené rozhodnutí se týkalo žalobce jakožto dovozce mandarinek, tedy z důvodu podnikatelské činnosti, která může být provozována v jakoukoli dobu jakýmkoli jiným subjektem, což soud nepovažoval za vlastnost, která by byla ve vztahu k žalobci dostatečně odlišující pro založení jeho aktivní legitimace.

³⁶⁷ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 494 a násl.

³⁶⁸ Informativní sdělení o zahajování řízení o předběžné otázce vnitrostátními soudy (2011/C 160/01), 28.5.2011.

³⁶⁹ *Craig, De Búrca*, pozn. 153, s. 559-600.

SFEU, v rámci něhož SDEU posoudí legalitu aktu Unie jako jeden z předpokladů pro vznik takového nároku.³⁷⁰

Samotná protiprávnost aktu Unie ovšem není dostatečným předpokladem pro vznik nároku na náhradu škody. SDEU vyžaduje, aby porušení nadřazeného pravidla práva EU bylo dostatečně zjevné (*sufficiently flagrant*).³⁷¹ Zatímco dřívější rozhodovací praxe toto kritérium konstruovala úzce a pro jednotlivce bylo velmi obtížné se žalobou na náhradu škody proti Unii uspět, v novější judikatuře je zjevný trend posuzovat odpovědnost Unie v zásadě stejným způsobem, jako odpovědnost státu za porušení práva EU.³⁷² Rozhodující tedy bude míra diskrece, jakou orgán Unie při přijímání příslušného opatření disponoval, která bude mít vliv na to, zda bude porušení nadřazených pravidel práva EU považováno za dostatečně závažné. V případech, kdy orgán EU disponoval při přijímání opatření širokou mírou diskrece, bude odpovědnost Unie za škodu vznikat pouze v případě závažného překročení mezi diskrečních oprávnění ve smyslu rozsudku *Brasserie de Pêcheur*.³⁷³

2.3 SROVNÁNÍ ÚPRAVY PRÁVA EU S ÚPRAVOU DOHOD O OCHRANĚ INVESTIC

V předcházejících částech byly představeny základní principy ochrany investic podle DPOI a podle práva EU. Tyto oddělené rozborů ovšem samy o sobě podávají pouze poněkud spletitý a nejasný obraz o tom, do jaké míry lze příslušné úpravy považovat za srovnatelné. Ačkoli obě úpravy dopadají na zhruba obdobný okruh právních vztahů mezi zahraničními investory a hostitelskými státy, vyznačují se diametrálně odlišným přístupem. V této části je pro lepší orientaci nastíněno určité srovnávací shrnutí, které se pokouší výklad podaný v předchozích dvou částech této kapitoly propojit do vzájemné souvislosti.

2.3.1 Účel úpravy

Rozdíly mezi ochranou investic podle DPOI a právní úpravou vnitřního trhu vychází již ze základního účelu obou sad norem.

Účelem DPOI je v první řadě ochrana investic investorů jednoho smluvního státu na území druhého smluvního státu. Vznik DPOI je historicky spojen s nejasnostmi a ideologickými spory ohledně pravidel obecného mezinárodního práva týkajících se zásahů do majetku cizinců ze strany hostitelského státu. Vyspělé státy uzavíráním dvoustranných DPOI s rozvojovými státy chránily své investory před vyvlastněním bez poskytnutí přiměřené náhrady a zároveň smluvně prosazovaly svou představu o minimálním standardu zacházení s cizinci podle mezinárodního práva. Od 90. let 20. století se tradiční vnímání na DPOI poněkud posunulo a dnes je na tyto dohody nahlíženo jako na nástroj podpory investic, který má přispívat ke zvýšení toků kapitálu mezi smluvními státy, které již nemusí být nutně pouze jednostranné. To lze ovšem považovat spíše za kýžený výsledek než za hlavní účel a funkci těchto dohod, a nemění to nic na tom, že primárním předmětem zájmu DPOI je ochrana zahraničních investorů a jejich majetku v hostitelském státě.

³⁷⁰ Craig, *De Búrca*, pozn. 153, s. 558 a reference tam uvedené.

³⁷¹ Case 5/71, *Zuckerfabrik Schöppenstedt v Council* [1971] ECR 975, odst. 11.

³⁷² Rozsudek C-352/98P *Bergaderm and Goupil v Commission* [2000] ECR I-5291 se výslovně odvolává na rozsudek *Brasserie de Pêcheur* a pro odpovědnost Unie stanovuje totožná kritéria.

³⁷³ Joined cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* (rozbor viz výše).

Úprava práva EU týkající se investic je založena na poněkud jiných premisách. Jejím účelem je vytvoření vnitřního trhu odstraněním překážek volného pohybu, zejména pokud jde o svobodu usazování a volný pohyb kapitálu. Primárním zájmem je zajistit pro příslušníky členských států neomezený přístup na trh ve všech ostatních členských státech a zajistit optimální alokaci ekonomických zdrojů. Ačkoli i tento koncept v mnoha případech ve výsledku chrání unijní investory a jejich majetek před zásahy ze strany členských států, ochrana investorů a jejich majetku je zde spíše vedlejším produktem velmi široce pojímaných překážek volného pohybu, aniž by sama o sobě představovala primární účel úpravy.

2.3.2 Předmět ochrany a působnost

Předmětem ochrany podle DPOI jsou investice. Investice v tomto smyslu představuje statický pojem, který se vyznačuje svou majetkovou podstatou, a to jak ve smyslu definic DPOI, které investici chápou jako jakékoli majetkové aktivum (*asset-based definition*), tak i ve smyslu Salini testu, který investice chápe jako vklad v peněžních prostředcích nebo v majetkových hodnotách, který musí splňovat i některá další kritéria.

Právo EU s takovým pojetím investice jako předmětem ochrany nepracuje. Úprava investic v uvedeném smyslu je v právu EU fragmentovaná – obsahově mají k ochraně investic podle DPOI blízko zejména svoboda usazování a volný pohyb kapitálu. Předmětem ochrany podle úpravy vnitřního trhu není investice ve smyslu statického majetku, ale pohyb, konkrétně pohyb osob (fyzických a právnických) za účelem trvalého výkonu ekonomických aktivit v rámci svobody usazování, či pohyb kapitálu (jakožto „věci“) v rámci volného pohybu kapitálu. Zakázána jsou taková opatření ze strany členských států, která představují překážku pohybu v uvedeném smyslu. Pojetí překážek volného pohybu je ovšem v právu EU velmi široké, což vede k tomu, že právo EU ve vztahu k investicím ve smyslu DPOI ve výsledku plní i ochrannou funkci. U volného pohybu kapitálu může být nedovolenou překážkou jakékoli opatření, které brání investování v jiném členském státě, nebo činí investování obtížnějším, nebo pouze potenciální investory z jiných členských od investování v určitém členském státě odrazuje. Pojetí kapitálu v právu EU je široké a otevřené, přičemž nepochybně zahrnuje jak přímé, tak portfoliové investice. U svobody usazování mohou nedovolené překážky spočívat nejen v podmínkách pro usazení samotné, ale i v podmínkách pro vykonávání příslušné ekonomické aktivity (například získávání potřebných licencí, uznávání kvalifikace, používání titulů), a též dalších činností souvisejících s usazením, jako je nabývání či pozbývání nemovitého majetku a dispozice s ním, možnost využívání majetku movitého apod. Koncept usazení tedy ve výsledku zahrnuje i zacházení s investicemi v širším smyslu.

Jak DPOI, tak právo EU, vyžadují ke své aplikaci existenci určitého zahraničního, resp. přeshraničního prvku. U DPOI je zahraniční prvek dán občanstvím fyzické osoby nebo korporátní statní příslušností právnické osoby, která je považována investora. V zásadě podobně je konstruován přeshraniční prvek i u svobody usazování. Pokud jde o volný pohyb kapitálu, ten je, alespoň v literatuře, konstruován jako pohyb věcí a identifikace přeshraničního prvku se zde může řídit jinými úvahami, jakkoli výsledek bude ve většině případů stejný.

2.3.3 Materiální pravidla

DPOI tradičně kladou důraz především na ochranu investic v post-investiční fázi. Tato ochrana je založena na obecných standardech zacházení s potenciálně velmi širokým dosahem, které mohou dopadat na prakticky jakékoli jednání ze strany hostitelského státu zasahující do sféry zahraničního investora. Tradičním pilířem DPOI je úprava podmínek, za jakých je možné

zahraniční investici vyvlastnit, které předpokládají zejména poskytnutí okamžité, přiměřené a účinné náhrady. DPOI dále zakládají zákaz diskriminace ve formě doložek národního zacházení a nejvyšších výhod. Vedle těchto poměrně jasně definovaných pravidel se uplatní i obsahově mnohem méně určité standardy, jako je koncept nepřímého vyvlastnění, řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost, či zastřešovací doložky (*umbrella clause*). Tyto standardy poskytují investičním tribunálům poměrně široký prostor pro vlastní uvážení a pro potenciálně velmi rozsáhlou revizi formálního i faktického jednání ze strany hostitelského státu. Konkrétní normativní obsah těchto standardů se krystalizuje postupně zejména prostřednictvím judikatury tribunálů. Mimo pozornost většiny tradičních DPOI zůstává úprava před-investiční fáze (vyjma DPOI založených na americkém modelu). Ochrana podle DPOI je tak poskytována jen investorům, kteří svou investici již zřídili na území hostitelského státu.

Pořadí priorit práva EU je opačné. Těžisko úpravy vnitřního trhu spočívá v tom, co lze v terminologii mezinárodního investičního práva označit jako před-investiční fáze. Předmětem zájmu práva EU je především neomezený přístup na trh a odstraňování jakýchkoli existujících či potenciálních překážek v rámci vnitřního trhu. Lze konstatovat, že pokud jde o odstraňování překážek přístupu na trh, představuje právo EU jednoznačně nejefektivnější model mezinárodní spolupráce, jaký byl kdy implementován v praxi.

To, že je předmětem zájmu práva EU především před-investiční fáze, ovšem neznamená, že by post-investiční fáze zůstávala mimo jeho pozornost. V první řadě je nutno upozornit na zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti, který platí plošně. Diskriminace v jakékoli fázi a podobě považuje za překážku přístupu na trh, přičemž ze zákazu diskriminace nejsou přípustné téměř žádné výjimky. V potírání diskriminace na základě státní příslušnosti je právo EU velmi efektivní, zcela jistě mnohem efektivnější než DPOI. Pokud jde o zásahy do investic v post-investiční fázi, které spočívají v nerozlišujících opatřeních ze strany členského státu, zde již rozsah ochrany poskytované právem EU není ve srovnání se standardy zacházení podle DPOI natolik zřejmý. Jisté je, že ani nerozlišující zacházení v post-investiční fázi není z dosahu práva EU vyloučeno. To je umožněno především širokým teleologickým pojetím překážek volného pohybu. Přístup SDEU ilustruje například následující pasáž rozsudku *Gebhard*:

...opatření členského státu, která by mohla bránit výkonu základních svobod zaručených Smlouvou, nebo jej činit méně atraktivním, musí splňovat čtyři podmínky: musí se uplatňovat nediskriminujícím způsobem, musí být odůvodněna naléhavými důvody obecného zájmu, musí být způsobilá zaručit uskutečnění cíle, který sledují, a nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné.³⁷⁴

Přestože tedy z působnosti pravidel práva EU nejsou vyloučena ani opatření členských států zasahující do investice v post-investiční fázi, zřejmě jen stěží lze tvrdit, že tato ochrana je zcela srovnatelná s klíčovými absolutními standardy ochrany podle DPOI, jako jsou pravidla upravující přímé a nepřímé vyvlastnění nebo řádné a spravedlivé zacházení. Tyto standardy specificky míří na zacházení s investicí v post-investiční fázi a zavazují stát jednat s investorem určitým (jakkoli obecně vymezeným) způsobem, aniž by se bylo potřeba jakkoli zabývat otázkou, zda porušení těchto standardů představuje překážku přístupu na trh nebo zda působí diskriminačně.

Zda jsou v rámci zacházení v post-investiční fázi efektivnější standardy ochrany podle DPOI nebo pravidla práva EU, bude záviset od okolností konkrétního případu. Z judikatury lze vypožorovat, že zatímco investiční tribunály jsou ochotny přiznat hostitelským státům poměrně velkou volnost při přijímání a prosazování legitimní regulace, SDEU je na členské státy

³⁷⁴ Case C-55/94, *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, odst. 37.

mnohem přísnější – jakmile je shledáno, že určité opatření představuje překážku ve výkonu základních svobod, lze takové opatření akceptovat jen při splnění řady podmínek, zejména mimořádně náročného testu proporcionality. Výhody DPOI z pohledu investorů spočívají spíše v širí jejich záběru – opatření státu mohou zřejmě často představovat porušení standardů ochrany investic, aniž by současně představovala (jakkoli široce pojímanou) překážku práva usazování či volného pohybu kapitálu ve smyslu práva EU. Standardy DPOI jsou v tomto směru i více adresná a srozumitelnější, neboť jasně míří na konkrétní zacházení státu vůči konkrétnímu investorovi. Lze tedy zřejmě bezpečně tvrdit, že ochrana investic v post-investiční fázi podle DPOI (alespoň pokud jde o zacházení, které není diskriminační), je v určitých ohledech širší než ochrana poskytovaná právem EU. Součástí práva EU jsou sice i určité obecné zásady (jako je ochrana práva na vlastnictví, ochrana legitimních očekávání atd.), které připomínají některé komponenty standardů ochrany podle DPOI. Nicméně působnost těchto zásad na opatření členských států je omezená a rovněž funkce těchto zásad je v právu EU jiná – jejich reálný účinek tedy nelze srovnávat s klíčovými standardy DPOI.

2.3.4 Procesní aspekty a prostředky nápravy

Patrně nejvýraznější rozdíl mezi ochranou investic podle DPOI a podle práva EU spočívá v mechanismu, prostřednictvím kterého mohou investoři uplatňovat své nároky.

Příznačným pro DPOI je především mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem ve formě investiční arbitráže. Účelem vytvoření tohoto mechanismu bylo především přenést řešení investičních sporů před mezinárodní fórum, které bude zcela nezávislé na hostitelském státě, a do jehož činnosti nebudou zasahovat žádné jiné orgány (zejména vnitrostátní soudy). Řízení je zásadně jednoinstanční a nálezy jsou vykonávány na základě mezinárodněprávních instrumentů (Úmluva ICSID nebo Newyorská úmluva) s velmi omezenými možnostmi jejich přezkumu. Tento mechanismus řešení sporů je z pohledu investorů vnímán jako velmi efektivní, byť je nutno poznamenat, že je rovněž velmi nákladný.

Vynucování práva EU naopak v rozhodující míře leží na vnitrostátních soudech členských států. SDEU není odvolacím orgánem a jednotlivci k němu v zásadě nemají přímý přístup. Jeho úkol spočívá především v podávání závazného výkladu práva EU v rámci institutu předběžné otázky. I když výklad podaný SDEU (pokud mu vůbec bude vnitrostátním soudem předběžná otázka položena) může zásadním způsobem předurčit výsledek konkrétního sporu, finální vyřešení případu je vždy úkolem vnitrostátního soudu. Řízení před vnitrostátním soudem a výkon rozhodnutí se řídí procesními předpisy příslušného členského státu.

Pokud jde o prostředky nápravy, v případě investičních sporů podle DPOI je pravidlem přiznání finanční kompenzace. Obecně se sice uznává, že tribunály mají pravomoc ukládat stranám i nepeněžité povinnosti, v praxi jsou ovšem taková rozhodnutí raritou. Výše kompenzace se řídí zásadou plné náhrady, vycházející z klasického rozhodnutí ve věci *Chorzówské továrny*, tj. výše poskytnuté kompenzace by měla investorovi dorovnat hodnotu, kterou by investice měla v případě, že by k porušení DPOI nedošlo. Při vyvlastnění a jiných porušeních, v důsledku kterých dochází k totálnímu znehodnocení či odnětí investice, se investice zpravidla oceňuje metodou diskontovaných peněžních toků (*discounted cash flow*), která v mnoha případech vedla k přiznání velmi vysokých částek odškodnění.

Základním následkem rozporu určitého opatření členského státu s právem EU (zejména pokud jde o legislativní opatření) je, že inkompatibilní pravidlo se neaplikuje (aniž by nutně muselo být formálně zrušeno). Jinak jsou příslušnému subjektu dostupné takové prostředky nápravy,

jaké mu poskytuje vnitrostátní právo. Požadavky práva EU na vnitrostátní procesní úpravu a na prostředky nápravy jsou vyjádřeny zásadami efektivity a ekvivalence. Jak vyplývá z judikatury SDEU, pokud je jednotlivci porušením práva EU způsobena škoda, je členský stát zásadně povinen k její náhradě. Z judikatury SDEU ovšem vyplývají pouze základní principy a podmínky vzniku nároku na náhradu škody – posouzení naplnění těchto podmínek je úkolem vnitrostátního soudu a související otázky (např. pokud jde o výši nároku) se řídí vnitrostátním právem.

Zajímavou je otázka, jaké jsou požadavky práva EU na výši náhrady poskytované při vyvlastnění. SDEU se k této otázce zatím nevyjádřil. Článek 17 Listiny základních práv EU uvádí, že „nikdo nesmí být zbaven svého majetku, s výjimkou veřejného zájmu, v případech a za podmínek stanovených zákonem a při zajištění odpovídající náhrady v přiměřené lhůtě“ (*fair compensation being paid in good time*). Již na první pohled se jeví, že tento požadavek je zřejmě méně náročný, než požadavek DPOI na zaplacení „okamžité, adekvátní a účinné náhrady“ (*prompt, adequate and effective compensation*). V souladu se zavedenou praxí SDEU je patrně nutno základní práva, která jsou součástí unijního právního řádu, vykládat v souladu s výkladem Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (EULP), v tomto případě článku 1 protokolu č. 1 k EULP, v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva (ESLP). Z judikatury ESLP k uvedenému ustanovení vyplývá, že výše poskytnuté náhrady je jedním z faktorů při posuzování přiměřenosti břemene uloženého jednotlivci při odnětí majetku. Požadovaná výše kompenzace ovšem není dána pevně. Náhrada by zásadně měla být v rozumném poměru k tržní hodnotě majetku, což ovšem neznamená, že výše náhrady musí vždy tržní hodnotě přesně odpovídat, neboť posouzení bude záviset i na síle legitimního zájmu, který stát odnětím majetku sledoval. Za zcela výjimečných okolností byl ESLP ochoten akceptovat i zbavení majetku bez poskytnutí jakékoli náhrady.³⁷⁵ I z hlediska výše a podmínek poskytnutí náhrady za přímé vyvlastnění tak DPOI patrně zakládají pro investory poněkud výhodnější režim, než právo EU ve spojení s EULP.

2.3.5 Závěr

Je zřejmé, že právní úprava DPOI a pravidla práva EU se v mnohém překrývají, tedy že dopadají na zhruba obdobný okruh právních vztahů a i přes značně odlišný přístup bude v mnoha případech pro investora možné dosáhnout nápravy podle obou systémů. Zároveň si lze představit řadu situací, kdy bude možné dosáhnout nápravy podle práva EU, nikoli ovšem podle DPOI, a naopak. DPOI založené na evropském modelu nejsou na rozdíl od práva EU způsobilé zajistit investorovi přístup na trh. Z hlediska materiálních pravidel lze právo EU považovat za efektivnější při napadání opatření rozlišujících na základě státní příslušnosti, a to nejen v před-investiční, ale i v post-investiční fázi. Pokud jde o nerozlišující zacházení v post-investiční fázi, zde mohou být naopak do určité míry efektivnější DPOI, obsahující standardy, jejichž odpovídající ekvivalenty, které by se uplatnily obdobným způsobem, v právu EU nenalezneme. Jedná se zejména o ochranu proti vyvlastnění, ale do určité míry i o standardy řádného a spravedlivého zacházení a plné ochrany a bezpečnosti. Právo EU rovněž obecně nechrání investory před porušením smluvních závazků členského státu takovým způsobem, jako ustanovení typu umbrella clause obsažená v některých DPOI.

Pokud jde o procesní možnosti uplatňování nároků, existence mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem ve formě investiční arbitráže bývá často uváděna jako hlavní argument

³⁷⁵ Srov. např. Kmec, J., Kosař, D., Kratochvíl, J., Bobek, M. Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1282 a reference tam uvedené.

zdůrazňující výhodnost režimu založeného na DPOI pro investory. Výhody tohoto mechanismu řešení sporů v podmínkách EU ovšem nejsou až tak patrné. Pokud je hlavní přednost investiční arbitráže, za kterou je označována nezávislost tribunálu na orgánech hostitelského státu, pak lze mít za to, že tato výhoda má význam zejména ve vztahu k rozvojovým zemím se slabě rozvinutým právním a soudním systémem, vyznačujícím se vysokou mírou korupce a obecně nízkou úrovní právní kultury, kde lze mít o efektivitě a nestrannosti vnitrostátních soudů důvodné pochybnosti. Naopak, přes nepochybně přetrvávající problémy některých zejména novějších členských států EU zřejmě nelze dost dobře tvrdit, že jejich soudní systémy jsou nedůvěryhodné, a že nelze spoléhat na jejich nestrannost. Ostatně právo EU je založeno na vzájemné důvěře členských států ve své právní a institucionální systémy (k tomu srov. blíže část 5.4.3).

Z praktického hlediska se jeví být skutečná přednost DPOI a investiční arbitráže, alespoň z hlediska investorů, někde jinde. Jeví se, že zatímco právo EU je lépe vybaveno na odstraňování systémových nedostatků právních řádů členských států či jejich ustálené administrativní praxe, DPOI jsou spíše stavěny na nápravu individuálních zásahů, kterých se hostitelský stát dopustí vůči konkrétnímu investorovi. Zatímco předmětem zájmu úpravy vnitřního trhu je především volný pohyb a odstraňování jeho překážek, předmětem zájmu DPOI je zacházení hostitelského státu se zahraničním investorem. Spory řešené investičními tribunály mají velmi často složitý skutkový základ, spočívající v kombinaci právních a faktických jednání ze strany členského státu, a k porušení DPOI zpravidla vede sled událostí, jejichž výsledek je přičitatelný státu. Tato jednání a události jsou arbitrážním tribunálem posouzena komplexně jako celek, Naproti tomu SDEU v rámci své interpretační činnosti zpravidla posuzuje pouze soulad určitého vnitrostátního (zpravidla legislativního) pravidla s právem EU, kde je existence potenciálního rozporu seznatelná již srovnáním příslušných pravidel. S určitou nadsázkou lze konstatovat, že skutkové děje, jaké bývají předmětem investičních sporů, jsou často „pod rozlišovací schopností“ práva EU. Tím není řečeno, že by tyto případy nespádaly do jeho působnosti. Je to dáno spíše základním účelem pravidel vnitřního trhu (odstraňování překážek), i tím, jak je konstruována soudní architektura EU. Soud členského státu nemůže svou předběžnou otázku SDEU formulovat tak, že popíše celý skutkový základ sporu, a dotáže se SDEU, zda jednání státu je či není v souladu s právem EU. Soud členského státu musí z předloženého případu „vypreparovat“ konkrétní právní otázku týkající se výkladu práva EU, kterou položí SDEU jako předběžnou otázku, a SDEU mu na tuto konkrétní otázku poskytne konkrétní odpověď, která ovšem v případě složitého skutkového základu nemůže nahradit komplexní posouzení případu, které je úkolem vnitrostátního soudu. Rovněž je z toho zjevné, že odpověď na otázku, jak je právo EU efektivní při ochraně investic, z velké míry závisí i na vnitrostátních právních rádech a na tom, jak s předloženými spory nakládají vnitrostátní soudy.

2.4 POTENCIÁLNÍ ROZPORY MEZI DPOI ČLENSKÝCH STÁTŮ A PŘÁVEM EU

2.4.1 Zdroje, povaha a kontext rozporů

To, že se úprava DPOI a práva EU ve značném rozsahu překrývá, bez dalšího neznamená, že není možná jejich paralelní koexistence, nebo že by tyto dva systémy pravidel byly vzájemně inkompatibilní. Z pohledu práva EU v nejobecnější rovině není problémem, pokud členské státy přiznávají jednotlivcům širší práva, než vyžaduje unijní právní řád. V tomto smyslu mohou být

právo EU a DPOI členských států považovány spíše za komplementární než za vzájemně se vylučující.³⁷⁶

Na druhé straně důsledkem překrývající se působnosti budou na zahraniční investory a na jejich investice, resp. na opatření členských států, často dopadat zároveň ustanovení DPOI i pravidla práva EU. Tato skutečnost skýtá potenciál pro vznik specifických konfliktů. Rozpory zpravidla nebudou vznikat u těch ustanovení práva EU, která sledují podobný cíl jako DPOI (tj. zejména ustanovení SFEU zaručující svobodu usazování a volný pohyb kapitálu). Nicméně jak již bylo uvedeno dříve, přestože je primárním cílem práva EU odstraňování překážek na vnitřním trhu, a tedy i liberalizace investic, Evropská unie je zároveň sama regulátorem. Právo EU obsahuje řadu pravidel více intervencionistické povahy, která jsou z pohledu investorů restriktivní a mohou zasáhnout do jejich ekonomické či zájmové sféry. V některých případech zase mohou pravidla práva EU vyžadovat, aby bylo určité výhodnější zacházení poskytováno pouze subjektům z členských států EU, což může být rovněž v rozporu se závazky členských států vůči investorům z třetích zemí podle uzavřených DPOI, zejména s doložkami národního zacházení a nejvyšších výhod. Konečně specifickou výzvu pro integritu práva EU a judičiální architekturu předpokládanou Zakládajícími smlouvami představuje osobitý mechanismus řešení investičních sporů ve formě investiční arbitráže. Arbitrážní tribunály povolány k aplikaci DPOI jsou z povahy věci nezávislé na soudech členských států, ale i na orgánech EU, včetně SDEU, a to, do jaké míry budou přihlížet k závazkům členského státu z práva EU a jakou dají těmto závazkům prioritu, závisí na tom, zda a v jaké pozici budou právo EU považovat za součást práva použitelného na řešení investičního sporu (k problematice použitelného práva v intra-unijním kontextu srov. blíže část 5.2.5). Z pohledu práva EU může existence takového závazného mechanismu řešení sporů, který leží zcela mimo dosah jeho soudní a institucionální struktury, potenciálně představovat zásadní problém.

Tato část přiblíží potenciální konflikty mezi DPOI členských států a právem EU v rámci čtyř kategorií. První kategorii představují potenciální konflikty v pravomocech Unie a členských států, kde potenciální rozpory mohou vyplývat z toho, že v některých oblastech má Unie výlučnou pravomoc, jejímž definičním znakem je, že členské státy svou pravomoc v odpovídajícím rozsahu pozbývají. Druhou kategorii představují možné obsahové rozpory, které souvisí s tím, že existence či implementace pravidel práva EU více regulatorní povahy se může dostat do rozporu se širokými a nekvalifikovanými standardy zacházení podle DPOI. Další kategorie potenciálních rozporů vyplývá ze zpravidla dvoustranné povahy DPOI, která přiznává výhody pouze investorům příslušných smluvních států, s čímž je z pohledu práva EU spojena otázka možné diskriminace investorů z ostatních členských států na základě jejich státní příslušnosti. Konečně nejkomplikovanější kategorie zahrnuje potenciální konflikty jurisdikční povahy, vyplývající ze specifické povahy investičních arbitráží na jedné straně a výlučné povaze role SDEU při interpretaci a aplikaci práva EU na straně druhé. V této části budou jednotlivé potenciální konflikty spíše nastíněny pouze v obecné rovině. Většina pak bude rozebrána podrobněji v dalších kapitolách v rámci příslušného kontextu.

V této souvislosti je rovněž nutno zdůraznit poněkud odlišný režim DPOI, které uzavřely členské státy EU s třetími zeměmi, a těch DPOI, které členské státy uzavřely mezi sebou navzájem (tzv. intra-unijní DPOI). Zatímco některé rozpory se týkají obou kategorií, jiné se z povahy týkají pouze jedné z nich. Odlišné pak zpravidla budou i následky řešení rozporů, jak z pohledu mezinárodního práva, tak z pohledu práva EU. Lze nastínit, že pokud jde o DPOI uzavřené mezi členskými státy a třetími zeměmi, jakákoli jejich případná inkompatibilita

³⁷⁶ V tomto duchu argumentovaly například arbitrážní tribunály v intra-unijních investičních sporech – viz blíže kapitolu IV. této práce.

s právem EU nebude mít vliv na jejich platnost a použitelnost z pohledu mezinárodního práva, neboť, zjednodušeně řečeno, jakékoli závazky členských států z práva EU nemohou z pohledu mezinárodního práva zavazovat či mít negativní dopad na třetí státy, což obecně respektuje i právo EU (srov. blíže kapitolu IV). Poněkud jiná je situace v případě rozporů týkajících se intra-unijních DPOI, neboť zde se jedná o smlouvy uzavřené mezi členskými státy, tj. z pohledu mezinárodního práva jsou Zakládající smlouvy a intra-unijní DPOI smlouvy uzavřené mezi týmiž subjekty, přičemž na mezinárodní závazky členských států, které nezahrnují třetí země, se poněkud odlišnou optikou dívá i právo EU (srov. blíže kapitolu V).

2.4.2 Konflikt v pravomocech Unie a členských států

O pravomocech EU a jejich povaze bude podrobněji pojednáno zejména v kapitole III této práce. Na tomto místě postačí uvést, že pravomoc EU pro jednotlivé oblasti mohou být buďto výlučné, nebo sdílené (eventuálně i koordinační). Svěřují-li v určité oblasti Zakládající smlouvy Unii výlučnou pravomoc, může pouze Unie vytvářet a přijímat právně závazné akty a členské státy tak mohou činit pouze tehdy, jsou-li k tomu Unii zmocněny nebo provádějí-li akty Unie (článek 2(1) SFEU). To znamená, že případné akty členských států, které členské státy samostatně přijaly v oblastech výlučné pravomoci Unie, jsou automaticky a bez dalšího v rozporu s právem EU. Tato otázka se stala vysoce relevantní poté, co vstoupila v platnost Lisabonská smlouva. Na základě Lisabonské smlouvy se totiž oblast přímých zahraničních investic stala součástí společné obchodní politiky EU (srov. články 206 a 207 SFEU), která již tradičně náleží do výlučné pravomoci Unie (nyní výslovně článek 3 SFEU). Vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se tak všechny DPOI uzavřené mezi členskými státy a třetími zeměmi v rozsahu, v jakém se vztahují na přímé zahraniční investice, staly inkompatibilními s právem EU z důvodu existence výlučné pravomoci EU. Okamžité ukončování platnosti těchto DPOI by nebylo v zájmu EU ani jejich členských států, a pro tyto dohody byl nařízením Rady č. 1219/2012 zaveden přechodný režim, který umožňuje jejich další existenci a legalizuje jejich status v rámci práva EU (srov. blíže část 4.4.2). Přesun výlučné vnější pravomoci na Unii rovněž znamená, že členské státy již více nejsou bez zmocnění oprávněny samostatně uzavírat DPOI s třetími státy.

Výše nastíněný konflikt v pravomocech se netýká intra-unijních DPOI. Pravomoc Unie ve věcech společné obchodní politiky je vnější, tj. uplatňuje se pouze ve vztazích k třetím zemím. Úprava intra-unijních DPOI se ve značném rozsahu překrývá s pravomocí Unie v oblasti vnitřního trhu, která ovšem není výlučná, ale sdílená (nyní výslovně článek 4 SFEU). Svěřují-li v určité oblasti Zakládající smlouvy Unii pravomoc sdílenou s členskými státy, mohou v této oblasti vytvářet a přijímat právně závazné akty Unie i členské státy. Členské státy vykonávají svou pravomoc v rozsahu, v jakém ji Unie nevykonala (článek 2(2) SFEU). Úprava intra-unijních DPOI se podle převažujícího názoru obecně týká záležitostí, ve kterých Unie zatím odpovídajícím způsobem nevykonala svou vnitřní pravomoc.

2.4.3 Obsahové rozpory

(i.) Volné převody plateb souvisejících s investicí

Většina DPOI obsahuje ustanovení, které investorům zajišťuje volný převod plateb a výnosů spojených s investicí, přičemž z tohoto závazku hostitelského státu zpravidla nejsou připuštěny žádné výslovné výjimky. Ačkoli omezení plateb mezi členskými státy, jakož i mezi členskými státy a třetími zeměmi, jsou zakázána i v rámci kapitoly SFEU o volném pohybu kapitálu (článek 63(2) SFEU), jiná ustanovení zároveň umožňuje Radě, aby za určitých okolností přijala

opatření, kterými pohyby plateb z a do třetích zemí dočasně nebo trvale omezí. Důležitým je zejména článek 66 SFEU, který Radě umožňuje přijmout dočasná ochranná opatření vůči třetím zemím, pokud by pohyb kapitálu do či ze třetích zemí mohl způsobit vážné poruchy fungování hospodářské a měnové unie. Pokud by Rada přistoupila k přijetí takových omezujících opatření, jejich implementace ze strany členských států by se mohla dostat do rozporu s jejich neomezeným závazkem umožnit investorům volné převody plateb obsaženým v uzavřených DPOI s třetími zeměmi.

Právě ustanovení DPOI o volných převodech plateb byla předmětem žalob Komise ve věci porušení práva EU proti Rakousku, Švédsku a Finsku. Ve svých rozsudcích vyhlášených v roce 2009 SDEU shledal, že tato ustanovení DPOI jsou skutečně neslučitelná s právem EU, a že bylo povinností členských států tyto neslučitelnosti odstranit (srov. blíže část 4.3.2).³⁷⁷ Uvedené rozpory se přitom netýkají jen DPOI uzavřených Rakouskem, Švédskem a Finskem, na které se ve svých žalobách zaměřila Komise, ale prakticky všech DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi. Ani poté, co došlo k vydání uvedených rozsudků, nic nenásvědčuje tomu, že by většina členských států skutečně přijímala kroky k odstranění těchto neslučitelností. Výjimku představuje Česká republika, která již v roce 2005 zahájila proces renegociace existujících DPOI s třetími zeměmi a odpovídající výslovnou výjimku, umožňující implementaci omezujících opatření Rady, od této doby zahrnuje i do nově uzavíraných DPOI.³⁷⁸ Příkladem standardní smluvní praxe České republiky je článek 6(1) DPOI mezi Českou republikou a Gruzíí, který zní následovně:

Aniž jsou dotčena opatření přijatá Evropským společenstvím, smluvní strany zajistí převod plateb spojených s investicemi nebo výnosy.[...]

Lze dodat, že z hlediska vzájemnosti závazků smluvních stran DPOI je takové ustanovení nevyvážené, neboť fakticky umožňuje omezit převod plateb pouze jedné smluvní straně (členskému státu EU). Akceptace takové formulace lze proto považovat za ústupek ze strany příslušné třetí země.

Rozebíraný rozpor se týká pouze DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi, nikoli intra-unijních DPOI, neboť Rada má pravomoc omezit pohyby plateb a kapitálu pouze ve vztahu k třetím zemím, nikoli pohyby mezi členskými státy.

(ii.) Neomezený závazek poskytovat nejvyšší výhody a národní zacházení

Určité rozpory s právem EU mohou vzniknout i při uplatňování doložek nejvyšších výhod a národního zacházení. Uplatňování neomezené doložky nejvyšších výhod obsažené v DPOI může fakticky vyžadovat, aby členský stát poskytoval investorům z příslušné třetí země stejně výhodné zacházení, jako poskytuje investorům z jiných členských států EU. Ačkoli to v principu není v rozporu s právem EU, vzhledem ke hloubce evropské integrace je takové jednostranné rozšíření unijního režimu na třetí státy ze strany členského státu nejen nevhodné, ale zřejmě i prakticky neproveditelné.

Většina států, které jsou členy regionálních ekonomických integračních organizací (*Regional Economic Integration Organization - REIO*), jako je EU, tento problém řeší tím, že do svých

³⁷⁷ Case C-205/06, *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301; Case C-249/06, *Commission v. Sweden*, [2009] ECR I-1335; Case C-118/07, *Commission v. Finland* [2009] ECR I-10889.

³⁷⁸ Srov. *Fecák*, pozn. 14, s. 251 a násl.

obchodních a investičních smluv s třetími zeměmi zahrnují výjimku z poskytování nejvyšších výhod v podobě tzv. REIO doložky. Typická REIO doložka vylučuje použití doložky nejvyšších výhod na takové preferenční zacházení, které členské státy REIO poskytují jiným členským státům REIO a jejich investorům.³⁷⁹ DPOI členských států EU, včetně České republiky, REIO doložky zpravidla obsahují.³⁸⁰ V rámci revize mezinárodních závazků nově přistupujících členských států při rozšíření EU v roce 2004 vznikla určitá nejasnost ohledně toho, zda se výjimka z doložky nejvyšších výhod uplatní i na výhodnější zacházení, které EU poskytuje třetím státům na bázi asociačních dohod či jiných forem užšího partnerství, u nichž spolupráce buďto nedosahuje, nebo přesahuje úroveň zóny volného obchodu či celní unie, na něž se vztahují typické REIO doložky.³⁸¹ Novější DPOI uzavírané Českou republikou proto výslovně stanovují, že REIO doložka se vztahuje i na zacházení poskytované příslušníkům třetích zemí na základě mezinárodních smluv uzavřených příslušnou REIO.³⁸²

Skutečný rozpor neomezených doložek nejvyšších výhod a národního zacházení s právem EU může ovšem nastat v případech, kdy právo EU přímo vyžaduje, aby bylo subjektům z členských států EU přiznáno výhodnější zacházení, než subjektům z třetích zemí, nebo v případech, kdy by určité požadavky práva EU mohly být vykládány jako diskriminace *de facto*. Případy, kdy právo EU diskriminuje investory z třetích zemí, nebudou příliš časté, přesto v praxi mohou nastat.³⁸³ Pokud jde o závazek poskytovat nejvyšší výhody, uvedené situace budou zpravidla dostatečně pokryty REIO doložkou, což ovšem v tomto případě nebude dostatečné, neboť REIO doložka se ve většině DPOI nevztahuje na závazek poskytovat národní zacházení (pokud právo EU ukládá členským státům poskytovat výhodnější zacházení investorům z EU, do této kategorie logicky spadají i investoři z příslušného členského státu). Novější DPOI uzavírané Českou republikou proto výjimku podle REIO doložky vztahují nejen na doložku nejvyšších výhod, ale i na doložku národního zacházení. Příkladem jiného přístupu je vzorová DPOI Finska, která zacházení poskytované na základě členství v REIO vylučuje z působnosti DPOI úplně.³⁸⁴

Z povahy věci se tento potenciální rozpor týká jen DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi.

³⁷⁹ Podrobně k problematice REIO doložek srov. UNCTAD. The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2004 (UNCTAD/ITE/IIT/2004/7).

³⁸⁰ Jako příklad DPOI, která REIO doložku neobsahovala, je uváděna DPOI mezi Dánskem a Indonézií z roku 1968. Ta měla být nahrazena novou DPOI podepsanou v roce 2007, která ovšem doposud nevstoupila v platnost. Zdroj: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/57#iiaInnerMenu>

³⁸¹ Srov. Radu, A. Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law. European Law Journal. 2008, 14(2), s. 247.

³⁸² Srov. například článek 3 odst. 4 DPOI mezi Českou republikou a Gruzii, který ovšem v tomto ohledu (podobně jako další české DPOI) bohužel nevyznívá příliš jednoznačně:

„Smluvní strana je srozuměna s tím, že závazky druhé smluvní strany jako člena celní, hospodářské nebo měnové unie, společného trhu nebo zóny volného obchodu zahrnují závazky vyplývající z mezinárodní smlouvy nebo vzájemné smlouvy týkající se této celní, hospodářské nebo měnové unie, společného trhu nebo zóny volného obchodu.“

Smysl tohoto ustanovení je lépe patrný z jeho anglické verze:

„The Contracting Party understands the obligation of a Contracting Party as a member of a customs, economic, or monetary union, a common market or a free trade area to include obligations arising out of an international agreement or reciprocity agreement of that customs, economic, or monetary union, common market or free trade area.“

³⁸³ Některé příklady týkající se veřejných zakázek či technických regulací uvádí A. Radu, pozn. 381, s. 249-250.

³⁸⁴ Vzorová DPOI Finska, článek 4. Zdroj: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2843>

(iii.) *Specifické rozpory DPOI založených na americkém modelu – přípouštění investic a performance requirements*

Některé specifické rozpory s právem EU existují pouze u DPOI založených na americkém modelu, který ve srovnání s modelem evropským rozšiřuje národní zacházení i na zřizování investic (tj. na před-investiční fázi) a rovněž obsahuje zákaz performance requirements. Závazky členských států z takových DPOI se mohou dostat do rozporu s některými pravidly práva EU, zejména s výjimkami ze svobody usazování a volného pohybu kapitálu uplatňovanými ve vztahu k třetím zemím, jakož i s některými sekundárními předpisy, které při zřizování investic zvýhodňují subjekty z členských států EU oproti subjektům z třetích zemí. Některá specifická sektorová pravidla sekundární legislativy by rovněž mohla být hodnocena jako opatření typu performance requirements, která DPOI založené na americkém modelu zakazují.

Tento problém adresovala Komise v rámci východního rozšíření EU v roce 2004. Většina nově přistupujících zemí střední a východní Evropy (na rozdíl od původních členských států) totiž před svým vstupem do EU uzavřela DPOI s USA. Výsledkem jednání, kterých se kromě příslušných členských států a USA účastnila i Komise, bylo podepsání dokumentu označeného jako „Memorandum of Understanding“ v roce 2003, který uvedené problémy adresuje společnou interpretací příslušných ustanovení DPOI, jež je slučitelná se závazky nových členských států vyplývajících z jejich členství v EU (k obsahu Memoranda srov. blíže část 4.3.1). Memorandum ovšem není právně závazný dokument. Lze rovněž poznamenat, že obdobné problémy se týkají i DPOI, které některé nové členské státy uzavřely s Kanadou. S Kanadou ovšem žádný obdobný dokument, jako je Memorandum s USA, uzavřen nebyl.

(iv.) *Potenciální dopady DPOI na unijní regulaci a na její implementaci*

Potenciál pro vznik rozporů mezi DPOI členských států a právem EU se neomezuje na výše nastíněné specifické případy, ale je mnohem širší. To vyplývá především z širšího záběru standardů ochrany obsažených v DPOI, zejména pokud jde o koncept nepřímého vyvlastnění a o standard řádného a spravedlivého zacházení. Tyto standardy potenciálně dopadají prakticky na jakoukoli státní regulaci, která je způsobilá zasáhnout do sféry investora či snížit hodnotu investice. Obsah těchto standardů není pevně dán a je předmětem pokračujícího vývoje a zpřesňování především v judikatuře arbitrážních tribunálů. S tím je ovšem spojená i značná nejistota při jejich uplatňování a jejich omezující účinek na regulaci. Jakkoli je v novější judikatuře arbitrážních tribunálů seznatelný trend k určitému vyvažování mezi právy investorů a oprávněním hostitelských států k legitimní regulaci, s přihlédnutím k mnoha dosavadním nálezům je vždy potřeba počítat s tím, že tyto standardy budou v investičním sporu tribunálem vykládány spíše extenzivně. Předmětem žhavých akademických debat je především otázka, do jaké míry se tyto standardy uplatní na opatření obecné regulace, která sice mohou mít na konkrétní investory nepříznivý dopad, nicméně jsou v moderním státě běžná a nezbytná (např. výkon daňových pravomocí, opatření v oblasti životního prostředí, hospodářské soutěže, územního plánování apod.). V rámci EU je značná část regulace přijímána na unijní úrovni a členské státy jsou povinny tuto regulaci implementovat. Lze si představit nespočet situací, kdy bude taková regulace a její implementace potenciálně napadnutelná ze strany investorů v investičních arbitrážích, a o jejím souladu se standardy zacházení podle DPOI budou rozhodovat arbitrážní tribunály. Elimansberger například užitečně rozděluje potenciálně konfliktní normy práva EU do dvou základních kategorií.³⁸⁵

³⁸⁵ Elimansberger, T. Bilateral Investment Treaties and EU Law. Common Market Law Review. 2009, 46(2), s. 413

První kategorii představují pravidla, která členským státům brání v dodržení specifických závazků, které převzaly vůči zahraničním investorům. Taková povinnost členských států může být založena především na pravidlech poskytování státních podpor, jejichž zásady jsou obsaženy v článku 107 SFEU, jakož i na pravidlech hospodářské soutěže obsažených v článcích 101 a 102 SFEU, a na tyto články navazující obecné i sektorově specifické sekundární legislativě. Obavy ze vzniku rozporů tohoto druhu se ukázaly jako opodstatněné zejména v souvislosti s rozšířením EU o nové post-komunistické státy střední a východní Evropy. Tyto státy v rámci privatizačních procesů převzaly vůči zahraničním investorům různé dlouhodobé závazky, které se po jejich vstupu staly neslučitelnými s právem EU. Konflikty tohoto druhu byly předmětem několika investičních arbitrází³⁸⁶ a rovněž jednoho řízení proti členskému státu před SDEU,³⁸⁷ o nichž bude podrobně pojednáno v dalších částech této práce. Možnost vzniku konfliktů ovšem není nutně omezena pouze na kontext vstupu nového státu do EU, ale může vyvstat i v jiných souvislostech, kdy se specifické závazky státu vůči investorovi závazky či různé investiční pobídky, které byly legální v době, kdy je členský stát převzal nebo poskytl, dostanou do rozporu s právem EU v důsledku pozdější změny unijní legislativy (k čemuž může reálně dojít zejména v oblastech ochrany hospodářské soutěže a veřejných zakázek).³⁸⁸

Druhou kategorií představuje jakákoli regulace, která obecně mění podmínky, za nichž příslušný investor vykonává svou ekonomickou činnost, způsobem, který může být z pohledu investora nepříznivý a neočekávaný. Lze mít za to, že u této kategorie unijních pravidel je potenciál jejich konfliktu se standardy zacházení podle DPOI mnohem nižší než u kategorie předchozí (kde je namítané porušení DPOI založeno na porušení specifického závazku převzatého členským státem vůči investorovi), neboť arbitrážní tribunály zejména v novější judikatuře obecně uznávají, že žádný investor nemůže očekávat, že právní rámec jeho investice zůstane nezměněn. Přesto vznik potenciálních rozporů vyloučit nelze, zejména proto, že náhled na kompenzovatelnost zásahů do majetkové sféry investora způsobených opatřeními obecné regulace není zatím ustálen. Smíšené reakce odborné i laické veřejnosti vyvolávají rozhodnutí, jako byl například arbitrážní nález ve věci *Santa Elena proti Kostarice*, v němž tribunál v zásadě dospěl k závěru, že ani regulatorní zásahy sledující legitimní cíle (v tomto případě ochranu životního prostředí) nezbavují hostitelský stát povinnosti poskytnout náhradu, neboť rozhodující je účinek příslušného opatření:

Vyvlastňovací opatření v oblasti ochrany životního prostředí – jakkoli mohou být chválná a prospěšná pro společnost jako celek – jsou v tomto ohledu podobná jiným vyvlastňovacím opatřením, která může stát přijmout za účelem prosazování své politiky: pokud je majetek vyvlastněn, i když je to za účelem ochrany životního prostředí, povinností státu je poskytnout náhradu.³⁸⁹

Aniž bychom na základě tohoto rozhodnutí činili zobecňující závěry, existence nekvalifikovaných standardů ochrany investic může vyvolávat otázky z hlediska implementace takových zásad, jako je zásada vysoké úrovně ochrany životního prostředí či zásad „znečišťovatel platí“ (článek 191 SFEU).³⁹⁰ Příkladem (jakkoli ne konkluzivním) může být arbitráž, kterou v roce 2010 zahájila společnost *Vattenfall proti Německu* podle ECT v souvislosti s restriktivními environmentálními podmínkami uloženými pro výstavbu a provoz

³⁸⁶ *AES Summit v. Hungary*, Awerd, 23 September 2010; *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012; *Micula v. Romania*, Final Award, 11 December 2013.

³⁸⁷ Case C-264/09 Commission v Slovakia [2011] ECR I-8065.

³⁸⁸ Srov. *Elimansberger*, pozn. 385, s. 414.

³⁸⁹ *Santa Elena v. Costa Rica*, Final Award, 17 February 2000. Kritika viz např. *Sornarajah*, pozn. 31, s. 369 a násl.

³⁹⁰ Srov. *Radu*, pozn. 381, s. 256.

uhelné elektrárny v Hamburku, částečně vyplývajícími z požadavků práva EU, která nakonec skončila uzavřením smíru.³⁹¹ Ke sporům mezi investory a členskými státy mohou též vést například opatření uplatňovaná v rámci obecných pravidel hospodářské soutěže či v rámci sektorových politik (například v energetice), vyžadující strukturální separaci vertikálně integrovaných podniků, zákazy státních podpor, regulační opatření týkající se výroby a prodeje určitých produktů, a nejrůznější regulační opatření v jiných oblastech.³⁹²

Nelze říci, že by standardy ochrany investic obsažené v DPOI členských států byly inkompatibilní s právem EU proto, že se teoreticky mohou uplatnit na opatření přijímaná na úrovni EU. Nastíněným potenciálním rozporům lze předejít například harmonickou interpretací standardů ochrany investic se závazky členských států z jejich členství v EU. Je ovšem nutno vzít v potaz i to, kdo je k interpretaci a aplikaci DPOI povolán. Z pohledu práva EU se jako problematické nejeví ani tak materiální standardy ochrany investic obsažené v DPOI členských států, ale mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem zakládající jurisdikci arbitrážních tribunálů, které, ačkoli z povahy věci stojí zcela mimo institucionální strukturu EU a členských států, mohou být v mnoha případech povolány k řešení sporů obnášející závazné rozhodování sporů dotýkajících se zásadních otázek práva EU, jak bude podrobně rozvedeno na dalších místech této práce.

2.4.4 Otázka diskriminace na základě státní příslušnosti

Odhlédneme-li od Dohody k Energetické chartě, která v mnoha aspektech představuje specifický případ, všechny existující DPOI členských států byly uzavřeny na bilaterální bázi. Výhody plynoucí z DPOI jsou vzhledem k jejich bilaterální povaze smluvními stranami poskytovány jen subjektům, které splňují definiční znaky investora druhé smluvní strany. Rozdílné zacházení poskytované členskými státy různým investorům v závislosti na tom, zda byla s domovským státem příslušného investora uzavřena DPOI či nikoli, může v podmínkách EU vyvolat otázku diskriminace na základě státní příslušnosti. Rozdílné zacházení zde spočívá jak v přiznání rozsáhlejších materiálních práv (standardy ochrany investic), tak procesních práv (možnost zahájení investiční arbitráže).

V obecné rovině je typickým způsobem, jak lze odstranit diskriminaci, poskytnutí širších práv, o něž se jedná, všem způsobilým subjektům. Na tomto základě celá řada autorů argumentuje, že DPOI jako takové nejsou v rozporu se zákazem diskriminace mezi příslušníky členských států EU.³⁹³ Podle tohoto názoru, z něhož doposud vycházely i arbitrážní tribunály v intra-unijních investičních sporech, je na znevýhodněných subjektech (tj. investorech z těch členských států, které s hostitelským členským státem neuzavřely DPOI), aby se domáhaly stejných práv.³⁹⁴ Až nepřiznání těchto širších práv členským státem ostatním investorům by znamenalo porušení zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti.³⁹⁵ Pokud jde o intra-unijní DPOI, v praxi by to znamenalo povinnost členských států rozšířit aplikaci nejen materiálních, ale i procesních pravidel DPOI (tj. vedle standardů ochrany i možnost investora

³⁹¹ Dostupné dokumenty k případu lze nalézt na adrese <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf>

³⁹² Srov. *Elimansberger*, pozn. 385, s. 415.

³⁹³ Indikativně srov. např. *Elimansberger* pozn. 385; nebo *Wehland, H.* Intra-EU Investment Agreements And Arbitration: Is European Community Law An Obstacle? *International and Comparative Law Quarterly*. 2009, 58(2), s. 297-320.

³⁹⁴ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, 27 March 2007, odst. 170; *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010, odst. 267.

³⁹⁵ *Elimansberger*, pozn. 385, s. 407.

zahájit investiční arbitráž) na všechny unijní investory. Nakolik je takové řešení realistické, bude podrobně rozebráno v kapitole V.

Otázka diskriminace bývá většinou diskutována pouze v souvislosti s intra-unijními DPOI, neboť v tomto kontextu je uvedený problém více patrný (různé zacházení je poskytováno investorům z různých členských států). Méně patrná je existence tohoto problému u DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi. Právo EU obecně členským státům nezakazuje, aby zvýhodňovaly příslušníky třetích zemí oproti příslušníkům členských států. Nicméně jak upozorňuje Dimopoulos, problém diskriminace se může týkat i těchto dohod. Prvním důvodem je, že některé DPOI používají jako kritérium pro určování korporátní státní příslušnosti kritérium kontroly, zatímco právo EU vychází z testu inkorporace. Může se tedy stát, že společnost založená podle práva členského státu bude z pohledu práva EU považována za příslušníka členského státu EU, ovšem zároveň bude na základě příslušné DPOI považována za zahraničního investora, a bude tedy požívat ochranu této dohody, v důsledku čehož jí bude poskytováno příznivější zacházení. Za druhé, Dimopoulos, opírajíc se o rozsudky SDEU ve věcech *Open Skies*, poukazuje na „exportní“ stránku diskriminace.³⁹⁶ Pokud členský stát uzavře s třetím státem dvoustrannou DPOI, která na území smluvní protistrany chrání pouze investory z příslušného členského státu, dochází tím k diskriminaci investorů z ostatních členských států. Jinými slovy, aby byla podle této teorie DPOI uzavřená členským státem s třetí zemí kompatibilní s právem EU, musela by definice investora na straně příslušného členského státu zahrnovat i subjekty ze všech členských států EU.³⁹⁷ Ačkoli tato argumentace má svůj racionální základ, a též určitou oporu v judikatuře SDEU, v dalších částech práce bude otázce diskriminace věnována pozornost pouze v souvislosti s intra-unijními DPOI a v souvislosti s DPOI uzavřenými mezi členskými státy a třetími zeměmi bude ponechána stranou.

2.4.5 *Konflikty jurisdikční povahy*

Jak bylo naznačeno výše, možnost investičních tribunálů rozhodovat spory zahrnující otázky výkladu a aplikace práva EU může z pohledu práva EU potenciálně představovat problém. Této otázce bude věnován široký prostor na několika dalších místech této práce. Nicméně pro pochopení souvislostí je vhodné nejdříve alespoň ve formě krátkého exkurzu nastínit základní obrysy vztahu práva EU a rozhodčího řízení v obecné rovině, a též pojmenovat některá specifika investiční arbitráže, v důsledku kterých se (podle mého názoru) tento mechanismus řešení sporů od klasického soukromého rozhodčího řízení v podstatných ohledech liší.

(i.) *Právo EU a rozhodčí řízení obecně*

Vztah práva EU k rozhodčímu řízení vyvolává některé komplikované otázky, nicméně obecně jej lze nejlépe charakterizovat jako indiferentní. Rozhodčí řízení je tradičně vnímáno jako doména soukromého práva. V tomto směru se jedná o výraz autonomie vůle soukromoprávních subjektů, které si přejí vyřešit svůj spor alternativními, méně formálními způsoby, mimo rámec soustavy státních soudů. Působnost práva EU, alespoň v podobě zamýšlené v počátcích jeho vývoje, neměla zasahovat do vztahů upravených soukromým právem. Základní cíle evropské integrace jsou naplňovány především nástroji veřejného práva. Byť v poslední době právo EU čím dál tím více zasahuje i do oblastí tradičně vymezených úpravě práva soukromého (typicky v oblasti ochrany spotřebitelů), soukromoprávní regulace zůstává doménou členských států.

³⁹⁶ Srov. např. Case C-471/98 *Commission v Belgium* [2002] ECR I-9681, odst. 137-140.

³⁹⁷ Srov. *Dimopoulos*, pozn. 166, s. 317-318.

Z výše uvedeného vyplývá i značný odstup, se kterým právo EU tradičně přistupuje k rozhodčímu řízení. Postupem času se však ukázalo, že idea absolutní vzájemné nezávislosti a neprovázanosti není zcela realistická. Obecně lze sledovat dvě základní roviny vývoje vztahu mezi právem EU a rozhodčím řízením. První rovina se týká dnes již „komunitarizované“ oblasti justiční spolupráce členských států v civilních věcech, která se ovšem od svých prvopočátků neměla vztahovat na rozhodčí řízení. V tomto směru je předmětem zájmu zejména rozsah výjimky pro rozhodčí řízení z působnosti nařízení Brusel I. (v jeho nerevidované verzi) podle jeho článku 1(1)(d). Druhá rovina souvisí s tím, jak je, resp. má být právo EU aplikováno a jeho dodržování vynucováno v řízení před rozhodci. Zde se určité napětí projevuje zejména v kontextu unijní úpravy hospodářské soutěže, která zakazuje určité typy dohod mezi soukromými subjekty, a která tedy často zasahuje i do oblasti soukromých sporů řešených v rozhodčím řízení.³⁹⁸

Pokusy o komunitarizaci rozhodčího řízení – nařízení Brusel I. Otázky spojené s působností nařízení Brusel I. nejsou z pohledu investičních arbitráží tolik podstatné, nicméně dobře ilustrují obecný postoj práva EU k rozhodčímu řízení a proto zasluhují alespoň krátkou pozornost. Rozhodčí řízení bylo výslovně vyňato z rozsahu působnosti Bruselské úmluvy a tato výjimka zůstala v nezměněné podobě zachována i po transformaci Bruselské úmluvy do nařízení č. 44/2001. Hlavní důvod pro zakotvení této výjimky byl spatřován v tom, že uznávání a výkon cizích rozhodčích nálezů byl předmětem jiných mezinárodních smluv, zejména celosvětově rozšířené a dobře fungující Newyorské úmluvy.³⁹⁹ Výjimka podle článku 1(1)(d) nařízení Brusel I. je tradičně vykládána široce. Z dosahu nařízení je vyňato nejen uznávání a výkon rozhodčích nálezů, ale i související soudní řízení týkající se platnosti rozhodčí smlouvy, jmenování rozhodců, zrušení rozhodčího nálezu apod., včetně uznávání a výkonu soudních rozhodnutí vydaných v takových řízeních.⁴⁰⁰ K takto širokému pojetí výjimky se přiklonil SDEU například v rozsudku *Marc Rich*, kde za rozhodující kritérium pro uplatnění výjimky označil předmět sporu, jehož se řízení před soudem týká – pokud je předmětem soudního řízení jmenování rozhodce, je toto řízení vyňato z působnosti nařízení Brusel I., byť by se soud nejdříve musel zabývat i platností rozhodčí smlouvy, jejíž neplatnost by založila pravomoc obecných soudů.⁴⁰¹ Výjimka pro rozhodčí řízení se vztahuje na všechna soudní řízení, která ve vztahu k rozhodčímu řízení plní pomocnou (*auxillary*) funkci. Nevztahuje se ovšem na řízení, která jsou s rozhodčím řízením paralelní. Za taková SDEU označil například soudní řízení o nařízení předběžného opatření, o které je požádáno v souvislosti s probíhajícím řízením před rozhodci. Takové řízení se řídí článkem 35 nařízení Brusel I.⁴⁰²

V relativně nedávné době rozvířil hladinu rozsudek ve věci *West Tankers*⁴⁰³, který se týkal problematiky tzv. *anti-suit injunctions*, což je označení pro procesní opatření soudu, kterým soud straně sporu pod hrozbou sankcí zakazuje zahájit soudní řízení v jiném státě. Účelem takového opatření je zabránit možným zneužívajícím procesním praktikám a zachování integrity řízení zahájeného v příslušném státě. Jedná se o procesní institut typický pro země *common law*, který se může u mnoha právníků vycházejících z kontinentálního právního

³⁹⁸ Článek 101 SFEU.

³⁹⁹ Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Jenard Report) No C 59/1, 5 March 1979.

⁴⁰⁰ *Magnus, U. et al.*, Brussels I Regulation. München: Sellier European Law Publishers, 2007, s. 63; Case C-190/89, *Marc Rich & Co AG v. Società Italiana Impianti PA* ECR [1991], I-3855, odst. 17-18.

⁴⁰¹ C-190/89, *Marc Rich*, odst. 26

⁴⁰² Case C-391/95, *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another* [1998] ECR, I-7091.

⁴⁰³ Case C-185/07, *Allianz SpA & Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.* [2009] ECR I-663.

prostředí setkat s nepochopením.⁴⁰⁴ SDEU v předmětném případě rozhodl, že soud členského státu nemůže vydat *anti-suit injunction* zakazující straně sporu, aby zahájila soudní řízení před soudem jiného členského státu, ani když je důvodem návrhu na vydání *anti-suit injunction* existence rozhodčí smlouvy mezi stranami sporu. Takové opatření podle SDEU omezuje možnost ostatních soudů posoudit svou vlastní pravomoc a odporuje zásadě vzájemné důvěry mezi členskými státy ohledně jejich soudních systémů.⁴⁰⁵ Rozsudek *West Tankers* bude ještě předmětem diskuse v rámci analýzy zásady vzájemné důvěry mezi členskými státy v kapitole 5.4.3. Na tomto místě je důležité konstatování, že nařízení Brusel I. se vztahuje nejen na *anti-suit injunction* vydanou anglickým soudem, ale i na řízení před italským soudem, které bylo jednou ze stran sporu zahájeno v rozporu s uzavřenou rozhodčí smlouvou. Takové řízení pak zakládá překážku litispendence podle článku 27 nařízení Brusel I., a soudy jiných členských států nemohou ve stejné věci jednat, dokud soud, u něhož bylo zahájeno řízení, sám nerozhodne o své nepřislušnosti. Byť je z pohledu kontinentálního právníka negativní postoj SDEU k opatřením typu *anti-suit injunction* srozumitelná, rozhodnutí *West Tankers* vyvolalo obavy o efektivnost rozhodčího řízení v EU. Závěry tohoto rozsudku uvedené do praxe v jiném skutkovém kontextu by mohly umožnit straně sporu, jenž chce oddálit či zkomplikovat vydání rozhodčího nálezu nebo jeho výkon, „torpédování“ činnosti rozhodčího soudu zahajováním neopodstatněných soudních řízení v jiných členských státech, která by mohla oddálit vydání rozhodčího nálezu nebo ohrozit jeho výkon.⁴⁰⁶ Na obdobné situace měly reagovat návrhy na reformu nařízení Brusel I. Jak původní ambiciózní plány na zahrnutí rozhodčího řízení do působnosti nařízení Brusel I. obsažené v Zelené knize Komise z roku 2009,⁴⁰⁷ tak pozdější skromné návrhy na doplnění nařízení Brusel I. o pravidlo *lis pendens* pro případ, že nepřislušnost soudu je namítána z důvodu existence rozhodčí smlouvy,⁴⁰⁸ ovšem ztroskotaly na odporu arbitrážní obce a některých členských států. Tento výsledek lze zřejmě přičíst na vrub obecné rezistenci rozhodčího řízení vůči pokusům o větší regulaci ze strany států.⁴⁰⁹ Revidované nařízení Brusel I. přijaté pod č. 1215/2012, které nabylo účinnosti 10. ledna 2015, tak plně zachovává výjimku pro rozhodčí řízení a problémy vyplývající z rozhodnutí *West Tankers* adresuje jen v několika vysvětlujících ustanoveních preambule.⁴¹⁰

⁴⁰⁴ Podrobněji k problematice *anti-suit injunctions* pojednává v tuzemské literatuře Bělohlávek A. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo: komentář. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2008, s. 312 a násl.

⁴⁰⁵ C-185/07, *West Tankers*, s. 27-32.

⁴⁰⁶ Některé příklady možných nežádoucích situací hrožících při extrémním výkladu rozhodnutí *West Tankers* uvádí M. Benedettelli. Například v případě, že by taktizující strana vyvolala řízení v jiném členském státě, jako odporující zásadě vzájemné důvěry by mohla být shledána i jiná soudní rozhodnutí související s rozhodčím řízením (např. sankce za porušení rozhodčí smlouvy, jmenování místo nespolupracující strany, nebo dokonce i výkon rozhodčího nálezu. Dále by mohlo dojít k vynucenému přerušení všech soudních řízení související s rozhodčím řízením, pokud by soudní řízení předmětem, na něž se vztahuje rozhodčí smlouva, bylo zahájeno v jiném členském státě. Konečně pokud by v takovém řízení byl vydáno rozhodnutí ve věci samé, bylo by přednostně vykonatelné podle nařízení Brusel I., přestože by v paralelním řízení v jiném státě byl vydán konkurující rozhodčí nález. Srov. Benedettelli, M. 'Communitarization' of International Arbitration: A New Spectre Haunting Europe? *Arbitration International*. 2011, 27(4), s. 589.

⁴⁰⁷ KOM(2009) 175 v konečném znění. Komise v Zelené knize navrhovala mj. částečné zrušení výjimky pro rozhodčí řízení a zavedení pravidel pro určování pravomoci soudů pro související řízení, která měla vycházet z místa konání rozhodčího řízení. Zatímco uznání a výkon samotných rozhodčích nálezů by se nadále řídil Newyorskou úmluvou, související soudní rozhodnutí by byly uznávány v režimu nařízení.

⁴⁰⁸ KOM(2010) 748 v konečném znění. Původní návrh počítal s tím, že soud členského státu by byl povinen přerušit řízení na základě námítky nepřislušnosti založené na existenci rozhodčí smlouvy, pokud by byl spor předložen rozhodčímu soudu nebo soudu v místě konání rozhodčího řízení.

⁴⁰⁹ Vymezení se vůči přílišné vnější kontrole ze strany státu a zdůrazňování autonomie stran a rozhodců je pro nauku rozhodčího řízení inherentní, což je vzhledem k povaze tohoto způsobu řešení sporů, které představuje alternativu vůči státnímu soudnictví, pochopitelné.

⁴¹⁰ Srov. bod 12 Preambule revidovaného nařízení Brusel I. Dle tohoto interpretačního ustanovení soudní rozhodnutí související s rozhodčím řízením nepodléhají uznání a výkonu podle nařízení.

Aplikace práva EU v rozhodčím řízení, SDEU a unijní veřejný pořádek. Další linie rozebíraného vztahu se týká aplikace práva EU v rozhodčím řízení. Ačkoli na otázku práva použitelného ve sporu před rozhodci se lze dívat z různých úhlů, výchozím předpokladem je, že rozhodci jsou, stejně jako obecné soudy, povinni aplikovat právo EU.⁴¹¹ První otázka pak zní, zda jsou rozhodci a rozhodčí soudy oprávněny, či dokonce povinny, klást SDEU předběžné otázky týkající se interpretace ustanovení práva EU postupem podle článku 267 SFEU obdobně jako soudy členských států. SDEU se k takové možnosti dlouhodobě staví negativně, neboť rozhodčí soudy nepovažuje za soudy členských států ve smyslu článku 267 SFEU. Tento konstantně judikovaný závěr vychází z rozsudku *Nordsee*⁴¹² z roku 1982, kdy se na SDEU obrátil rozhodce s žádostí o interpretaci (dnešního) článku 101 SFEU pro účely vyřešení předloženého sporu. SDEU shledal, že k poskytnutí odpovědi rozhodci není příslušný. Ačkoli uznal, že činnost rozhodčího soudu je v mnoha ohledech podobná činnosti obecných soudů členských států (zejména co se týče právního základu řízení, povinnosti rozhodovat na základě práva, vydání nálezu s účinky *res iudicata*, který je navíc vykonatelný), tyto charakteristiky nejsou podle SDEU dostatečné pro to, aby byl rozhodčímu tribunálu přiznán status „soudu členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU. SDEU poukázal především na dobrovolnost rozhodčího řízení (stranám nic nebránilo, aby jejich spory řešily obecné soudy – rozhodčí řízení tedy není obligatorní) a dále na skutečnost, že německé soudy ani úřady se nijak nepodílejí na rozhodnutí předložit spor rozhodcům, ani jinak nezasahují do průběhu rozhodčího řízení. Vzhledem ke slabým vazbám rozhodčího řízení na systém soudní ochrany v rámci členského státu tak podle SDEU nelze považovat rozhodce za soud členského státu ve smyslu článku 267 SFEU a rozhodce tím pádem není oprávněn klást SDEU předběžné otázky.

Konstatování, že rozhodčí tribunály nejsou oprávněny klást předběžné otázky, ovšem SDEU doplnil významným dovětkem, že právo EU musí být respektováno na území všech členských států a jeho aplikaci nelze vyloučit na základě smluvního ujednání stran. Dále uvedl, že pokud v rámci rozhodčího řízení vyvstanou otázky týkající se práva EU, k jejich řešení či přezkoumání mohou být povolány obecné soudy členských států, buďto v rámci výkonu pomocných funkcí, nebo v rámci přezkumu rozhodčích nálezů. V rámci výkonu těchto funkcí pak soud členského státu eventuálně může položit SDEU předběžnou otázku podle článku 267 SFEU. Ačkoli tedy SDEU nepřiznal rozhodcům přímý přístup k řízení o předběžné otázce, v žádném případě to neznamenalo rezignaci na dodržování práva EU v rámci rozhodčího řízení, neboť zajišťování řádné aplikace práva EU je podle SDEU úkolem soudů členských států. Jak přesně se ovšem soudy mají tohoto úkolu zhostit, zůstalo poměrně nejasné. Procesní předpisy řady členských států sice v omezené míře umožňují určitou spolupráci mezi rozhodčími tribunály a obecnými soudy, uplatnění těchto postupů způsobem naznačovaným v rozsudku *Nordsee* ovšem zůstává spíše teoretickou, a v praxi jen zřídka využívanou, možností. Soudní přezkum rozhodčích nálezů zase nelze v žádném případě ztotožňovat s odvolacím řízením, neboť rozhodčí nález je podle většiny právních řádů možné zrušit jen na základě taxativně jmenovaných a úzce formulovaných důvodů. Nesprávná aplikace práva rozhodci přitom zpravidla není dostatečným důvodem pro zrušení nálezu, pokud výsledek nedosahuje intenzity rozporu s veřejným pořádkem fóra.

Částečnou odpověď přinesl až rozsudek ve věci *Eco Swiss*⁴¹³ z roku 1999. Předběžnou otázku v tomto případě položil nizozemský soud, který rozhodoval o zrušení rozhodčího nálezu, o

⁴¹¹ Že se ovšem jedná o problematiku složitější, ukazuje například obsáhlá analýza v *Shelkopylas, N. The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*. Groningen: Europa Law Pub., 2003, s. 261 a násl.

⁴¹² Case 102/81, *Nordsee v Reederei Mond* [1982] ECR 1095.

⁴¹³ Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV* [1999] ECR I 3055.

němž měl za to, že byl v rozporu s článkem 101 SFEU. Nizozemské právo ovšem umožňovalo zrušení nálezu jen výjimečně, zejména z důvodu rozporu s veřejným pořádkem nebo s dobrými mravy. Jak dále uvedl referující soud, porušení nizozemského soutěžního práva by samo o sobě rozpor s veřejným pořádkem nezakládalo. SDEU ovšem v odpovědi na jednu z otázek nizozemského soudu dovodil, že ustanovení článku 101 SFEU je pro plnění úkolů Unie a zejména pro řádné fungování vnitřního trhu natolik zásadní, že je nutno jej považovat za otázku veřejného pořádku. Pokud tedy nizozemské právo ukládá soudu zrušit rozhodčí nález pro rozpor s veřejným pořádkem, je povinností tohoto soudu zrušit rozhodčí nález, který odporuje zákazu uloženému v článku 101 SFEU. Toto klíčové rozhodnutí SDEU založilo koncept komunitárního (dnes už spíše unijního) veřejného pořádku, jenž má zamezit tomu, aby rozhodčí nálezy odporující právu EU mohly mít účinky na území členských států. Na základě doktríny *Eco Swiss* rozpor rozhodčího nálezu s unijním veřejným pořádkem zakládá důvod pro jeho zrušení nebo pro odepření jeho výkonu.

Některým z výše nastíněných aspektů vztahu práva EU k rozhodčímu řízení, zejména co se týče možnosti dohledu soudů členských států nad dodržováním práva EU v rozhodčím řízení na základě doktríny založené na rozhodnutích *Nordsee* a *Eco Swiss*, bude ještě věnována bližší pozornost v kapitole V v souvislosti s intra-unijními investičními arbitrážemi. Tuto část lze uzavřít konstatováním, že vztah práva EU k rozhodčímu řízení je v zásadě neutrální. Byť se postupem času stále více projevují určité třecí plochy, nikdo nikdy nemohl rozumně namítat, že by rozhodčí řízení jako takové mohlo být v rozporu s právem EU. V návaznosti na to je ovšem nutno zabývat se otázkou, do jaké míry lze závěry ohledně statusu soukromého rozhodčího řízení v rámci práva EU přenášet na investiční arbitráž podle DPOI.

(ii.) *Je investiční arbitráž totéž co klasické soukromé rozhodčí řízení?*

Investiční arbitráže založené na DPOI představují fenomén, který je unikátním rysem mezinárodního investičního práva. Základní a rozlišující znaky tohoto typu řízení lze zjednodušeně shrnout následovně: (i) jedná se o mechanismus řešení sporů podle mezinárodního práva; (ii) umožňuje jednotlivcům (investorům) uplatňovat svá práva přiznaná mezinárodní smlouvou přímo proti státu (bez jakékoli asistence svého domovského státu); (iii) předmětem posuzování arbitrážních tribunálů jsou zpravidla (nikoli však výlučně) akty hostitelského státu veřejnoprávní povahy, tj. jednání hostitelského státu z pozice suveréna (nikoli jako účastníka soukromoprávních vztahů s příslušným investorem); a (iv) tento mechanismus řešení sporů je veden formou rozhodčího řízení, která je jinak typická pro soukromoprávní (zejména obchodní) vztahy mezi jednotlivci, resp. pro mezinárodní vztahy mezi suverénními státy, tedy spory mezi subjekty ve srovnatelném postavení.

Investiční arbitráže se v mnoha ohledech zásadně odlišují nejen od soukromého rozhodčího řízení, ale i od tradičních (mezistátních) mechanismů řešení sporů podle mezinárodního práva. Jak poznamenal J. Paulsson již v roce 1995:

Tento nový přístup k řešení mezinárodních sporů poskytuje naději, že práva budou moci být prosazována v individuálních případech na základě nároků uplatněných přímo poškozenou stranou. Tento přístup poskytuje nespočetné skupině současných a budoucích investorů právo prosazovat v rozhodčím řízení široké spektrum nároků vyplývajících z jednání početných orgánů veřejné moci, *a to bez ohledu na to, zda byla s příslušným stěžovatelem uzavřena jakákoli specifická dohoda*, což nás nutí přehodnotit naše základní představy o mezinárodním právním procesu v případech, pokud se týká zahraničních investorů. Nový přístup je zjevně jiné povahy než mechanismy řešení souborů stížností, které prosazují státy jménem svých příslušníků v rámci existujících institucí, jako je WTO.⁴¹⁴

⁴¹⁴ Paulsson, J. Arbitration Without Privity. *ICSID Review*. 1995, 10(2), s. 233.

Pro tuto formu řešení sporů mezi investorem a státem se vžilo označení *mixed arbitration* (v české literatuře je používán pojem diagonální rozhodčí řízení), který již na první pohled evokuje, že stranami sporu zde jsou subjekty, jejichž právní povaha a právní postavení je odlišné, což představuje poměrně významný rozdíl oproti klasickým formám rozhodčího řízení, ať už se jedná o soukromé rozhodčí řízení, nebo mezistátní arbitráž.

Přílišný důraz na procesní formu investičních arbitráží a nedocnění podstatných odlišujících znaků tohoto mechanismu řešení sporů vede často k tomu, že investiční arbitráže jsou ztotožňovány s klasickým soukromým rozhodčím řízením. Prvky tohoto přístupu lze vysledovat jak v nejrenomovanějších vědeckých pracích, tak i v mnoha arbitrážních nálezech. Pro účely této práce stojí za pozornost zejména následující pasáž mezitímního nálezu ve sporu *Eureko proti Slovensku*, v níž tribunál uvádí jeden z argumentů, proč intra-unijní investiční arbitráže nejsou v rozporu s právem EU:

„Nícméně právo EU neobsahuje žádné pravidlo, které by zakazovalo arbitráže mezi investorem a státem. Právě naopak: transnacionální rozhodčí řízení je zcela běžné (*is a commonplace*) napříč EU, včetně arbitráží mezi právníky osobami a státy, přičemž Evropský soudní dvůr se několikrát vyjádřil k tomu, jak mají být otázky práva EU řešeny v rámci rozhodčích řízení, včetně důležitých otázek veřejného pořádku.“⁴¹⁵

Tato pasáž názorně ilustruje, že z pohledu arbitrážního tribunálu není (alespoň pro účely řešených otázek) mezi investiční arbitráží a soukromým rozhodčím řízením žádný podstatný rozdíl. Nelze popřít, že takové pojetí je v zásadě odrazem toho, co lze označit jako „hlavní proud“⁴¹⁶ doktríny mezinárodního investičního práva. Zejména v posledních letech se našla řada autorů, kteří upozorňují na to, že skutečná povaha investičních arbitráží se od soukromého rozhodčího řízení zásadně liší. Tento stav popsali například T. Wälde následovně:

„Investiční arbitráž není totéž co mezinárodní obchodní arbitráž. Ve své podstatě je to forma mezinárodního soudního přezkumu opatření státu (regulatorních, správních, nebo někdy finančních), využívající ovšem formu obchodní arbitráže. Právníci vycházející z prostředí obchodní arbitráže na tuto skutečnost někdy neberou dostatečný ohled.“⁴¹⁷

V posledních letech se v literatuře objevuje proud, který investiční arbitráže vnímá spíše jako něco, co lze označit poněkud nepřesným českým překladem „veřejnoprávní soudnictví“ (*public law adjudication*) v rámci mezinárodního práva, který z hlediska svého obsahu odpovídá mezinárodní období ústavního a správního přezkumu aktů státu jako vykonavatele svrchované moci.⁴¹⁸ Jak vysvětluje G. Montt, v tomto smyslu se funkce arbitrážních tribunálů v podstatných ohledech neliší od funkce správních a ústavních soudů západního světa. Tribunály přezkoumávají soulad opatření státu s (mezinárodním) právem, a zároveň posuzují, zda v rámci politického rozhodování státní orgány dodržely požadavky na zachování rovnováhy mezi soukromými a veřejnými zájmy.⁴¹⁹

⁴¹⁵ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010, odst. 274.

⁴¹⁶ Výraz „mainstream“ je propůjčen od S. Schilla (*Schill, S. W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law*. *European Journal of International Law*. 2011, 22(3), s. 877).

⁴¹⁷ *Wälde, T. Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience*. In: Horn, R., Kröll, S. (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Citováno podle: *Montt*, pozn. 157, s. 9.

⁴¹⁸ *Montt*, pozn. 157, s. 4; *Van Harten, G. Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 10.

⁴¹⁹ *Montt*, pozn. 157, s. 8.

Jednou z hlavních příčin, proč je investiční arbitráž často nad rozumnou míru ztotožňována se soukromým rozhodčím řízením, je aplikace teorie rozhodčí smlouvy na diagonální arbitráže, které jsou ovšem primárně založeny na mezinárodních smlouvách. Za účelem teoretického zdůvodnění jurisdikce arbitrážních tribunálů k řešení investičních sporů podle DPOI klasická doktrína standardně vychází z konstrukce založené na existenci oboustranného souhlasu hostitelského státu a investora s řízením před rozhodci, vytvářejíc tak obraz konsenzuálního základu investičních arbitráží. Jak uvádí Dolzer a Schreuer v patrně nejrozšířenější obecné monografii o mezinárodním investičním právu:

„Stejně jako každé jiné rozhodčí řízení, je i investiční arbitráž vždy založena na dohodě. Souhlas s arbitráží ze strany hostitelského státu, jakož souhlas i ze strany investora, jsou nezbytnou podmínkou pro založení jurisdikce tribunálu. Účast (státu) na mezinárodní smlouvě sice hraje z pohledu jurisdikce tribunálu důležitou roli, sama o sobě ovšem tuto jurisdikci založit nemůže. Svůj souhlas musí vyjádřit obě strany.“⁴²⁰

Rozhodčí doložka obsažená v DPOI (eventuálně obdobné ustanovení obsažené ve vnitrostátní legislativě hostitelského státu) je v tomto smyslu vnímána jako jednostranná nabídka hostitelského státu k řešení investičních sporů prostřednictvím arbitráže. Rozhodčí smlouva se stane perfektní tím, že jí akceptuje investor, který splňuje podmínky předpokládané příslušnou DPOI. Nabídka hostitelského státu může být investorem akceptována jednoduše tím, že vůči hostitelskému státu zahájí arbitrážní řízení.⁴²¹

Aniž bych zde chtěl zpochybňovat výše nastíněnou koncepci rozhodčí smlouvy, která je v literatuře i v judikatuře tribunálů hluboce zakořeněna, a která vcelku dobře plní svůj primární účel, kterým je teoretické zdůvodnění jurisdikce arbitrážních tribunálů, nelze nevidět, že se do značné míry jedná o fikci, která o skutečné povaze investičních arbitráží vypovídá jen velmi málo.

Patrně nejdůslednější kritiku tohoto konceptu přináší práce G. Van Hartena, který zdůrazňuje především veřejnoprávní charakter investičních arbitráží.⁴²² Byť by se zřejmě jen málokterý zastánce „hlavního proudu“ na tohoto autora odvolával jako na autoritu, a to vzhledem k jeho mimořádně kritickým názorům na investiční arbitráže, jeho metodologickému přístupu při kritice pojmání investičních arbitráží jako obdoby soukromého rozhodčího řízení lze jen stěží něco vytknout.

Van Harten odlišuje obchodní arbitráž, která odvozuje svou autoritu a závaznost především z autonomie vůle stran sporu vyjádřené v jejich rozhodčí smlouvě, od investiční arbitráže, přičemž za tímto účelem separátně analyzuje obecný souhlas hostitelského státu obsažený v DPOI a souhlas investora vyjádřený konkludentně zahájením arbitrážního řízení. Pokud jde o souhlas hostitelského státu, jeho hlavní odlišující znaky ve srovnání s individuálním souhlasem strany sporu v obchodní arbitráži jsou dva. Za prvé, v DPOI se hostitelský stát podřizuje řešení sporů ve formě povinné arbitráže vůči zahraničním investorům jako skupině. Možnost zahájit rozhodčí řízení je otevřena širokému okruhu fyzických a právnických osob, které splňují podmínky uvedené v DPOI, což tento systém zpřístupňuje předem neomezené kategorii potenciálních žalobců, jejichž identita státu v době udělení jeho souhlasu není známá. Tím je vytvořen základ pro řešení širokého spektra potenciálních sporů vyplývajících z jakéhokoli výkonu svrchované moci, který má dopad do majetkové sféry zahraničního investora. Při udělení tohoto obecného souhlasu stát nejedná jako soukromá osoba; spíše tím vykonává svou pravomoc, kterou disponuje jedině on jako reprezentativní entita v mezinárodní sféře. Za druhé, obecný souhlas je výsostně svrchovaný akt, a to zejména vzhledem k povaze sporů, k nimž se vztahuje. Udělením obecného souhlasu k investiční arbitráži se stát podrobuje určitému mechanismu, který představuje formu kontroly a dohledu nad jeho vlastní regulační činností. Investiční tribunály typicky aplikují standardy, které kladou omezení na činnost státu ve sféře legislativní, správní a soudní.

⁴²⁰ Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 254.

⁴²¹ Tamtéž, s. 257.

⁴²² Van Harten, pozn. 418, kapitola 3.

Pokud jde o konkludentní souhlas investora ve formě zahájení investiční arbitráže, ten je podle Van Hartena nutno vnímat jako přijetí možnosti, kterou hostitelský stát nabízí zahraničním investorům jako skupině. Konkrétně řečeno, souhlas investora představuje využití možnosti domáhat se v mezinárodní arbitráži kompenzace za tvrzené porušení mezinárodních standardů ze strany státu. Udělení takového souhlasu ze strany investora je v rámci sporů podle DPOI umožněno spíše mezistátní dohodou mezi smluvními stranami příslušné DPOI nežli soukromoprávní smlouvou, a týká se spíše regulatorních nežli obchodních sporů. Investor se pro arbitráž rozhoduje vždy až poté, co dojde ke sporu se státem; jedná se tedy o souhlas retrospektivní, a specifický, týkající se sporu vyplývajícího z regulatorního vztahu. Na rozdíl od státu se investor nezavazuje k povinné arbitráži ve vztahu k budoucím sporům se státem. V investiční arbitráži jsou pouze investoři kompenzováni a pouze stát je sankcionován. Ve sporech podle DPOI je souhlas investora vždy specifický a souhlas státu je vždy generální. Souhlas investora zde tedy mnohem více připomíná rozhodnutí jednotlivce domáhat se odškodnění proti státu podle předpisů vnitrostátního veřejného práva, než rozhodnutí jednotlivce domáhat se náhrady škody vůči jinému jednotlivci podle soukromého práva, nebo souhlas strany soukromoprávního sporu s jeho řešením v obchodní arbitráži.

Van Harten shrnuje, že na investiční arbitráž by mělo být pohlíženo spíše jako na mechanismus soudního přezkumu v rámci veřejného práva, nikoli jako na formu recipročního konsenzuálního mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem. Předmětem investičních arbitráží je určitý typ sporů vyplývajících ze vztahů státu a jednotlivců, kteří jsou podřízeni výkonu jeho veřejné moci. To představuje zásadní rozdíl oproti konsenzuálním arbitrážím, které představují mechanismus řešení tradičních mezinárodních sporů (mezi státy) nebo obchodních sporů (mezi soukromými osobami), v rámci kterých jsou obě strany sporu způsobilé mít stejná práva a stejné povinnosti. Jakožto systém veřejného práva, investiční arbitráž se týká spíše regulatorních vztahů mezi státem a jednotlivcem než recipročních vztahů mezi osobami v právně stejném postavení. Na rozdíl od jakékoli jiné formy mezinárodní arbitráže, tato forma přiznává rozhodcům širokou pravomoc k řešení sporů vznikajících v regulatorní sféře.

Účelem této práce není podávat teoretický rozbor koncepčních otázek investičních arbitráží, ani se přiklánět k tomu či onomu výkladu jejich povahy. Účelem výše uvedeného, notně zhuštěného přehledu možných pohledů, bylo zdůraznění skutečnosti, že na investiční arbitráže nelze pohlížet ve všech ohledech stejně jako na běžné soukromé rozhodčí řízení, a to vzhledem k jejich značným veřejnoprávním přesahům (zdůrazňovaným Van Hartenem), ale i vzhledem k tomu, že spory řešené v investičních arbitrážích se mnohem více než soukromé rozhodčí řízení dotýkají veřejných zájmů, včetně takových, které spadají do působnosti EU. Proto zdaleka ne všechno, co obecně platí pro vztah mezi právem EU a rozhodčím řízením, bude automaticky platit pro vztah mezi právem EU a investičními arbitrážemi, a při analýze tohoto vztahu je nutno zohlednit i uvedená specifika.

(iii.) Rezervovaný postoj SDEU k řešení sporů zahrnujících otázky práva EU před jinými fóry

Vzhledem k materiálnímu obsahu typických DPOI, zakotvující limity pro jednání hostitelského státu v rámci výkonu veřejné moci, jakož i ke specifické povaze diagonální investiční arbitráže, je u tohoto mechanismu řešení sporů potenciál pro různé interakce s právem EU mnohem větší, než u klasického rozhodčího řízení. Investiční spory mají oproti běžným soukromoprávním sporům mnohem větší přesahy do veřejného práva a mohou se dotýkat veřejných zájmů, včetně těch, které jsou předmětem úpravy práva EU. Jak bylo rozebráno v předchozích částech, byť úpravu přeshraničních investičních aktivit v DPOI a v právu EU nelze považovat za totožnou, tyto úpravy se do značné míry překrývají. I v rozsahu, v jakém ochrana poskytovaná DPOI a právem EU není rovnocenná, platí, že tyto úpravy dopadají na obdobný okruh právních vztahů. Konečně je nutno vzít v úvahu, že i sama EU vystupuje jako regulátor – jednání, které představuje porušení práv investora podle DPOI, tak může mít původ i v právu EU nebo v aktech jejích orgánů. Všechny tyto skutečnosti předurčují investiční arbitráže k tomu, že v rámci řešení investičních sporů může tribunál mnohem častěji narazit na otázky, které se nějakým způsobem týkají práva EU nebo zájmů Unie.

Potenciálně konfliktní vztah mezi mechanismem řešení sporů ve formě investiční arbitráže a právem EU plyne z toho, že SDEU ve své judikatuře vykazuje značnou rezistenci k přenášení řešení sporů zahrnujících otázky práva EU před jiná fóra, než jaká předpokládají Zakládající smlouvy. Architektura soudního systému EU je založena na vzájemné spolupráci vnitrostátních soudů členských států, které jsou primárně odpovědné za vynucování práva EU, a SDEU, který je odpovědný za dodržování práva při výkladu a provádění Zakládajících smluv, a který je výlučně příslušný k podávání závazného výkladu pramenů práva EU. Hlavním nástrojem této spolupráce je institut předběžné otázky podle článku 267 SFEU. SDEU tuto roli svou a soudů členských států poměrně pečlivě střeží s cílem zachovat autonomii práva EU a zajištění jeho jednotného výkladu a aplikace (příslušná judikatura bude blíže rozebrána v dalších částech práce).

Lze předznamenat, že výše nastíněná rezistence SDEU vůči jiným mezinárodním mechanismům řešení sporů se projevuje s různou intenzitou podle toho, zda jsou dotčeny zájmy třetích zemí, nebo se jedná o čistě intra-unijní situace. Pokud jde o vztahy s třetími zeměmi, přístup SDEU je flexibilnější. Soud v zásadě realisticky akceptuje, že EU se ve vztazích s třetími zeměmi může podrobit závazným, a na SDEU nezávislým, mechanismům řešení sporů, a k souladu těchto mechanismů s právem EU vyžaduje pouze splnění určitých podmínek, které jsou z jeho pohledu nezbytné pro zachování základního charakteru EU a její institucionální struktury. Této otázce bude věnována pozornost v kapitole III. Jinými úvahami se ovšem řídí posuzování kompatibility mezinárodních mechanismů řešení sporů s právem EU v čistě intra-unijním kontextu, kdy nejsou dotčeny zájmy třetích států ani integrita vystupování EU na mezinárodní scéně. Zde je SDEU mnohem striktnější, když v zásadě odmítá možnost, aby členské státy umožnily řešení sporů týkajících se výkladu nebo provádění práva EU jinými způsoby, než jaké předpokládají Zakládající smlouvy. To vyvolává poměrně zásadní pochybnosti ohledně kompatibility investičních arbitráží podle intra-unijních DPOI s právem EU. Otázce, nakolik jsou tyto pochybnosti relevantní, bude věnován prostor v kapitole V.

III. INVESTIČNÍ DOHODY UZAVÍRANÉ UNIÍ

3.1 LISABONSKÁ SMLOUVA – PŘÍMÉ ZAHRANIČNÍ INVESTICE JAKO SOUČÁST SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITIKY

Lisabonská smlouva, která vstoupila v platnost 1. prosince 2009, znamenala ve vztahu práva EU a mezinárodního investičního práva zásadní přelom. Do té doby byla mezinárodní ochrana investic převážně doménou členských států. Před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se obecně vycházelo z předpokladu, že uzavíráním DPOI členské státy vykonávaly jednu ze svých pravomocí, která doposud nebyla svěřena Unii (resp. v této době Společenství). Lisabonskou smlouvou byla pravomoc v této oblasti v podstatné části přenesena z členských států na Unii tím, že přímé zahraniční investice byly výslovně začleněny do ustanovení SFEU o společné obchodní politice (články 206 a 207 SFEU).

Článek 206 SFEU nyní zní:

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.⁴²³

Článek 207(1) SFEU nyní zní:

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, jako jsou opatření pro případ dumpingu a subvencování. Společná obchodní politika je prováděna v rámci zásad a cílů vnější činnosti Unie.⁴²⁴

O výslovné zahrnutí zahraničních investic do společné obchodní politiky Komise usilovala již od doby, kdy SDEU vydal *Posudek 1/94*,⁴²⁵ o němž bude podrobněji pojednáno níže. Tímto posudkem SDEU stanovil mez pro rozšiřování pravomocí Společenství ve věcech společné obchodní politiky mimo oblasti, které přímo nesouvisely s obchodem se zbožím (v tomto případě se jednalo o mezinárodní dohody v oblasti služeb a ochrany duševního vlastnictví). Vnější pravomoci Společenství tak svým rozsahem přestaly k pokrytí celé rozšiřující se agendy WTO, která ztělesňovala chápání světového obchodu v jeho širším smyslu, což bylo vnímáno jako značná praktická komplikace na straně Společenství. Obchod službami a obchodní aspekty duševního vlastnictví byly do společné obchodní politiky začleněny (byť nejprve ve značně okleštěné podobě) Smlouvou z Nice, která vstoupila v platnost v roce 2003. Komise již v této době zároveň usilovala o výslovné rozšíření společné obchodní politiky i o zahraniční investice.⁴²⁶ Tato snaha kopíruje soudobý vývoj na půdě WTO. Na základě Singapurské

⁴²³ Článek 131 Smlouvy o založení Evropského společenství zněl následovně:

„Vytvořením celní unie hodlají členské státy přispět ve společném zájmu k harmonickému rozvoji světového obchodu, k postupnému odstranění omezení mezinárodního obchodu a ke snižování celních překážek. Společná obchodní politika přihlíží k příznivému dopadu, který může mít odstranění cel mezi členskými státy na vzrůst konkurenceschopnosti podniků těchto států.“

⁴²⁴ Odstavec 1 článku 133 Smlouvy o založení Evropského společenství zněl následovně:

„Společná obchodní politika se zakládá na jednotných zásadách, zejména pokud jde o úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod, sjednocování liberalizačních opatření, vývozní politiku a obchodní ochranná opatření, jako jsou opatření pro případ dumpingu a subvencování.“

⁴²⁵ Opinion 1/94 [1994] ECR I-5267.

⁴²⁶ Blíže viz *Johannsen, S.* Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem

ministerské deklarace z roku 1996⁴²⁷ byla v rámci WTO zřízena pracovní skupina, která měla studovat vztah mezi obchodem a investicemi. Poté, co v roce 1998 definitivně selhala jednání o nové Mnohostranné dohodě o investicích (*Multilateral Agreement on Investment – MAI*), která měla být nejprve uzavřena mezi členskými státy OECD, se jako vhodné alternativní fórum pro zavedení globálního režimu zahraničních investic jeví právě WTO. Na čtvrté ministerské konferenci členských států WTO konané v listopadu 2001 v katarském Dauhá bylo rozhodnuto, že od následující ministerské konference budou zahájena jednání o nové dohodě týkající se dlouhodobých (zejména přímých) zahraničních investic.⁴²⁸ Do té doby se měla pracovní skupina zabývat objasněním některých klíčových otázek budoucí dohody.⁴²⁹

Společenství, zastupované Komisí, bylo jedním z hlavních iniciátorů zahájení investičních jednání na půdě WTO. Komise v rámci přípravných prací předložila pracovní skupině řadu stanovisek k různým otázkám budoucí investiční dohody WTO, jako je transparentnost, definice investice, ustanovení o rozvoji, před-investiční pravidla, ochrana platební rovnováhy, řešení sporů a nediskriminace.⁴³⁰ Je vhodné zmínit, že ve svém stanovisku k definici investice se Komise vyjádřila v tom smyslu, že na základě Ministerské deklarace z Dauhá „*se mnohostranný rámec pro investice má týkat dlouhodobých přeshraničních investic, zejména přímých zahraničních investic. S tímto porozuměním ES předkládá svoje stanovisko prezentované v tomto materiálu.*“⁴³¹ V tomto duchu následně Komise v předloženém materiálu rozváděla svůj pohled na definici přímých zahraničních investic.

I když byly zahraniční investice z důvodu odporu rozvojových zemí ještě v roce 2003 z agendy katarského kola jednání v rámci WTO definitivně vypuštěny,⁴³² právě kontext zárodku jednání o investicích na půdě WTO, který se odehrál v klíčové době velkých reforem primárního práva EU, je důležitý pro porozumění, proč se výslovná zmínka o zahraničních investicích objevila v ustanoveních o společné obchodní politice, která byla nejprve součástí návrhu odmítnuté Ústavy pro Evropu, a která pak byla v této části beze změny převzata do Lisabonské smlouvy, a proč tato nepochybně významná změna nevyvolala v době, kdy se o ní rozhodovalo, příliš velký rozruch. Zároveň umožňuje porozumět tomu, proč je nová vnější pravomoc omezena pouze na *přímé* zahraniční investice, jakkoli se toto omezení z dnešního pohledu jeví jako umělé a Unii působí při formování své nové politiky v oblasti zahraničních investic nemalé problémy.

Přesun vnější pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic z členských států na EU přinesl řadu složitých a dodnes nedořešených teoretických a praktických otázek. Základní otázkou samozřejmě je, zda je Unie po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost oprávněna samostatně uzavírat s třetími zeměmi mezinárodní smlouvy, které svým obsahem odpovídají tradičním dohodám o ochraně investic, jaké až do té doby uzavíraly její členské státy. Smysluplná diskuse o těchto otázkách vyžaduje poměrně podrobnou znalost problematiky

Vertrag von Lissabon. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Lehman, M. (Hrsg.). Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2009, Heft 90, s. 5 a násl.

⁴²⁷ Singapore WTO Ministerial 1996: Ministerial Declaration (WT/MIN(96)/DEC), 18 December 1996.

⁴²⁸ Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration (WT/MIN(01)/DEC/1), 20 November 2001, odst. 20.

⁴²⁹ Tamtéž, odst. 22.

⁴³⁰ Blíže srov. *Ferrarini, B.* A Multilateral Framework for Investment? The Singapore Issues and the World Trading System: The Road to Cancun and Beyond. 2003, s. 16 a násl.

Dostupné z: http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/ferrarini_wti_investment.pdf,

⁴³¹ Communication from the European Community and its Member States. Concept Paper on the Definition of Investment (WT/WGTI/W/115), 16 April 2002.

⁴³² *Newcombe, A., Paradell, L.* Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 56.

vnějších pravomocí Unie a jejích různých „nuancí“, které vyplývají z judikatury SDEU a jejího doktrinárního výkladu. Úvodem této části je proto nezbytné podat alespoň základní obecný exkurz o vnějších pravomocích EU.

3.2 VNĚJŠÍ PRAVOMOCI UNIE – EXKURZ

V nejobecnější rovině se vymezení pravomocí Unie řídí zásadou svěřeni pravomocí.⁴³³ Obsah této zásady byl Lisabonskou smlouvou vtělen do článku 5(2) SEU, který výslovně potvrzuje, že:

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

Identifikovat přesný rozsah a obsah pravomocí Unie a vymezení hranice mezi pravomocemi Unie a členských států se však v mnoha případech ukazuje jako nesmírně složité. Ustanovení Zakládajících smluv svěřující Unii pravomoci jsou zpravidla formulovány obecně a široce, přičemž oblasti, které příslušný akt pokrývá, se často různě překrývají. Nejasnosti lze často překlenout pouze výkladem, přičemž rozhodující je v tomto ohledu výklad ze strany SDEU, který má přirozeně tendenci vykládat pravomoc Unie široce a účelově s úmyslem dosažení cílů Zakládajících smluv.⁴³⁴ Zásada svěřeni pravomocí vyžaduje, aby měl každý právní akt Unie svůj právní základ v některém ustanovení Zakládajících smluv. Nejde jen o vyřešení otázky, zda Unie má v konkrétním případě pravomoc, nebo zda tato pravomoc náleží členským státům. Určení právního základu má význam jednak z hlediska interních procedur, které musí přijetí příslušného aktu předcházet, a dále z pohledu druhu příslušné pravomoci.

Vnější pravomocí Unie se obecně rozumí oprávnění Unie přijímat opatření ve vztahu k třetím zemím. Tato pravomoc typicky zahrnuje možnost Unie uzavírat s třetími zeměmi mezinárodní smlouvy, ovšem zahrnuje i možnost Unie přijímat ve vztahu k třetím zemím jednostranná (autonomní) opatření. Vnější pravomoci Unie se obvykle dělí na několik základních kategorií, které vychází z judikatury SDEU, a které se Lisabonská smlouva pokouší příslušným způsobem kodifikovat.

Předně lze rozlišovat výslovné (*express competence*) a implicitní pravomoci (*implied competence*). O výslovných pravomocích hovoříme tehdy, pokud je pravomoc Unie přijímat opatření ve vztahu k třetím zemím stanovena přímo Zakládacími smlouvami. Již od založení EHS přiznávají Zakládající smlouvy Unii (resp. Společenství) výslovné vnější pravomoci článek 207 SFEU, který zakládá pravomoc Unie ve věcech společné obchodní politiky, a dále článek 217 SFEU, který Unii umožňuje uzavírat s třetími zeměmi dohody o přidružení (neboli tzv. asociační dohody). Další výslovné pravomoci přibyly do Zakládajících smluv na základě Jednotného evropského aktu a Maastrichtské smlouvy. Z výslovných pravomocí je nepochybně nejdůležitější (a to nejen z pohledu zahraničních investic) společná obchodní politika, které bude věnována bližší pozornost dále. Vnější pravomoci ovšem nemusí být Unii Zakládajícími smlouvami svěřeny vždy pouze výslovně. Jak SDEU dovodil již v roce 1971 v rozsudku *AETR*⁴³⁵, pravomoc uzavírat mezinárodní smlouvy může rovněž vyplývat i z jiných ustanovení Zakládajících smluv a z opatření, která na základě takových ustanovení přijaly orgány Unie.

⁴³³ Článek 5(1) SEU.

⁴³⁴ *Craig, P., De Búrca, G.* EU Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 520.

⁴³⁵ Case 22/70, *Commission v Council* [1971] ECR 263.

Doktrína implicitních pravomocí, která je ryzím produktem ne vždy zcela jednoznačné a konzistentní judikatury, patří mezi nejkontroverznější oblasti práva EU, v rámci níž zůstává doposud mnoho otázek otevřených. Některým z nich bude věnována pozornost dále.

Obecné vymezení vnější pravomoci Unie nově obsahuje ustanovení článku 216(1) SFEU, které se volným způsobem pokouší kodifikovat dosavadní judikaturu:

Unie může uzavřít dohodu s jednou nebo více třetími zeměmi nebo mezinárodními organizacemi, stanoví-li tak Smlouvy nebo je-li uzavření dohody buď nezbytné k dosažení cílů stanovených Smlouvami v rámci politik Unie, nebo je stanoveno právně závazným aktem Unie, nebo se může dotknout společných pravidel či změnit jejich oblast působnosti.

Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost tak primární právo kromě výslovných pravomocí („*stanoví-li tak Smlouvy*“) reflektuje i existenci implicitních pravomocí (viz další případy uvedené v citovaném ustanovení).

Vedle dělení na výslovné a implicitní pravomoci je dále rozlišováno mezi pravomocemi výlučnými (*exclusive competence*) a pravomocemi sdílenými (*shared competence*).⁴³⁶ Svěřují-li v určité oblasti Zákładající smlouvy Unii výlučnou pravomoc, může pouze Unie vytvářet a přijímat právně závazné akty a členské státy tak mohou činit pouze tehdy, jsou-li k tomu Uní zmocněny nebo provádějí-li akty Unie (článek 2(1) SFEU). Oblasti, kde má Unie výlučnou pravomoc jsou taxativně vyjmenovány v článku 3(1) SFEU,⁴³⁷ přičemž mezi tyto oblasti tradičně patří i společná obchodní politika.⁴³⁸ Svěřují-li v určité oblasti Smlouvy Unii sdílenou pravomoc, mohou v této oblasti vytvářet a přijímat právně závazné akty jak Unie, tak i členské státy. Členské státy přitom vykonávají svou pravomoc v rozsahu, v jakém ji Unie nevykonala (článek 2(2) SFEU).⁴³⁹ V oblastech výlučné pravomoci je možnost členských států přijímat závazné právní akty vyloučena bez ohledu na to, zda Unie svou pravomoc vykonala či nikoli. V případě sdílené pravomoci zůstává možnost členských států přijímat v dané oblasti závazné akty zachována, a členské státy tuto možnost ztrácí až tehdy, když svou pravomoc vykoná Unie, ovšem pouze v rozsahu příslušného opatření přijatého Uní. V případě sdílené pravomoci tedy může Unie určitou oblast „obsadit“ svými akty a vyloučit tak další výkon této pravomoci ze strany členských států (v tomto směru se někdy hovoří o „preempci“ výkonu pravomoci).⁴⁴⁰ Oblasti sdílené pravomoci jsou vymezeny v článku 4 SFEU. Obecně platí, že Unie s členskými státy sdílí pravomoc ve všech oblastech svěřených jí Zákładajícími smlouvami, pokud příslušná oblast nespádá pod jiný typ pravomoci (tedy pod pravomoc výlučnou, nebo pod pravomoc podpůrnou a koordinační).⁴⁴¹ Lze tedy říci, že sdílená pravomoc představuje obecné pravidlo. Hlavní oblasti sdílené pravomoci jsou pak vyjmenovány v článku 4(2) SFEU, přičemž v tomto případě se nejedná o taxativní výčet. Mezi oblasti, v nichž Unie sdílí pravomoc s členskými státy, patří i vnitřní trh.

⁴³⁶ Kromě výlučných a sdílených pravomocí má Unie v některých oblastech pravomoc Podpůrní, koordinační a doplňující (srov. článek 6 SFEU). Pro oblast zahraničních investic ovšem tento druh pravomoci není důležitý.

⁴³⁷ Podle článku 3 odst. 1 SFEU má Unie výlučnou pravomoc v těchto oblastech:

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

⁴³⁸ Tuto charakteristiku pravomoci v oblasti společné obchodní politiky SDEU poprvé dovedl v *Posudku 1/75* (Opinion 1/75 [1975] ECR 1355).

⁴³⁹ Článek 2 odst. 2 SFEU.

⁴⁴⁰ *Craig, De Búrca*, pozn. 12, s. 84.

⁴⁴¹ Článek 4 odst. 1 SFEU.

Věc se stává složitější, začneme-li uvažovat o kombinacích výše uvedených kategorií, zejména o výlučné či nevýlučné povaze implicitních pravomocí. Z judikatury SDEU jednoznačně vyplývá, že i implicitní pravomoci mohou mít výlučnou povahu (viz dále). To bylo Lisabonskou smlouvou promítnuto do nového článku 3(2) SFEU:

Ve výlučné pravomoci Unie je rovněž uzavření mezinárodní smlouvy, pokud je její uzavření stanoveno legislativním aktem Unie nebo je nezbytné k tomu, aby Unie mohla vykonávat svou vnitřní pravomoc, nebo pokud její uzavření může ovlivnit společná pravidla či změnit jejich působnost.

Ve vnějších vztazích tedy platí, že Unie může získat výlučnou pravomoc i mimo oblasti taxativně vyjmenované v článku 3(1) SFEU, pokud jsou k tomu splněny určité podmínky. Skutečný význam citovaného článku 3(2) SFEU a jeho vztah k obecnějšímu článku 216(1) SFEU (citovaného výše) je ovšem bez příslušného kontextu nejasný. Pro pochopení a správnou interpretaci uvedených ustanovení je nutno analyzovat judikaturu, z níž doktrína implicitních pravomocí vychází.

V následujícím textu tedy bude v obecné rovině blíže pojednáno o těch aspektech vnějších pravomocí Unie, které jsou důležité z pohledu vnějších pravomocí EU v oblasti zahraničních investic. Konkrétně bude pojednáno o společné obchodní politice, jejíž součástí se na základě Lisabonské smlouvy staly i přímé zahraniční investice, a dále o implicitních pravomocích, které mohou mít význam pro ty aspekty zahraničních investic, které nadále nespádají pod společnou obchodní politikou.

Lze předznamenat, že zkoumání této problematiky obzvláště komplikuje zejména nekonzistentní užívání termínu „sdílená pravomoc“ (*shared competence*), jakož i používání dalších označení s nejasným obsahem (často se lze setkat zejména s pojmy „společná pravomoc“ – *joint competence*, nebo „souběžná pravomoc“ – *concurrent competence*), a to jak v literatuře, tak i v judikatuře SDEU. Pojem sdílených pravomocí je často nesprávně dáván do přímé souvislosti s tzv. smíšenými smlouvami (*mixed agreements*), což jsou mezinárodní smlouvy s třetími zeměmi, jejichž stranami jsou zároveň EU i členské státy. Účast členských států na smíšené smlouvě umožňuje překonat problém s nedostatkem příslušné pravomoci na straně EU, tj. smíšené smlouvy jsou uzavírány zejména v situacích, kdy pravomoc EU ve vztahu k úpravě určité části mezinárodní smlouvy zcela absentuje. Naproti tomu existence sdílené vnější pravomoci je zcela postačující pro to, aby Unie mezinárodní smlouvu s třetí zemí uzavřela samostatně, bez paralelní účasti členských států. Uvedené pojetí sdílených pravomocí bylo jednoznačně kodifikováno Lisabonskou smlouvou (viz výše), a při dalším výkladu se jej striktně drží i tato práce.

3.2.1 Společná obchodní politika

Společná obchodní politika je nejrozvinutější ze všech vnějších politik Unie a představuje jádro vnějších vztahů EU.⁴⁴² Zavedení společné obchodní politiky úzce souviselo s vytvořením celní unie, což byl jeden z původních a základních cílů Smlouvy o založení EHS. Celní unie má rozměr vnější a vnitřní. Vnitřní rozměr celní unie spočíval v odstranění překážek obchodu mezi členskými státy. Vnější rozměr celní unie spočíval především v zavedení společného celního sazebníku. Na obchod se zbožím mají ovšem kromě cel vliv i jiná opatření (opatření s rovnocenným účinkem, kvantitativní omezení či jiná opatření mající omezující účinek na

⁴⁴² Viz např. *Eeckhout, P.* EU External Relations Law: Legal and Constitutional Foundations. New York: Oxford University Press, 2004, s. 347.

obchod). Ke skutečnému fungování celní unie a společného trhu tedy bylo nezbytné i uplatňování společné politiky v oblasti zahraničního obchodu.⁴⁴³ Proto bylo Společenství již od počátku vybaveno pravomocí ve věcech společné obchodní politiky, která se měla vztahovat na otázky související s obchodem se zbožím ve vztahu k třetím státům.

Přijímání opatření v rámci společné obchodní politiky se ve srovnání s jinými oblastmi působnosti Společenství od počátku vyznačovalo přímočarou procedurou, se silným postavením Komise v zásadě bez účasti Parlamentu, přičemž rozhodnutí přijímala Rada na návrh Komise kvalifikovanou většinou. Změny a výjimky do této zjednodušené procedury přinesly až Amsterodamská smlouva, Smlouva z Nice a Lisabonská smlouva. Již v roce 1975 SDEU formuloval v té době nepsané pravidlo o výlučné povaze pravomoci Společenství ve věcech společné obchodní politiky, která *a priori* vylučuje, aby mohly členské státy nadále v této oblasti přijímat vlastní opatření. Dle soudu ochrana společných zájmů Společenství, nutnost zabránit narušení hospodářské soutěže, jakož i zásada loajality členských států vůči Společenství, vyžadují, aby byla pravomoc ve věcech společné obchodní politiky výlučnou:

Připustit opak by se rovnalo uznání, že členské státy mohou ve vztahu k třetím zemím zaujímat postoje odlišné od zamýšlených stanovisek Společenství, což by vyústilo do narušení institucionálního uspořádání, podlomení důvěry uvnitř Společenství a zabránilo by to Společenství hájit společné zájmy.⁴⁴⁴

Výlučná povaha pravomoci Unie ve věcech společné obchodní politiky je nyní výslovně zakotvena v článku 3(1) SFEU.

Článek 207 SFEU (bývalý 133 SES) je co do rozsahu opatření, která zahrnuje, formulován poměrně obecně a nekonkrétně. Obsahový rámec společné obchodní politiky byl proto významně formován judikaturou SDEU, která byla zpravidla produktem institucionálních sporů mezi Komisí a Radou o rozsahu vnější pravomoci Společenství. Pro judikaturu SDEU bylo zpočátku charakteristické expanzivní pojmání společné obchodní politiky a potažmo vnější pravomoci Společenství.⁴⁴⁵ Soud odmítl omezovat rozsah společné obchodní politiky pouze na tradiční nástroje regulace mezinárodního obchodu, jako je úprava cel a množstevních opatření, ale byl připraven přihlížet k neustále měnící se koncepci mezinárodních obchodních vztahů a zahrnovat pod rámec společné obchodní politiky i různé sofistikovanější nástroje regulace.⁴⁴⁶

Zvrat v tomto velkorysém přístupu nastal až v okamžiku, kdy se Komise pokusila zahrnout pod společnou obchodní politiku oblasti, které přímo nesouvisely s mezinárodním obchodem se zbožím. Tato otázka vyvstala v souvislosti se založením WTO a rozšířením působnosti této organizace o nové oblasti. V průběhu 80. let byly do jednání v rámci Uruguayského kola GATT, které vedlo k založení WTO, vedle obchodu se zbožím zahrnuty i oblasti, jako byl obchod se službami a obchodní aspekty práv duševního vlastnictví. V mimořádně důležitém *Posudku 1/94*⁴⁴⁷ SDEU posuzoval, zda bylo Společenství vybaveno pravomocí k uzavření souboru

⁴⁴³ Viz blíže *Eeckhout*, pozn. 442, s. 10.

⁴⁴⁴ Tamtéž.

⁴⁴⁵ Srov. zejména *Opinion 1/75* [1975] ECR 1355; *Opinion 1/78* [1979] ECR 2871; *Case 45/86, Commission v Council* [1987] ECR 1493.

⁴⁴⁶ Do rámce společné obchodní politiky tak spadají například komplexní komoditní dohody (*Posudek 1/78*), nástroje, které bez ohledu na svou obchodní povahu sledují především účely rozvoje, jako je např. systém jednostranně snižující celní sazby pro nejméně rozvinuté země (*45/86 Komise proti Radě*), nebo nástroje s přesahy do jiných politik, jako dohoda o sanitárních a fytosanitárních opatřeních (*Posudek 1/94*).

⁴⁴⁷ *Opinion 1/94* [1994] ECR I-5267.

mezinárodních dohod, které byly výsledkem Uruguayského kola, a které zahrnovaly mimo jiné i Všeobecnou dohodu o obchodu se službami (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) a Dohodu o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*). Komise, opírajíc se o předchozí široké pojetí společné obchodní politiky, poukazovala především na úzké propojení mezi obchodem a službami, na zvyšující se význam služeb v globální ekonomice, a argumentovala, že GATS svým účelem a způsobem regulace spadá pod společnou obchodní politiku (na obdobném základě argumentovala v případě TRIPS).

SDEU ovšem nebyl ochoten rozšířit rámec společné obchodní politiky o takové oblasti, které se přímo netýkaly obchodu se zbožím, nebo mu alespoň nebyly podobné. Nejdříve sice uvedl, že vzhledem ke vzrůstajícímu významu služeb ve světové ekonomice nelze tuto oblast *a priori* vyloučit z rozsahu společné obchodní politiky. Pak se ovšem blíže podíval na jednotlivé formy (módy) poskytování služeb, na které se vztahoval GATS,⁴⁴⁸ a dospěl k závěru, že pod společnou obchodní politiku mohou spadat pouze takové formy poskytování služeb, u nichž nedochází k pohybu osob přes hranice (mód 1). Poskytování služeb v tomto režimu dle soudu „není nepodobný obchodu se zbožím“ a lze jej zahrnout pod společnou obchodní politiku. To ovšem nelze říci o třech dalších módech poskytování služeb, na něž se GATS vztahoval (spotřeba v zahraničí, založení pobočky nebo dceřiné společnosti, nebo přítomnost fyzických osob poskytujících služby). Situace, které obnášejí přeshraniční pohyb osob, spadala pod jiná, specifická ustanovení SES. Vzhledem k existenci samostatných kapitol týkajících se volného pohybu fyzických a právnických osob v SES regulace těchto otázek dle soudu nespádala pod společnou obchodní politiku. U práv duševního vlastnictví sice soud shledal souvislost s obchodem se zbožím, nicméně tato souvislost nebyla natolik úzká, aby to odůvodňovalo jejich podřazení pod společnou obchodní politiku. Dalším argumentem pro odmítnutí rozšíření společné obchodní politiky na aspekty práv duševního vlastnictví bylo, že uzavření TRIPS ve výlučné vnější pravomoci by vedlo k nepřijatelné nepřímé harmonizaci předpisů členských států v této oblasti, pro kterou jsou na vnitřní úrovni stanoveny mnohem přísnější požadavky, například co se týče procedury a hlasování. Soud tedy konstatoval, že pravomoc Společenství ve věcech společné obchodní politiky se nevztahovala na uzavření GATS ani TRIPS.

Nejdůležitějším poznatkem vyplývajícím z *Posudku 1/94* ve vztahu k společné obchodní politice je, že výkon vnějších pravomocí ve věcech společné obchodní politiky nelze oddělit od celkové systematiky Zakládajících smluv a od vnitřního rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy.⁴⁴⁹ Jinými slovy, rozhodnutí soudu lze považovat za projev paralelizmu vnějších a vnitřních pravomocí a určité provázanosti společné obchodní politiky s úpravou vnitřního trhu. Bez výslovného svěření nelze výlučnou pravomoc ve věcech společné obchodní politiky rozšiřovat na oblasti, které jsou pokryty jinými ustanoveními Zakládajících smluv. Vnější pravomoci dále nemohou sloužit k harmonizaci, tam, kde je harmonizace na vnitřní úrovni vyloučena, nebo jsou pro ní stanoveny přísnější podmínky, než pro přijímání opatření společné obchodní politiky.

Na závěry *Posudku 1/94* reagovaly členské státy výslovnou změnou ustanovení o společné obchodní politice Smlouvou z Nice. Nové znění článku 133 SES formálně rozšířilo vnější pravomoc Společenství o možnost uzavírat mezinárodní dohody v oblastech obchodu se

⁴⁴⁸(1) přeshraniční služby nevyžadující přemístování osob, (2) využívání služeb v zahraničí, které vyžaduje přemístění příjemce za poskytovatelem do jiného státu, (3) obchodní zastoupení ve smyslu existence pobočky nebo dceřiné společnosti na území jiného státu, na území kterého je služba poskytována a (4) obchodní zastoupení prostřednictvím fyzické osoby, která poskytuje služby v zahraničí.

⁴⁴⁹ Koutrakos, P. EU International Relations Law. Portland, Oregon: Hart, 2006, s. 47.

službami a obchodních aspektů práv duševního vlastnictví. Nicméně v důsledku nesouhlasu některých členských států a ve snaze inkorporovat závěry *Posudku 1/94* do textu SES bylo výsledkem nesmírně komplikované a nepřehledné ustanovení, jehož výsledný efekt byl sporný. Výkon pravomoci v nově přidaných oblastech byl omezen mnoha podmínkami a výjimkami, a to jak hmotněprávními, tak procesními. Vedeno především snahou přizpůsobit výkon vnější pravomoci v oblasti společné obchodní politiky logice paralelismu vnitřních a vnějších pravomocí,⁴⁵⁰ nové ustanovení článku 133 SES zejména podmínilo sjednávání a uzavírání dohod v oblasti služeb a práv duševního vlastnictví jednomyslnému rozhodování v Radě v případech, kdy by byla jednomyslnost vyžadována pro přijetí vnitřních pravidel, nebo pokud Unie v dané oblasti dosud nevykonala pravomoci. Členským státům navíc zůstala zachována možnost uzavírat v těchto oblastech samostatně dohody s třetími zeměmi, čímž v oblasti společné obchodní politiky, pro níž byla charakteristická výlučná povaha pravomoci Společenství, byla fakticky založena doba pravomoci sdílené.⁴⁵¹ Za zmínku konečně stojí odstavec 6, který zakazoval uzavření dohody překračující vnitřní pravomoci Unie, zejména pokud by taková dohoda obnášela harmonizaci právních předpisů v oblasti, v níž je harmonizace Zakládajícími smlouvami zakázána (což byl rovněž výslovný projev paralelismu vnitřních a vnějších pravomocí). Nová podoba 133 SES ve znění Smlouvy z Nice byla vzhledem k použité legislativní technice a k minimálnímu progresu, který byl ve výsledku dosažen, většinou odborné veřejnosti přijata s velkými rozpaky.⁴⁵²

Významné změny v úpravě společné obchodní politiky, které by měly posílit roli Unie na mezinárodní scéně, přinesla Lisabonská smlouva. Posílení postavení Unie ve vnějších ekonomických vztazích představuje završení snah o překlenutí pocíťované mezery mezi neustále se vyvíjejícím se záběrem mezinárodní regulace světového obchodu, která již dávno není omezena pouze na oblast obchodu se zbožím, a doposud limitovanými vnějšími pravomocemi Unie. Uvedený nedostatek vnější pravomoci vyžadoval úzkou spolupráci mezi orgány EU a členskými státy a omezoval akceschopnost Společenství především v rámci jednání na úrovni WTO. Právě cíl rozšířit dosah výlučné vnější pravomoci Unie na oblasti pokrývající celou agendu WTO, čemuž při původním stavu primárního práva zabránil SDEU v *Posudku 1/94*, a jehož nebylo uspokojivě dosaženo ani ne příliš povedenými úpravami Smlouvy z Nice, byl jedním z hlavních faktorů, které ovlivnily dnešní podobu rozebíraných ustanovení.

Dnešní články 206 a 207 SFEU byly beze změn převzaty z odmítnuté Smlouvy o Ústavě pro Evropu.⁴⁵³ Již na první pohled je patrné výrazné zjednodušení struktury příslušných ustanovení ve srovnání se Smlouvou z Nice. Po obsahové stránce se hlavní změny projevují ve třech směrech.

Za prvé, Lisabonskou smlouvou došlo k rozšíření společné obchodní politiky o nové oblasti a k výslovnému zakotvení její výlučné povahy, a to v celém jejím rozsahu. Článek 207 SFEU výslovně zahrnuje do rámce společné obchodní politiky kromě tradičních oblastí i obchod se službami, obchodní aspekty práv duševního vlastnictví a přímé zahraniční investice. Ve srovnání s úpravou Smlouvy z Nice je nyní pravomoc Unie ve všech věcech společné obchodní

⁴⁵⁰ Koutrakos, pozn. 449, s. 70.

⁴⁵¹ Srov. např. *Leal-Arcas, R.* Exclusive or Shared Competence in the Common Commercial Policy: From Amsterdam to Nice. *Legal Issues of Economic Integration*. 2003, 30(1), s. 3-14.

⁴⁵² Srov. indikativně např. *Herrmann, Ch.* Common Commercial Policy after Nice: Sisyphus Would Have Done a Better Job. *Common Market Law Review*. 2002, 39(1), s. 7-29; *Krenzler, H., Pitschas, Ch.* Progress or Stagnation? The Common Commercial Policy After Nice. *European Foreign Affairs Review*. 2001, 3(6), s. 291-313.

⁴⁵³ Smlouva o Ústavě pro Evropu, podepsaná dne 29. října 2004 v Římě, články III-314 a III-315.

politiky výlučná, což nově výslovně stanovuje článek 3(1) SFEU. To platí i pro přímé zahraniční investice, jejichž výslovné zahrnutí do článků 206 a 207 SFEU lze považovat za nejvýznamnější obsahovou změnu v oblasti společné obchodní politiky, kterou Lisabonská smlouva přinesla.

I přes rozšíření pravomocí Unie v oblasti společné obchodní politiky a uvolnění podmínek pro její výkon SFEU nadále obsahuje některé specifické limity a omezení. V nových oblastech jsou pro některé případy zachovány přísnější podmínky pro výkon vnější pravomoci ve formě výjimky z rozhodování kvalifikovanou většinou v Radě, které je jinak ve věcech společné obchodní politiky pravidlem. Podle článku 207(4) totiž při sjednávání a uzavírání dohod týkajících se obchodu se službami, obchodních aspektů práv duševního vlastnictví a přímých zahraničních investic rozhoduje Rada jednomyslně, pokud dané dohody obsahují ustanovení, pro která je jednomyslnost vyžadována při přijímání vnitřních předpisů. V těchto oblastech tak musí být při uzavírání mezinárodních smluv dodrženy stejné podmínky, jaké by vyžadovalo přijetí odpovídajícího opatření na vnitřní úrovni. Jednomyslnost je rovněž vyžadována v některých specifických případech dotýkajících se citlivých oblastí, jako jsou kulturní a audiovizuální služby nebo sociální a zdravotnické služby. Ze společné obchodní politiky jsou nadále vyloučeny mezinárodní smlouvy v oblasti dopravy, jejichž sjednávání a uzavírání se řídí jinými ustanoveními Smlouvy. Zachováno, byť v poněkud modifikovaném znění, bylo i ustanovení zavedené Smlouvou z Nice, podle něhož výkon pravomocí v oblastech společné obchodní politiky nesmí vést k harmonizaci právních předpisů členských států, jestliže Smlouvy takovou harmonizaci vylučují (článek 207(6) SFEU). Výkladu tohoto ustanovení a jeho významu pro oblast zahraničních investic bude ještě věnována bližší pozornost.

Druhou významnou změnou, jejíž potenciální dopady nelze podceňovat, je zasazení společné obchodní politiky do širšího rámce vnější činnosti Unie, pro níž jsou nyní výslovně stanoveny společné cíle a zásady. Tato změna odráží systematictější a koordinovanější přístup k vnější politice EU a k jejím jednotlivým složkám.⁴⁵⁴ Cílem společné obchodní politiky byla tradičně liberalizace a odstraňování překážek a omezení mezinárodního obchodu. Na tom se nic nemění, když tyto cíle a zásady specifické pro obchodní politiku zůstávají zakotveny v článku 206 SFEU. Odkazem v článku 205 SFEU je ovšem společná obchodní politika výslovně podřízena i obecným cílům a zásadám vnější činnosti Unie, které jsou uvedeny v článku 21 SEU. Odstavec 1 uvedeného článku uvádí jako základní zásady, které Unie hodlá podporovat ve světě, demokracii, právní stát, univerzálnost a nedělitelnost lidských práv a základních svobod, úcta k lidské důstojnosti, zásady rovnosti a solidarity a dodržování zásad Charty Organizace spojených národů a mezinárodního práva. Odstavec 2 pak obsahuje výčet různých cílů, k jejichž uskutečňování má provádění společných politik Unie směřovat. Zde nalezneme kromě tradičního cíle obchodní politiky v podobě odstraňování překážek mezinárodního obchodu i rozmanitou paletu jiných cílů, mezi nimiž vedle upevnování a podpoře demokracie, právního státu a lidských práv, nechybí například podpora udržitelného rozvoje v hospodářské a sociální oblasti a v oblasti životního prostředí v rozvojových zemích. Mezi jednotlivými cíli není stanoven žádný vztah priority. Praktický dopad této změny bude patrně spočívat především v tom, že orgány EU budou muset společné zásady a cíle zohlednit při formulaci a provádění obchodní politiky a u každého opatření náležitě objasnit a zdůvodnit jeho soulad s těmito obecnými požadavky.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Blíže viz *Müller-Graff, P.* The Common Commercial Policy enhanced by the Reform Treaty of Lisbon? In: Dashwood, A., Maresceau, M. (eds.). *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*. 1st paperback ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 192 a násl.

⁴⁵⁵ *Krajewski, M.* External Trade Law and The Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy? *Common Market Law Review*. 2005, 42(1), s. 108.

Významnou změnu dále představuje posílení role Parlamentu při sjednávání, uzavírání a provádění mezinárodních dohod či jednostranných opatření spadajících pod společnou obchodní politiku. Podle článku 207(3) SFEU při vedení jednání s třetími zeměmi či mezinárodními organizacemi je Komise povinna podávat Parlamentu pravidelné informace o stavu jednání. Parlament se dále spolupodílí na přijímání opatření, která buď směřují k provádění mezinárodních smluv, nebo která stanovují autonomní opatření ve věcech společné obchodní politiky. Článek 207(2) SFEU v tomto směru odkazuje na řádný legislativní postup, který je upraven v článku 294 SFEU. Co se týče uzavírání smluv, článek 207(3) SFEU odkazuje na obecný postup podle článku 218 SFEU. K rozhodnutí Rady o uzavření dohody je obecně vyžadována předchozí konzultace s Parlamentem (článek 218(6)(b) SFEU). Nicméně v případě mezinárodních smluv, které je nutné na vnitřní úrovni implementovat ve formě nařízení, bude k jejich uzavření nutný předchozí souhlas Parlamentu, což vyplývá z článku 218(6)(a)(v) SFEU ve spojení s článkem 207(3) SFEU.⁴⁵⁶

3.2.2 *Implicitní pravomoci*

Doktrína implicitních pravomocí je v právu EU hluboce zakořeněná, o čemž svědčí i její promítnutí do primárního práva na základě Lisabonské smlouvy. Zároveň se ovšem jedná o koncept velmi komplikovaný a rovněž kontroverzní. Jak bylo uvedeno výše, SDEU již v 70. letech dovedl, že vnější pravomoc Unie se nemusí vždy zakládat na výslovném ustanovení Zakládajících smluv, ale může vyplývat z pravomocí vnitřních. I když je toto pravidlo nyní kodifikováno v SFEU, porozumět různým nuancím podmínek vzniku implicitních vnějších pravomocí a určení jejich povahy nelze bez alespoň základní znalosti judikatury, z níž příslušná nová ustanovení vycházejí. Implicitními pravomocemi je přitom nezbytné zabývat se i v kontextu politiky EU v oblasti zahraničních investic. SFEU obsahuje řadu ustanovení, které Unii umožňují na vnitřním trhu přijímat opatření s dopadem na zahraniční investice. Jak bude podrobněji rozebráno dále, nová pravomoc Unie pro přímé zahraniční investice v rámci společné obchodní politiky nepokrývá celý typický obsah DPOI doposud uzavíraných členskými státy, minimálně proto, že tato pravomoc se vztahuje pouze na investice přímé. Možnost Unie samostatně uzavírat komplexní investiční dohody tak bude záviset na tom, zda je Unie ve „zbytkových“ oblastech, které nejsou pokryty výslovnými pravomocemi, nadána alespoň implicitní vnější pravomocí odvozenou z některých jiných ustanovení SFEU.

Doktrína implicitních pravomocí vychází z klasického rozsudku známého pod označením *AETR*,⁴⁵⁷ což je zkratka pro francouzský název Evropské dohody o práci osádek vozidel v mezinárodní silniční dopravě (*Accord européen sûr les transports routiers*). V rámci sporu mezi Komisí a Radou souvisejícího s uzavřením této dohody SDEU mimo jiné řešil otázku, zda pravomoc k jejímu uzavření náleží Společenství, nebo členským státům. Článek (dnešní) 91 SFEU sice zakládá pravomoc Společenství přijímat opatření v oblasti mezinárodní dopravy, nestanovuje ovšem výslovnou pravomoc uzavírat mezinárodní smlouvy s třetími zeměmi. Soud ve svém rozsudku potvrdil existenci vnější pravomoci Společenství k uzavření *AETR*, která navíc podle něj vylučovala možnost přijímání opatření v této oblasti ze strany členských států. Jak uvedl:

Pravomoc Společenství nemusí být založena jen na základě výslovného svěřeni ve Smlouvě [...], ale může rovněž vyplývat z jiných ustanovení Smlouvy a z dalších opatření, které na základě těchto ustanovení přijmou orgány Společenství. To zejména znamená, že vždy, když Společenství v rámci implementace

⁴⁵⁶ Viz též *Krajewski*, pozn. 455, s. 122; *Müller-Graff*, pozn. 455, s. 198-199.

⁴⁵⁷ Case 22/70, *Commission v Council* [1971] ECR 263.

společné politiky předpokládané Smlouvou přijme opatření stanovující společná pravidla, a to v jakékoli formě, členské státy více nemají právo, společně či jednotlivě, převzít závazky vůči třetím státům, které mohou tato pravidla ovlivnit. Tedy jakmile dojde k přijetí takových pravidel, jedině Společenství může přijmout a plnit smluvní závazky vůči třetím státům mající vliv na sféru aplikace právního systému Společenství. Podle článku 3 (e) [býv.] je vytvoření společné politiky v oblasti dopravy výslovně zařazeno mezi cíle Společenství. Podle článku 5 [dnes nahrazen čl. 4 odst. 3 SEU] jsou členské státy povinny přijmout všechna vhodná opatření k plnění závazků, které vyplývají ze Smlouvy nebo jsou důsledkem činnosti orgánů Společenství, a na druhé straně zdržet se jakýchkoli opatření, jež by mohla ohrozit plnění cílů této Smlouvy. Když jsou tato dvě ustanovení čtena společně, je zřejmé, že v rozsahu, v jakém jsou pravidla Společenství přijata k dosažení cílů Smlouvy, členské státy nemohou, mimo rámec institucí Společenství, přijímat závazky, které mají na tato pravidla vliv nebo mění jejich dosah.⁴⁵⁸

Soud následně aplikoval tyto obecné principy na dohodu AETR, přičemž vyšel z toho, že kapitola o dopravě opravňovala Společenství přijímat v této oblasti „veškerá jiná opatření“, a že se vztahovala i na dopravu z a do třetích zemí, z čehož vyplývalo, že pravomoci Společenstva v této oblasti se vztahovaly i na sféru mezinárodního práva. Dále zaměřil pozornost na existenci nařízení č. 543/69, harmonizující některé sociální aspekty silniční dopravy. Toto nařízení dle soudu nutně nadalo Společenství pravomocí uzavírat s třetími zeměmi smlouvy ve věcech předmětu jeho působnosti. Konečně upozornil, že samotné nařízení stanovovalo, že Společenství může vést jednání s třetími zeměmi, která se ukážou jako nezbytná k jeho provádění. Vzhledem k tomu, že předmět AETR spadal pod rozsah působnosti uvedeného nařízení, bylo Společenství oprávněno tuto dohodu sjednat a uzavřít. Tato pravomoc navíc vylučovala možnost souběžné (*concurrent*) pravomoci členských států, neboť jakékoli kroky mimo rámec institucí Společenství by byly neslučitelné s jednotou společného trhu a jednotnou aplikací práva Společenství.

Výše uvedený výtah z rozhodnutí ve věci AETR je vhodné uvést v celé šíři, neboť se jedná o základní kámen doktríny implicitních pravomocí, z něhož čerpá i její kodifikace v Lisabonské smlouvě. Již toto rozhodnutí poněkud předurčilo budoucí potíže s interpretací implicitních pravomocí, když ne zcela důsledně rozlišuje mezi otázkou existence vnější pravomoci a otázkou výlučné či nevýlučné povahy této pravomoci.⁴⁵⁹ Mezi řádky by bylo možno vyčíst, že zatímco existence vnější pravomoci vyplývala z povahy ustanovení Smlouvy týkajících se dopravy, výlučnou se tato pravomoc stala přijetím nařízení č. 543/69.⁴⁶⁰ Tuto interpretaci ovšem relativizuje další pasáž rozsudku, kde soud uvádí, že v době, kdy společná politika v oblasti dopravy ještě nebyla dostatečně rozvinuta (tj. kdy ještě nebyla přijata vnitřní pravidla), pravomoc uzavřít AETR náležela členským státům (aniž by zároveň uvedl, že náležela současně Společenství).⁴⁶¹ Hlavním poselstvím rozsudku AETR pro další vývoj judikatury v této oblasti ovšem lze spatřovat v tom, že „*při implementaci ustanovení Smlouvy nemůže být systém vnitřních opatření Unie oddělován od vnějších vztahů.*“⁴⁶²

Dalším významným mezníkem ve vývoji doktríny implicitních pravomocí byl *Posudek 1/76*.⁴⁶³ Rozhodnutí se věcně týkalo pravomoci k uzavření mezinárodní smlouvy zakládající vyrovnávací fond pro vnitrozemskou plavbu po Rýnu a Mosele. Schéma zahrnovalo kromě členských států rovněž Švýcarsko. Oproti rozsudku AETR byla situace odlišná v tom, že před

⁴⁵⁸ Case 22/70, *Commission v Council*, odst. 16-22.

⁴⁵⁹ Pro obsáhlou kritiku v tomto duchu srov. *Koutrakos*, pozn. 449, s. 80 a násl.

⁴⁶⁰ Tak to vidí *Eeckhout*, pozn. 442, s. 63.

⁴⁶¹ Case 22/70, *Commission v Council*, odst. 82. Viz též *Cremona, M.* External Relations and External Competence of the European Union: The emergence of an integrated policy, In: Craig, P., De Búrca, G. (eds.). *The Evolution of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 218.

⁴⁶² Case 22/70, *Commission v Council*, odst. 82. *Cremona*, pozn. 461, s. 217 a násl.

⁴⁶³ Opinion 1/76 [1977] ECR 741.

uzavřením předmětné mezinárodní smlouvy nepřijalo Společenství v oblasti odpovídající jejímu předmětu žádnou vnitřní legislativu.

SDEU svou analýzu začal konstatováním, že schéma, které zakládala předmětná smlouva, svou povahou nepochybně odpovídá rámci společné dopravní politiky podle příslušné kapitoly SES, a pokud by se toto schéma týkalo pouze členských států, zjevně by spadalo pod vnitřní pravomoc Společenství. V tomto případě ovšem nebylo možné příslušných cílů plně dosáhnout přijetím společných pravidel podle článku (dnešního) 91 SFEU, neboť vzhledem k tradiční účasti švýcarských plavidel na plavbě na dotčených tocích bylo nezbytné do schématu zahrnout i Švýcarsko jakožto třetí zemi formou uzavření mezinárodní smlouvy. Soud zopakoval princip vyjádřený v předchozích rozhodnutích,⁴⁶⁴ že vnější pravomoc Společenství nemusí být Smlouvou stanovena výslovně, ale může rovněž implicitně vyplývat z jejích ustanovení. Podle soudu

implicitní pravomoci vznikají zejména v případech, kdy již došlo k výkonu odpovídající vnitřní pravomoci, jejich vznik ovšem není omezen pouze na tuto eventualitu.⁴⁶⁵

V takových případech totiž může pravomoc Společenství ve vztahu k třetím státům

...implicitně vyplývat z ustanovení Smlouvy zakládající vnitřní pravomoc, pokud je účast Společenství na mezinárodní smlouvě nezbytná pro dosažení některého z cílů Společenství.⁴⁶⁶

Ustanovení kapitoly o dopravě v tomto případě dle soudu poskytovaly dostatečný základ pro existenci pravomoci Společenství k mezinárodní spolupráci se třetími zeměmi, která obnášela i možnost založit za účelem naplňování společné dopravní politiky instituci jakou byl zmíněný vyrovnávací fond.

Posudek 1/76 potvrdil, že existence vnitřní legislativy nemusí vždy být nutným předpokladem pro vznik implicitní pravomoci. Vnější pravomoc je dána i tehdy, pokud Zakládající smlouvy svěřují Unii vnitřní pravomoc za účelem dosažení specifického cíle, a zároveň uzavření mezinárodní smlouvy za účasti Unie je nezbytné pro dosažení tohoto cíle.⁴⁶⁷ I toto rozhodnutí ovšem zanechalo množství otázek otevřených. Soud se jednoznačně nevyjádřil, zda byla v tomto případě vnější pravomoc Společenství výlučná nebo sdílená. Z kontextu rozhodnutí se spíše jeví, že byla výlučná, nicméně názory na tuto otázku se v literatuře různí.⁴⁶⁸ Klíčovým a kontroverzním zároveň se dále ukázal být požadavek *nezbytnosti* určitého opatření pro dosažení cílů Společenství – kromě toho, že tuto podmínku soud nijak blíže nerozebíral, není ani zřejmé, zda se jedná o podmínku vzniku pravomoci jako takové, nebo o podmínku její výlučné povahy.⁴⁶⁹ Jak bude ukázáno dále, tato otázka se vine doktrínou implicitních pravomocí dodnes.

Doktrína implicitních pravomocí byla od počátku 90. let rozvíjena v dalších rozhodnutích, které SDEU vydával od 90. let. Prvním z nich byl *Posudek 2/91*,⁴⁷⁰ který se týkal uzavření úmluvy

⁴⁶⁴ Joined Cases 3, 4 and 6/76 *Cornelis Kramer and others* [1976] ECR 1279.

⁴⁶⁵ *Opinion 1/76*, odst. 4.

⁴⁶⁶ Tamtéž.

⁴⁶⁷ *Craig, De Búrca*, pozn. 434, s. 311.

⁴⁶⁸ Většina autorů zastává názor, že pravomoc Společenství podle *Posudku 1/76* byla pravomocí výlučnou. Opačně ovšem *Eeckhout*, pozn. 442, s. 68-69.

⁴⁶⁹ Soud sice povolil účast členských států na předmětné dohodě, nicméně z poněkud specifických důvodů, kterým byla, zjednodušeně řečeno, provázanost posuzované dohody s jinými mezinárodními smlouvami uzavřenými těmito státy. Soud obzvláště zdůraznil, že pouze a jedině tato okolnost opravňuje účast členských států na posuzované dohodě. Viz *Opinion 1/76*, odst. 6 a 7.

⁴⁷⁰ *Opinion 2/91* [1993] ECR I-1061.

v oblasti bezpečnosti při používání chemických prostředků při práci, uzavřené v rámci Mezinárodní organizace práce. Toto rozhodnutí se vyznačuje zejména jasným rozlišováním mezi existencí vnější pravomoci a její výlučnou povahou. Soud shledal existenci implicitní vnější pravomoci Společenství k uzavření úmluvy, neboť její předmět spadal do vnitřní pravomoci Společenství, a navíc již v této oblasti bylo přijato několik směrnic. Svou analýzu otázky, zda je tato pravomoc výlučná, pak soud založil na zkoumání povahy pravidel úmluvy a souvisejícího legislativního rámce existujícího na komunitární úrovni. Existenci výlučné pravomoci shledal pouze ve vztahu k jedné části úmluvy, jejíž předmět byl v širokém rozsahu pokryt existujícími komunitárními pravidly, která byla postupně přijímána s cílem dosáhnout co největší harmonizace právní úpravy členských států.⁴⁷¹ Soud zakončil svou analýzu konstatováním, že úmluva náležela do „společné pravomoci“ (*joint competence*) Společenství a členských států.

V dalších rozhodnutích, reprezentovaných *Posudkem 1/94*, který byl vydán v souvislosti s uzavřením GATS a TRIPS, a o němž už byla částečně řeč v rámci části týkající se společné obchodní politiky, a dále sérii rozsudků týkajících se mezinárodních dohod v oblasti letecké přepravy, které uzavřely některé členské státy s USA, známých pod označením *Open Skies*,⁴⁷² pak došlo na jedné straně k podstatnému zpřesnění kritérií pro existenci výlučné implicitní pravomoci, na druhé straně ovšem došlo k naprostému setření rozdílu mezi kritérii pro existenci implicitních pravomocí jako takových a kritérii určujícími jejich výlučnou povahu. Zatímco *Posudek 2/91* tyto dva různé aspekty rozlišoval poměrně jasně (byť svou analýzu zakončil nejasným konstatováním o existenci „společné pravomoci“), v dalších rozhodnutích byla od počátku až do konce řešena pouze otázka, zda v příslušných oblastech existuje výlučná vnější pravomoc Společenství, aniž by se soud zabýval tím, zda v těchto oblastech nemůže existovat vnější pravomoc nevýlučná. Tímto způsobem se vykristalizovaly dva základní modelové typy výlučné implicitní pravomoci.

První typ představuje výlučná implicitní pravomoc založená na rozsudku *AETR*. Existence této pravomoci předpokládá existenci společných pravidel na vnitřní úrovni. Nestačí tedy, že existuje paralelní vnitřní pravomoc – podmínkou je, aby tato pravomoc byla Uníí nejdříve vykonána. To může platit i v případě, kdy vnitřní politika Unie nemá vnější dimenzi, pokud příslušné vnější závazky spadají pod předmět existujících vnitřních pravidel, a též v oblastech, kde již existuje rozsáhlá vnitřní regulace. Tento přístup lze ilustrovat na *Posudku 1/94*, v němž SDEU odmítl existenci výlučné vnější implicitní pravomoci Společenství k uzavření GATS a TRIPS. K tomuto závěru dospěl na základě zjištění, že v době vydání rozhodnutí existující vnitřní pravidla přijatá Společenstvím v oblastech volného pohybu služeb a svobody usazování, jakož i rozsah harmonizace některých aspektů práv duševního vlastnictví na komunitární úrovni, pokrývala jen zanedbatelnou část předmětu regulace těchto mezinárodních smluv.⁴⁷³ Naopak, v případech, kdy Společenství přijalo odpovídající vnitřní pravidla, je nerozhodné, zda jsou vnější závazky převzaté členskými státy s těmito pravidly v rozporu, či nikoli – výlučná

⁴⁷¹ Opinion 2/91, odst. 25. Co se týče ostatních částí úmluvy, soud dovodil, že povaha pravidel stanovených úmluvou nebyla taková, aby ovlivnila vnitřní pravidla přijata na komunitární úrovni, a to vzhledem k tomu, že jak úmluva, tak příslušné směrnice stanovovaly pouze minimální standardy, které členským státům nebránily v přijetí přísnějších pravidel. Je zjevné, že v tomto případě se jednalo o poměrně specifickou situaci, kdy je současná koexistence vnitřních pravidel a vnějších závazků členských států upravujících tutéž oblast možná.

⁴⁷² Case C-466/98, *Commission v United Kingdom* [2002] ECR I-9427; Case C-467/98, *Commission v Denmark* [2002] ECR I-9519, Case C-468/98, *Commission v Sweden* [2002] ECR I-9575; Case C-469/98 *Commission v Finland* [2002] ECR I-9627; Case C-471/98 *Commission v Belgium* [2002] ECR I-9681; Case C-472/98 *Commission v Luxembourg* [2002] ECR I-9741; Case C-475/98, *Commission v Austria* [2002] ECR I-9797; Case C-476/98, *Commission v Germany* [2002] ECR I-9855.

⁴⁷³ Opinion 1/94, odst. 90-98.

povaha vnější pravomoci způsobuje, že členské státy v této oblasti již bez výslovného zmocnění Společenstvím nemohou více jednat.

Konkretizováno dále, výlučná pravomoc typu *AETR* vzniká zejména v následujících případech. Za prvé, Unie má výlučnou vnější pravomoc v oblastech, kde byla dosažena úplná vnitřní harmonizace, neboť společná pravidla a jejich jednotná aplikace by mohla být negativně ovlivněna, pokud by členské státy v této sféře mohly přijímat závazky ve vztahu k třetím zemím.⁴⁷⁴ Druhým případem, který judikatura výslovně zmiňuje, jsou případy, kdy jsou orgány Unie k přijímání opatření ve vztahu k třetím zemím výslovně zmocněny ve vnitřních aktech sekundární legislativy.⁴⁷⁵ Tento případ vychází z rozsudku *AETR*, kde nařízení č. 543/69 výslovně uznávalo oprávnění Společenství vstupovat do jednání s třetími zeměmi, což byl jeden z důvodů, proč soud v tomto případě konstatoval existenci výlučné vnější pravomoci.⁴⁷⁶ Konečně specifický případ hodný zmínky lze nalézt v *Posudku 1/94* ve vztahu k oblasti služeb. Soud poté, co konstatoval, že kapitoly SES týkající se svobody usazování a služeb postrádají vnější rozměr, nicméně uznal, že to orgánům Unie nebrání, aby na vnitřní úrovni přijímaly opatření, která se týkají zacházení s příslušníky třetích zemí. V takovém případě zároveň Unie podle soudu získá výlučnou vnější pravomoc v oblastech, na něž se příslušná vnitřní opatření vztahují.⁴⁷⁷ Jinými slovy, Unie může členským státům v mezích své působnosti odejmout vnější pravomoci tím, že v určité oblasti přijme vnitřní regulaci, nebo že stanoví, že v této oblasti budou nadále navenek jednat orgány Unie.⁴⁷⁸ Naopak, soud odmítl přihlížet k argumentům založeným na účincích možnosti samostatného jednání členských států ve vnější sféře na vnitřní trh – pouhá skutečnost, že samostatné a nekoordinované jednání ze strany členských států by mohlo vést k deformacím na vnitřním trhu, není dostatečným důvodem pro založení výlučné vnější pravomoci.⁴⁷⁹ Rozhodující je pouze to, zda převzetím mezinárodních závazků členskými státy mohou být dotčena společná pravidla existující na vnitřní úrovni.

Druhým typem výlučné implicitní pravomoci je výlučná pravomoc založená na *Posudku 1/76*. V literatuře je sporné, zda se podmínky, které soud stanovil v *Posudku 1/76*, týkaly existence vnější pravomoci, nebo zda se jednalo o podmínky pro její výlučnou povahu. Nicméně minimálně do vydání *Posudku 1/03* ve věci pravomoci k uzavření Luganské úmluvy, o němž bude řeč níže, judikatura SDEU jednoznačně pracovala s kritérii *Posudku 1/76* jako s testem existence výlučné vnější pravomoci.⁴⁸⁰ Jak bylo uvedeno výše, SDEU v tomto rozhodnutí formuloval pravidlo, podle kterého i v případech, kdy nebyla přijata vnitřní legislativa, může vnější pravomoc Unie vyplývat z ustanovení Zakládajících smluv, která Společenství svěřují vnitřní pravomoci, a to tehdy pokud je účast Společenství na mezinárodní smlouvě nezbytná pro dosažení některého z jeho cílů. Komise se tímto posudkem několikrát snažila argumentovat ve prospěch existence výlučné vnější pravomoci, nicméně SDEU ve svých dalších rozhodnutích kritérium *nezbytnosti* vnější akce k dosažení cílů Společenství vyložil velmi restriktivně. Existence výlučné vnější pravomoci ve smyslu *Posudku 1/76* tak přichází do úvahy jen tehdy, pokud je dosažení cílů Společenství neoddělitelně spojeno (*inextricably linked*) s nutností vnější akce.⁴⁸¹ Touto optikou byla výlučná vnější pravomoc v případě řešeném v *Posudku 1/76* založena v důsledku velmi specifických okolností daného případu, kdy vytvoření vyrovnávacího fondu zjevně spadalo pod vnitřní pravomoc Unie, nicméně vzhledem k tradiční

⁴⁷⁴ Opinion 1/94, odst. 96.

⁴⁷⁵ Opinion 1/94, odst. 95.

⁴⁷⁶ Opinion 1/94, odst. 77-90; C-476/98, *Commission v Germany*, odst. 111-112.

⁴⁷⁷ Opinion 1/94, odst. 81 a 90 až 95.

⁴⁷⁸ *Eeckhout*, pozn. 442, s. 80.

⁴⁷⁹ Takový argument byl naopak relevantní ve věcech společné obchodní politiky.

⁴⁸⁰ Opinion 1/76, odst. 82-89, C-476/98, *Commission v Germany*, odst. 80-90.

⁴⁸¹ Opinion 1/94, odst. 86.

účasti třetí země (Švýcarska) nebylo možné cílů Společenství dosáhnout autonomními opatřeními, nýbrž pouze uzavřením mezinárodní smlouvy.⁴⁸² Jinými slovy, výlučná vnější pravomoc je v tomto pojetí dána pouze tehdy, pokud vnitřní pravomoc může být vykonána pouze současně s výkonem pravomoci vnější (tj. tím, že bude uzavřena mezinárodní smlouva), a uzavření mezinárodní smlouvy je tudíž nezbytné k dosažení cílů Zakládajících smluv, které nemohou být dosaženy pouze přijetím vnitřních pravidel.⁴⁸³ Splnění této podmínky SDEU neshledal ani v *Posudku 1/94*, kde na tomto základě odmítl argumenty Komise, že účast Společenství na GATS a TRIPS byla nezbytná kvůli udržení koherence vnitřního trhu a k dosažení akceschopnosti Společenství na mezinárodní scéně, a ani později v rozsudcích *Open Skies*. Soud tedy v tomto směru pojmá nezbytnost v ryze objektivním smyslu a nepřipouští argumenty založené na *vhodnosti* uzavření mezinárodní smlouvy za účelem usnadnění plnění vnitřních cílů.⁴⁸⁴ Vzhledem k takto restriktivně nastaveným podmínkám přichází existence tohoto typu výlučné vnější pravomoci v úvahu zřejmě jen zřídka.⁴⁸⁵

V *Posudku 1/94* ani v rozsudcích *Open Skies* SDEU jasně nerozlišoval mezi otázkou existence implicitní vnější pravomoci jako takové a otázkou její případné výlučné povahy. Texty uvedených rozhodnutí mohou dokonce evokovat zdání, že implicitní vnější pravomoc je buďto výlučná, nebo neexistuje vůbec. Další pochybnosti vzbuzuje rovněž fakt, že tam, kde soud shledal existenci sdílené pravomoci, kladl důraz především na povinnost spolupráce členských států (*duty of cooperation*) a orgánů Společenství při naplňování cílů Smlouvy.⁴⁸⁶ Velký důraz na povinnost spolupráce, a i užitá terminologie⁴⁸⁷, vytváří dojem, že v případě sdílené implicitní pravomoci je vyžadováno uzavírání smíšených smluv.⁴⁸⁸ I v *Posudku 2/91*, který jinak poměrně jasně rozlišoval mezi otázkou existence vnější pravomoci a její výlučnou povahou, SDEU například uvádí, že existence „sdílené“ pravomoci vyžaduje společné jednání (*joint action*) Společenství a členských států při sjednávání a implementaci příslušné mezinárodní dohody.⁴⁸⁹ Tomu odpovídala i smluvní praxe Společenství a členských států, když všechny mezinárodní smlouvy, které svým předmětem jednoznačně nespádaly pouze pod společnou obchodní politiku, byly zpravidla uzavírány jako smlouvy smíšené.⁴⁹⁰ Debata o implicitních vnějších pravomocích byla v této době natolik zahlcena otázkou výlučnosti, že tato zcela zastínila otázku *sdílených* implicitních pravomocí, což někdy vedlo až ke zpochybňování jejich samotné existence.⁴⁹¹

⁴⁸² Opinion 1/94, odst. 85

⁴⁸³ C-476/98, *Commission v Germany*, odst. 83.

⁴⁸⁴ *Koutrakos*, pozn. 449, s. 114.

⁴⁸⁵ *Eeckhout*, pozn. 442, s. 91.

⁴⁸⁶ Opinion 1/92, odst. 12; Opinion 1/94, odst. 106-109.

⁴⁸⁷ Soud bez zjevného důvodu někdy hovoří o sdílené pravomoci (*shared competence*), jako v případě GATS, jindy o společné pravomoci (*joint competence*) což byl případ TRIPS. Výrok *Posudku 2/91* zní, že Dohoda MOP č. 170 spadá pod společnou pravomoc (*joint competence*) členských států a Společenství.

⁴⁸⁸ *Koutrakos*, pozn. 442, s. 105-106 a 116-117. Takové pojetí přitom neodpovídá teoretickému rozdělení pravomocí na výlučné a sdílené. Uzavření smíšené smlouvy je nutností pouze tehdy, když část jejího předmětu takové předmětu spadá pod výlučnou pravomoc Unie a jiná část je ve výlučné pravomoci členských států. V případech smíšené pravomoci je uzavření smíšené smlouvy fakultativní a nic Unii z pohledu teorie nic nebrání v tom, aby takovou smlouvu uzavřela samostatně bez účasti členských států. K problematice smíšených smluv viz blíže část 3.2.4.

⁴⁸⁹ Opinion 1/92, odst. 12.

⁴⁹⁰ *Cremona*, pozn. 461, s. 246, *Eeckhout*, pozn. 442, s. 192.

⁴⁹¹ Srov. *Klamert M., Maydell, N. Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law. European Foreign Affairs Review. 2008, 13(4), s. 495 a reference tam uvedené.*

Potřebné, byť ne úplně vyjasnění, přinesl až *Posudek 1/03*,⁴⁹² který se týkal uzavření Úmluvy o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí (tzv. Luganská úmluva). V žádosti o vydání posudku byl soud výslovně dotázán, zda je pravomoc Společenství uzavřít tuto úmluvu sdílená nebo výlučná. Relevantní pasáž posudku zasluhuje plnou citaci:

114. Pravomoc Společenství uzavírat mezinárodní dohody může vyplývat nejen z výslovného svěření Smlouvou, ale rovněž implicitně z jiných ustanovení Smlouvy a aktů přijatých v rámci těchto ustanovení orgány Společenství (viz výše uvedený rozsudek AETR, bod 16). Soud nadto dospěl k závěru, že pokaždé, když právo Společenství uvedeným orgánům přiznalo pravomoc na vnitřní úrovni za účelem uskutečnění určitého cíle, bylo Společenství nadáno pravomocí brát na sebe mezinárodní závazky nezbytné k uskutečnění tohoto cíle, a to i v případě neexistence výslovného ustanovení v tomto smyslu (výše uvedené posudky 1/76, bod 3, a 2/91, bod 7).

115. Tato pravomoc Společenství může být *výlučná, nebo sdílená s členskými státy*. [...]

Soud dále pokračoval analýzou podmínek, které musí být naplněny, aby mohla být pravomoc výlučná. Jednak odkázal na test založený na *Posudku 1/76*, který v souladu s předchozí judikaturou předpokládá výlučnost tehdy, když lze vnitřní pravomoc účinně vykonávat pouze současně s pravomocí vnější. Pak se podrobně zabýval druhým testem výlučnosti, předpokládajícím existenci pravidel, která by mohla být dotčena samostatným či společným jednáním členských států (test *AETR*), přičemž v této souvislosti se pokusil o více zobecňující přístup. Výlučná povaha vnější pravomoci musí být dle soudu založena na závěrech vycházejících z konkrétní analýzy vztahu mezi zamýšlenou mezinárodní smlouvou a platnou právní úpravou Společenství, z nichž musí vyplývat, že uzavření příslušné smlouvy může mít vliv na existující pravidla Společenství. V některých případech k vyloučení takového vlivu postačí srovnat oblasti, které příslušné instrumenty pokrývají (jak tomu bylo například v *Posudku 1/94*). Není ovšem nutné, aby se tyto oblasti zcela shodovaly, neboť jak vyplývá z *Posudku 2/91*, postačí, když je příslušná oblast do velké míry pokryta pravidly Společenství. Při zkoumání této míry musí být analýza založena nejen na rozsahu dotčených pravidel, ale rovněž na jejich povaze a obsahu. Je rovněž důležité vzít v úvahu nejen aktuální stav práva Společenství v dotyčné oblasti, ale i jeho perspektivy vývoje, pokud jsou v okamžiku této analýzy předvídatelné.

Poté, co se soud zabýval některými dalšími specifickými okolnostmi majícími vliv na výlučnou povahu vnější pravomoci, uzavřel, že za účelem posouzení, zda má Společenství pravomoc uzavřít mezinárodní smlouvu, a zda je tato pravomoc výlučná, je nutno provést celkovou a podrobnou analýzu.

Za tím účelem je třeba vzít v úvahu nejen oblast, kterou pokrývají jak pravidla Společenství, tak ustanovení zamýšlené dohody, jsou-li známa, ale rovněž povahu a obsah těchto pravidel a ustanovení, aby bylo ověřeno, že dohoda nemůže zasáhnout do jednotného a soudržného používání pravidel Společenství a řádného fungování systému, který tato pravidla zavedla.⁴⁹³

Posudek 1/03 je významný nejen tím že dále zpřesnil a zejména zobecnil podmínky pro vznik výlučné implicitní pravomoci. Literatura jeho význam spatřuje především v tom, že soud v něm výslovně potvrdil existenci sdílených implicitních pravomocí.⁴⁹⁴ To jednoznačně vyplývá z jeho odstavců 114 a 115 citovaných výše. Již méně světla vnáší toto rozhodnutí do řešení otázky, za jakých podmínek může sdílená implicitní pravomoc vzniknout. V případě Luganské úmluvy totiž soud dospěl k závěru, že pravomoc Společenství k jejímu uzavření byla výlučná,

⁴⁹² Opinion 1/03 [2006] ECR I-1145.

⁴⁹³ Opinion 1/03, odst. 133.

⁴⁹⁴ *Klamert, Maydell*, pozn. 491, s. 502 a násl., *Cremona*, pozn. 461, s. 249.

a to vzhledem k existenci nařízení Brusel I, která obsahuje prakticky zrcadlovou úpravu. Soud tedy neměl potřebu zabývat se blíže podmínkami pro vznik sdílené implicitní pravomoci.

Názory ohledně podmínek pro vznik sdílené implicitní pravomoci se v literatuře značně různí a nelze prezentovat pohled, který by bylo možné považovat za obecně akceptovaný. Patrně lze mít za to, že vnější pravomoc nevzniká automaticky ve všech případech, kdy má Unie v dané oblasti pravomoc vnitřní, ale musí být splněn nějaký další kvalifikační předpoklad.⁴⁹⁵ Budeme-li vycházet z odstavce 114 *Posudku 1/03*, který se zjevně týká existence implicitních pravomoci jako takové, je patrné, že implicitní vnější pravomoc může vzniknout ve dvou případech: (i) buď může vyplývat z jiných ustanovení Zakládajících smluv a aktů přijatých v rámci těchto ustanovení orgány Unie; nebo (ii) pokud právo EU svěřuje Unii pravomoc na vnitřní úrovni za účelem uskutečnění určitého cíle, má Unie pravomoc brát na sebe rovněž mezinárodní závazky, které jsou nezbytné k uskutečnění tohoto cíle. Je zřejmé, že tato obecná kritéria jsou ve své podstatě totožná s obecným vymezením typového testu *AETR*, resp. testu *Posudku 1/76*, které se v judikatuře soudu vyvinuly jako testy pro určení výlučné povahy vnější pravomoci, přičemž tuto koncepci neopouští ani *Posudek 1/03*, který s oběma testy rovněž dále pracuje v rámci posuzování výlučné povahy vnější pravomoci Unie k uzavření Luganské úmluvy.⁴⁹⁶ Rozdíl tedy musí nejspíš spočívat v intenzitě, resp. míře, s jakou jsou podmínky toho kterého testu naplněny.

Pokud se jedná o první z případů (tj. existence vnitřních pravidel), jsou možné dvě rozdílné interpretace. Podle první z nich existence implicitní pravomoc typu *AETR* automaticky vylučuje možnost členských států uzavírat smlouvy s třetími státy. Podle těchto názorů samotná podstata principu *AETR* vylučuje, aby v určité oblasti existovala vnitřní legislativa, která by na jedné straně zakládala vnější pravomoc Unie, na druhé straně by ovšem zároveň nevylučovala vnější pravomoc členských států.⁴⁹⁷ Jinými slovy, existence vnější pravomoci typu *AETR* podle těchto názorů automaticky předpokládá její výlučnou povahu. Tedy existují-li vnitřní pravidla, kterých by se mohla mezinárodní smlouva uzavřená s třetím státem dotknout či změnit oblast jejich působnosti, Unie získává v dané oblasti implicitní výlučnou pravomoc. Tato interpretace lépe odpovídá i znění nových ustanovení článku 216(1) SFEU a článku 4(3) SFEU (viz dále).

Jiná možná interpretace poukazuje na to, že je rozdíl mezi tím, zda v příslušné oblasti existují vnitřní pravidla, což je podmínkou vzniku implicitní pravomoci jako takové, a účinkem mezinárodní smlouvy na tato pravidla, což je podmínkou výlučné povahy této pravomoci.⁴⁹⁸ Jak se zdá, taková interpretace nalézá oporu v *Posudku 1/03*. V odstavci 114, totiž SDEU říká pouze to, že pravomoc Unie může vyplývat *implicitně z jiných ustanovení Smlouvy a aktů přijatých v rámci těchto ustanovení orgány Společenství*, aniž by zde byla zmínka o tom, že by se uzavření mezinárodní smlouvy s třetí zemí mělo takových pravidel dotknout či změnit oblast jejich působnosti. Účinkem mezinárodní smlouvy na vnitřní pravidla se soud podrobně zabývá následně, v rámci rozboru podmínek pro výlučnou povahu implicitní pravomoci. V tomto

⁴⁹⁵ Opačně ovšem *Eeckhout*, pozn. 442, s. 99, a *Dimopoulos*, A. *EU Foreign Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 69-71.

⁴⁹⁶ *Opinion 1/03*, odst. 115-133.

⁴⁹⁷ *Holdgaard*, R. *External Relations Law of the European Community: Legal Reasoning and Legal Discourses*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, s. 55-56; obdobně *Klamert*, *Maydell*, pozn. 491, s. 506.

⁴⁹⁸ Zastánkyní tohoto výkladu je například M. Cremona. Srov. *Cremona*, M. *Defining competence in EU external relations: lessons from the Treaty reform process*. In: In: *Dashwood*, A., *Maresceau*, M. (eds.). *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*. 1st paperback ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 58-59. Obdobně např. *Dashwood*, A. *The Attribution of External Relations Competence*. In: *Dashwood*, A., *Hillion*, Ch. (eds.). *The General Law of E.C. External Relations*. London: Sweet & Maxwell, 1997, s. 134-136.

případě by k založení existence implicitní sdílené pravomoci postačovalo, že v dané oblasti existují alespoň určitá vnitřní pravidla, aniž by ovšem musely být splněny striktní podmínky, které judikatura postupem času dovodila pro výlučnost typu *AETR*. S touto interpretací jsou pak pochopitelně spojeny složité a judikaturou dosud nezodpovězené otázky, o jaká vnitřní pravidla se má jednat, jaké podmínky musí splňovat k založení implicitní pravomoci a jak širokou vnější pravomoc mohou taková pravidla založit.⁴⁹⁹

Druhým typem implicitní sdílené pravomoci je pravomoc založená na *Posudku 1/76*. Jak bylo uvedeno výše, judikatura interpretovala požadavek nezbytnosti vnější akce k dosažení cílů Unie restriktivně, když postupně zformulovala pravidlo o neoddělitelném spojení (*inextricable link*) mezi dosažením vnitřních cílů a vnější akcí, kdy implicitní výlučná pravomoc Unie vzniká pouze tehdy, pokud vnitřní pravomoc může být vykonána pouze současně s pravomocí vnější. *Posudek 1/03*, ovšem naznačil, že tento striktní test výlučnosti se nemusí týkat existence pravomoci jako takové. V odstavci 114 totiž hovoří o nezbytnosti vnější akce k dosažení specifického cíle Unie jako o obecném předpokladu vzniku implicitní vnější pravomoci v situaci, kdy Unie v dané oblasti nepřijala vnitřní pravidla. V odstavci 115 pak v souvislosti s povahou pravomoci s odkazem na předchozí rozhodnutí, uvádí, že „*posudek 1/76 se týkal případu, kdy lze vnitřní pravomoc účinně vykonávat pouze současně s vnější pravomocí a uzavření mezinárodní dohody je tak nutné k uskutečnění cílů Smlouvy, které nemohou být dosaženy zavedením samostatných pravidel.*“ Byť to z textu rozhodnutí nevyplývá úplně jednoznačně, literatura dovozuje, že na kritériích typu *Posudku 1/76* je možné založit nejen výlučnou, ale i sdílenou pravomoc, přičemž striktní požadavky předchozí judikatury překlenuje konstrukcí dvojího standardu nezbytnosti, který v této formě poprvé prezentoval A. Dashwood.⁵⁰⁰ Test neoddělitelného spojení (*inextricable link*) je podle této teorie rozhodující pouze pro posouzení, zda v dané oblasti existuje výlučná pravomoc. Pro samotnou existenci implicitní vnější pravomoci jako takové se ovšem použijí nějaká volnější kritéria nezbytnosti, jejichž naplnění postačí alespoň ke vzniku pravomoci sdílené. Ačkoli se zdá, že po vydání *Posudku 1/03* se k různým formám této konstrukce přiklonila značná část literatury, problémem zůstávají nejasná kritéria onoho volnějšího testu nezbytnosti vedoucího ke vzniku implicitní sdílené pravomoci, která nebyla soudem nikdy jasně artikulována, a zatím o nich lze uvažovat jen v rovině akademických debat. K této otázce se vrátíme v části 3.4.2 v rámci diskuse o vnější pravomoci Unie pro portfoliové investice.

Nyní, poté co byl podán základní přehled spletné judikatury k problematice implicitních pravomocí, se můžeme vrátit na začátek, a ve světle výše uvedeného se podívat na nová ustanovení SFEU, která se tuto judikaturu pokoušejí kodifikovat. Přitom je vhodné relevantní ustanovení opětovně uvést v jejich plném znění.

Obecné vymezení vnějších pravomocí Unie nalezneme v článku 216(1) SFEU:

Unie může uzavřít dohodu s jednou nebo více třetími zeměmi nebo mezinárodními organizacemi, stanoví-li tak Smlouvy nebo je-li uzavření dohody buď nezbytné k dosažení cílů stanovených Smlouvami v rámci politik

⁴⁹⁹ Mohlo by se například o legislativu, která stanovuje pouze minimální standardy, jak tomu bylo v *Posudku 2/91*. Takovou situaci ovšem lze považovat za poněkud specifickou. Obecněji lze tuto otázku postavit na příkladu mezinárodní smlouvy, jejíž předmět je na vnitřní úrovni částečně pokryt několika předpisům. Znamenalo by to, že celá smlouva spadá pod sdílenou pravomoc? Resp. řečeno jinak, jak širokou „sféru sdílené pravomoci“ může kolem sebe vnitřní předpis vytvořit? Nebo sdílenou pravomoc spadá jen ta část smlouvy, která svým odpovídá příslušným vnitřním předpisům? V takovém případě se ovšem lze ptát, zda se již nedostáváme do sféry výlučné pravomoci.

⁵⁰⁰ *Dashwood*, pozn. 498, s. 132-134.

Unie, nebo je stanoveno právně závazným aktem Unie, nebo se může dotknout společných pravidel či změnit jejich oblast působnosti.

V článku 3(2) SFEU se výslovného zakotvení dočkala i problematika implicitních výlučných pravomocí:

Ve výlučné pravomoci Unie je rovněž uzavření mezinárodní smlouvy, pokud je její uzavření stanoveno legislativním aktem Unie nebo je nezbytné k tomu, aby Unie mohla vykonávat svou vnitřní pravomoc, nebo pokud její uzavření může ovlivnit společná pravidla či změnit jejich působnost.

I když jsou na první pohled tato ustanovení velmi podobná, při pozorném čtení lze vysledovat, jakými úvahami se jejich tvůrci zřejmě řídili.⁵⁰¹ Obě ustanovení v souladu s judikaturou rozlišují implicitní pravomoc založenou typu *AETR* a pravomoc založenou na *Posudku 1/76*. Pravomoc typu *AETR* může být založena v případě, že je uzavření mezinárodní smlouvy stanoveno legislativním aktem Unie, přičemž v tomto případě se jedná zároveň o pravomoc výlučnou.⁵⁰² Pravomoc typu *AETR* dále existuje v případě, že uzavření mezinárodní smlouvy se může dotknout společných pravidel či změnit jejich oblast působnosti. Rovněž v tomto případě by se mělo jednat o pravomoc výlučnou.⁵⁰³ Znění příslušných ustanovení bylo podrobeno ostré kritice z důvodu, že článek 216(1) nerozlišuje mezi existencí vnitřních pravidel, a účinkem mezinárodní smlouvy na tato pravidla, čímž stírá rozdíl mezi otázkou existence implicitní pravomoci a jejich výlučnou povahou, a dostává se tak do rozporu s existující judikaturou.⁵⁰⁴ Jak bylo ovšem ukázáno výše v rámci komentáře k *Posudku 1/03*, interpretaci, podle které implicitní pravomoc typu *AETR* automaticky předpokládá její výlučnou povahu, odpovídá pojetí zastávanému částí autorů.

Co se týče pravomoci založené na *Posudku 1/76*, koncepce příslušných ustanovení patrně dodává váhu argumentům o existenci dvojího standardu nezbytnosti. Zatímco článek 216(1) SFEU hovoří bez dalšího pouze o nezbytnosti uzavření smlouvy *k dosažení cílů stanovených Zakládajícími smlouvami*, článek 3(2) SFEU hovoří o nezbytnosti *k výkonu vnitřní pravomoci Unie*. Z tohoto pohledu dává smysl, aby bylo kritérium nezbytnosti článku 3(2) SFEU interpretováno ve smyslu neoddělitelného spojení (*inextricable link*) s výkonem vnitřní pravomoci ve smyslu existující judikatury, zatímco nezbytnost dle článku 216(1), má-li založit

⁵⁰¹ Je nutno upozornit, že některé zdánlivé nepřesnosti textu vyplývají i z ne úplně zdařilé české jazykové mutace SFEU, což je poměrně neblahé, neboť vzhledem k tomu, že je zde ve dvou odstavcích kodifikována nesmírně komplikovaná judikatura, i drobné jazykové odchylky mohou vzbudit významné pochybnosti o skutečném významu příslušných ustanovení. Srov. například úplný konec obou odstavců. V angličtině: „...*may affect common rules or alter their scope*“ (čl. 216 odst. 1) a „...*is likely to affect common rules or alter their scope*“ (čl. 3 odst. 2). Ta samá ustanovení v češtině: „...*se může dotknout společných pravidel či změnit jejich oblast působnosti*“ (čl. 216 odst. 1) a „...*může ovlivnit společná pravidla či změnit jejich působnost*“ (čl. 3 odst. 2). Na tak malém prostoru lze spatřit hned tři nepřesnosti. Český text nepostihl drobný významový rozdíl mezi spojeními *may affect* (může se dotknout) a *is likely to affect* (pravděpodobně se dotkne). Slovo *affect* je v jednom případě přeloženo jako „dotknout se“, v druhém jako „ovlivnit“, což přes významovou podobnost může vyvolat otázky, zda za použitím odlišných termínů není nějaký konkrétní úmysl zákonodárce. Konečně výraz *alter their scope* je jednou přeložen jako „změnit oblast jejich působnosti“, podruhé jako „změnit jejich působnost“.

⁵⁰² Pomineme-li skutečnost, že článek 216(1) hovoří o „právně závazném aktu Unie, zatímco článek 3(2) hovoří o „legislativním aktu Unie“, což je zřejmě pouze nedopatření.

⁵⁰³ Je ovšem nutno upozornit na drobný formulační rozdíl, který je ovšem není z české verze patrný (pro anglické znění srov. pozn. 501). Podle článku 216(1) je pravomoc obecně dána, pokud uzavření se uzavření smlouvy *může dotknout* společných pravidel, zatímco podle článku 3(2) je pravomoc výlučná, pokud se uzavření smlouvy *pravděpodobně dotkne* společných pravidel. Pokud tento drobný rozdíl není jen věci náhody, je otázkou, co jím zákonodárce sledoval, neboť v judikatuře oporu nemá. Že by tím nechával otevřená vrátka dalšímu vývoji doktríny v otázce, zda pravomoc typu *AETR* může existovat jen ve výlučné povaze nebo se může jednat i o pravomoc sdílenou?

⁵⁰⁴ *Cremona*, pozn. 498, s. 58-59.

pouze sdílenou pravomoc, bude interpretována volněji. Pokud měl zákonodárce opravdu na mysli dvoustupňový test nezbytnosti ve výše diskutovaném smyslu, je otázkou, zda toto ustanovení nemohlo být formulováno přesněji. V článku 216(1) SFEU totiž chybí výslovná zmínka o tom, že uzavření mezinárodní smlouvy je nezbytné k dosažení právě těch cílů, k jejichž dosažení byla Unii svěřena odpovídající vnitřní pravomoc, v čemž je někdy spatřován potenciál pro významné rozšíření vnějších pravomocí Unie.⁵⁰⁵

Sečteno a podtrženo, teorie implicitních pravomocí ve své dnešní podobě je výsledkem velmi spletitého, nepřehledného a doposud neukončeného vývoje. Čtenář, který není podrobněji obeznámen s příslušnou judikaturou a s jejím doktrinárním výkladem, by se jen stěží mohl zorientovat v diskusi o její aplikaci na oblast zahraničních investic. Proto byl do této práce zahrnut i výše uvedený výklad, jakkoli se může jevit jako značně obšírný. Lze konstatovat, že navzdory přetrvávajícím pochybnostem o mnoha podstatných otázkách došlo vydáním *Posudku I/03* a vstupem Lisabonské smlouvy v platnost k podstatnému vyjasnění mnoha sporných otázek. Judikaturou jsou již poměrně jasně položeny teoretické základy implicitních výlučných pravomocí. Velkou neznámou ovšem zůstávají implicitní pravomoci sdílené. Byť o jejich existenci již dnes zřejmě nemůže být pochyb, přesnější podmínky jejich vzniku zatím nebyly judikatorně potvrzeny a názory prezentované v literatuře se vyznačují značnou různorodostí.

3.2.3 Asociační dohody

Výslovnou vnější pravomoc Unie, která zasluhuje alespoň krátkou zmínku, zakládá i článek 217 SFEU, který umožňuje Unii uzavírat s třetími zeměmi dohody o přidružení označované i jako asociační dohody (*association agreements*):

Unie může uzavřít s jednou nebo více třetími zeměmi nebo mezinárodními organizacemi dohody o přidružení, které stanoví vzájemná práva a povinnosti, společné postupy a zvláštní řízení.

Článek 217 SFEU sloužil jako základ především pro uzavírání asociačních dohod se zeměmi, u nichž se předpokládalo jejich budoucí členství EU. Mezi dřívější příklady patří asociační dohody s Řeckem, které později vstoupilo do EU, nebo s Tureckem, které je dodnes kandidátskou zemí. Novější příklady zahrnují asociační dohody se státy střední a východní Evropy z 90. let. V posledních dekádách se ovšem praxe uzavírání asociačních dohod neomezuje jen na potenciální nové členské státy. Článek 217 SFEU sloužil jako základ pro uzavírání smluv s bývalými koloniemi členských států EU označovaných pod zkratkou ACP (*African, Caribbean and Pacific Group of States*),⁵⁰⁶ se zeměmi Maghrebu nebo například pro asociační dohodu s Chile.

Článek 217 SFEU neposkytuje příliš jasnou představu o rozsahu vnější pravomoci, neboť ta závisí především na chápání pojmu „přidružení“, který není nikde v Zakládajících smlouvách definován. Stručný výklad pravomoci podle tohoto ustanovení poskytl SDEU v rozsudku *Demirel*,⁵⁰⁷ který se týkal aplikace asociační dohody s Tureckem:

Jelikož předmětná dohoda představuje dohodu o přidružení, vytvářející zvláštní a privilegované spojení s nečlenskou zemí, která se musí, alespoň do určité míry podílet na systému Společenství, článek 238 [dnes článek 217 SFEU] musí nutně zmocňovat Společenství ke garantování závazků ve vztahu k nečlenským zemím ve všech oblastech, na něž se vztahuje Smlouva.

⁵⁰⁵ Srov. *Cremona*, pozn. 76, s. 56.

⁵⁰⁶ Zatím posledním smluvním instrumentem zakládajícím úzkou spolupráci EU se státy ACP je Smlouva z Cotonou z roku 2003.

⁵⁰⁷ Case 12/86, *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719.

Soud pokračoval tím, že volný pohyb pracovníků (o který v daném případě šlo) je vzhledem k existenci ustanovení článků 45 a násl. SFEU jednou z oblastí, na kterou se SFEU vztahuje, a proto závazky týkající se volného pohybu spadají do rámce pravomoci svěřených Unii na základě článku 217 SFEU. Z rozhodnutí *Demirel* tedy lze dovodit, že pravomoc podle článku 217 SFEU pokrývá všechny oblasti, na něž se SFEU vztahuje v oblasti vnitřní, tedy včetně mj. svobody usazování a volného pohybu kapitálu. Jak bude blíže popsáno dále, asociační dohody uzavírané Společenstvím před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost pravidelně obsahovaly ustanovení týkající se zahraničních investic. Pravdou ovšem je, že přes velkorysý výklad rozsahu pravomoci podle článku 217 SFEU ze strany SDEU byly asociační dohody doposud vždy uzavírány jako smlouvy smíšené.

3.2.4 Teorie a praxe smíšených smluv

Pro pochopení reálií vnějších vztahů EU je nezbytné alespoň v krátkosti pojednat i o problematice smíšených smluv. Pojem smíšených smluv (*mixed agreements*) ve svém nejširším smyslu představuje označení pro mezinárodní smlouvy s třetími zeměmi, jejichž stranou je Unie a zároveň členské státy.⁵⁰⁸ Nejzjevnějším důvodem pro uzavírání smíšených smluv je nedostatek vnější pravomoci Unie – pokud vnější pravomoc Unie pokrývá pouze část předmětu mezinárodní smlouvy, ovšem zbylá část jejího předmětu spadá do výlučné pravomoci členských států, společná účast Unie a členských států představuje jediné řešení. Tato základní premisa ovšem dostatečně nevystihuje převládající smluvní praxi. Byť je rozsah vnějších pravomocí Unie, zejména díky doktríně implicitních pravomocí, značný, ve skutečnosti je v praxi uzavírání smíšených smluv pravidlem – převážnou většinu mezinárodních smluv uzavírá Unie společně s členskými státy, nikoli samostatně.⁵⁰⁹ Tímto způsobem se často postupuje i v případech, kdy by vnější pravomoc Unie patrně byla dostatečná k tomu, aby příslušnou smlouvu mohla Unie uzavřít i samostatně.

Nejnámější kategorizaci smíšených smluv představil A. Rosas.⁵¹⁰ Tento přístup někteří autoři kritizují jako příliš zjednodušující,⁵¹¹ nicméně pro účely získání základní představy o problematice se jeho kategorizace jeví jako užitečná. Rosasův model totiž poměrně dobře popisuje převládající smluvní praxi, když rozlišuje mezi obligatorní a fakultativní smíšeností, neboli mixitou (*mixity*). Těmto označením odpovídají na jedné straně případy, kdy je uzavření smíšené smlouvy právní nezbytností, a na straně druhé případy, kdy uzavření smíšené smlouvy není z pohledu práva EU nezbytné, nicméně Unie a členské státy se pro takové řešení rozhodnou dobrovolně. Zjednodušeně řečeno, mixita je povinná tehdy, pokud mezinárodní smlouva obsahuje jak ustanovení, která spadají do *výlučné* pravomoci Unie, tak i ustanovení, která spadají do *výlučné* pravomoci členských států. Rosas tuto situaci označuje jako „koexistující“ pravomoci. Samostatné uzavření mezinárodní smlouvy Unii v tomto případě není možné, neboť by tím došlo k překročení rozsahu svěřených pravomocí. Naopak, pokud celá mezinárodní smlouva spadá pod nevýlučnou (sdílenou) vnější pravomoc Unie, mixita je fakultativní. Unie tedy může takovou smlouvu uzavřít buďto samostatně, nebo za současné účasti členských států.⁵¹² Autoři, kteří jsou k tomuto pojetí kritičtí, zdůrazňují, že pokud celý předmět

⁵⁰⁸ Srov. Rosas, A. The European Union and Mixed Agreements. In: Dashwood, A., Hillion, Ch. (eds.). The General Law of E.C. External Relations. London: Sweet & Maxwell, 1997, s. 201.

⁵⁰⁹ Eeckhout, pozn. 442, s. 191.

⁵¹⁰ Rosas, pozn. 508, s. 203.

⁵¹¹ Eeckhout, pozn. 508, s. 191, podobně Koutrakos, pozn. 449, s. 151.

⁵¹² Podrobnosti viz Rosas, pozn. 508, s. 203-207. Je nutno uvést, že rozlišení uvedené v této práci představuje značné zjednodušení již tak podle jiných autorů zjednodušujícího Rosasova modelu.

mezinárodní smlouvy spadá pod nevýlučnou vnější pravomoc Unie, k účasti členských států, která je v tomto případě podle Rosase fakultativní, neexistuje právní důvod.⁵¹³ Nicméně lze mít za to, že pojetí fakultativní mixity pouze odráží existující smluvní praxi, která zatím nebyla ze strany SDEU zpochybněna. Literatura uvádí celou řadu možných důvodů vedoucích k obecné tendenci uzavírat smíšené smlouvy.⁵¹⁴ Jedním z nejdůležitějších je snaha orgánů Unie a členských států vyhnout se složitým debatám o určení právního základu pro uzavření mezinárodní smlouvy a o přesném vymezení jejich pravomocí. Rosas dokonce referuje o případech „mixity za každou cenu“ – v případech, kdy se Komise a Rada nemohly shodnout na existenci obligatorní mixity a na jejich důvodech, kompromisní řešení spočívalo v tom, že do příslušné smlouvy byla zahrnuta ustanovení o politickém dialogu (v té době spadajících do druhého pilíře EU), čímž se povinnost uzavřít smíšené smlouvy stala nespornou.⁵¹⁵

Existence smíšených smluv přináší celou řadu problémů a nejasností, které tyto smlouvy provází během celého jejich životního cyklu, od sjednávání a uzavírání, přes implementaci, výklad a účinek, až po problematiku odpovědnosti za jejich porušení. Aniž bychom se těmito otázkami zabývali podrobněji, postačí uvést, že tyto problémy jsou jak praktického (k vstupu smíšené smlouvy v platnost je například nezbytná ratifikace ze strany všech 28 členských států), tak právně-teoretického charakteru (například co se týče přesného rozdělení pravomocí ve vztahu k jednotlivým částem smlouvy, které nikdy není zcela jasné, což má následně vliv mj. na otázku odpovědnosti za porušení povinností ze smíšené smlouvy Unii či členským státem). Samostatnou problematiku pak představuje společné členství v mezinárodních organizacích a praktické otázky s tím spojené, např. pokud jde o účast a hlasování v orgánech příslušné organizace.⁵¹⁶ V důsledku toho mnozí autoři svou analýzu uzavírají tím, že Unie by se měla smíšeným smlouvám pokud možno vyhýbat.⁵¹⁷ SDEU se tyto problémy ve své judikatuře snaží překlenout alespoň formulováním povinnosti spolupráce (*duty of cooperation*) mezi orgány Unie a členskými státy.⁵¹⁸ Jak poukazuje literatura, v praxi se tento požadavek daří naplňovat poměrně úspěšně, když orgány Unie (zejména Komise) a členské státy zpravidla dokážou na mezinárodní úrovni efektivně spolupracovat, zaujímat společná stanoviska a hledat praktická řešení mnoha nastíněných problémů, i když se tak zpravidla děje na *ad hoc* bázi, což příliš nepřispívá k objasnění teoretických otázek, které jsou s problematikou smíšených smluv spojeny.⁵¹⁹

3.3 EU A ZAHRANIČNÍ INVESTICE PŘED LISABONSKOU SMLOUVOU

3.3.1 Limitovaná vnější pravomoc Společenství

Ustanovení Smlouvy o založení ES o společné obchodní politice neobsahovala před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost žádnou zmínku o zahraničních investicích. To, že společná obchodní politika nezahrnovala pravomoc Společenství v oblasti zahraničních investic, bylo potvrzeno dvěma posudky SDEU z první poloviny 90. let 20. století. V obou rozhodnutích

⁵¹³ *Eeckhout*, pozn. 508, s. 224.

⁵¹⁴ Srov. např. *Eeckhout*, pozn. 508, s. 198-199.

⁵¹⁵ *Rosas*, pozn. 508, s. 218.

⁵¹⁶ Blíže k jednotlivým problémům viz např. *Eeckhout*, pozn. 508, kapitola 7, dále *Koutrakos*, pozn. 449, s. 150 a násl.; a mnoho dalších autorů.

⁵¹⁷ *Eeckhout*, pozn. 508, s. 224. Obdobný názor zastává i *Rosas*, pozn. 508, s. 220.

⁵¹⁸ Např. *Opinion 2/91* odst. 36-38; *Opinion 1/94*, odst. 106-109.

⁵¹⁹ Živnou půdou pro testování různých aspektů mixity jsou především jednání a mezistátní spory na půdě WTO. *Koutrakos* například hovoří o „kultuře spolupráce“, která se vyvinula mezi orgány Unie a členskými při provádění vnějších politik. Srov. *Koutrakos*, pozn. 449, s. 179.

SDEU zároveň potvrdil, že Společenství nemělo v oblasti zahraničních investic ani implicitní výlučnou pravomoc. Ačkoli se tato situace vstupem Lisabonské smlouvy samozřejmě podstatně změnila, je namístě argumentaci soudu zrekapitulovat.

Prvním z těchto rozhodnutí byl známý a i v této práci již z několika úhlů rozebíraný *Posudek 1/94*, který se týkal mj. otázky pravomoci k uzavření GATS. Definice obchodu se službami, která vymezuje předmět a působnost GATS, zahrnuje čtyři módy poskytování služeb.⁵²⁰ Z pohledu zahraničních investic je významný především mód 3 (komerční přítomnost dodavatele z jednoho státu na území jiného státu). Komerční přítomností (*commercial presence*) se rozumí poskytování služeb v zahraničí prostřednictvím založení či nabytí právnické osoby, pobočky či zastupitelské kanceláře v zemi, kde jsou služby poskytovány.⁵²¹ Komerční přítomnost tak v zásadě lze ztotožňovat s přímou zahraniční investicí v sektoru služeb.

Druhým důležitým rozhodnutím byl *Posudek 2/92*⁵²², který se týkal určení právního základu pro účast na Třetím revidovaném rozhodnutí OECD o národním zacházení. Třetí rozhodnutí bylo jedním ze série závazných a nezávazných dokumentů přijatých na půdě OECD, jejichž společným účelem bylo zabezpečit poskytování národního zacházení podnikům kontrolovaným příslušníky některého členského státu OECD na území jiných členských států. Ústřední předmět Třetího rozhodnutí, tedy standard národního zacházení poskytovaný zahraničním investorům, tak ve své podstatě odpovídal části typické úpravy mezinárodních dohod o ochraně investic.

SDEU se v obou případech nejdříve zabýval otázkou, zda GATS, resp. Třetí rozhodnutí, mohly spadat pod rámec společné obchodní politiky. V *Posudku 1/94* ohledně GATS soud nejdříve uvedl, že vzhledem k otevřené povaze společné obchodní politiky nemůže být obchod se službami z jejího rámce principiálně vyloučen. Pokud se ovšem jedná o jednotlivé módy poskytování služeb, které definují předmět působnosti GATS, pouze přeshraniční poskytování služeb, které nevyžaduje pohyb osob (tedy mód 1), je možné připodobnit obchodu se zbožím, a tudíž neshledal důvod, aby taková forma poskytování služeb byla vyloučena z rámce společné obchodní politiky. Jiná byla ovšem situace u zbylých tří módů poskytování služeb, které vyžadovaly přeshraniční pohyb fyzických či právnických osob, a na který se přednostně vztahovaly jiné kapitoly SES. Poskytování služeb v těchto ostatních formách, včetně komerční přítomnosti, proto pod společnou obchodní politiku nespadlo.⁵²³ V podobném duchu se nesla i argumentace *Posudku 2/92* ohledně Třetího rozhodnutí. Soud nejdříve analyzoval povahu standardu národního zacházení, jehož se Třetí rozhodnutí věcně týkalo. Pravidlo národního zacházení se, slovy soudu, vztahuje na podniky, které vyvíjejí činnost (zejména prostřednictvím poboček a dceřiných společností) na území členských států ES, a které jsou vlastněny či kontrolovány příslušníky jiných členských států OECD, tedy týká se především podmínek, za jakých se podniky se zahraniční kontrolou účastní na vnitřním ekonomickém životě členských států, v nichž vykonávají svou činnost.⁵²⁴ Byť má pravidlo o národním zacházení ve svých

⁵²⁰ Obchodem službami se pro účely GATS rozumí dodávky služeb (1) z území jednoho státu na území druhého státu; nebo (2) na území jednoho státu spotřebiteli z jiného státu; nebo (3) dodavatelem z jednoho státu prostřednictvím komerční přítomnosti na území jiného státu; a konečně (4) dodavatelem služby z jednoho státu prostřednictvím přítomnosti fyzických osob z tohoto státu na území jiného státu.

⁵²¹ Čl. XXVIII písm. d) GATS.

⁵²² Opinion 2/92 [1995] ECR I-521.

⁵²³ Opinion 1/94, odst. 44-47.

⁵²⁴ Opinion 2/92, dst. 4 a 7. V odstavci 5 ovšem soud považoval za potřebné zdůraznit, že Třetí rozhodnutí se netýkalo regulace připouštění zahraničních investic a podmínek zřizování (*establishment*) zahraničních podniků. Je otázkou, proč soud tuto okolnost zdůraznil právě v rámci analýzy rámce společné obchodní politiky. Mohlo by

důsledcích částečný dosah i na podmínky obchodu mezi členskými státy a třetími zeměmi, soud tuto vazbu neshledal jako dostatečnou k tomu, aby Společenství umožnila účast na Třetím rozhodnutí na základě ustanovení o společné obchodní politice.⁵²⁵

Komise se u obou mezinárodních instrumentů alternativně dožadovala vyslovení existence implicitní výlučné pravomoci Společenství, opírajíc se o argumenty vedené v linii rozsudku *AETR* a *Posudku 1/76*. Ani s touto argumentací ovšem před SDEU neuspěla. V případě GATS soud poukázal na to, že kapitoly SES týkající se práva usazování a služeb neobsahují žádná ustanovení, která by pravomoc Společenství rozšiřovala na vnější vztahy. Jediným účelem těchto kapitol je zabezpečit právo usazování a svobodu poskytování služeb příslušníkům členských států EU. Tyto kapitoly neobsahují žádná ustanovení, která by se vztahovala na prvotní usazení (*first establishment*) příslušníků třetích zemí na území EU, ani pravidla upravující jejich přístup k samostatně výdělečným činnostem. Z těchto kapitol proto dle soudu nelze odvozovat existenci výlučné vnější pravomoci Společenství k uzavření mezinárodní smlouvy, jejímž předmětem je liberalizace prvotního usazení a úprava přístupu k trhu služeb.⁵²⁶ Soud se zde ovšem nezastavil a svou úvahu v intencích testu *AETR* rozvinul dále. I když je jediným výslovným cílem kapitol SES o svobodě usazování a volném pohybu služeb zabezpečení těchto svobod pro příslušníky členských států EU, neznamená to, že Společenství nemůže svou pravomoc v těchto oblastech využít tak, že blíže upraví podmínky pro zacházení s příslušníky třetích zemí (přičemž pak následoval výčet některých legislativních aktů přijatých v oblastech práva usazování a volného pohybu služeb, které se výslovně, byť spíše okrajově, dotýkaly i příslušníků třetích států). Následně soud vyslovil pravidlo, které již bylo diskutováno výše v rámci obecného rozboru problematiky implicitních pravomocí: kdykoli Společenství zahrne do svých vnitřních legislativních aktů ustanovení týkající se zacházení s příslušníky třetích zemí, nebo výslovně pověří své orgány vyjednáváním s třetími zeměmi, nabývá výlučnou vnější pravomoc v oblastech pokrytých těmito akty. To samé pak platí i v případě, kdy Společenství dosáhne úplné harmonizace pravidel o přístupu k samostatně výdělečným činnostem, neboť tato pravidla by mohla být dotčena, pokud by členské státy mohly nadále samostatně jednat ve vztahu k třetími zeměmi.⁵²⁷ To ovšem zatím není případ ve všech odvětvích služeb. Pravomoc uzavřít GATS je proto dle soudu sdílená (*shared*) (*sic*) mezi Společenstvím a členskými státy.⁵²⁸

Lze též zmínit, jak se soud vypořádal s argumenty o výlučné pravomoci založené na testu *Posudku 1/76*. Komise s odkazem na uvedené rozhodnutí tvrdila, že účast Společenství na GATS se současným vyloučením účasti členských států je nezbytná jak z vnitřních, tak z vnějších důvodů – účast členských států na uzavření této dohody dle Komise by hrozila jednak narušením koherence vnitřního trhu, a jednak paralýzou na mezinárodní scéně, kterou si Společenství nemohlo dovolit.⁵²⁹ Soud ovšem jakékoli úvahy založené na interpretaci testu nezbytnosti ve smyslu politické vhodnosti odmítl, a to zavedením kritéria neoddelitelného spojení (*inextricable link*) mezi výkonem vnitřní pravomoci a dosažením vnitřních cílů (viz blíže část 3.2.2).⁵³⁰

to snad znamenat, že přístup na trh a zřizování podniků je podobné obchodu zbožím, jak tomu bylo v případě obchodu službami v módu 1?

⁵²⁵ Opinion 2/92, odst. 7, 9 a 11.

⁵²⁶ Opinion 1/94, odst. 81.

⁵²⁷ Opinion 1/94, odst. 96.

⁵²⁸ Opinion 1/94, odst. 98.

⁵²⁹ Opinion 1/94, odst. 83.

⁵³⁰ Opinion 1/94, odst. 85, 86 a 89.

Obdobným způsobem pak SDEU rozhodl v *Posudku 2/92* ohledně implicitní výlučné pravomoci Společenství k účasti na Třetím rozhodnutí. Komise dovozovala existenci implicitní výlučné pravomoci z článku (dnešního) 53 SFEU, který zakládal vnitřní pravomoc Společenství k přijímání směrnic za účelem usnadnění přístupu osob k samostatně výdělečným činnostem, a z obecného harmonizačního ustanovení článku (dnešního) 114 SFEU. Soud nejdříve ze stejných důvodů jako v *Posudku 1/94* odmítl existenci implicitní vnější pravomoci podle testu *Posudku 1/76*.⁵³¹ Zbývalo ověřit, zda záležitosti, na něž se vztahovalo Třetí rozhodnutí, již byly předmětem komunitární legislativy, která by obsahovala ustanovení o zacházení s podniky se zahraniční kontrolou, nebo by zmocňovala orgány Společenství jednat s třetími zeměmi, nebo která úplně harmonizovala podmínky přístupu k samostatně výdělečným činnostem. Na to konto soud konstatoval, že Společenství již skutečně přijalo opatření, která jsou způsobilá založit výlučnou vnější pravomoc, zejména na základě článků (dnešních) 53, 91, 104 a 114 SFEU (ovšem bez bližší specifikace), dle soudu ovšem bylo nesporné, že tato opatření nepokrývala všechny oblasti, jichž se týkalo Třetí rozhodnutí. Z toho dovedl, že Společenství mělo pravomoc účastnit se na Třetím rozhodnutí, která ovšem nepokrývala všechny oblasti, jichž se Třetí rozhodnutí týkalo.⁵³² Výrok tedy zněl, že Společenství a členské státy sdílejí společnou pravomoc (*share joint competence*) (*sic*) k účasti na Třetím rozhodnutí.

Obě rozhodnutí vyznívají poměrně jasně v části týkající se pravomoci ve věcech společné obchodní politiky. Zahraniční investice před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost zcela jednoznačně nespádaly do rámce ustanovení SES o společné obchodní politice. Rozšíření společné obchodní politiky o zahraniční investice tedy vyžadovalo výslovnou změnu primárního práva, což se vstupem Lisabonské smlouvy v platnost také stalo.

Podstatně mnohoznačněji ovšem vyznívá analýza soudu ohledně implicitních pravomocí. Obě rozhodnutí výrazně trpí nedostatky, které jsou pro judikaturu k otázce implicitních pravomocí typické. Není asi potřeba obzvláště zdůrazňovat, že soud zcela směřuje otázku existence pravomoci jako takové s otázkou výlučné povahy této pravomoci. Nicméně velké otazníky vzbuzují samotné výroky obou rozhodnutí. Soud poté, co se hned od začátku zabývá pouze otázkou, zda jsou splněny podmínky pro existenci výlučné vnější pravomoci, přičemž zjistí, že tyto podmínky splněny nejsou, následně vydá výrok, podle něhož je pravomoc pro uzavření příslušné smlouvy sdílená (*Posudek 1/94*), resp. dokonce „sdílená společná“ (*Posudek 2/92*). Znamená to tedy, že účast členských států na uvedených instrumentech nebyla vyloučena výlučnou povahou pravomoci Společenství, nicméně že se Společenství mohlo z titulu existence sdílené pravomoci účastnit GATS, resp. Třetího rozhodnutí, i bez členských států? Ani jedno z uvedených rozhodnutí nebylo, alespoň v době jejich vydání, většinou odborné veřejnosti chápáno tímto způsobem a i praxe si výsledek vyložila tak, že podmínkou uzavření příslušných smluv byla společná účast Společenství a členských států, tedy uzavření smíšených smluv.⁵³³

Dalším znakem obou rozhodnutí je, že soud se vyhýbá jakémukoli přesnějšímu vymezení hranic mezi pravomocí Společenství a pravomocí členských států. To je patrné zejména z *Posudku 2/92*, kde soud jen obecně odkazuje na existenci některých, blíže nespecifikovaných vnitřních aktů, z čehož následně dovozuje, že Společenství má pravomoc účastnit se na Třetím rozhodnutí, nicméně tato pravomoc nepokrývá všechny oblasti, jichž se Třetí rozhodnutí týká. Přihlédneme-li k dalšímu vývoji doktríny implicitních pravomocí, výrok soudu v *Posudku 2/92* je patrně nutno vykládat tak, že v oblastech, které byly pokryty příslušnými vnitřními předpisy,

⁵³¹ Opinion 2/92, odst. 4.

⁵³² Opinion 2/92, odst. 6-7.

⁵³³ Opačně ovšem *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 92-94.

mělo Společenství implicitní vnější pravomoc, která mohla být eventuálně i výlučná,⁵³⁴ zatímco jiné oblasti těmito předpisy nepokryté zůstávají v pravomoci členských států. Jelikož Třetí rozhodnutí dopadalo na obě oblasti, jeho přijetí vyžadovalo současnou účast Společenství i členských států, což byl patrně výsledek, který měl na mysli i soud.

Na základě uvedeného lze zřejmě bezpečně tvrdit, že již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost mělo Společenství v oblasti zahraničních investic *určitou* vnější pravomoc. Určit její rozsah a povahu je ovšem složitý úkol. Většina autorů se přiklání k závěru, že tato pravomoc nepokrývala celou škálu pravidel a standardů, jež jsou typickou součástí mezinárodních dohod o ochraně investic, a to zejména co se týče post-investiční ochrany investic spočívajících v komerční přítomnosti na území jiného státu (představujících v zásadě podskupinu přímých investic), která tvořila jádro dvoustranných DPOI uzavíraných členskými státy.⁵³⁵ Z dnešního pohledu již podrobná analýza vnější pravomoci Společenství v oblasti *přímých* zahraničních investic před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost postrádá větší praktický význam, a to vzhledem k jejich výslovnému zahrnutí do rámce společné obchodní politiky. Bez analýzy implicitních pravomocí se ovšem neobejdeme ani dnes ve vztahu k jiným formám investic, než jsou investice přímé, tj. zejména ve vztahu k investicím portfoliovým. V tomto směru však *Posudek 1/94* ani *Posudek 2/92* nejsou směrodatné, neboť oba se z povahy věci týkaly pouze investic přímých.⁵³⁶

3.3.2 Smluvní praxe

Navzdory limitované pravomoci, s ne zcela jasným obsahem, Společenství již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost aktivně uzavíralo mezinárodní smlouvy, které se týkaly zahraničních investic. Tyto smlouvy ovšem sledovaly značně odlišný model než tradiční DPOI uzavírané členskými státy. Obecně lze říci, že úprava dohod uzavíraných Společenstvím nekonkurovala úpravě DPOI členských států, ale spíše tuto úpravu doplňovala. Mezi smlouvami upravujícími investiční tematiku, jejichž smluvní stranou bylo i Společenství, je nutno zmínit GATS, dále Dohodu o obchodních aspektech investičních opatření (*Agreement on Trade Related Investment Measures – TRIMs*) a zejména Dohodu k Energetické chartě (*Energy Charter Treaty – ECT*). Širokou kategorii mezinárodních smluv týkajících se investic pak představují smlouvy zakládající širší ekonomickou a politickou spolupráci s třetími zeměmi. Mezi tyto smlouvy se řadí Smlouva o založení EHP (*EEA Agreement*) zakládající hlubokou ekonomickou integraci mezi členskými státy EU a Norskem, Islandem a Lichtenštejnskem, dále stabilizační a asociační dohody (*Stabilization and Association Agreements – SAAs*) se státy

⁵³⁴ K tomu by ovšem při správné aplikaci testu *AETR* bylo ještě potřeba prozkoumat, zda se závazek členských států poskytovat podnikům kontrolovaným příslušníky jiných států OECD může těchto pravidel dotknout nebo změnit jejich působnost, což soud nečiní. Pokud by byla pravomoc Společenství opravdu výlučná, mělo by to závažné dopady na existující i nově uzavírané DPOI členských států, neboť v rozsahu příslušných vnitřních pravidel by vzhledem ke konfliktu s výlučnou pravomocí Unie musely obsahovat výjimky z národního zacházení a patrně i z doložky nejvyšších výhod v rozsahu těchto (soudem nedefinovaných) vnitřních pravidel.

⁵³⁵ Např. *Elimansberger, T.* Bilateral Investment Treaties and EU Law. *Common Market Law Review*. 2009, 46(2), s. 389-394; *Ceyssens, J.* Towards a Common Foreign Investment Policy? *Foreign Investment in the European Constitution. Legal Issues Of Economic Integration*. 2005, 32(3), s. 260-262. Opačně Dimopoulos, který na základě analýzy vnitřních pravomocí a přijatých opatření dospěl k závěru, že již před vstupem Lisabonské smlouvy mělo Společenství dostatečnou vnější pravomoc k tomu, aby samostatně bez členských států uzavíralo komplexní investiční dohody, zahrnující přístup k trhu, první usazení i ochranu investic ve fázi post-establishment. Takový závěr, k němuž autor dospěl na základě širokého chápání implicitních pravomocí, se ovšem jeví jako přehnaný. Srov. *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 65-124.

⁵³⁶ Za přímé investice lze považovat jak poskytování služeb formou komerční přítomnosti, jichž se týkal *Posudek 1/94*, tak zřízené (*established*) podniky kontrolované příslušníky jiných zemí, jichž se týkal *Posudek 2/92*.

západního Balkánu, které představují předstupeň plného členství těchto zemí v EU,⁵³⁷ dohody o partnerství a spolupráci (*Partnership and Cooperation Agreements*) se státy bývalého SNS, asociační dohody se státy středomořského regionu, obchodně-politické dohody s významnými individuálními partnery EU z různých regionů (dohoda o volném obchodu s Mexikem, dohoda o obchodu, rozvoji a spolupráci s Jihoafrickou republikou, asociační dohoda s Chile, dohoda o volném obchodu s Korejskou republikou a doposud neratifikovaná dohoda o ekonomickém partnerství s karibskými státy sdruženými v seskupení CARIFORUM). Lze též zmínit, že v rámci zvýšené aktivity Společenství na poli zahraničních investic přijala Rada v roce 2006 dokument označený jako „Minimum platform pro investice pro dohody EU o volném obchodu“ (*Minimum platform on investment for EU FTAs*), který měl sloužit jako standardizovaný vzorový text kapitoly o investicích pro jednání EU o nových dohodách s třetími zeměmi zahrnujících investiční tematiku.⁵³⁸

Uvedené mezinárodní smlouvy byly Společenstvím uzavírány na různém právním základě. Pokud jde o asociační dohody, ty byly uzavřeny na základě článku 310 SES (dnes článek 217 SFEU). Ostatní smlouvy uvádějí jako svůj právní základ celou řadu ustanovení SES.⁵³⁹ Většina těchto smluv pokrývá široké spektrum témat, které se v mnoha případech týkají nejen obchodní, ale i politické spolupráce; není proto možné přesně a jednoznačně určit, na jakém právním základě byly tyto smlouvy uzavřeny v rozsahu, v jakém se týkají zahraničních investic.⁵⁴⁰ Je ovšem nutno zdůraznit, že všechny dohody týkající se zahraničních investic, které byly Společenstvím uzavřeny před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost, byly vzhledem k jejich širokému záběru, jakož i vzhledem k ustálené smluvní praxi, uzavřeny jako smlouvy smíšené, tj. jejich stranami jsou jak Unie, tak všechny členské státy. I když tedy nebylo zcela jasné, do jaké míry byl obsah těchto dohod pokryt odpovídající vnější pravomocí na straně Společenství, účast členských států jakékoli případné nedostatky v tomto směru zhojila.⁵⁴¹

Konkrétní úprava zahraničních investic v těchto smlouvách je různorodá a liší se v závislosti na konkrétním kontextu té které smlouvy, zejména na hlavním účelu a předmětu její úpravy, jakož i v závislosti na tom, jaký stát je smluvní protistranou. Jak již bylo uvedeno, zpravidla se jedná o smlouvy upravující mnohem širší okruh vztahů a zahraniční investice představují pouze část jejich předmětu. Značně specifickou úpravou se vyznačují zejména GATS, TRIMs, Smlouva o zřízení EHP a Dohoda k Energetické chartě. Účelem GATS je liberalizace přeshraničního poskytování služeb, přičemž v rámci módu 3 (komerční přítomnost) se vztahuje i na přímé investice v oblasti služeb. Poskytování služeb je liberalizováno na principu národního zacházení, ovšem pouze v těch sektorech, v nichž jednotlivé členské státy převzaly odpovídající závazek (jedná se o přístup „pozitivního seznamu“, označovaný i jako „*bottom-up approach*“ jehož liberalizační efekt je jen omezený a pozvolný). TRIMs zakazuje některá opatření typu performance requirements, která jsou způsobilá mít omezující účinek na mezinárodní obchod. Smlouva o založení EHP naopak zakládá hlubokou ekonomickou integraci vazby mezi

⁵³⁷ Do této kategorie bylo možné řadit i asociační dohody uzavřené v 90. letech se kandidátskými zeměmi ze střední a východní Evropy (*Europe Agreements*), které pozbyly platnosti se vstupem příslušných zemí do EU.

⁵³⁸ Srov. *Maydell, N.* The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence. In: Reinisch, A. a Knahr, Ch. *International investment law in context*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2008, s. 73-92. Text Minimum platformy nebyl oficiálně zveřejněn, nicméně „neoficiálně“ je přístupný „neoficiální“ cestou prostřednictvím stránek některých mimovládních organizací.

⁵³⁹ Například Rozhodnutí Rady a Komise o uzavření dohody k Energetické chartě a Protokolu k energetické chartě o energetické účinnosti a souvisejících ekologických hlediscích odkazuje na články 44, 47, 55, 57, 83, 93, 94, 133, 175 a 308 SES (ve znění Smlouvy z Nice). Srov. 98/181/ES, ESUO, Euratom; Úřední věstník L 069, 09/03/1998 S. 0001 – 0116.

⁵⁴⁰ *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 137.

⁵⁴¹ *Ceyssens*, pozn. 535, s. 268.

smluvními státy a její ustanovení prakticky kopírují ustanovení kapitol SES o vnitřním trhu, včetně odpovídající úpravy svobody usazování a volného pohybu kapitálu, přičemž k závazné interpretaci Smlouvy o založení EHP byl zřízen Soud pro EHP (*EEA Court*), jehož pravomoci a úkoly vycházejí z postavení SDEU v systému práva EU. Ojedinělý a velmi specifický případ pak představuje Dohoda k Energické chartě (ECT), což je mnohostranná mezinárodní smlouva týkající se zahraničních investic v energetice. ECT jako doposud jediná mezinárodní smlouva, již je Unie stranou, zakládá režim post-investiční ochrany investic srovnatelný s úpravou tradičních DPOI, včetně mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem formou investiční arbitráže, byť sektorově omezený na oblast energetiky. Vztahu této dohody s právem EU ještě bude věnována pozornost na dalších místech této práce.

Ostatní smlouvy zakládají obchodní a politickou spolupráci EU s třetími zeměmi, přičemž ve své úpravě zahraničních investic se obecně vyznačují určitými společnými prvky, zatímco v podrobnostech se více či méně liší. Lze říci, že EU ve své praxi vytvořila unikátní model investiční dohody, který je odlišný od tradičních DPOI. Obsahovým zdrojem inspirace relevantních kapitol o investicích byla především ustanovení primárního práva EU a rovněž úprava GATS.⁵⁴² Závaznou úpravu zahraničních investic zpravidla obsahují kapitoly týkající se pohybu kapitálu, usazování a částečně také poskytování služeb. Ustanovení o podpoře investic a o vytváření příznivého podnikatelského prostředí mají naopak zpravidla povahu *soft law*.

Pokud jde o konkrétní obsah, součástí smluv jsou většinou ustanovení zaručující volný pohyb kapitálu, která obsahově vycházejí z ustanovení příslušné kapitoly SES. U většiny smluv se ovšem liberalizace týká pouze pohybů kapitálu souvisejících s přímými investicemi. Pouze některé dohody rozšiřují svůj dosah i na portfoliové investice.⁵⁴³ Zajímavé je, že uvolnění pohybů kapitálu není vždy reciproční – některým smluvním protistranám EU zůstala ponechána možnost kontrolovat odliv kapitálu do členských států EU. Volný pohyb kapitálu zpravidla podléhá výjimkám, které do větší či menší míry odpovídají výjimkám podle SES. Jak poznamenává Dimopoulos, liberalizace pohybů kapitálu v těchto smlouvách ve výsledku nijak nezvyšuje úroveň liberalizace ve vztahu k třetím zemím, neboť k té se EU jednostranně zavázala v článku 63 SFEU.⁵⁴⁴ Význam těchto ustanovení je nutno hledat jednak v tom, že uvedený jednostranný závazek je vůči příslušnému třetímu státu stvrzen i smluvně, ale především v tom, že smlouvou se k liberalizaci pohybů kapitálu (byť ne nutně ve stejném rozsahu) zavazuje i příslušný třetí stát.

Důležitá jsou pak ta ustanovení příslušných dohod, která se týkají usazování (*establishment*). V obecné rovině se tato úprava zakládá (i) na liberalizaci přímých investic v před-investiční fázi, a to umožněním přístupu na trh formou usazení na nediskriminačním základě (různou kombinací doložek národního zacházení a nejvyšších výhod) a dále (ii) na nediskriminačním zacházení s přímými investicemi v post-investiční fázi (rovněž různou kombinací doložek národního zacházení a nejvyšších výhod). Míra, v jaké jsou přímé investice liberalizovány a v jaké je jim poskytováno nediskriminační zacházení, se v jednotlivých dohodách do značné míry liší. Rozsah působnosti příslušných ustanovení v první řadě závisí od definice „usazení“, která není ve všech dohodách jednotná.⁵⁴⁵ Jednotlivé dohody se ovšem liší hlavně v rozsahu

⁵⁴² Srov. Dimopoulos, pozn. 495, s. 140 a násl.

⁵⁴³ Podrobnosti viz Dimopoulos, pozn. 495, s. 140 a násl.

⁵⁴⁴ Dimopoulos, pozn. 495, s. 144.

⁵⁴⁵ Minimální platforma pro investice například definuje usazení jako „jakýkoli druh podnikatelského či profesionálního usazení (*business or professional establishment*) prostřednictvím (i) založení, nabytí nebo udržování právnické osoby, nebo (ii) zřízení nebo udržování pobočky nebo zastoupení na území smluvní strany

liberalizace usazení. Smlouva o založení EHS, obdobně jako SFEU, předpokládá prakticky neomezenou svobodu usazování. V jiných dohodách je ovšem rozsah poskytování národního zacházení sektorově omezen. Širokou liberalizací, jen s omezenými výjimkami, se vyznačují stabilizační a asociační dohody se zeměmi západního Balkánu. Méně liberalizující je režim dohod pracujících s „negativním seznamem“, obsahující výčet sektorů, které liberalizaci nepodléhají (*top-bottom approach*).⁵⁴⁶ Nejméně liberalizující jsou pak ty dohody, které pracují s „pozitivním seznamem“ (*bottom-up approach*). V tomto režimu jsou liberalizovány pouze sektory, u nichž se k tomu příslušná smluvní strana výslovně zavázala. Rozsah převzatých závazků je u jednotlivých dohod tohoto typu odlišný. Zatímco například Dohoda o volném obchodu s Mexikem a Asociační dohoda s Chile obsahují pouze příslušné sektorové závazky stran pro oblast služeb, závazky převzaté v Dohodě o volném obchodu s Korejskou republikou nebo v Dohodě o ekonomickém partnerství se sdružením CARIFORUM pokrývají vedle služeb i průmyslové sektory. Rozdíly v míře liberalizace lze vysvětlit odlišným politickým kontextem a cíli jednotlivých dohod. Dohody sledující integrační cíle, jako je Smlouva o založení EHP či stabilizační asociační dohody s balkánskými zeměmi, zakládají extenzivní liberalizaci, blíží se úpravě primárního práva EU. Dohody uzavírané v rámci sousedské politiky (*neighbourhood policy*) podporují plnou liberalizaci, omezenou pouze s výjimkami uvedenými v negativním seznamu. Dohody s jinými (vzdálenějšími) zeměmi sledují rozšíření závazků oproti existujícím závazkům převzatým příslušnými státy v rámci GATS, a to přijetím extenzivnějších pozitivních seznamů v bilaterálních vztazích.⁵⁴⁷

Kapitoly o usazování zpravidla upravují i post-investiční zacházení. U dohod, které pracují s pozitivním seznamem, je rovněž tato úprava post-investiční fáze sektorově omezena a vztahuje se pouze na ty sektory, v nichž smluvní strany převzaly závazky k liberalizaci v před-investiční fázi. Post-investiční zacházení je založeno na nediskriminačním zacházení – zatímco některé dohody kombinují doložky národního zacházení a nejvyšších výhod a přiznávají to, které zacházení je příznivější, jiné dohody přiznávají pouze národní zacházení (z tohoto pojetí vychází i Minimální platforma pro investice). Národní zacházení i poskytování nejvyšších výhod představují relativní standardy ochrany investic. Na rozdíl od tradičních DPOI neobsahují dohody uzavírané Uníí před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost standardy absolutní ochrany v post-investiční fázi, jako je řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost či umbrella clause, a neobsahují ani žádná pravidla upravující vyvlastnění. Tato úprava byla až do vstupu Lisabonské smlouvy v platnost doménou smluvní praxe členských států. Jedinou výjimku v tomto směru představuje ECT.

Na rozdíl od tradičních DPOI členských států dále dohody uzavírané Společenstvím neobsahují ani žádný mechanismus řešení sporů, který by byl přímo přístupný jednotlivým investorům (opět s výjimkou ECT a částečně také Smlouvy o založení EHP). Až do uzavření smlouvy o volném obchodu s Mexikem (2000) a Asociační dohody s Chile (2001) dokonce dohody uzavírané Společenstvím neobsahovaly ani závazný mechanismus řešení sporů mezi smluvními stranami, přičemž se spoléhaly pouze na diplomatický model, založený na konzultacích v rámci společného orgánu zřízeného příslušnou dohodou a složeného ze zástupců obou smluvních stran. I tyto dohody sice předpokládaly i možnost mezistátní arbitráže, předložení sporu k arbitráži ovšem vyžadovalo souhlas obou stran sporu. Novější dohody již předpokládají řešení

za účelem vykonávání ekonomické aktivity.“ Tato definice tedy zahrnuje primární usazení (založení právnické osoby) a sekundární usazení (zřízení pobočky), na rozdíl od SFEU nezahrnuje výkon samostatně výdělečných aktivit fyzickými osobami, což je ovšem v souladu s pojetím usazení jako přímé investice.

⁵⁴⁶ Do této skupiny se řadí například Smlouva o partnerství a spolupráci s Ruskem nebo asociační dohody s Alžírskem a Jordánskem.

⁵⁴⁷ *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 151.

sporů prostřednictvím obligatorní arbitráže, jedná se ovšem vždy pouze o arbitráž mezi smluvními stranami.⁵⁴⁸

Máme-li shrnout smluvní praxi Společenství v oblasti zahraničních investic před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost, lze konstatovat, že Společenství bylo v tomto směru poměrně aktivní a usilovalo především o vyplnění prostoru, který zůstal tradičními DPOI členských států neobsazen. O snaze o komplementaritu svědčí i to, že mnoho dohod (zejména pokud jde o dohody uzavřené v rámci politiky rozšiřování a sousedské politiky EU) předpokládá, že příslušná smluvní protistrana bude s členskými státy EU uzavírat individuální dvoustranné DPOI.⁵⁴⁹ Z praxe uzavírání těchto dohod lze těžko dovozovat konkluzivní závěry o rozsahu pravomoci Společenství v oblasti zahraničních investic, neboť všechny dohody byly uzavřeny jako smíšené. Někteří autoři viděli ve zvýšené aktivitě Společenství i snahu o postupné obsazení příslušných pravomocí (jakožto pravomocí smíšených) jejich výkonem na úkor členských států, což bylo dáváno do souvislosti zejména s přijetím Minimální platformy pro investice.⁵⁵⁰ Tyto úvahy se vstupem Lisabonské smlouvy v platnost staly obsoletní.

Účel a praktický význam dohod uzavřených Společenstvím před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost je především liberalizační. Jelikož tyto dohody neobsahují absolutní standardy post-investiční ochrany a neobsahují ani mechanismus řešení sporů přístupný jednotlivcům, z pohledu individuálních investorů se ve srovnání s tradičními DPOI nejedná o natolik zajímavé instrumenty. Významnou výjimku v tomto směru představuje pouze ECT, obsahující mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem ve formě investiční arbitráže a částečně také Smlouva o založení EHP, kterou byl zřízen Soud pro EHP, jehož působnost a funkce jsou podobné těm, jaké náleží SDEU v rámci systému práva EU.

3.4 PRAVOMOC UNIE PO VSTUPU LISABONSKÉ SMLOUVY V PLATNOST

3.4.1 Politické argumenty pro přesun vnější pravomoci na Unii

Komise se o výslovné rozšíření společné obchodní politiky i na zahraniční investice snažila poměrně dlouhou dobu. Tyto snahy byly vyvolány zejména vydáním *Posudku 1/94*, v němž SDEU postavil hráz dalšímu rozšiřování rámce společné obchodní politiky mimo oblast obchodu se zbožím a oblasti, které obchod se zbožím svou povahou alespoň připomínají. V rámci mezivládních konferencí, jež předcházely přijetí Amsterodamské smlouvy a Smlouvy z Nice Komise navrhovala zahrnout do společné obchodní politiky kromě oblastí služeb a práv duševního vlastnictví rovněž zahraniční investice.⁵⁵¹ Zatímco u prvních dvou oblastí se jí to povedlo, ač v notně limitované podobě, již v rámci Smlouvy z Nice, zahraniční investice našly své místo ve výčtu oblastí zahrnutých do společné obchodní politiky až v odmítnuté Smlouvě o Ústavě pro Evropu. Oficiální přípravné dokumenty ke Smlouvě o Ústavě pro Evropu nenasvědčují, že by tomuto kroku předcházela širší debata založená na jeho podrobném politickém zdůvodnění. Vysvětlení Prezidia k návrhu ustanovení o společné obchodní politice

⁵⁴⁸ Blíže srov. *Garcia Berceo, I.*, Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned. In: Bartels, L., Ortino, F. (eds.). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. New York: Oxford University Press, 2006; *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 178 a násl.

⁵⁴⁹ Srov. *Nowak, C.* Legal Arrangements for the Promotion and Protection of Foreign Investments Within the Framework of the EU Association Policy and European Neighbourhood Policy. In: Bungenberg, M., Griebel, J. (eds.). *International Investment Law and EU law*. Heidelberg: Springer, 2011, s. 117.

⁵⁵⁰ Srov. *Maydell*, pozn. 538.

⁵⁵¹ European Commission: Report on the Operation of the Treaty on European Union, SEC(95)731, s. 57-61; European Commission: Commission Opinion in Accordance with Article 48 EU, COM(2000)34, s. 27.

hovoří pouze o tom, že přidání přímé zmínky o přímých zahraničních investicích do příslušných ustanovení vychází z „uznání skutečnosti, že finanční toky doplňují obchod se zbožím a v dnešní době jim patří významný podíl na obchodních transakcích (commercial exchanges)“.⁵⁵² V té době byl hlavním motivem pro výslovné rozšíření společné obchodní politiky o nové oblasti pociťovaný nedostatek vnějších pravomocí Společenství pro mnohostranná jednání o mezinárodních smlouvách s ekonomickou tematikou, především těch spadajících do agendy WTO. Důvody pro zahrnutí zahraničních investic do společné obchodní politiky byly spatřovány především v posílení pozice EU při mezinárodních jednáních týkajících se problematiky zahraničních investic.⁵⁵³ Zahraniční investice nebyly předmětem jinak vyhocených kontroverzí ohledně Smlouvy o Ústavě pro Evropu, které vedly až k jejímu odmítnutí v referendech ve Francii a v Nizozemsku, a příslušná ustanovení byla beze změny převzata do Lisabonské smlouvy. Širší debata o výhodách či nevýhodách přesunu vnější pravomoci z členských států na EU následovala až retrospektivně. Ačkoli názory odborné veřejnosti na to, zda se jedná o krok správným směrem, se různí, většina autorů, kteří se problematice věnují, zdůrazňuje spíše pozitiva, opírajíc se o několik hlavních argumentů.

Nevýhody stavu před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost byly spatřovány především ve fragmentaci úpravy zahraničních investic v rámci EU, která vyplývala z rozdělení pravomocí mezi členské státy a EU. Zatímco EU v posledních dekádách usilovala o obsazení agendy liberalizace investic, mezinárodní ochrana zahraničních investic v post-investiční fázi zůstávala doménou členských států a navíc byla upravena zásadně na bilaterální úrovni. Jak například uvádí studie švédské Rady pro obchod:

Současná úprava investic v EU je heterogenní a obsahuje množství rozporů, které vyplývají z rozdělení pravomocí mezi členské státy EU a Společenství. To má za následek rozdílnou úroveň ochrany investorů z EU v zahraničí (právní i finanční) a též nepřehlednou spleť DPOI členských států. Rozdělení pravomocí má dále za následek, že regulace pohybu kapitálu se v jednotlivých členských státech liší, což rovněž vede k rozporům. Současná situace brání tomu, aby EU mohla se svými obchodními partnery sjednávat široké a do hloubky jdoucí investiční dohody. Tato situace poškozuje EU jako celek, neboť vede k deformacím mezi členskými státy a zhoršuje přístup investorů z EU k trhům v třetích zemích.⁵⁵⁴

Vedle nerovných podmínek, za jakých mohou investoři z jednotlivých členských států EU investovat v třetích zemích, bylo poukazováno především na to, že EU v důsledku nedostatku vnější pravomoci ztrácí ve srovnání s ostatními „globálními hráči“, jimiž jsou myšleny zejména USA a Čína, ale i další rostoucí ekonomiky, kteří mají možnost sjednávat se svými partnery komplexní obchodní balíčky a vytvářet tak příznivější podmínky pro oboustranné toky investic, což v dlouhodobém horizontu ohrožuje globální konkurenceschopnost EU.⁵⁵⁵ Vzhledem k tomuto stavu bývají v přesunu vnějších pravomocí v oblasti zahraničních investic na EU spatřovány zejména následující výhody.

Za prvé, EU bude moci uzavírat komplexní investiční dohody, které budou integrovat úpravu liberalizace investic (tedy před-investiční fázi) a úpravu post-investiční fáze.⁵⁵⁶ Dosavadní

⁵⁵² European Convention, Draft Articles on external action in the Constitutional Treaty, CONV 685/03, 23 April 2003, s. 52.

⁵⁵³ Srov. *Ceyssens*, pozn. 535, s. 269.

⁵⁵⁴ Kommerskollegium, National Board of Trade. The contribution of trade to a new EU growth strategy Ideas for a more open European economy: Part 1: A common investment policy for the EU. 2009, s. 2.

⁵⁵⁵ V tomto duchu srov. zejména *Bungenberg, M.* Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon. *European Yearbook of International Economic Law*. 2010, Vol. 1., s. 123-151.

⁵⁵⁶ Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů - Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice, KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010, s. 5.

praxe EU a jejích členských států bývá dávana do kontrastu zejména se státy NAFTA, jejichž DPOI tradičně zahrnují úpravu obou fází. Zvětšující se důraz na liberalizaci investic lze považovat za obecný trend, který následují i jiné země.⁵⁵⁷ Nová pravomoc by tak měla EU umožnit uzavírat moderní investiční dohody a zachovat vliv evropských států na formování mezinárodního investičního práva.⁵⁵⁸

S tím souvisí i další potenciální výhoda. Lze předpokládat, že vyjednávací síla EU jako největšího ekonomického bloku bude vyšší než síla jednotlivých členských států, zejména těch menších. EU tak může ve vztahu ke třetím zemím dosáhnout nejen vyjednání příznivějších podmínek, ale může aktivně prosazovat i své širší politické cíle a hodnoty. Po revizi primárního práva EU je společná obchodní politika pevněji zakotvena do obecného rámce vnější činnosti EU a její provádění má vedle liberalizace a odstraňování překážek přispívat i k dosahování dalších cílů, jako je udržitelný rozvoj. Provádění investiční politiky na úrovni EU by mělo usnadnit prosazování těchto hodnot a rovněž umožnit lepší koordinaci mezi jednotlivými cíli a politikami Unie.⁵⁵⁹ Větší vyjednávací síla může rovněž EU pomoci k prosazování svých představ o tom, jak by měla vypadat ochrana zahraničních investic po materiální i procesní stránce, a napomoci tak k reformě aktuální podoby mezinárodního investičního práva, které v současné době čelí silící kritice.⁵⁶⁰

Za třetí, provádění jednotné investiční politiky by mohlo zlepšit přístup investorů z EU k zahraničním trhům a zejména zajistit investorům ze všech členských států EU rovné podmínky v třetích zemích.⁵⁶¹ Současná situace je charakteristická tím, že investoři z jednotlivých členských států požívají v zahraničí různou úroveň ochrany podle toho, zda jejich domovský stát uzavřel s příslušným hostitelským státem DPOI či nikoli. To často investory vede k vytváření účelových korporátních struktur, které investici nasměrují do cílové země prostřednictvím státu, který svým investorům poskytuje v zahraničí vysokou ochranu.⁵⁶² Rovněž pro třetí země bude patrně atraktivnější variantou uzavřít investiční dohodu, která se bude vztahovat na území celé EU, než sjednávat dohody s každým členským státem zvlášť. Zjednodušení právního rámce a rozšíření ochrany za stejných podmínek na celé území EU může určitým dílem rovněž přispět k větší transparentnosti a v konečném důsledku ke zvýšení atraktivity EU pro zahraniční investice.

Konečně uzavíráním unijních investičních dohod rovněž odpadne mnoho problémů, které se týkají kompatibility existujících DPOI členských států s právem EU.⁵⁶³

V zahrnutí přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky ovšem bývají spatřovány i nevýhody. V počátcích diskusí zaznívala z některých míst obava, že přesunem pravomoci na EU dojde ke snížení demokratické legitimacy politiky v oblasti zahraničních investic a k rozmělnění odpovědnosti za její provádění vůči voličům. Tyto obavy se ovšem zatím nepotvrdily. V době, kdy byly DPOI ještě uzavírány členskými státy, se jednalo vesměs

⁵⁵⁷ Srov. např. *Dimopoulos, A.* Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Factor in the Field of Foreign Investment. *The Journal of World Investment & Trade*. 2010, 11(1), s. 5-27.

⁵⁵⁸ European Parliament, Directorate-General for External Policies of The Union. *The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty*. EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot7/07-08-09, October 2010, (Author: *S. Woolcock*), s. 13-14.

⁵⁵⁹ Např. *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 343, *Woolcock*, pozn. 558, s. 13-14.

⁵⁶⁰ *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 346, *Woolcock*, pozn. 558, s. 14.

⁵⁶¹ Sdělení Komise, pozn. 556, s. 4; *Woolcock*, pozn. 558, s. 14; *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 343.

⁵⁶² *Bungenberg*, pozn. 555, s. 149.

⁵⁶³ *Ceyssens*, pozn. 535, s. 270.

o „technickou“ proceduru, zpravidla založenou na vzorových textech, jejichž podoba se po desetiletí nijak zásadně nezměnila. Jak bude podrobně rozebráno níže, první roky formování investiční politiky EU provázejí velmi živé diskuse ohledně její budoucí podoby a zaměření, v nichž hraje zásadní roli právě Parlament, který se nezdráhá otevírat ani fundamentální otázky ochrany investic podle budoucích unijních dohod. Někteří autoři právě v souvislosti s posílenou rolí Parlamentu v rámci společné obchodní politiky vyslovili obavu z přílišné „politizace“ investiční politiky EU,⁵⁶⁴ která může ve výsledku vést ke snížení ochrany investorů z členských států EU v třetích zemích ve srovnání s vysokými standardy ochrany podle existujících DPOI členských států.⁵⁶⁵ Uvědomíme-li si ovšem potenciálně zásadní důsledky uzavírání DPOI pro hostitelské státy, větší a skutečnou kontrolu ze strany zastupitelských orgánů lze těžko považovat za nevýhodu; naopak z hlediska legitimacy investiční politiky EU je nutno takovou kontrolu uvítat.

Jako reálná se ovšem může ukázat obava z nedostatku flexibility na straně EU, způsobeném zdoluhavými rozhodovacími a schvalovacími mechanismy, navíc ve spojení se skutečností, že ani nová pravomoc zřejmě Unii neumožňuje uzavírat investiční smlouvy s třetími zeměmi samostatně bez účasti členských států (k tomu viz dále).⁵⁶⁶ Lze podotknout, že za více než pět let od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost EU zatím nevstoupila v platnost ani jedna unijní dohoda týkající se ochrany zahraničních investic (byť několik dohod je v procesu jednání – viz blíže část 3.6.4). Tento stav je ovšem nutno připsat především skutečnosti, že investiční politika EU je teprve v procesu svého formování a její vývoj bude dle očekávání zpočátku, než dojde ke sladění postojů jednotlivých orgánů EU a členských států, jen pozvolněji.

Konečně nelze zapomínat i na mnoho právních komplikací, které jsou s přesunem výlučné vnější pravomoci na EU spojeny. Ty se týkají jednak nejednoznačného rozsahu nové pravomoci, která je z velké části důsledkem poněkud nešťastného výslovného omezení na přímé investice, dále otázky přechodného režimu pro existující DPOI členských států a potenciálně značné době jeho trvání, jakož i složité teoretické a praktické otázky spojené s rozdělením mezinárodní odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod mezi Unii a členské státy, a s vedením investičních sporů. Těmto otázkám bude věnována pozornost v dalších částech této kapitoly.

Ačkoli zahrnutí přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky skýtá potenciál ke zlepšení stavu existujícího před Lisabonskou smlouvou, zřejmě není nutné zdůrazňovat, že jen přesun pravomoci sám o sobě žádné zlepšení nepřinese, a že výsledný efekt bude záviset především na tom, jakým způsobem bude s touto pravomocí ze strany EU naloženo.

3.4.2 Rozsah pravomoci Unie – přímé zahraniční investice a jiné formy investic

(i.) Přímé zahraniční investice – pojem a odlišení od jiných forem investic

Podle článku 207(1) SFEU se společná obchodní politika zakládá na společných zásadách, pokud jde o *přímé* zahraniční investice. Podobně článek 206 SFEU hovoří o odstraňování omezení mezinárodního obchodu a *přímých* zahraničních investic. Důležitost výkladu pojmu „přímé investice“ je v tomto případě evidentní – jiné formy investic, než jsou investice přímé,

⁵⁶⁴ Bungenberg, pozn. 555, s. 128.

⁵⁶⁵ Lavranos, N. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? Hague Yearbook of International Law. 2012, Vol. 24, s. 281-311.

⁵⁶⁶ Srov. Dimopoulos, pozn. 495, s. 344.

nespadají pod společnou obchodní politiku a nebude se na ně vztahovat vnější pravomoc Unie podle článku 207(1) SFEU.

Problematicke přímých investic v rámci právní úpravy vnitřního trhu již byla částečně věnována pozornost v rámci výkladu o základních svobodách v části 2.2. Pojem přímých investic se kromě článku 207 SFEU objevuje i v článku 64 SFEU v rámci kapitoly o volném pohybu kapitálu, nicméně tento pojem jako takový není nikde ve SFEU definován. Jeho obsahové vymezení pro účely práva EU ovšem lze nalézt v sekundární legislativě. SDEU ve své judikatuře pro účely výkladu pohybu kapitálu konstantně vychází z klasifikace, která je obsažena v příloze dnes již jinak obsoletní směrnice č. 88/361/EHS. Tato klasifikace zahrnuje mj. i podrobné vymezení přímých investic, které je použitelné pro účely úpravy vnitřního trhu. Směrnice mezi přímé investice zařazuje (a) zakládání a rozšiřování poboček nebo nových podniků patřících pouze osobě, která poskytla kapitál, a kupování plné účasti v již existujících podnicích; (b) účast v nových nebo stávajících podnicích s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobé hospodářské vztahy; (c) dlouhodobé půjčování finančních prostředků s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobé hospodářské vztahy; a (d) zpětné investování zisků s cílem udržet dlouhodobé hospodářské vztahy. Vysvětlivky ke klasifikaci pohybů kapitálu (příloha I směrnice) pak blíže vymezují znaky přímých investic:

Investice všeho druhu realizované fyzickými osobami nebo obchodními, průmyslovými nebo finančními podniky, které slouží k vytváření nebo udržování dlouhodobých a 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.

Dále, pokud se jedná o účast na podnicích s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobé hospodářské vztahy, směrnice vysvětluje, že

O účast na přímé investici jde tam, kde balík akcií vlastněných fyzickou osobou, jiným podnikem nebo jiným majitelem umožňuje akcionáři, aby se efektivně podílel na správě společnosti nebo její kontrole, a to buď podle vnitrostátních právních předpisů vztahujících se na akciové společnosti, nebo jiným způsobem.

Výše uvedená definice je konzistentní s obecně akceptovanými definicemi používanými na mezinárodní úrovni, například v dokumentech OECD⁵⁶⁷ nebo Mezinárodního měnového fondu.⁵⁶⁸ Zásadnější rozdíl spočívá pouze v tom, že právo EU mezi přímé investice zahrnuje i dlouhodobé půjčky. Podstata nicméně spočívá v tom, že pod přímými investicemi se rozumí účast na podnicích, přičemž odlišujícími znaky přímé investice jsou dlouhodobost a zároveň určitý stupeň kontroly investora nad podnikem.⁵⁶⁹ V mezinárodním kontextu je pro tyto účely účast na podniku chápána širěji než jen držení podílu či akcií ve společnostech.⁵⁷⁰ Za přímé investice tak bývá považován i nemovitý majetek ve vlastnictví nerezidentů, dále některé dlouhodobé projekty ve výstavbě a výjimečně, za splnění určitých podmínek, i majetek movitý.⁵⁷¹ Byť směrnice, patrně i s ohledem na svůj poněkud odlišný účel, tyto formy investic mezi přímé investice výslovně nezařazuje, a třeba nabývání a pozbývání nemovitého majetku považuje za separátní kategorii pohybu kapitálu, pojem přímých investic bude pro účely článku 207(1) SFEU, který se týká vnějších pravomocí Unie, nejspíš nutno vykládat široce v souladu

⁵⁶⁷ OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition, 2008, s. 17 (odst. 11).

⁵⁶⁸ International Monetary Fund, Balance of Payments Manual, Sixth Edition, 2013, s. 100 (bod 6.8).

⁵⁶⁹ Podle mezinárodních standardů se má existence přímé investice za prokázanou, pokud podíl investora na hlasovacích právech v podniku přesahuje 10 %.

⁵⁷⁰ K širšímu pojetí přímých investic v mezinárodním právu srov. *Sornarajah, M.* The International Law on Foreign Investment. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 8.

⁵⁷¹ Ke kritériím zahrnutí těchto forem investic pod přímé zahraniční investice pro statistické účely srov. OECD Benchmark Definition, pozn. 567, s. 103-107 a IMF Manual, pozn. 568, s. 54-56 a 105.

s existující mezinárodní praxí (jak plyne z judikatury SDEU v oblasti společné obchodní politiky).

Jako protipól přímých investic bývají uváděny investice portfoliové, které investorovi nezabezpečují kontrolu nad podnikem a zpravidla mají formu krátkodobých pohybů kapitálu. Mezi portfoliové investice bývají řazeny investiční nástroje, které slouží ke zvyšování kapitálu podniků, jako jsou minoritní podíly ve společnostech (které mohou být volně obchodovatelné na kapitálových trzích), dluhopisy či směnky.

Obecné chápání pojmů přímých a portfoliových investic lze v právu EU i v mezinárodním právu považovat za dostatečně jasné a ustálené. Limitace společné obchodní politiky pouze na přímé investice má pro politiku Unie v oblasti zahraničních investic závažné důsledky. V mezinárodní smluvní i arbitrážní praxi je zjevná tendence k poskytování ochrany širokému spektru investic. Definice investic v DPOI uzavíraných členskými státy EU se zpravidla vztahují na jakoukoli majetkovou hodnotu (*any kind of assets*), přičemž demonstrativní výčet zahrnuje vedle investic přímých i investice portfoliové. Rovněž arbitrážní tribunály zřízené podle Úmluvy ICSID, která dle převažujícího výkladu obsahuje vlastní, autonomní pojetí investic pro jurisdikční účely, byly ochotny za investice uznat i takové nástroje, jako jsou úvěry⁵⁷² či směnky.⁵⁷³ Z tohoto pohledu nedává rozšíření společné obchodní politiky pouze o přímé investice příliš velký smysl, neboť článek 207(1) SFEU ve stávajícím znění neumožňuje Unii uzavírat investiční dohody, které by odpovídaly standardní mezinárodní praxi. Důvody, proč byla v rámci přípravy Ústavní smlouvy pouze pravomoc pro přímé zahraniční investice, zůstávají vzhledem k mlčení přípravných materiálů (*travaux préparatoires*) nejasné. Tuto skutečnost lze nejspíš vysvětlit v kontextu příprav na jednání o nové investiční dohodě na půdě WTO, které probíhaly paralelně s přípravnými pracemi na textu Smlouvy o Ústavě pro Evropu. Rozšiřování společné obchodní politiky bylo v této době vedeno především snahou vybavit Unii vnější pravomocí pokrývající agendu WTO. Důvod stávající formulace článku 206 a 207 SFEU tak lze nejspíš spatřovat v tom, že investiční dohoda WTO se dle původních záměrů měla vztahovat pouze na investice přímé, přičemž Společenství bylo zastáncem této myšlenky (viz úvod této kapitoly).

Jelikož uzavírání investičních dohod, které by se vztahovaly pouze na přímé zahraniční investice, není z pohledu standardní mezinárodní praxe optimálním řešením, velká část autorů svou analýzu k tomuto bodu uzavírá konstatováním, že budoucí investiční dohody EU, pokud se mají vztahovat i na investice portfoliové, budou muset být z důvodu omezené vnější pravomoci uzavírány jako smlouvy smíšené.⁵⁷⁴ Jak ovšem bylo podrobně rozebráno výše, vnější pravomoc Unie se nemusí zakládat pouze na výslovném zmocnění v Zakládajících smlouvách, ale může implicitně vyplývat i z pravomocí vnitřních. Pokud by měla Unie ve vztahu k jiným formám investic, než jsou investice přímé, implicitní vnější pravomoc, mohla

⁵⁷² Např. *Československá obchodní banka v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999.

⁵⁷³ Např. *Fedax v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

⁵⁷⁴ Např. *Ceyssens*, pozn. 535; *Bungenberg*, pozn. 555; *Burgstaller*, M. Vertical Allocation of Competences for Investment Treaties in the European Union. In: Nakagawa, J. (ed.). *Multilateralism and Regionalism in Global Economic Governance: Trade, Investment and Finance*. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2011, s. 125-138; *Tietje, Ch.* Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon. In: *Tietje, Ch., Kraft, G.* (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2009, Heft 83; *Johanssen*, pozn. 426; *Shan, W., Zhang, S.* The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. *European Journal of International Law*. 2011, 21(4), s. 1049-1073; *Bischoff, J.* Just a Little Bit of "Mixity"? The EU's Role in the Field of International Investment Protection Law. *Common Market Law Review*. 2011, 48(5), s. 1527-1570; *Chaisse, J.* Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment - How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime? *Journal of International Economic Law*. 2012. 15(1), s. 51-84.

by teoreticky uzavírat investiční dohody samostatně, bez účasti členských států. Tento názor zastává například Komise, která tvrdí, že na základě ustanovení SFEU o volném pohybu kapitálu náleží Unii v oblasti portfoliových investic implicitní výlučná vnější pravomoc.⁵⁷⁵ Ačkoli tento názor Komise nenašel v literatuře žádnou podporu, někteří autoři dovozují, že Unie má v oblasti portfoliových investic implicitní nevýlučnou (sdílenou) pravomoc.⁵⁷⁶ Tato otázka proto vyžaduje podrobnější analýzu.

Věc se dále komplikuje tím, že i zdánlivá dichotomie přímých a portfoliových investic, která téměř zcela ovládla debaty ohledně nové vnější pravomoci, je poněkud zavádějící. Standardní DPOI se totiž vztahují i na ochranu takových forem investic, které nelze považovat ani za přímé, ani za portfoliové investice ve výše rozebíraném smyslu.⁵⁷⁷ Jedná se například o hmotný majetek, který nebude splňovat kritéria pro zahrnutí do přímých investic, o nehmotný majetek ve formě práv duševního vlastnictví,⁵⁷⁸ dále o peněžité pohledávky a jiné nároky ze smluv⁵⁷⁹ a rovněž práva udělená podle zákona, zahrnující správní povolení a licence.⁵⁸⁰ Zatímco investice do některých z těchto práv budou zpravidla odpovídat pohybům kapitálu ve smyslu článku 63 SFEU (například investice do hmotného a nehmotného majetku nebo práva duševního vlastnictví) a z pohledu možné implicitní vnější pravomoci pro ně budou platit stejné úvahy jako pro investice portfoliové, investice ve formě nároků vyplývajících ze smluv či investice ve formě úředních povolení či licencí za pohyby kapitálu v uvedeném smyslu považovat nelze. Proto ve vztahu k těmto formám investic vůbec nelze uvažovat ani o existenci implicitních pravomocí založených na ustanoveních kapitoly SFEU o volném pohybu kapitálu.

(ii.) *Implicitní vnější pravomoc pro portfoliové investice?*

Obecný exkurz k implicitním vnějším pravomocem Unie byl podán v části 3.2.2. Nyní lze tento teoretický koncept aplikovat na vnější pravomoc Unie ve vztahu k těm formám investic, které nespádají pod pojem přímých investic, a na něž se tedy nevztahuje vnější pravomoc Unie podle článku 207 SFEU, které nicméně lze považovat za investice ve smyslu ustanovení o volném pohybu kapitálu. Pro zjednodušení budeme všechny tyto investice dále označovat jako investice portfoliové, byť lze jejich okruh ve skutečnosti považovat za širší.

⁵⁷⁵ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti se soudy pro urovnávání sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie smluvní stranou. COM(2012) 335 final, 21. června 2012. Důvodová zpráva, s. 3.

⁵⁷⁶ *Hindelang, S., Maydell, N.* The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots. In: Bungenberg, M., Griebel, J. (eds.). *International Investment Law and EU law*. Heidelberg: Springer, 2011, s. 12 a násl.; *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 104-105.

⁵⁷⁷ K pojetí portfoliových investic pro statistické účely viz např. IMF Manual, pozn. 568, s. 110.

⁵⁷⁸ Ochrana investic ve formě práv duševního vlastnictví je standardní součástí většiny moderních DPOI.

⁵⁷⁹ DPOI tuto formu investic většinou uvádějí jako *peněžní pohledávky a nároky na jakékoli plnění ze smlouvy mající ekonomickou hodnotu*. K tomu srov. např. rozhodnutí *Petrobart v. Kyrgyzstan*, Arbitral Award, 29 March 2005, podle Dohody k Energetické chartě. Ochrana smluvních práv investora bude dále posílena v případech, kdy příslušná DPOI obsahuje tzv. *umbrella clause*.

⁵⁸⁰ DPOI uzavírané podle evropského modelu zpravidla v tomto směru zahrnují mezi investice koncese k průzkumu, těžbě, kultivaci nebo využití přírodních zdrojů. Tyto koncese by bylo možno považovat za součást širokého pojetí přímých investic. Obecné zahrnutí jakýchkoli úředních povolení je typické především pro NAFTA a pro investiční dohody uzavírané USA (vzorová DPOI USA z roku 2013 mezi investice zahrnuje „*licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law*“). Obecné zahrnutí úředních povolení mezi formy investic není zcela cizí ani evropskému prostředí. Například Dohoda k Energetické chartě mezi investice zahrnuje jakékoli právo vyplývající ze zákona, smlouvy nebo jakýchkoli licencí a povolení idělených v souladu se zákonem k provozování hospodářské činnosti v oblasti energetiky. Obdobnou formulaci (bez omezení na energetiku) obsahuje většina novějších DPOI uzavíraných Českou republikou.

Analýzu je vhodné začít tím, co o vnější pravomoci Unie v oblasti portfoliových investic říká Komise. Postoj zaujatý ve Sdělení k ucelené evropské investiční politice z roku 2010 se ještě vyznačuje velkou opatrností, když existenci obecné implicitní vnější pravomoci konstruuje spíše v náznacích:

[F]ormulování investiční politiky by mělo být v souladu s kapitolou o kapitálu a platbách Smlouvy (články 63–66 Smlouvy o fungování Evropské unie), která stanoví, že v zásadě jsou zakázána všechna omezení plateb a pohybu kapitálu, i v souvislosti s přímými a portfoliovými investicemi, a to jak mezi členskými státy, tak mezi členskými státy a třetími zeměmi. Uvedená kapitola nestanoví výslovně možnost uzavírat mezinárodní dohody o investicích, včetně portfoliových investic. Avšak co do rozsahu, kterým mezinárodní dohody o investicích spadají do působnosti společných pravidel stanovených kapitolou o kapitálu a platbách Smlouvy, uplatnila by se výlučná pravomoc Unie uzavírat dohody v této oblasti.⁵⁸¹

Zatímco ze sdělení Komise a z jeho citované pasáže nebylo úplně zřejmé, jaká je přesná představa Komise o rozsahu pravomoci Unie v oblasti portfoliových investic, jakékoli pochybnosti byly odstraněny v předkládací zprávě k návrhu nařízení týkajícího se rozdělení finanční odpovědnosti za investiční spory:

Komise zastává názor, že Unie má výlučnou pravomoc uzavírat dohody vztahující se na veškeré záležitosti související se zahraničními investicemi, tj. jak s přímými zahraničními investicemi, tak i s portfoliovými investicemi. Článek 207 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) stanoví výlučnou pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic. Pravomoc Unie v oblasti portfoliových investic vyplývá podle názoru Komise z článku 63 SFEU. Tento článek zakazuje všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi. V čl. 3 odst. 2 SFEU je stanovena výlučná pravomoc Unie, pokud pravidla obsažená v mezinárodní dohodě mohou „ovlivnit společná pravidla či změnit jejich působnost“. Podle názoru Komise musí mít Unie výlučnou pravomoc rovněž v oblasti portfoliových investic, jelikož plánovaná pravidla, která se budou bez rozdílu vztahovat na portfoliové investice, mohou ovlivnit společná pravidla týkající se pohybu kapitálu, jak je stanoveno v článku 63 Smlouvy.⁵⁸²

Z uvedeného je patrné, že podle názoru Komise má Unie na základě článku 63 SFEU implicitní vnější pravomoc k uzavírání investičních dohod pokrývajících veškeré portfoliové investice, přičemž podle Komise má mít tato pravomoc výlučnou povahu. Z citované pasáže je zřejmé, že Komise dovozuje existenci implicitní výlučné pravomoci z existence vnitřních pravidel, která by mohla být dotčena případnou samostatnou akcí členských států, tedy dovozuje implicitní výlučnou pravomoc na základě testu *AETR*. Na základě toho, co bylo řečeno v části 3.2.2 výše, je ovšem takovou konstrukci implicitní výlučné vnější pravomoci nejspíš nutno odmítnout.

Jak bylo v uvedené části podrobně vysvětleno, kritéria pro existenci implicitní výlučné pravomoci uplatňovaná v judikatuře SDEU jsou velmi přísná. Pro vznik výlučné vnější pravomoci typu *AETR* je vyžadováno, aby prakticky celá oblast, jíž se příslušná mezinárodní smlouva dotýká, byla pokryta vnitřními pravidly. Přitom je nutno zkoumat i způsob a rozsah, jakým se zamýšlená smlouva může těchto pravidel dotknout. Je pravdou, že některé aspekty portfoliových investic jsou na úrovni EU pokryty sekundární legislativou, kterou byl právní rámec portfoliových investic do značné míry harmonizován – lze zmínit především směrnici o přijetí cenných papírů ke kotování na burze cenných papírů,⁵⁸³ dále směrnice týkající se

⁵⁸¹ Sdělení Komise, pozn. 134, s. 8.

⁵⁸² Návrh nařízení o finanční odpovědnosti, pozn. 575, s. 3.

⁵⁸³ směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/34/ES ze dne 28. května 2001 o přijetí cenných papírů ke kotování na burze cenných papírů a o informacích, které k nim mají být zveřejněny.

subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (UCITS)⁵⁸⁴ a směrnice o správcích alternativních investičních fondů (AIFMD)⁵⁸⁵ nebo směrnici o trzích finančních nástrojů.⁵⁸⁶ Nicméně vzhledem k tomu, jak jsou ve většině DPOI formulovány standardy ochrany investic a z toho vyplývajícího širokého záběru možných opatření, které se mohou týkat portfoliových investic, a dále vzhledem ke zcela odlišnému účelu i metodě regulace DPOI ve srovnání s uvedenou specifickou vnitřní úpravou, nelze dovozovat, že by tato vnitřní úprava zakládala výlučnou vnější pravomoc Unie k uzavírání mezinárodních investičních dohod týkajících se portfoliových investic typu *AETR*.⁵⁸⁷ Jinými slovy, uzavíráním standardních DPOI členskými státy nejsou uvedené předpisy Unie nijak dotčeny.⁵⁸⁸ Pokud by byl pravdou opak, členské státy by pozbyly pravomoc uzavírat DPOI již dávno před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost.

Rovněž v tomto případě nelze konstruovat výlučnou vnější pravomoc typu *Posudku 1/76*, která ve smyslu judikatury SDEU vzniká pouze výjimečně, při naplnění striktního testu nezbytnosti. Ten vyžaduje, aby byl výkon vnitřní pravomoci neoddělitelně spojen (*inextricably linked*) s výkonem pravomoci vnější, tedy aby vnitřní pravomoc mohla být efektivně vykonána pouze uzavřením mezinárodní smlouvy s třetí zemí. To ovšem zjevně není případ vnitřní pravomoci Unie k regulaci portfoliových investic.⁵⁸⁹

Poněkud složitější je ovšem odpověď na otázku, zda z ustanovení SFEU o volném pohybu kapitálu nevyplývá vnější pravomoc nevýlučná, tedy zda Unie nemá v oblasti portfoliových investic implicitní vnější pravomoc *sdílenou*. Jak bylo blíže popsáno v části 3.2.2, samotná podstata implicitních sdílených pravomocí, a zejména kritéria jejich vzniku, provází velké nejasnosti. Lapidárně řečeno, v současném stadiu vývoje práva EU lze sice mít za bezpečně potvrzené, že implicitní sdílené pravomoci skutečně existují, nikdo ovšem přesně neví, jaké jsou předpoklady jejich vzniku.

První okruh významných pochybností se týká toho, zda může implicitní vnější pravomoc vzniknout na základě nějakého volnějšího testu *AETR*, který vznik vnější pravomoci spojuje s existující regulací na vnitřní úrovni. Otázkou je, zda ke vzniku nevýlučné vnější pravomoci tohoto typu může dojít na základě existence alespoň určité míry vnitřní regulace, která sice není dostatečná pro to, aby se tato stala pravomocí výlučnou, nicméně postačuje alespoň ke vzniku pravomoci sdílené. Názory se v literatuře rozcházejí. Bez úmyslu přispívat do těchto takřka scholastických debat lze zde pouze uvést, že tato práce se spíše přiklání k výkladu, podle kterého je test *AETR* testem výlučnosti, a že existence určité vnitřní legislativy nemůže vést ke vzniku širší sdílené vnější pravomoci,⁵⁹⁰ kterému patrně odpovídá i způsob, jakým byly implicitní vnější pravomoci kodifikovány Lisabonskou smlouvou. Zároveň lze souhlasit s tím, že i když Unie nemá výlučnou vnější pravomoc k regulaci veškerých aspektů portfoliových investic, mohou v rámci vnitřní regulace existovat určité užší oblasti, ve kterých byla na vnitřní úrovni dosažena takřka úplná harmonizace (například co se týče určitých aspektů regulace

⁵⁸⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů.

⁵⁸⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU ze dne 8. června 2011 o správcích alternativních investičních fondů.

⁵⁸⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů.

⁵⁸⁷ Srov. *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 105. Srov. též *Eeckhout*, P. *EU External Relations Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011 s. 151.

⁵⁸⁸ Obdobně *Eeckhout*, pozn. 587, s. 151.

⁵⁸⁹ Obdobně *Eeckhout*, pozn. 587, s. 151.

⁵⁹⁰ Viz blíže část 3.2.2.

kapitálových trhů na základě výše uvedených směrnic), a Unie má na základě testu *AETR* výlučnou pravomoc k přijímání odpovídající specifické regulace na úrovni vnější.⁵⁹¹

Podstatně méně spornou je možnost vzniku implicitní sdílené pravomoci na základě *Posudku 1/76*, který nepožaduje, aby v dané oblasti již existovala vnitřní regulace, ale vznik vnější pravomoci spojuje s výkonem pravomoci vnitřní. Lze mít za to, že pouhá existence vnitřní pravomoci sama o sobě není v tomto ohledu dostatečným předpokladem, a že ke vzniku implicitní vnější pravomoci bude nutné splnění nějakého dalšího kvalifikačního kritéria. Otázkou je, jaké by toto kritérium mělo být. Dosavadní vývoj judikatury, jakož i pokus o její kodifikaci Lisabonskou smlouvou, téměř neodvratně vedou k závěru, že v rámci vnější pravomoci tohoto typu by se měly uplatnit dva rozdílné testy „nezbytnosti vnější akce pro dosažení cílů Smlouvy“ ve smyslu *Posudku 1/76*. Přísnější test nezbytnosti se uplatní pro posouzení, zda je vnější pravomoc Unie výlučná. Požadavky na splnění tohoto přísnějšího testu jasně vyplývají z judikatury SDEU, který pro vznik výlučnosti formuloval požadavek neoddělitelného spojení (*inextricable link*) mezi výkonem vnější a vnitřní pravomoci. V žádném rozhodnutí však soud zatím neformuloval kritéria pro onen méně přísný test nezbytnosti, jehož splnění postačí ke vzniku pravomoci sdílené – tato kritéria tak zatím existují pouze v rovině akademických dohadů. Dodnes je poměrně vlivná interpretace Dashwooda a Heliskoskiho. Podle nich je vnější pravomoc implicitně svěřená Unii na základě *Posudku 1/76* doplňkovou neboli pomocnou (*ancillary*) ve vztahu k výslovné pravomoci vnitřní: existence vnější pravomoci bude uznána pouze tehdy, pokud se vnitřní kompetence jeví jako nedostatečnou k optimálnímu dosažení stanoveného cíle.⁵⁹² Nicméně i na tomto společném základu, který se zdá být obecně přijatelný, se přístupy jednotlivých autorů v podstatných ohledech liší. Tato práce nemá ambici přicházet s vlastním originálním výkladem implicitních sdílených pravomocí, proto pro ilustraci nabídne tři možné pohledy na existenci pravomoci Unie v oblasti portfoliových investic, které se objevily v literatuře.

Dimopoulos argumentuje, že v oblasti portfoliových investic má Unie implicitní smíšenou pravomoc. Podle tohoto autora žádný méně přísný test nezbytnosti ve smyslu testu „usnadnění“ není potřebný. Důraz klade na zásadu *effet utile* – pokud se vnější akce jeví jako nutná k dosažení určitého cíle stanoveného SFEU, může se Unie podle potřeby rozhodnout pro vnitřní nebo vnější akci. Implicitní pravomoci jsou v tomto smyslu projevem paralelizmu vnitřních a vnějších pravomocí – existence implicitních pravomocí se řídí stejnými zásadami, které určují rozsah oprávnění Unie přijímat legislativní opatření v určité specifické oblasti na úrovni vnitřní.⁵⁹³ Na tomto základě dovozuje široké implicitní vnější pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic, které jí podle něj ještě před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost umožňovaly samostatně uzavírat standardní investiční dohody. Vnější pravomoc Unie v oblasti portfoliových investic je založena na ustanoveních SFEU o volném pohybu kapitálu. Jelikož Unie má v oblasti pohybu kapitálu široké pravomoci, a jelikož pojem kapitálu ve smyslu těchto ustanovení zahrnuje i portfoliové investice, je Unie podle Dimopoulose v této oblasti nadána i vnější pravomocí.⁵⁹⁴ K tomuto výkladu lze poznamenat, že představuje maximalistickou koncepci implicitních pravomocí, která požadavek nezbytnosti ve smyslu *Posudku 1/76* staví

⁵⁹¹ Dimopoulos, pozn. 495, s. 105.

⁵⁹² Dashwood, A., Heliskoski, J. The Classic Authorities Revisited. In: Dashwood, A., Hillion, Ch. (eds.). The General Law of E.C. External Relations. London: Sweet & Maxwell, 1997, s. 3-19.

⁵⁹³ Dimopoulos, pozn. 495. Alespoň v tomto smyslu se jeví jeho výklad k implicitním pravomocem na stranách 69-70.

⁵⁹⁴ Dimopoulos, pozn. 495, s. 104-105.

na úroveň politické diskrece orgánů Unie.⁵⁹⁵ Pro takový široký výklad lze ovšem jen těžko hledat oporu v existující judikatuře SDEU.⁵⁹⁶

Existenci implicitní smíšené pravomoci, ačkoli na základě úplně jiného vysvětlení, nabízí Hindelang a Maydell.⁵⁹⁷ Tito autoři jsou zastánci dvojího testu nezbytnosti. Podle nich i méně přísný test nezbytnosti, který je rozhodující pro vznik implicitní sdílené pravomoci, musí být nutně provázán s výkonem pravomoci vnitřní. Zatímco pro existenci implicitní výlučné pravomoci je dle judikatury vyžadováno neoddělitelné spojení mezi výkonem vnější a vnitřní pravomoci, pro existenci implicitní sdílené pravomoci se podle těchto autorů uplatní kritérium usnadnění (*facilitation*). Implicitní sdílená pravomoc podle nich vzniká tehdy, pokud je na základě rozumného zhodnocení vnější akce potřebná pro efektivní výkon vnitřní pravomoci. Na rozdíl od pojetí Dimopoulos je zde chápání implicitní pravomoci užší – kritérium nezbytnosti i ve vztahu k pravomoci sdílené pořád vyžaduje určitou vazbu (buť ne „neoddělitelnou“) na vnitřní pravomoc a na její efektivní výkon. Tento teoretický rámec následně autoři aplikují na pravomoc Unie uzavírat s třetími zeměmi investiční dohody zahrnující portfoliové investice. Zde vycházejí z toho, že DPOI uzavírané členskými státy a právo EU se v značném rozsahu překrývají, přičemž mezi těmito dohodami a právem EU může často docházet k rozporům. V těchto případech musí členské státy řešit dilema, zda porušit právo EU, nebo ustanovení DPOI ve vztahu k investorovi. Obě tyto konstelace negativně ovlivňují efektivitu práva EU – přesněji řečeno, potenciální konflikty negativně ovlivňují efektivitu výkonu vnitřní pravomoci EU v oblastech, které spadají pod působnost jak práva EU, tak i DPOI, například v oblasti státních podpor. Na základě toho autoři dovozují, že výkon vnitřních pravomocí Unie v těchto oblastech bude usnadněn, pokud bude EU uzavírat investiční dohody sama, a to proto, že Unie může uzavírat pouze takové mezinárodní smlouvy, které nejsou v rozporu s právem EU. Uzavírání investičních dohod Unii by tak naplňovalo požadavky testu „usnadnění“, což je podle nich předpokladem pro vznik implicitní sdílené pravomoci.

K výše uvedenému pojetí lze poznamenat, že ačkoli jeho teoretické východisko spočívající v testu usnadnění lze považovat za legitimní, zdůvodnění jeho aplikace na DPOI poněkud pokulhává. Členské státy nemohou uzavírat mezinárodní smlouvy, které jsou v rozporu s právem EU. To, že se aplikace širokých standardů zacházení v konkrétních případech může dostat do rozporu s právem EU, je fakt, který je dán právní povahou obou instrumentů, a na kterém nic nezmění ani skutečnost, zda je DPOI uzavřena členským státem nebo Unii. Jedinou možností, jak se potenciálním konfliktům vyhnout, je zakotvení širokého systému výjimek, což ovšem vzhledem k plošné aplikaci DPOI na jakékoli opatření Unie nelze považovat ani za dosažitelné, ani za účelné, přičemž je rovněž sporné, proč by to mělo zakládat pravomoc Unie, když takové výjimky mohou ve svých smlouvách vyjednat i členské státy. Přijatelnější vysvětlení, které by této konstrukci dávalo smysl, by spočívalo v tom, že Unie může na mezinárodní scéně přebírat závazky, které se příležitostně mohou dostat do rozporu se sekundární legislativou (u primárního práva tato konstrukce samozřejmě neobstojí), zatímco členským státům je tato možnost vzhledem k povinnosti loajální spolupráce zapovězena. Vzhledem k tomu, že za porušení unijní investiční dohody by byla mezinárodně odpovědná Unie, rozhodnutí, zda upřednostnit mezinárodní závazek, nebo aplikaci práva EU, by tak rovněž ležela na ní a nikoli na členských státech, což by jí umožnilo rozhodnout se na základě jejich

⁵⁹⁵ Srov. *Holdgaard*, pozn. 497, s. 59-61.

⁵⁹⁶ Zatímco ve vztahu k portfoliovým investicím lze ještě tento výklad považovat v návaznosti na ustanovení o volném pohybu kapitálu za legitimní, velmi nepřesvědčivě vyznívá Dimopoulosova snaha za každou cenu nalézt vnější pravomoc Unie pro jakýkoli aspekt zahraničních investic implicitně vyplývající z vnitřních pravomocí Unie.

⁵⁹⁷ *Hindelang, Maydell*, pozn. 576.

politických priorit. Zda je ovšem toto adekvátní zdůvodnění existence implicitní vnější pravomoci Unie v oblasti portfoliových investic, zůstává otázkou.

Třetím příkladem možné interpretace je přístup Eeckhouta.⁵⁹⁸ Tento autor je obecně zastáncem širokého výkladu implicitních pravomocí, proto může poněkud paradoxně vyznít jeho závěr, že Unie nemá implicitní vnější pravomoc (tj. ani pravomoc sdílenou) pro regulaci všech aspektů portfoliových investic. Východiskem analýzy musí být podle něj identifikace příslušných pravomocí, které jsou Unii svěřeny v oblasti pohybu kapitálu. Článek 64(2) SFEU zmocňuje Radu a Parlament k přijímání opatření týkajících se pohybu kapitálu do a ze třetích zemí, zahrnujícího přímé investice, včetně investic do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na kapitálové trhy. Ačkoli dle uvedeného autora z doktríny implicitních pravomocí vyplývá, že tato pravomoc může být vykonána i formou uzavírání mezinárodních smluv, rozsah pravomoci podle článku 64(2) SFEU se podle něj nevztahuje na veškeré portfoliové investice. Eeckhout tak patrně vychází z toho, že ačkoli se volný pohyb kapitálu podle článku 63 SFEU v zásadě vztahuje na všechny portfoliové investice, pravomoc Unie (vnitřní i vnější) k přijímání příslušných opatření je omezena pouze na některé formy kapitálu, které jsou uvedeny v článku 64(2) SFEU (jmenovitě na přímé investice, investice do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb a přijetí cenných papírů na kapitálové trhy).⁵⁹⁹ Proto lze podle něj jen obtížně shledávat, na jakém právním základě by Unie měla mít obecnou pravomoc k uzavírání mezinárodních smluv týkajících se portfoliových investic.

Výše uvedený přehled různých konstrukcí implicitní vnější pravomoci Unie pro regulaci portfoliových investic sice situaci zřejmě příliš neobjasňuje, nicméně velmi názorně ilustruje zásadní, byť poměrně neutěšenou skutečnost: v současné fázi vývoje práva EU lze patrně o existenci vnější pravomoci Unie pro portfoliové investice pouze více či méně seriózně spekulovat. Poměrně přesvědčivě lze vyvrátit tvrzení Komise, že Unie v oblasti portfoliových investic disponuje implicitní pravomocí *vylučnou*. I když je možné, že Unie v této oblasti disponuje implicitní vnější pravomocí, která má *sdílenou* povahu, tato pravomoc momentálně stojí na velmi vratkých teoretických základech. Tyto základy mohou být zpevněny jen v případě výrazného posunu doktríny implicitních pravomocí vpřed, přičemž takový posun může přinést jen nové precedenční rozhodnutí SDEU. Je rovněž otázkou, zda by taková implicitní pravomoc zahrnovala veškerá pravidla a opatření, která jsou standardní součástí DPOI, zejména co se týče standardů ochrany v post-investiční fázi, jako je řádné a spravedlivé zacházení či ochrana proti vyvlastnění, nebo závazný mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem (resp. Unii).

(iii.) *Investice v podobě smluvních nároků a veřejnoprávních oprávnění*

Zatímco existence vnější pravomoci Unie pro uzavírání investičních dohod zahrnujících portfoliové investice je problematická, za vyloučenou lze pravděpodobně považovat možnost existence vnější pravomoci pro investice ve formě smluvních nároků či různých licencí a povolení udělených investorům podle veřejného práva. Některé typy smluvních nároků sice mohou být pokryty vnitřními nebo vnějšími pravomocemi Unie pro regulaci oblasti služeb, tyto nicméně zdaleka nepostačují k založení obecné pravomoci Unie k regulaci uvedených forem

⁵⁹⁸ Eeckhout, pozn. 587, s. 149-151.

⁵⁹⁹ Další pravomoci ve věcech pohybů kapitálu jsou Unii svěřeny článkem 66 SFEU, který umožňuje přijímání ochranných opatření v případě vážných poruch fungování hospodářské a měnové Unie a článkem 75 SFEU, který umožňuje přijímání omezujících opatření v rámci boje proti terorizmu. Tyto články se vztahují na jakékoli pohyby kapitálu bez ohledu na jejich formu. Jak ovšem Eeckhout správně uvádí, vzhledem k jejich omezenému účelu tato ustanovení nesvěřují Unii obecnou pravomoc regulovat portfoliové investice, která by zahrnovala například možnost garantovat portfoliovým investicím řádné a spravedlivé zacházení.

investic, které jsou na druhé straně pokryty mnoha existujícími DPOI.⁶⁰⁰ Vzhledem k chybějící pravomoci k úpravě ochrany smluvních nároků je rovněž velmi problematické, zda Unie může do svých investičních dohod zahrnovat doložky typu *umbrella clause*.

Lze tedy konstatovat, že v praktické rovině existují dvě možnosti. Unie může buďto tyto formy investic ve svých investičních dohodách úplně vynechat, nebo budou unijní investiční dohody uzavírané formou smíšených smluv, tj. za současné účasti Unie a členských států.

3.4.3 *Přímé zahraniční investice – pravidla zahrnutá do společné obchodní politiky*

V této části se zaměříme pouze na novou vnější pravomoc Unie pro přímé zahraniční investice v rámci společné obchodní politiky. Klíčovou otázkou je, jaký obsah mohou mít dohody uzavírané Unií na základě této pravomoci, zejména zda Unie bude moci na základě své pravomoci ve věcech společné obchodní politiky uzavírat (ve vztahu k přímým zahraničním investicím) investiční dohody, jejichž obsah bude srovnatelný se standardními DPOI.

(i.) *Východiska analýzy – paralelismus vnitřních a vnějších pravomocí versus dynamické pojmání společné obchodní politiky*

Komise ve Sdělení k ucelené evropské investiční politice,⁶⁰¹ vydaném v roce 2010, představila ambiciózní návrh politiky EU v oblasti zahraničních investic, podle něhož má Unie v budoucnu uzavírat komplexní investiční dohody s třetími zeměmi, které budou integrovat úpravu fáze před vpuštěním na trh (tj. před-investiční fázi), což byla oblast, o jejíž pokrytí se Společenství snažilo již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost, s úpravou post-investiční fáze, což byla předtím tradičně doména DPOI uzavíraných členskými státy. Budoucí unijní investiční dohody by podle Komise měly zahrnovat všechna pravidla a standardy ochrany, které jsou běžnou součástí DPOI uzavíraných členskými státy. Kromě relativních standardů, tedy národního zacházení a nejvyšších výhod, Komise počítá i se zahrnutím absolutních standardů ochrany, jako je řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost, *umbrella clause*, a rovněž s úpravou podmínek vyvlastnění.

Z politického hlediska jednoznačně dává smysl, aby investiční dohody uzavírané Unií obsahovaly celou škálu nástrojů, které jsou v mezinárodní praxi pro takové dohody obvyklé. Zahrnutí všech uvedených nástrojů ochrany investic pod výlučnou vnější pravomoc Unie by ovšem zároveň představovalo zásadní koncepční změnu dosavadního pojmání společné obchodní politiky a vnějších pravomocí EU vůbec. Za prvé, těžištěm společné obchodní politiky byla vždy liberalizace a odstraňování překážek obchodu, nikoli obecná regulace ekonomických aktivit po vpuštění na trh, jakou představují post-investiční standardy ochrany investic. Za druhé, jak bylo demonstrováno v částech 2.2 a 2.3, způsob ani úroveň ochrany investic v rámci EU v současné době nelze zcela srovnávat s ochranou poskytovanou DPOI, ani v rovině hmotněprávní, ani v rovině procesní. Lisabonská smlouva v tomto směru nepřinesla žádnou změnu v podobě posílení postavení investorů na vnitřním trhu či rozšíření vnitřních pravomocí Unie. Pokud bychom akceptovali úplný přesun vnější pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic na Unii, vyvolává to otázku, zda byl Lisabonskou smlouvou zcela opuštěn princip paralelismu, který od vydání *Posudku 1/94* do té doby formoval chápání vnějších pravomocí Unie. Skutečný obsah pravomoci Unie v oblasti přímých zahraničních investic tedy není tak zřejmý, jak by se mohlo na první pohled zdát, a vyžaduje důkladnou analýzu. Při výkladu je nutno vzít v úvahu dva základní faktory: tendence k rozšiřujícímu výklad rozsahu

⁶⁰⁰ Opačný závěr ve vztahu ke smluvním nárokům srov. *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 105-108.

⁶⁰¹ Sdělení Komise, pozn. 556.

společné obchodní politiky v judikatuře SDEU na jedné straně, a logiku paralelizmu, kterou lze považovat za určitou mez tohoto rozšiřujícího pojetí, na straně druhé.

Rozsah pravomoci Unie v oblasti společné obchodní politiky byl ze strany SDEU tradičně vykládán extenzivně. Soud připodobňuje společnou obchodní politiku z hlediska jejího rozsahu k obchodní politice států⁶⁰² a v jeho pojetí je společná obchodní politika vyvíjejícím se a dynamickým konceptem, který je nutno vykládat vždy s přihlédnutím k příslušnému mezinárodnímu kontextu. *Posudek 1/94* sice stanovil mez dalšímu rozšiřování společné obchodní politiky o nové oblasti nad rámec obchodu se zbožím, je ovšem nutno vzít v úvahu a respektovat, že pozdějšími změnami SFEU byly tyto oblasti do článku 207 SFEU výslovně zahrnuty. Ač se tedy „klasické“ judikáty zakládající široké a dynamické pojetí společné obchodní politiky vztahují na obchod se zbožím, není důvod v dnešní době neaplikovat jejich závěry i na nové oblasti výslovně zahrnuté do společné obchodní politiky, včetně přímých zahraničních investic. Vzhledem k tomu, že SFEU blíže nestanoví, jaká opatření či pravidla zahrnuje vnější pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic, bude v tomto ohledu patrně rozhodující především příslušná mezinárodní praxe, která je představována zejména existující sítí DPOI.

Tato práce ovšem vychází z toho, že i extenzivní pojetí společné obchodní politiky má hranici, kterou představuje existence odpovídajících pravomocí na úrovni vnitřní. Lisabonská smlouva sice opustila krkolomný paralelizmus Smlouvy z Nice, nicméně nelze ignorovat, že element paralelizmu v rámci společné obchodní politiky byl zachován i Lisabonskou smlouvou v podobě článku 207(6) SFEU (viz dále). Pro účely určení rozsahu vnější pravomoci Unie je proto nutno analyzovat typickou úpravu dohod o ochraně investic ve světle tohoto ustanovení.

(ii.) *Liberalizace nebo post-investiční ochrana?*

Spíše zřídka se lze setkat s minimalistickým přístupem k interpretaci vnější pravomoci Unie v oblasti přímých zahraničních investic, který tuto pravomoc omezuje pouze na úpravu liberalizace a obchodních aspektů zahraničních investic. Tento přístup akcentuje především obchodní kontext společné obchodní politiky a její účel, kterým je podle článku 206 SFEU *odstraňování omezení* mezinárodního obchodu a přímých zahraničních investic. Pod odstraňováním omezení chápé tato interpretace pouze opatření v před-investiční fázi, zejména opatření upravující možnosti přístupu na trh, nikoli však opatření zaměřená na ochranu investic v post-investiční fázi.⁶⁰³ Podpůrným argumentem pro toto zužující pojetí jsou i historické okolnosti, za kterých byly přímé zahraniční investice zařazeny do úpravy společné obchodní politiky v Ústavní smlouvě. Je zjevné, že v rámci přípravných prací na Smlouvě o Ústavě pro Evropu nebyla s touto otázkou spojena žádná významnější diskuse, což například podle Krajewského naznačuje, že zástupci členských států byli srozuměni s tím, že se nová pravomoc bude vztahovat pouze na obchodní aspekty zahraničních investic.

Nutno říci, že tyto argumenty mají svou váhu. Jak již bylo uvedeno, zahrnutí přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky je nutno vnímat v kontextu paralelních jednání o možnostech mnohostranné úpravy zahraničních investic, které probíhaly na půdě WTO v době, kdy se rodil text Smlouvy o Ústavě pro Evropu. Cílem rozšíření rámce společné obchodní politiky bylo nepochybně především poskytnout Unii mandát k jednání ve všech věcech tvořících agendu WTO. Lze souhlasit s tím, že pokud účelem této změny bylo skutečně

⁶⁰² Opinion 1/75 [1975] ECR 1355.

⁶⁰³ *Krajewski*, pozn. 455, s. 113-114; *Leczykiewicz*, *D. Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade*. German Law Journal. 2005, Vol. 6, s. 1677-1678.

přenést pravomoc k uzavírání komplexních investičních dohod zahrnujících ochranu investic z členských států na Unii, byla by taková změna v Konventu podrobně diskutována, a že zástupci 15 členských států by takovou revoluční změnu, která se mimo jiné dotkla i stovek existujících DPOI, nenechali bez povšimnutí.⁶⁰⁴ Rovněž lze souhlasit s tím, že takové rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy by dávalo smysl i po praktické stránce, neboť EU by v oblasti zahraničních investic získala výslovnou vnější pravomoc k úpravě otázek přístupu na trh, která by byla komplementární s pravomocí členských států v záležitostech post-investiční ochrany.⁶⁰⁵

Tento zužující výklad, ač je opřen o poměrně solidní argumenty, ovšem v existující literatuře představuje jednoznačně okrajový proud a v současné době již nelze očekávat, že by se prosadil. Ať už bylo přesvědčení delegátů při přípravě Smlouvy o Ústavě pro Evropu jakékoli, Lisabonskou smlouvou byla společná obchodní politika výslovně rozšířena o přímé zahraniční investice a není důvod, aby se výklad pravomocí v této oblasti neřídil stejnými principy, jaké SDEU formuloval pro oblast obchodu se zbožím. Pokud soud považuje společnou obchodní politiku za otevřený a dynamický koncept, který nemá být omezen jen na tradiční aspekty mezinárodního obchodu,⁶⁰⁶ obsah nové pravomoci Unie by nejspíš měl být vykládán s přihlédnutím k existující mezinárodní praxi tak, aby Unii umožnil provádět efektivní politiku v oblasti zahraničních investic. Úpravu post-investiční ochrany investic lze v mezinárodní praxi nepochybně považovat za standard. Mnoho autorů též poukazuje na skutečnost, že investoři při svých investičních rozhodnutích nezvažují pouze možnosti přístupu na trh, ale i stabilitu a předvídatelnost právního rámce hostitelského státu. V tomto smyslu je namíště pojem „omezení“ vykládat tak, že zahrnuje nejen přímá omezení přístupu na trh, ale i faktická omezení toku investic spočívající v nepříznivém zacházení ze strany státu v post-investiční fázi.⁶⁰⁷ Takový výklad mj. odpovídá i přístupu judikatury SDEU vztahující se k vnitřnímu trhu, kde soud vykládá koncept „omezení“, ať už se jedná o usazování, či pohyb kapitálu, široce, a příslušná ustanovení zakazující omezení v rámci vnitřního trhu jsou způsobilá postihnout široké spektrum opatření členských států aplikovaných v post-investiční fázi. Zahrnutí post-investiční fáze do společné obchodní politiky tedy dává smysl vzhledem k odlišné povaze zboží a přímých investic, na druhé straně zároveň znamená zásadní rozšíření vnějších pravomocí EU.

Lze tedy shrnout, že pokud má Unie provádět efektivní vnější politiku v oblasti přímých zahraničních investic, nelze ochranu investic v post-investiční fázi z rámce společné obchodní politiky *a priori* vyloučit. Nelze očekávat, že by se SDEU v tomto směru přiklonil k restriktivnímu výkladu na základě argumentů poukazujících na historické okolnosti přípravy textu článků 206 a 207 SFEU v jejich aktuální podobě. Zároveň to ovšem nutně neznamená, že nová pravomoc zahrnuje veškerá typická pravidla post-investiční ochrany podle existujících DPOI, neboť další omezení mohou plynout z jiných ustanovení SFEU.

(iii.) *Článek 207 odst. 6 SFEU – různé interpretace a pravděpodobný význam*

Potenciálně významný limit pro vnější pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic zakládá ustanovení článku 207(6) SFEU, které zní následovně:

⁶⁰⁴ *Krajewski, M.* The Reform of the Common Commercial Policy. In: Biondi, A., Eeckhout, P., Ripley, S. (eds.). EU Law after Lisbon. New York: Oxford University Press, 2012, s. 304.

⁶⁰⁵ *Reinisch, A.* The Division of Powers Between the EU and Its Member States “After Lisbon”. In: Bungenberg, M., Griebel, J., Hindelang, S. (eds.): International Investment Law and EU Law. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2011, s. 51.

⁶⁰⁶ Srov. např. Opinion 1/78, [1979] ECR 2871, odst. 45.

⁶⁰⁷ Např. *Ceyssens*, pozn. 535, s. 277, *Eeckhout*, pozn. 587, s. 64-65.

Výkon pravomocí svěřených tímto článkem v oblasti společné obchodní politiky se nedotýká vymezení pravomocí mezi Uníí a členskými státy a nesmí vést k harmonizaci právních předpisů členských států, jestliže Smlouvy takovou harmonizaci vylučují.

Toto ustanovení představuje modifikovanou obdobu bývalého článku 133(6) SES, které bylo do SES začleněno Smlouvou z Nice. Ačkoli jeho znění je poměrně nejednoznačné, na první pohled se zdá, že zakotvuje určitou formu paralelismu mezi vnitřními a vnějšími pravomocemi Unie, čímž se jeho tvůrci patrně snažili předejít důsledkům určité nerovnováhy, která by mohla vzniknout výslovným zahrnutím, nových obecně a široce vymezených oblastí, do společné obchodní politiky, pro které neexistuje odpovídající paralelní úprava na úrovni vnitřního trhu. Poměrně nešťastná formulace ovšem způsobuje, že o skutečném významu článku 207(6) panují velké pochybnosti a toto ustanovení je v literatuře předmětem různých, často protichůdných výkladů.

Nejdříve je vhodné zmínit interpretaci M. Krajewského, která ovlivnila i několik dalších autorů.⁶⁰⁸ Podle tohoto autora článek 207(6) neomezuje vnější pravomoc Unie, tj. oprávnění sjednávat a uzavírat mezinárodní smlouvy, ale pravomoc vnitřní, tedy oprávnění Unie tyto mezinárodní smlouvy provádět na vnitřní úrovni. Krajewski vychází z toho, že Lisabonskou smlouvou byla společná obchodní politika výslovně a dobrovolně rozšířena o nové oblasti, jimž zjevně zcela neodpovídají pravomoci, kterými Unie disponuje na úrovni vnitřní. V důsledku zavedení takto široké a komplexní společné obchodní politiky, je ovšem nutno zabránit „inverznímu AETR efektu“, tedy situaci, kdy by na základě širokých vnějších pravomocí byly dovozovány nové pravomoci vnitřní.⁶⁰⁹ Uvedený autor nepovažuje za problém, že v důsledku této interpretace by vnější pravomoci Unie mohly existovat bez paralelní pravomoci vnitřní, neboť taková situace je běžná i ve federálních státech, a její praktické aspekty (zejména situace, kdy by Unie měla uzavřít dohodu, kterou nemůže na vnitřní úrovni sama provádět) lze vyřešit na bázi zásady loajální spolupráce. Na základě této interpretace by tedy bylo možné formulovat širokou pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic, zahrnující nejen liberalizaci v před-investiční fázi, ale i opatření směřující k ochraně investic v post-investiční fázi, jako řádné a spravedlivé zacházení či ochranu proti vyvlastnění. Tyto dohody by zůstaly článkem 207(6) nedotčeny, neboť tento typ mezinárodních smluv nevyžaduje provedení interní legislativou. Nastíněný výklad článku 207(6) lze i přes jeho racionální jádro ovšem považovat za menšinový a tato práce jej nesdílí.⁶¹⁰

Jiný výklad, který se jeví být přijatelnějším, zasazuje článek 207(6) SFEU do kontextu paralelismu. Druhá část věty uvedeného ustanovení se v tomto ohledu zdá být jasnější. Pokud SFEU v některých specifických oblastech výslovně zakazuje harmonizaci, takový zákaz nemůže být obcházen uzavíráním smluv s třetími státy v rámci společné obchodní politiky, které budou vzhledem k závaznosti mezinárodních smluv uzavíraných Uníí pro členské státy *de facto* ústit do harmonizace jejich právních předpisů.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Krajewski, pozn. 33, s. 116-117.

⁶⁰⁹ Pojem „inverzního AETR efektu“ používá v souvislosti s článkem 207(6) více autorů, ovšem každý jej zřejmě chápe trochu jinak. Zatímco Krajewski jej používá v uvedeném smyslu, Cremona poukazuje na to, že zatímco vnější pravomoc ve věcech společné obchodní politiky je výlučná, pravomoc ve věcech vnitřního trhu je sdílená – výkon pravomocí ve věcech společné obchodní politiky pak nemůže implikovat výlučnou povahu ve vztahu k vnitřnímu opatření ve stejné oblasti. Srov. Cremona, M. A Constitutional Basis for Effective External Action? An Assessment of the Provisions on EU External Action in the Constitutional Treaty. EUI Working Paper LAW No. 2006/30. 2006, s. 32.

⁶¹⁰ Kritika uvedeného přístupu srov. Dimopoulos, A. The Common Commercial Policy After Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal And External Economic Relations? Croatian Yearbook of European Law and Policy. 2008, Vol. 4., s. 118-119.

⁶¹¹ Ceyssens, pozn. 535, s. 279.

První část věty by pak měla být vykládána jako obecnější vyjádření zásady paralelizmu – výkon vnějších pravomocí nesmí přesáhnout rámec, který je stanoven pro odpovídající úpravu na úrovni vnitřní.⁶¹² Otázkou je, zda to znamená, že Unie může uzavřít mezinárodní smlouvu pouze tehdy, pokud odpovídající či alespoň obdobná pravidla skutečně existují i na vnitřní úrovni. Tak to patrně vidí J. Ceysens, který správně konstatuje, že na úrovni vnitřního trhu neexistuje komplexní úprava, která by byla srovnatelná s obecnými standardy zacházení upravenými v DPOI, jako je ochrana investic proti vyvlastnění či řádné a spravedlivé zacházení. Z toho dovozuje, že vzhledem k omezení vyplývajícím z článku 207(6) SFEU nemá Unie pravomoc uzavírat v rámci společné obchodní politiky mezinárodní dohody, které by zahrnovali tyto standardy post-investiční ochrany investic.⁶¹³

Za nejpřesvědčivější lze ovšem zřejmě považovat takový výklad, který limit podle článku 207(6) SFEU nespojuje s existencí odpovídající vnitřní úpravy, ale pouze s existencí vnitřní pravomoci k jejímu přijetí. Limitem výkonu vnější pravomoci je tedy pouze to, zda odpovídající vnitřní pravomoc Unie existuje, nikoli to, zda byla taková vnitřní pravomoc skutečně vykonána.⁶¹⁴ Vztaženo na specifický kontext ochrany zahraničních investic, není rozhodující, zda pravidla odpovídající standardu řádného a spravedlivého zacházení či ochraně proti vyvlastnění jsou součástí právní úpravy vnitřního trhu, ale to, zda by Unie *mohla* taková pravidla v rámci svých vnitřních pravomocí zavést. Uvedené omezení výslovné vnější pravomoci Unie ve věcech společné obchodní politiky je nutno odlišit od podmínek pro vznik implicitní vnější pravomoci. Existence vnitřních pravidel má význam z pohledu možného vzniku implicitní vnější pravomoci podle testu *AETR*, neměla by ovšem být brána do úvahy při určování rozsahu výslovné pravomoci ve věcech společné obchodní politiky, která byla Lisabonskou smlouvou cíleně rozšířena o nové oblasti, které nejsou zcela pokryty odpovídající vnitřní legislativou.⁶¹⁵ Lze mít za to, že takové pojetí lépe odpovídá principu paralelizmu, aniž by směřovalo podmínky pro vznik implicitní pravomoci s podmínkami pro výkon pravomoci výslovné.

Ani uvedený výklad ovšem není prost pochybností. Mnohem lépe mu totiž odpovídal předchůdce článku 207(6) SFEU, kterým bylo ustanovení prvního pododstavce článku 133(6) SES ve znění smlouvy z Nice. Uvedené ustanovení znělo následovně:

Rada nesmí sjednat dohodu, pokud obsahuje ustanovení překračující vnitřní pravomoci Společenství, zejména pokud zahrnuje harmonizaci právních a správních předpisů členských států v oblasti, v níž tato smlouva takovou harmonizaci vylučuje

Rozdíly oproti aktuálnímu znění mohou při výkladu sehrát určitou roli. První část věty obsahovala mnohem jasnější vyjádření pravidla, že výkon vnější pravomoci nesmí překročit odpovídající pravomoci vnitřní. Dnešní článek 207(6) SFEU obsahuje mnohem méně jednoznačnou formulaci (*výkon pravomocí svěřených tímto článkem v oblasti společné obchodní politiky se nedotýká vymezení pravomocí mezi Unií a členskými státy*). Na první pohled lze spatřovat určité rozdíly i ve vztahu mezi první (obecnou) částí ustanovení a jeho druhou částí, která Unii zapovídá obcházení zákazu vnitřní harmonizace prostřednictvím uzavírání mezinárodních smluv. Zatímco Smlouva z Nice užitím spojky „zejména“ dávala jasně

⁶¹² Ceysens, pozn. 535, s. 280-281; Dimopoulos, pozn. 495, s. 96.

⁶¹³ Ceysens, pozn. 535, s. 281.

⁶¹⁴ Srov. Dimopoulos, pozn. 495, s. 96-97; Wouters, J., Coppens, D., De Meester, B. The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty. In: Griller, S., Ziller, J. (eds.). The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional treaty? 1st ed. New York, NY: SpringerWienNewYork, 2008, s. 173.

⁶¹⁵ V tomto smyslu Wouters, Coppens, De Meester, pozn. 614, s. 173.

najevo, že druhá část ustanovení představuje podkategorii části první, Lisabonská smlouva místo toho používá konjunkci v podobě spojky „a“, což činí význam první části ustanovení ještě méně jasným.

Že výše uvedené formulační rozdíly mohou hrát při interpretaci ustanovení článku 207(6) SFEU roli, naznačují dva posudky generální advokátky Kokott. V prvním posudku, který se týkal vstupu Vietnamu do WTO, podala generální advokátka podrobný výklad tehdejšího článku 133(6) SES, který zcela odpovídal výše nastíněnému pojetí. Uvedené ustanovení podle ní bránilo Společenství samostatně uzavírat takové mezinárodní smlouvy, které zahrnovaly ustanovení překračující jeho vnitřní pravomoci. Jasně přitom odlišila druhou část věty, která představovala pouze příklady obecného zákazu podle části první. Význam článku 133(6) SES podle ní obecně spočíval v tom, že vnější a vnitřní pravomoci Společenství byly postaveny na stejný základ, a toto ustanovení bránilo Společenství přebírat na sebe mezinárodní závazky, které by vzhledem k nedostatečným pravomocem nebylo schopno prosadit na vnitřní úrovni.⁶¹⁶ Tomu odpovídala i její specifická analýza závazků, které by na sebe Společenství vůči Vietnamu přebralo v důsledku přistoupení této země ke GATS. Na základě této specifické analýzy dospěla k závěru, že některé z těchto závazků překračovaly interní pravomoci Společenství, v důsledku čehož Společenství nebylo oprávněno schválit vstup Vietnamu do WTO samostatně, ale pouze společně s členskými státy.⁶¹⁷ V novějším posudku ve věci týkající se ochrany služeb s podmíněným přístupem⁶¹⁸ se ta samá generální advokátka mnohem stručněji (vzhledem k potřebám posuzovaného případu) vyjádřila k významu současného článku 207(6) SFEU. Jak uvedla, toto ustanovení podle ní sice v rámci společné obchodní politiky zakazuje harmonizaci právních předpisů členských států, „jestliže Smlouvy takovou harmonizaci vylučují“. Z toho však podle ní ovšem vyplývá, že ve všech ostatních případech naopak výkon pravomocí Unie v oblasti společné obchodní politiky k harmonizaci právních předpisů vést může.⁶¹⁹ To by naznačovalo, že význam první části věty článku 207(6) SFEU by mohl být jiný, než byl význam první části věty 133(6) SES prvního pododstavce, totiž že princip paralelismu Lisabonské smlouvy je užší a vylučuje vnější pravomoc Unie pouze tam, kde Smlouva výslovně zakazuje vnitřní harmonizaci. Je otázkou, jaký výklad nakonec převládne a jaký je pak skutečný význam první části věty článku 207(6) SFEU. SDEU se totiž v žádném z uvedených případů k výkladu článku 133(6) SES, resp. článku 207(6) SFEU, nevyjádřil.⁶²⁰

Tato práce zastává názor, že článek 207(6) SFEU by měl být vykládán stejně jako ustanovení prvního pododstavce bývalého článku 133(6) SES, bez ohledu na jeho pozměněnou formulaci. Má-li mít první věta příslušného ustanovení SFEU nějaký smysl, nelze vylouku z pravomoci ve věcech společné obchodní politiky omezovat jen na několik oblastí, v nichž je harmonizace výslovně vyloučena, a toto ustanovení je nutno interpretovat širěji. V rámci jakéhokoli opatření Unie ve věcech společné obchodní politiky, včetně mezinárodních dohod týkajících se přímých investic, tedy bude nutné zkoumat, zda obsah příslušné dohody nepřekračuje pravomoci Unie na úrovni vnitřní. Takové zkoumání ovšem může být u dohod zahrnujících ochranu investic dosti složité, neboť ty jsou postaveny na odlišném přístupu, než právní úprava vnitřního trhu.

⁶¹⁶ Case C-13/07, *Commission v. Council*, Opinion of AG Kokott, 26 March 2009, odst. 139-142.

⁶¹⁷ Tamtéž, odst. 144-170.

⁶¹⁸ Case C-137/12, *Commission v. Council*, Opinion of AG Kokott, 27 June 2013.

⁶¹⁹ Tamtéž, odst. 66.

⁶²⁰ Zatímco v případě týkajícím se vyslovení souhlasu s přístupem Vietnamu do WTO Komise svou žalobu stáhla dříve, než soud stačil rozhodnout, v rozsudku ve věci ochrany služeb s podmíněným přístupem (*Komise proti Radě*) se soud článkem 206(7) SFEU nezabýval.

(iv.) *Před-investiční fáze*

Pokud jde o úpravu před-investiční fáze, její zahrnutí do investičních dohod uzavíraných na základě článku 207 SFEU by nemělo vyvolávat kontroverze. Liberalizace přístupu na trh a uvolnění přeshraničních pohybů kapitálu představují jádro právní úpravy vnitřního trhu. Úpravu, která liberalizuje toky investic, obsahují mezinárodní dohody uzavírané Společenstvím již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost, byť v té době ještě na ne zcela jasném právním základě. Odstraňování překážek přímých zahraničních investic je navíc jedním z výslovných cílů společné obchodní politiky podle článku 206 SFEU

(v.) *Post-investiční fáze – relativní standardy ochrany investic*

Jako relativní se označují ty standardy ochrany zahraničních investic, které zahraničním investicím a investorům garantují zacházení, které není méně výhodné, než hostitelský stát poskytuje jiné skupině investic či investorů, které se nacházejí ve srovnatelné situaci. Relativní standardy jsou představovány doložkami nejvyšších výhod a národního zacházení, které ve své podstatě znamenají zákaz diskriminace zahraničních investorů vůči investicím a investorům z jiných zemí, a investicím a investorům domácím. Zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti představuje základní pilíř práva EU. Právní úpravě vnitřního trhu je vlastní zásada národního zacházení, která se uplatní v před-investiční i v post-investiční fázi (srov. např. článek 49 SFEU v rámci kapitoly o usazování), a z níž jsou povoleny jen úzké výjimky, které jsou navíc ze strany SDEU vykládány velmi restriktivně. Poněkud složitější je otázka, zda se na úrovni vnitřního trhu uplatňuje i zákaz diskriminace odpovídající doložce nejvyšších výhod.⁶²¹ Na základě článku 207(6) SFEU ovšem nelze dovozovat, že by musel být zákaz diskriminace ve vnějších vztazích formulován identicky jako na úrovni vnitřní. V mezinárodních ekonomických vztazích zákaz diskriminace standardně zahrnuje i doložku nejvyšších výhod a Unii nic nebrání v tom, aby tuto doložku (společně s doložkou národního zacházení) zahrnovala do svých investičních dohod s třetími zeměmi.

(vi.) *Post-investiční fáze – absolutní standardy ochrany investic*

Problematictější se jeví absolutní standardy ochrany investic, které představují tradiční součást DPOI: řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost a ochrana proti vyvlastnění. Na rozdíl od relativních standardů tato pravidla požadují, aby mělo zacházení se zahraničními investory ze strany hostitelského státu určitou minimální kvalitu, bez ohledu na to, jaké zacházení je poskytováno jiným investorům ve srovnatelných situacích. U prvních dvou standardů (zejména řádného a spravedlivého zacházení) činí potíže zejména jejich obecnost a vágnost. Výsledkem je jednak plošná aplikace těchto standardů na jakoukoli oblast státní regulace, a zároveň jejich neurčitý a poněkud nepředvídatelný obsah, který závisí především na jejich výkladu ze strany arbitrážních tribunálů v rámci řešení konkrétních sporů. Podobně lze charakterizovat pravidla DPOI vztahující se na různé formy nepřímého vyvlastnění, jak se tyto formy postupně krystalizují v judikatuře arbitrážních tribunálů, jejichž znakem není přímé odnětí majetku nebo omezení výkonu vlastnického práva, ale spíše faktická ztráta majetkové hodnoty investice v důsledku zásahu ze strany státu. Samostatným problémem je pak úprava vyvlastnění přímého, která potenciálně naráží na obecnou výlukou z pravomocí Unie podle článku 345 SFEU (k tomu viz samostatný rozbor dále).

⁶²¹ Z judikatury SDEU k problematice dvoustranných dohod o zamezení dvojího zdanění plyne, že minimálně v oblasti přímých daní se na vnitřním trhu zásada nejvyšších výhod neuplatňuje (resp. se neuplatňuje absolutně). Srov. blíže části 2.2.4 a 5.4.1.

Existence a aplikace pravidel vyznačujících se podobnou mírou obecnosti není právu EU cizí. V části 2.2.5 byly podrobněji rozebrány některé obecné zásady práva EU, které SDEU extrahoval z právních řádů členských států. Některé z těchto zásad se v určitých ohledech překrývají s obecnými standardy ochrany investic podle mezinárodních dohod. Lze ovšem argumentovat, že samotná existence těchto obecných zásad nepostačuje ke splnění podmínek článku 207(6) SFEU, a to ze dvou důvodů. Za prvé, i přes určité společné znaky nelze říci, že by se standardy ochrany investic, jako je řádné a spravedlivé zacházení, ve stejné podobě uplatňovaly i v rámci vnitřní úpravy EU. Možný obsah standardu řádného a spravedlivého zacházení se neomezuje na ochranu legitimních očekávání, proporcionalitu, či právo na soudní ochranu ve smyslu práva EU. Rovněž lze mít za to, že například ochrana vlastnictví, která představuje jedno ze základních práv kodifikovaných v Listině základních práv EU, je v právu EU vykládána restriktivněji, než jak je vykládáno vyvlastnění v rozhodovací praxi investičních tribunálů. Za druhé, obecné zásady práva EU se aplikují především na opatření orgánů Unie. Na opatření členských států se aplikují jen v omezené míře, a to v rozsahu, v jakém opatření členského státu spadají pod rámec působnosti práva EU. Ačkoli je tento rozsah ze strany SDEU vykládán poměrně extenzivně, obecné zásady práva EU se neaplikují na jakékoli opatření členského státu, které má nebo může mít nějaký účinek na ekonomické subjekty, což je na druhé straně charakteristické pro standardy ochrany investic podle DPOI.

Jako rozhodující se ovšem jeví argument, který uvádí Dimopoulos: i když tyto standardy ochrany investic aktuálně nejsou součástí práva EU, neznamená to, že Unie nemůže takové minimální standardy zacházení na vnitřní úrovni přijmout ve formě sekundární legislativy.⁶²² Tento argument se jeví jako správné uchopení ustanovení článku 207(6) SFEU, nicméně je potřeba jej ověřit ze dvou hledisek.

Za prvé, je otázkou, zda zavedením obecných standardů zacházení v post-investiční fázi formou uzavření mezinárodní dohody Unií nedojde k harmonizaci předpisů členských států, ve kterých Zakládající smlouvy harmonizaci vylučují. Harmonizace je výslovně zakázána v oblastech zaměstnanosti,⁶²³ sociální politiky,⁶²⁴ vzdělávání,⁶²⁵ kultury⁶²⁶ a veřejného zdraví.⁶²⁷ Je faktem, že standardy ochrany investic, jako je řádné a spravedlivé zacházení, se budou vztahovat i na investice v oblasti zdravotnictví, kultury či vzdělávání. Tietje a kol. například vyslovují obavu, že by tímto způsobem fakticky mohl být obcházen zákaz harmonizace, neboť členské státy mohou být důsledkem aplikace standardů ochrany investic podle unijních dohod nuceny změnit svou legislativu v uvedených oblastech.⁶²⁸ Byť tento argument má svou váhu, lze mít za to, že zákaz harmonizace by neměl být vykládán až tak široce. DPOI obsahují pouze obecné standardy zacházení, které, ač se mohou ve výsledku dotknout i těchto specifických oblastí, a z jejichž aplikace mohou vyplývat i velmi konkrétní požadavky na právní úpravu členských států, patrně nelze ztotožňovat s opatřeními harmonizující právní předpisy členských států.⁶²⁹

⁶²² Dimopoulos, pozn. 495, s. 97.

⁶²³ Článek 149 SFEU.

⁶²⁴ Článek 153(2)(a) SFEU.

⁶²⁵ Článek 165(4) SFEU.

⁶²⁶ Článek 167(5) SFEU.

⁶²⁷ Článek 168(4) SFEU.

⁶²⁸ Jako příklad uvádějí rozhodnutí investičního tribunálu týkající se zahraniční investice v jedné z těchto oblastí, který členskému státu uloží vedle povinnosti k zaplacení finanční náhrady rovněž určitou specifickou nepeněžitou povinnost (*primary remedy*). Srov. European Parliament, Directorate-General for External Policies of The Union. Responsibility in Investor-State-Arbitration in the EU: Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by EU's International Investment Agreements. EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot 7/31, December 2012 (Authors: Ch. Tietje, E. Sipiorski a G. Töpfer), s. 16-17.

⁶²⁹ Srov. Dimopoulos, pozn. 495, odst. 97; podobně Bischoff, pozn. 574, s. 1542-1543.

V některých příspěvcích k tématu bylo poněkud nesprávně uvedeno, že harmonizace je vyloučena i v oblasti přímých daní, a to s poukazem na ustanovení článku 114(2) SFEU.⁶³⁰ Harmonizace oblasti přímých daní ovšem vyloučena není. Harmonizační opatření lze v této oblasti přijímat na základě článku 115 SFEU, který vyžaduje jednomyslné hlasování v Radě.⁶³¹ Požadavek jednomyslnosti a tradiční odpor členských států k jakýmkoli významnějším zásahům do jejich daňové suverenity způsobují, že dosažený stupeň harmonizace v této oblasti je minimální.⁶³² Daňové předpisy členských států dále podléhají obecným pravidlům a zásadám vnitřního trhu – relevantními jsou v tomto ohledu zejména zákaz diskriminace, svoboda usazování a volný pohyb kapitálu. Judikatura SDEU je v této oblasti velmi bohatá, ale zároveň velmi kontroverzní. Jak bylo blíže demonstrováno v části 2.2.4, v posledních letech je SDEU, zřejmě i pod vlivem kritiky ze strany části daňových specialistů a tlaku ze strany členských států, zjevně připraven aplikovat na oblast mírnější standard přezkumu, než jaký je obvyklý v jiných oblastech. Důležitost daňové problematiky pro členské státy a zároveň jejich nechuť podrobovat své daňové systémy vnější kontrole dokládá i nové ustanovení článku 65(4) SFEU zavedené Lisabonskou smlouvou. Toto ustanovení umožňuje Radě na základě žádosti některého členského státu přijmout rozhodnutí o tom, že se určitá omezující daňová opatření přijatá tímto členským státem vůči jedné nebo více třetím zemím považují za slučitelná se Zakládajícími smlouvami. Uvedené ustanovení je samozřejmě problematické, neboť svěčuje Radě pravomoc, která by měla náležet výlučně SDEU.⁶³³ Nicméně dobře ilustruje, o jak citlivou problematiku se jedná.

Interakce mezi DPOI a daňovou politikou hostitelských států je vzhledem ke vzrůstajícímu počtu investičních sporů, které se týkají právě opatření hostitelských států v daňové oblasti, v posledních letech předmětem zvýšeného zájmu.⁶³⁴ S ohledem na důležitost daňové politiky pro státy obsahují některé modernější DPOI speciální pravidla či výjimky pro aplikaci těchto dohod na daňovou oblast.⁶³⁵ To ovšem není případ většiny DPOI členských států EU, které se vyznačují širokou a v zásadě bezvýjimečnou ochranou poskytovanou zahraničním investorům. Zavedení obecných a široce vykládaných standardů zacházení, jako je řádné a spravedlivé zacházení, do vztahů mezi členskými státy a jinými vyspělými zeměmi, se kterými EU hodlá v blízké době uzavírat investiční dohody (jako např. Kanada či USA), může klást na daňové systémy členských států nové a ne zcela předvídatelné nároky. Zatímco na vnitřní úrovni se členské státy urputně brání jakýmkoli zásahům do své daňové suverenity, a vyšší míru zdrženlivosti v posledních letech patrně zachovává i SDEU, nové požadavky na daňové systémy členských států ve formě absolutních standardů ochrany zahraničních investic, které se neomezují pouze na odstraňování překážek usazování či volného pohybu kapitálu, tak mohou do práva EU vstoupit „zadním vchodem“ ve formě mezinárodních smluv uzavíraných Unii v rámci výkonu nové pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic.

⁶³⁰ Tietje, pozn. 574, s. 17; Johanssen, pozn. 426, s. 19-20.

⁶³¹ Oblast přímých daní je naopak výslovně vyloučena z harmonizačního ustanovení 114(2), které předpokládá hlasování kvalifikovanou většinou.

⁶³² „Evergreenem“ je zejména návrh na zavedení společného konsolidovaného základu korporátní daně (CCCTB), koncept který Komise poprvé představila již v roce 2001, trvale odmítaný některými členskými státy. Srov. http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm. Srov. též: *Furore over tax evasion opens door to new EU proposal on corporate tax* (<http://www.euractiv.com/specialreport-european-corporate/furore-tax-evasion-opens-door-ne-news-531777>).

⁶³³ Srov. Snell, J. *Free Movement of Capital: Evolution as a Non-Linear Process*. In: *The Evolution of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 553.

⁶³⁴ K problematice mezinárodní ochrany investic ve vztahu k daňové politice srov. blíže např. *Wälde, T., Kolo, A.* Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties. In: Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, Ch. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 305-362.

⁶³⁵ Specifickou úpravu obsahuje NAFTA (článek 2103) a další dvoustranné DPOI, které z ní vycházejí. Ochrana investic podle DPOI založených na modelu NAFTA se na opatření v daňové oblasti vztahuje pouze v rozsahu ochrany proti vyvlastnění (na daňovou oblast se například vůbec neuplatní standard řádného a spravedlivého zacházení). I v případě tvrzeného vyvlastnění může investor zahájit arbitráž pouze tehdy, neshodnou-li se příslušné daňové orgány hostitelského státu a státu investora ve stanovené lhůtě společně na tom, že příslušné opatření nepředstavuje vyvlastnění. Daňové orgány tedy mohou společně uplatnit „daňové veto“ a zabránit arbitráži. Podobnou výjimku obsahuje Dohoda k Energetické Chartě (článek 21). Úplnou výlukou pro oblast daní obsahovala například dnes již zaniklá Investiční dohoda ASEAN z roku 1987.

Vedle otázky možné nepřímé harmonizace je rovněž nutno zodpovědět otázku, zda Unie na vnitřní úrovni disponuje takovými pravomocemi, které by jí umožňovaly přijmout sekundární legislativu zavádějící na vnitřní úrovni obecné standardy post-investiční ochrany, o nichž je zde řeč. Taková analýza je poměrně obtížná, úprava vyznačující se takovou mírou obecnosti jako DPOI není pro prameny sekundárního práva EU, které se vyznačují spíše velkou mírou detailu a zaměřením na určitou konkrétní oblast, typická. Na druhé straně vzhledem k obecnosti zmocňujících ustanovení SFEU a k extenzivnímu přístupu SDEU při jejich výkladu lze dnes jen těžko hovořit o celých oblastech, které by zcela spadaly do výlučné pravomoci členských států.⁶³⁶ Vnitřní pravomoc Unie k přijímání opatření týkajících se investic jsou široké – zakládají se jak na zmocňovacích ustanoveních v příslušných kapitolách (článek 50 SFEU v rámci svobody usazování a článek 64(2) SFEU v rámci volného pohybu kapitálu), tak na obecných harmonizačních ustanoveních článků 224 a 115 SFEU.⁶³⁷ Na základě kombinace těchto ustanovení může Unie nepochybně přijímat právní předpisy, které se týkají zacházení s přímými investicemi v post-investiční fázi.

Na druhé straně ani vnitřní pravomoci Unie ovšem nejsou zcela bezbřehé. Známým precedentem je především případ tzv. tabákové směrnice, ve kterém SDEU odmítl pravomoc EU k přijetí směrnice upravující podmínky reklamy na tabákové výrobky na základě (dnešního) článku 114 SFEU, mj. s následujícím odůvodněním:

... účelem opatření uvedených v článku 100a [dnes článek 114 SFEU] ... je zlepšení podmínek pro vytvoření a fungování vnitřního trhu. Vykládat toto ustanovení tak, že svěřuje komunitární legislativě obecnou pravomoc regulovat vnitřní trh, by bylo v rozporu nejen s výslovným zněním citovaného ustanovení, ale bylo by též inkompatibilní se zásadou vyjádřenou v článku 3b [dnes článek 5 odst. 2 SEU], totiž že pravomoci Společenství jsou omezeny na ty, které jsou mu specificky svěřeny.

Skutečným účelem opatření přijatého na základě článku 100a [dnes článek 114 SFEU] má být zlepšení podmínek pro vytvoření a fungování vnitřního trhu. Pokud by pouze zjištění rozdílu mezi vnitrostátními úpravami a abstraktní riziko omezení výkonu základních svobod nebo narušení soutěže potenciálně z tohoto rozdílu vyplývajícího bylo dostatečné k volbě článku 110a [dnes článek 114 SFEU] jako právního základu, soudní přezkum volby odpovídajícího právního základu by se stal nadbytečným.⁶³⁸

Aniž bychom tuto otázku rozváděli do větších detailů, je patrné, že zavedení obecných standardů post-investiční ochrany, *nota bene* v kombinaci s mechanismem řešení sporů mezi investorem a státem formou investiční arbitráže, by na vnitřní úrovni bylo velmi problematické, neboť riziko, že by výkon svobody usazování či volný pohyb kapitálu v rámci EU mohly být omezovány blíže nekonkretizovaným špatným či nejednotným zacházením ze strany členských států, lze považovat za vysoce abstraktní. To ovšem neznamená, že zavedení takových standardů a mechanismu jejich vynucování nemá smysl ve vztahu k třetím zemím, jejichž

⁶³⁶ Uvedené lze ilustrovat na následující pasáži z literatury, která vysvětluje, proč v rámci přípravných prací na Ústavě pro Evropu nenašla širokou podporu iniciativa německých spolkových zemí, aby Ústava zahrnovala ohraničený katalog pravomocí Unie: „... výlučné pravomoci členských států již nelze popisovat obecným způsobem ve smyslu určitých široce definovaných oblastí politiky či sektorů. Nelze například říct, že členským státům zůstává výlučná pravomoc v oblasti trestního práva a politiky, nebo v oblasti rodinného práva a politiky, neboť to jsou jednoznačně oblasti, s nimiž se protíná mnoho specifických ustanovení a politik EU a ES. Zatímco některé aspekty těchto obecně vymezených oblastí, jako například vězeňská pravidla, nebo národní hmotněprávní úprava rozvodového práva, zjevně spadají do samostatné rozhodovací pravomoci členských států, je čím dále tím více obtížné identifikovat a izolovat oblasti výlučné pravomoci EU nebo členských států, aniž bychom sklouzli na úroveň takového detailu.“ Srov.: De Búrca, G, De Witte, B. The Delimitation of Powers between the EU and its Member States. In: Arnull, A., Wincott, D. (eds.). *Accountability and Legitimacy in the European Union*. New York: Oxford University Press, 2002, s. 207.

⁶³⁷ Je ovšem nutno upozornit, že pravomoc podle článku 64(2) SFEU se týká pouze pohybu kapitálu z nebo do třetích zemí, nikoli pohybů kapitálu mezi členskými státy.

⁶³⁸ Case C-376/98, *Germany v. Parliament and Council* [2000] ECR I-8419, odst. 83 a 84.

právní systémy mohou být zcela odlišné, kde systém soudnictví a veřejné správy může být na úplně jiné úrovni, než jaký existuje v členských státech EU, a kde mohou evropským investorům hrozit úplně jiná rizika, než jakým čelí v jiných členských státech ekonomicky a právně integrované Evropské unie. Vnitřní a vnější pravomoci Unie nelze srovnávat z hlediska jejich cílů ani z hlediska účelu, který mají opatření přijímaná Uní sledovat. Účel opatření společné obchodní politiky nelze hodnotit stejnými měřítky, jako opatření sledující vytváření a fungování vnitřního trhu.

Lze tedy uzavřít, že vzhledem k širokým vnitřním pravomocem Unie v záležitostech týkajících se investic, a vzhledem k tomu, že společná obchodní politika nutně sleduje jiné cíle a vyžaduje jiné nástroje než vytváření a fungování vnitřního trhu, ustanovení článku 207(6) SFEU nevylučuje, aby Unie do svých investičních dohod zahrnovala obecně formulovaná pravidla ochrany přímých zahraničních investic, jako je řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost, a zřejmě i pravidla upravující vyvlastnění, která jsou v mezinárodní praxi standardní. To ovšem neznamená, že pravomoc Unie ohledně některých z těchto pravidel nemůže být vyloučena na základě jiných ustanovení Smlouvy. Týká se to zejména úpravy vyvlastnění ve vztahu k článku 345 SFEU.

(vii.) *Ochrana proti přímému vyvlastnění a článek 345 SFEU*

Otázka, zda může Unie v rámci své výlučné pravomoci ve věcech společné obchodní politiky zahrnovat do investičních dohod pravidla chránící je před vyvlastněním, je velmi kontroverzní. Právní úprava vlastnictví zvykla být považována za oblast, která plně zůstávala v pravomoci členských států. Například při sjednávání Dohody k Energetické chartě byla účast členských států na jejím uzavření považována za nezbytnou mj. z toho důvodu, že tato dohoda zahrnovala post-investiční ochranu ve formě úpravy podmínek pro vyvlastnění.⁶³⁹ Toto přesvědčení má základ především v článku 345 SFEU, které zní následovně

Smlouvy se nijak nedotýkají úpravy vlastnictví uplatňované v členských státech.⁶⁴⁰

Ačkoli na první pohled může znění tohoto ustanovení budít dojem, že jeho význam je jasný, opak je pravdou. Interpretace citovaného článku v judikatuře, literatuře i v institucionální praxi se různí, což se odráží i v diskusích ohledně obsahu vnější pravomoci Unie v oblasti přímých zahraničních investic.

Někteří autoři otevřeně prezentovali názor, že článek 345 SFEU vylučuje úpravu vyvlastnění z pravomoci Unie ve věcech společné obchodní politiky.⁶⁴¹ Jiní zas za použití různé argumentace dovozují, že taková úprava z pravomoci Unie vyloučena není.⁶⁴² Stejný názor zastává i Komise, která hodlá pravidla pro vyvlastnění zahrnovat do nových investičních dohod uzavíraných Uní s třetími zeměmi.⁶⁴³ Než se pokusíme objasnit, zda má toto ustanovení nějaký

⁶³⁹ Dimopoulos, pozn. 495, s. 108.

⁶⁴⁰ Dlužno podotknout, že českému znění tohoto ustanovení přidává na nejasnosti i nepřesný překlad v české verzi SFEU. Anglická verze ustanovení zní následovně: „*The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.*“ Právě skutečností, že se toto ustanovení vztahuje na systém vlastnictví, nikoli na vlastnictví jako takové, je přikládán zásadní význam. České znění naproti tomu hovoří pouze o úpravě vlastnictví.

⁶⁴¹ Např. *Johanssen*, pozn. 426, s. 16; *Bischoff*, pozn. 574, s. 1543-1544.

⁶⁴² Např. *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 108 a násl., *Eeckhout*, pozn. 587, s. 65-66; *Burgstaller*, pozn. 574; nebo *Bungenberg*, pozn. 555, s. 144.

⁶⁴³ Sdělení Komise, pozn. 556, s. 8-9.

vliv na pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic, je nutno učinit několik úvodních poznámek.

Za prvé, je nutno si uvědomit, že vyvlastnění je v judikatuře arbitrážních tribunálů řešících investiční spory chápáno širěji než jen jako přímé odnětí vlastnického práva k majetku. Arbitrážní praxe rozeznává různé formy nepřímého vyvlastnění, které se nedotýkají samotné existence vlastnického práva, nicméně zbavují investici podstatné části její ekonomické hodnoty. Lze se ztotožnit s názorem, že na taková opatření hostitelského státu článek 345 SFEU nedopadá a není tedy vyloučeno, aby se úprava investičních dohod uzavíraných Unií v rámci její výlučné pravomoci vztahovala i na podmínky pro opatření představující v terminologii mezinárodního investičního práva nepřímé vyvlastnění.⁶⁴⁴

Za druhé, ve snaze podpořit svůj závěr o existenci široké pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic, včetně úpravy vyvlastnění, někteří autoři argumentují takovými rozhodnutími SDEU, jako je *Nold*,⁶⁴⁵ *Bosphorus*⁶⁴⁶ nebo *Kadi a Al Barakaat*,⁶⁴⁷ z nichž dovozují, že článek 345 SFEU nevyklučuje z pravomoci EU úpravu podmínek vyvlastnění.⁶⁴⁸ Všechna tato rozhodnutí se ovšem týkala lidskoprávních aspektů opatření přijatých Unií, popřípadě aktů členských států implementujících opatření přijatá orgány EU. Bavíme-li se o vnější pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic, zajímá nás především to, zda může Unie mezinárodní smlouvou stanovit, za jakých podmínek mohou k vyvlastnění přistoupit členské státy EU, a to zejména v situacích, kdy neaplikují právo EU, ale jednájí v rámci svých vlastních pravomocí. Ze stejného důvodu je poněkud zavádějící odkazování na článek 17 Listiny základních práv EU (právo na vlastnictví).⁶⁴⁹ Je nezpochybnitelné, že právo EU klade na orgány Unie, a v některých případech i na členské státy, povinnost respektovat základní práva, včetně ochrany vlastnictví. Nicméně tato povinnost platí jen v mezích působnosti práva EU a na členské státy se vztahuje pouze potud, pokud aplikují právo EU,⁶⁵⁰ eventuálně pokud jednájí v rámci působnosti práva EU (*within the scope of EU law*) (srov. blíže část 2.2.5). Ačkoli je posledně uvedená podmínka ze strany SDEU vykládána široce, neznamená to, že působnost základních práv v rámci práva EU je možné konstruovat jako obecnou povinnost členských států a rozšiřovat ji na případy, kdy členské státy jednájí zcela v rámci svých vlastních pravomocí. EU tedy nemůže členským státům takovou obecnou povinnost ukládat sekundární legislativou, a zároveň bez výslovného zmocnění v Zakládajících smlouvách nemůže uzavírat mezinárodní smlouvy týkající se ochrany lidských práv spojené s mechanismem řešení sporů mezi jednotlivcem a státem.⁶⁵¹ Článek 51(2) Listiny základních práv EU výslovně stanovuje, že Listina nezakládá žádnou novou pravomoc Unie, ani nemění pravomoci a povinnosti stanovené Zakládajícími smlouvami.

Nyní se můžeme vrátit k článku 345 SFEU. Toto ustanovení bývá někdy vykládáno tak, že staví právní úpravu vlastnického práva zcela mimo sféru působnosti práva EU.⁶⁵² Takový ovšem

⁶⁴⁴ *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 110-111; *Bischoff*, pozn. 574, s. 1544.

⁶⁴⁵ Case 4/73, *J Nold KG v Commission* [1974] ECR 491.

⁶⁴⁶ Case C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Minister for Transport, Energy and Communications, Ireland and the Attorney General* [1996] ECR I-3953.

⁶⁴⁷ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-06351 odst. 355.

⁶⁴⁸ Takto argumentuje např. *Burgstaller*, pozn. 574.

⁶⁴⁹ Na ten odkazuje např. *Eeckhout*, pozn. 587, s. 66.

⁶⁵⁰ Článek 51 odst. 1 Listiny základních práv EU.

⁶⁵¹ *Opinion 2/94* [1996] ECR I-1759.

⁶⁵² Přehled různých interpretací článku 345 SFEU srov. *Akkermans, B., Ramaekers, E. Article 345 TFEU (ex. 295 EC), Its Meanings and Interpretations. European Law Journal. 2010, 16(3), s. 292-314.*

význam uvedeného ustanovení zjevně není. Ačkoli judikatura SDEU není v této oblasti příliš bohatá ani výmluvná, je z ní patrná jednoznačná tendence vykládat uvedené ustanovení úzce. V rozsudku *Fearon*, v němž šlo o posouzení irského systému nuceného odkupu půdy státními orgány (tedy v zásadě opatření obdobné vyvlastnění), soud například uvedl, že ačkoli článek 345 SFEU nezpochybňuje právo členských států takový systém povinného odkupu zavést, takový systém nesmí být v rozporu se zákazem diskriminace na základě státní příslušnosti.⁶⁵³ V dalších rozhodnutích, jako například *Konle*, tento závěr zobecnil – ačkoli systém vlastnictví zůstává dle článku 345 SFEU věcí členských států, toto ustanovení nemůže být vykládáno tak, že je systém vlastnictví vyloučen z působnosti základních pravidel SFEU (*fundamental rules of the Treaty*).⁶⁵⁴ V rozsudcích *Golden Shares* pak soud výslovně potvrdil, že článek 345 SFEU nezakládá výjimku z ustanovení o volném pohybu kapitálu.⁶⁵⁵

Z uvedených rozhodnutí tedy vyplývá, že systémy vlastnictví v členských státech nejsou z působnosti SFEU zcela vyňaty, a že volnost členských států je v tomto směru ohraničena základními svobodami vnitřního trhu. Nicméně to ještě samo o sobě neodpovídá na otázku, zda úprava vlastnictví může být předmětem pozitivní integrace, resp. harmonizace právních předpisů členských států. Jako potvrzení takové možnosti bývá citován rozsudek ve věci *Španělsko proti Radě*.⁶⁵⁶ Jelikož jsou v literatuře z tohoto rozhodnutí často vyvozovány dalekosáhlé důsledky, je vhodné stručně uvést, o co v tomto případě šlo. Rozhodnutí se týkalo nařízení, které mělo adresovat situace, kdy výrobce léčivého přípravku chráněného patentem neměl po určitou dobu trvání patentové ochrany možnost uvádět svůj výrobek na trh v důsledku probíhajícího řízení o registraci tohoto výrobku jako léčivého přípravku. Vzhledem k délce registračního řízení pak v mnoha případech doba skutečného trvání patentové ochrany nepostačovala k zajištění návratnosti investic vložených do výzkumu. Nařízení proto zavedlo tzv. dodatkové ochranné osvědčení, které prodlužovalo ochranu podle národního patentu o dobu, po kterou trvalo řízení o registraci. Španělsko žalobou podanou u SDEU, opírajíc se o článek 222 SES (dnešní článek 345 SFEU), žádalo zrušení předmětného nařízení s poukazem na to, že EU neměla pravomoc upravovat hmotné patentové právo, a že harmonizace právních předpisů nesmí vést k vytvoření nového průmyslového práva. Soud návrh Španělska zamítl, když v poněkud zkratkovitém odůvodnění uvedl, že článek 345 SFEU nevyhrazuje členským státům právo upravovat hmotné patentové právo s vyloučením jakékoli činnosti Unie v této oblasti.⁶⁵⁷ O něco sdílnější byl generální advokát Jacobs ve svém posudku. S odkazem na předchozí judikaturu soudu uvedl, že pokud článek 345 SFEU nebrání tomu, aby byly některé předpisy členských států považovány za odporující ustanovením SFEU, nevidí žádný důvod k tomu, aby toto ustanovení bránilo Unii ve výkonu jejích pravomocí.⁶⁵⁸

Z judikatury SDEU tedy vyplývá, že článek 345 SFEU je nutno interpretovat úzce. Soud se nicméně nikdy nezabýval otázkou, jaký je skutečný obsah tohoto ustanovení. Na základě historického výkladu se dovozuje, že článek 345 SFEU se primárně týká problematiky volby veřejné či soukromé formy vlastnictví, zejména ve vztahu k vlastnictví podniků.⁶⁵⁹ Původní verze tohoto ustanovení byla zřejmě do Smlouvy o založení EHS vložena zejména proto, že zakládající členské státy si chtěly ponechat možnost rozhodovat o znárodnování či privatizaci

⁶⁵³ Case 182/83, *Fearon & Co. Ltd v. Irish Land Commission* [1984] ECR 3677.

⁶⁵⁴ Case C-302/97, *Konle* [1999] ECR I-3099, odst. 38. Podobně Case C-452/01, *Margarethe Ospelt v. Schlossle Weissenberg Familienstiftung* [2003] ECR I-9473, odst.

⁶⁵⁵ Např. Case C-367/98, *Commission v. Portugal* [2002] ECR I-4731, odst. 28.

⁶⁵⁶ Case C-350/92, *Spain v Council* [1995] ECR I-1985.

⁶⁵⁷ C-350/92, *Spain v Council*, odst. 18.

⁶⁵⁸ Case C-350/92, *Spain v Council*, Opinion of AG Jacobs, 18 June 1992, odst. 28-29.

⁶⁵⁹ Srov. *Akkermans, Ramaekers*, pozn. 652.

majetku.⁶⁶⁰ Ustanovení článku 345 SFEU tedy vyjadřuje neutralitu Zakládajících smluv, pokud jde o různé formy vlastnictví; jinými slovy SFEU nebrání členským státům přijímat rozhodnutí o znárodnění či naopak o privatizaci majetku. Jak ovšem vyplývá z judikatury SDEU, provádění takových opatření podléhá pravidlům SFEU – taková opatření zejména nesmějí být diskriminační či jinak být v rozporu se základními svobodami vnitřního trhu.

Znamená to tedy, že Unie může uzavírat investiční dohody s třetími zeměmi zahrnující ochranu proti vyvlastnění? Někteří další autoři tvrdí, že ano. Vycházejí z toho, že článek 345 SFEU sice respektuje právo členských států rozhodnout o vyvlastnění, provádění takového rozhodnutí ovšem podléhá ustanovení SFEU. Podobně DPOI nezakazují vyvlastnění jako takové, pouze stanoví podmínky, za jakých je vyvlastnění přípustné. Jelikož tedy pravidla o vyvlastnění v DPOI státům neupírají právo vyvlastnit majetek, ale pouze upravují podmínky výkonu tohoto práva, zahrnutí takových pravidel do investičních smluv uzavíraných ve výlučné pravomoci Unie není v rozporu s článkem 345 SFEU.⁶⁶¹ Takový výklad ovšem tato práce nepovažuje za příliš přesvědčivý.

Pokud existuje shoda na tom, že i při úzkém výkladu má být článek 345 SFEU aplikován na problematiku vyvlastnění, je namístě tuto skutečnost respektovat. Nutnost dodržet i při vyvlastnění základní podmínky vyplývající z primárního práva EU nepochybně vyplývá z judikatury SDEU. Přímá regulace vyvlastnění na unijní úrovni, ať již ve formě sekundární legislativy, nebo uzavíráním mezinárodních smluv, je ovšem věc poněkud jiná. Pravidla pro vyvlastnění zahrnutá do unijních investičních dohod budou arbitrážními tribunály vykládána jinak, než jaký je výklad základních podmínek pro nucené odnětí či omezení vlastnického práva v judikatuře SDEU, které vyplývají z pravidel vnitřního trhu, zejména z ustanovení o svobodě usazování a o volném pohybu kapitálu. Pokud nemá být článek 345 SFEU jen prázdnou deklarací zcela samozřejmé skutečnosti, že vlastnictví může být buďto soukromé nebo veřejné, nelze konstruovat pravomoc Unie k přijímání takových opatření, které budou upravovat podmínky vyvlastnění nad rámec toho, co vyplývá přímo ze Zakládajících smluv. Ze Zakládajících smluv nelze dovodit obecný požadavek, aby každé vyvlastnění bylo provedeno ve veřejném zájmu a byla za něj poskytnuta okamžitá, adekvátní a účinná náhrada. Omezení vyplývající z článku 17 Listiny základních práv EU je omezením adresovaným Unii a jejím orgánům a pouze v omezeném rozsahu členským státům. Investiční dohody uzavírané Unií, které budou stanovovat podmínky pro vyvlastnění, budou zároveň zakazovat vyvlastnění, které tyto podmínky nespĺňují a budou tedy na členské státy klást omezení jejich práva rozhodovat o systému vlastnictví.⁶⁶² Pokud akceptujeme, že úprava vyvlastnění ve vztahu k investorům z třetích zemí spadá do výlučné pravomoci Unie v rámci společné obchodní politiky, článek 345 SFEU ztratí jakýkoli reálný obsah.

Ani z judikatury SDEU zatím nelze dovozovat širokou pravomoc Unie regulovat takové otázky, jako jsou obecné podmínky pro vyvlastnění. Rozsudek ve věci *Španělsko proti Radě*, kterým je v tomto směru často argumentováno, se týkal pouze okrajové záležitosti patentového práva. Lze předpokládat, že pokud by došlo na fundamentální otázky úpravy vlastnického práva, SDEU by možná projevil větší míru zdrženlivosti.

Jako přiměřenější se tudíž jeví taková interpretace, podle které článek 345 SFEU neumožňuje Unii zahrnovat do investičních dohod uzavíraných ve výlučné pravomoci podle článku 207 SFEU ustanovení upravující přímé vyvlastnění.

⁶⁶⁰ Dimopoulos, pozn. 495, s. 110 a reference tam uvedené.

⁶⁶¹ Dimopoulos, pozn. 495, s. 111.

⁶⁶² Srov. Bischoff, pozn. 574, s. 1544.

(viii.) *Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem (resp. Uníí)*

Již ve Sdělení k ucelené evropské investiční politice Komise uvedla, že vynutitelnost ustanovení budoucích unijních investičních dohod je klíčovým cílem Unie, a předpokládala, že tyto dohody budou obsahovat mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem.⁶⁶³ Byť k soudobé podobě mechanismu řešení sporů mezi investory a státy formou investičních arbitráží lze vznést řadu výhrad, zřejmě nelze než souhlasit, že pokud má být politika EU v oblasti zahraničních investic efektivní a v globálním měřítku konkurenceschopná, EU se bez možnosti zahrnout takový mechanismus řešení sporů do svých investičních dohod s třetími zeměmi dost dobře neobejde.

Jak ukazuje řada existujících praktických příkladů,⁶⁶⁴ vnější pravomoc Unie celkem nepochybně zahrnuje i možnost zakotvit v mezinárodní smlouvě závazný mechanismus řešení sporů. Tato pravomoc rovněž zahrnuje možnost vytvoření mechanismu řešení sporů, který bude přístupný jednotlivcům.⁶⁶⁵ Z judikatury SDEU ovšem vyplývá několik podmínek, které musí být splněny, aby byl takový mechanismus kompatibilní s právem EU. Tyto podmínky musí být brány v potaz obzvláště pečlivě při úvahách o možnosti zahrnutí mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem (resp. Uníí) do budoucích unijních investičních dohod, neboť jak již bylo naznačeno v části 2.4.5, rozhodování investičních sporů arbitrážními tribunály stojícími mimo institucionální a soudní systém EU se může jevit jako obzvláště problematické z hlediska zachování autonomie práva EU a z hlediska výlučného postavení SDEU při interpretaci a aplikaci práva EU.⁶⁶⁶

Na rozdíl od čistě intra-unijních situací, kde se přípustnost mezinárodních mechanismů řešení sporů mezi členskými státy v rámci sféry působnosti práva EU řídí jinými úvahami (srov. blíže kapitolu V), v oblasti vnějších vztahů SDEU uznává, že vztahy mezi EU a třetími státy se řídí mezinárodním právem,⁶⁶⁷ a v zásadě rovněž uznává, že v těchto vztazích se EU může podrobit závazným mezinárodním mechanismům řešení sporů. Nejjasněji to bylo vyjádřeno v *Posudku 1/91*, týkajícím se zřízení Soudu Evropského hospodářského prostoru (*EEA Court*):

Pokud mezinárodní smlouva zakládá svůj vlastní systém soudů, zahrnující soud s pravomocí řešit spory smluvních stran, a tím ve výsledku interpretovat její ustanovení, rozhodnutí takového soudu budou pro orgány Společenství závazná, a to včetně soudního dvora...

Mezinárodní smlouva zakládající takový systém soudů je v zásadě kompatibilní s komunitárním právem. Pravomoc Společenství v mezinárodních vztazích a jeho pravomoc uzavírat mezinárodní smlouvy nezbytně zahrnuje pravomoc podřídit se rozhodnutím soudu, který je takovou smlouvou určen k interpretaci a k aplikaci jejích ustanovení.⁶⁶⁸

Nicméně možnost EU podřídit se mezinárodním mechanismům řešení sporů ve vztazích s třetími zeměmi podléhá určitým limitům, jak vyplývá nejen ze samotného *Posudku 1/91*, ve kterém SDEU shledal zřízení navrhovaného Soudu EHP jako nepřipustné, neboť zasahovalo

⁶⁶³ Sdělení Komise, pozn. 556, s. 9-10.

⁶⁶⁴ EU je stranou mnoha mezinárodních dohod, které obsahují mechanismus řešení sporů. Mezi nejvýznamnějšími lze uvést dohody uzavřené na půdě WTO, dále Dohodu o založení Evropského hospodářského prostoru a rovněž Dohodu k Energetické chartě.

⁶⁶⁵ Příkladem je Soud pro EHP, k jehož zřízení se SDEU vyjádřil v *Posudku 1/91* (Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079) a v *Posudku 1/92* (Opinion 1/92 [1992] ECR I-2821).

⁶⁶⁶ Srov. též *Dimopoulos*, A. The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law. Legal Issues Of Economic Integration. 2012, 39(4), s. 447-471, s. 468 a násl.

⁶⁶⁷ Srov. zejména Joined Cases 21 to 24/72, *International Fruit Company NV and Others v Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219; Case C-162/96, *Racke v Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655.

⁶⁶⁸ Opinion 1/91, odst. 39-40.

do „samotných základů Společenství“.⁶⁶⁹ Podmínky, které musí takový mechanismus řešení sporů splnit k tomu, aby byl kompatibilní s právem EU, byly dále objasněny zejména v *Posudku 1/92* a v *Posudku 1/00*⁶⁷⁰. Z posledně uvedeného rozhodnutí lze abstrahovat následující tři základní podmínky:⁶⁷¹ (i) EU a členské státy nebudou vázány výkladem pravidel práva EU podaným příslušným mezinárodním rozhodovacím orgánem;⁶⁷² (ii) nedojde k ovlivnění rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy; a (iii) zůstane zachován základní institucionální charakter EU vyplývající ze Zakládajících smluv.⁶⁷³

Pokud jde o první z uvedených podmínek (závaznost výkladu práva EU ze strany mezinárodních rozhodovacích orgánů), je nejdříve nutno uvést, že rozhodnutí vydaná mezinárodními soudy a tribunály podle mezinárodních smluv uzavřených Unii samozřejmě pro orgány EU a pro její členské státy v konkrétních případech závazné budou. V tomto případě se jedná spíše o závaznost určité interpretace pramenů práva EU směrem dovnitř Unie. Tato podmínka vyplynula z *Posudku 1/91*, jehož předmětem bylo posouzení navrhovaného zřízení Soudu EHP. Problém zde spočíval zejména v tom, že většina ustanovení Smlouvy o založení Evropského hospodářského prostoru kopírovala příslušná ustanovení tehdejší Smlouvy o založení EHS, přičemž ve Smlouvě o založení EHP byla výslovně zakotvena zásada homogenity, jejímž cílem bylo rozšířit aplikaci práva EU (včetně příslušné judikatury) i na další členské státy EHP. Ve vytvoření takového systému SDEU spatřoval možné ohrožení vlastní výlučné role při výkladu a aplikaci práva EU, založené na (dnešním) článku 19(1) SEU. Lze soudit, že v tomto případě byl závěr dán zcela specifickou povahou Smlouvy o založení EHP. Jelikož u unijních investičních dohod neexistuje potřeba zakotvit jejich homogenitu s právem EU, uvedený problém by v jejich případě vznikat neměl.⁶⁷⁴ Formulaci určité subvarianty této podmínky lze nalézt rovněž v *Posudku 1/09*,⁶⁷⁵ týkajícího se založení Evropského patentového soudu. V daném případě bylo zřízení takového soudu shledáno inkompatibilním s právem EU proto, že dle příslušné mezinárodní smlouvy byl patentový soud výslovně povinen aplikovat právo EU (zejména příslušnou sekundární legislativu v oblasti komunitárních patentů), přičemž v oblasti evropských a komunitárních patentů měl mít výlučnou pravomoc namísto soudů členských států. Arbitrážní tribunály zřízené podle unijních investičních dohod ovšem nebudou obdobným způsobem povolány k aplikaci interní unijní legislativy místo soudů členských států a lze mít za to, že právo EU bude v případě investičního sporu proti EU nebo proti jejímu členskému státu postaveno na roveň vnitrostátního práva hostitelského státu.

Druhá podmínka (alokace pravomocí mezi Unii a členské státy) je naopak pro budoucí unijní investiční dohody vysoce relevantní vzhledem k tomu, že tyto smlouvy budou s velkou pravděpodobností uzavírány jako smíšené za společné účasti Unie a členských států. Jak přitom vyplývá z doposud podaného výkladu, přesné rozdělení pravomocí v oblasti zahraničních investic mezi Unii a členské státy je i po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost více než nejasné. Je proto mimořádně důležité, aby rozhodování v otázce rozdělení pravomocí nebylo žádným způsobem přenášeno na arbitrážní tribunály, ale aby bylo učiněno interně na úrovni EU; v opačném případě existuje velké riziko, že mechanismus řešení sporů podle unijních investičních dohod bude inkompatibilní s právem EU. Tato otázka se přenáší především do

⁶⁶⁹ Opinion 1/91, odst. 70.

⁶⁷⁰ Opinion 1/00 [2002] ECR I-3493.

⁶⁷¹ Takto je formuluje I. Govaere. Srov. *Govaere, I. Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order*. In: Hillion, Ch., Koutrakos, P. (eds.). *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, s. 192.

⁶⁷² Opinion 1/00, odst. 11 a 13.

⁶⁷³ Podmínky (ii) a (iii) vyplývají Opinion 1/00, odst. 12.

⁶⁷⁴ Srov. *Dimopoulos*, pozn. 666, s. 469.

⁶⁷⁵ Opinion 1/09 [2011] ECR I-1137.

roviny odpovědnosti za porušení unijní investiční dohody ze strany Unie, resp. jejích členských států. Unijní investiční dohody by měly jasně stanovit, zda za porušení práv investora odpovídá Unie nebo členský stát, nebo alespoň stanovit závazný postup, kterým bude rozhodování o této otázce v konkrétním případě internalizováno. Dosavadní legislativní počiny EU zaměřené na řešení otázek finanční odpovědnosti v souvislosti s investičními arbitrážemi v tomto ohledu ovšem vyznívají poněkud rozpačitě (viz blíže část 3.5 níže).

Třetí podmínka (zachování institucionální rovnováhy v rámci EU) obnáší mimo jiné požadavek, aby měl pouze SDEU pravomoc rozhodovat o „zákonosti“ (*legality*) aktů orgánů Unie.⁶⁷⁶ Rovněž tento požadavek by neměl být investičními arbitrážemi podle unijních DPOI ohrožen. Rozhodnutím arbitrážního tribunálu, kterým bude konstatováno porušení práv investora, totiž nedojde k automatickému zrušení či zneplatnění příslušného aktu, nýbrž bude na Unii, aby přijala příslušná opatření s cílem dostát svým mezinárodním závazkům.⁶⁷⁷ I když arbitrážní tribunály v naprosté většině případů investorům přiznávají finanční kompenzaci, *a priori* není vyloučeno, že arbitrážním tribunálem bude hostitelskému státu uložena určitá specifická povinnost. Byť si ryze teoreticky lze představit, že uložení specifické nepeněžitě povinnosti může ve výsledku vést ke zrušení aktu Unie, zrušení nebude bezprostředním důsledkem rozhodnutí tribunálu, ale bude vyžadovat příslušné kroky ze strany příslušných orgánů Unie. Možnost ukládat nepeněžitá opatření je inherentní jakémukoli závaznému mezinárodnímu mechanismu řešení sporů a takový mechanismus nelze jen z tohoto důvodu považovat za inkompatibilní s právem EU.⁶⁷⁸

Z uvedeného vyplývá, že zahrnutí mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem (resp. Uníí) do budoucích unijních investičních dohod by mělo být za splnění určitých podmínek možné. Někteří autoři ovšem jdou dál a argumentují, že mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem bude kompatibilní s právem EU pouze tehdy, bude-li arbitrážním tribunálům umožněno, aby SDEU kladly předběžné otázky ohledně interpretace práva EU podle článku 267 SFEU.⁶⁷⁹ To by v zásadě bylo možné jen obratem v dosavadní judikatuře SDEU, která doposud nepovažovala rozhodčí soudy (tribunály) za „soudy členských států“ ve smyslu uvedeného ustanovení, nebo změnou primárního práva. Rovněž by to znamenalo zavést značnou nerovnováhu ve smluvních vztazích mezi EU a třetími zeměmi, z jejichž pohledu je funkce a postavení SDEU srovnatelné s vnitrostátními soudy smluvní protistrany. Tyto názory je ovšem nejspíš nutno odmítnout, a to z toho důvodu, že nerozlišují mezi vztahy EU s třetími zeměmi na straně jedné, a čistě intra-unijními situacemi na straně druhé. Zatímco ve vztazích s třetími zeměmi je SDEU v zásadě otevřený mezinárodním mechanismům řešení sporů a vyžaduje, aby tyto mechanismy splňovaly pouze určité podmínky k zachování fundamentálního charakteru práva EU (viz rozbor výše), v intra-unijním kontextu je v tomto ohledu mnohem striktnější.⁶⁸⁰ Proto jsou, na rozdíl od investičních arbitráží podle budoucích unijních investičních dohod uzavřených s třetími státy, investiční arbitráže podle existujících DPOI

⁶⁷⁶ Opinion 1/00, odst. 18-21.

⁶⁷⁷ *Govaere*, pozn. 671, s. 195.

⁶⁷⁸ Opačně Dimopoluos, podle nějž by unijní DPOI z tohoto důvodu měly výslovně vyloučit možnost tribunálů ukládat povinnosti k specifickému plnění, vydávat předběžná opatření či přiznávat žalobcům nepeněžitou kompenzaci. Srov. *Dimopoulos*, pozn. 666, s. 470-471.

⁶⁷⁹ Např. *Burgstaller, M.* Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012, 39(2), s. 207-221; *Lavranos N.* Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible? In: Calamita, N., Earnest, D. a Burgstaller, M. (eds.). *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013, s. 129-148.

⁶⁸⁰ Na zcela odlišný přístup SDEU v situacích zahrnujících zájmy třetích států a v čistě intra-unijních situacích upozorňuje např. *Govaere*, pozn. 671, s. 190 a s. 199.

uzavřených mezi členskými státy navzájem (intra-unijní arbitráže) z pohledu práva EU mnohem více problematické.

Zahrnutí rozhodčích doložek do investičních dohod uzavíraných Unii rovněž naráží na některé významné praktické překážky. Nejvýznamnější z nich je patrně skutečnost, že EU není stranou Úmluvy ICSID a proto v současné době nemůže využívat arbitráže řídicí se touto úmluvou. To nevylučuje, aby EU využívala jiné běžně užívané formy řešení investičních sporů, jako je rozhodčí řízení *ad hoc* podle pravidel UNCITRAL nebo řízení před ICSID Additional Facility. Ve srovnání s řízením podle Úmluvy ICSID, která je speciálně uzpůsobena pro řešení sporů mezi investory a státy, mají ovšem tyto formy řízení řadu nevýhod a pro budoucí investiční dohody EU je nelze považovat za optimální volbu. Ve svém stanovisku z července 2011 Komise uvedla, že je v kontaktu se Sekretariátem ICSID ohledně prozkoumání možností, jak by EU mohla přistoupit k Úmluvě ICSID.⁶⁸¹ Taková možnost se ovšem v dohledné době nejeví jako reálná, neboť Úmluva ICSID ve svém současném znění předpokládá, že jejími stranami mohou být pouze státy, nikoli mezinárodní organizace. Změna Úmluvy ICSID je možná pouze na základě jednomyslné dohody všech smluvních států, včetně splnění veškerých požadavků na ratifikaci, což se vzhledem k vysokému počtu smluvních států jeví jako velmi obtížně překonatelná překážka.⁶⁸²

3.4.4 *Smíšené dohody jako nezbytnost?*

Logickým měřítkem, se kterým jsou obvykle poměřovány vnější pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic, je standardní obsah DPOI uzavíraných státy. Názory na to, jaké formy investic a jaká opatření spadají do nové pravomoci Unie, se v literatuře různí.

Naprostá většina autorů se přiklání k závěru, že účast členských států na uzavírání unijních investičních dohod bude nezbytná vzhledem k tomu, že společná obchodní politika se vztahuje pouze na přímé zahraniční investice a nezahrnuje pravomoc pro investice portfoliové. Pouze velmi málo autorů se vůbec zabývá možností, že by Unie mohla mít pro portfoliové investice implicitní vnější pravomoc. Téměř s jistotou lze uzavřít, že pokud Unie má implicitní vnější pravomoc pro portfoliové investice, nebude tato pravomoc výlučná, ale sdílená. Sdílená pravomoc by sice Unii obecně umožnila uzavírat mezinárodní smlouvy týkající se portfoliových investic i bez účasti členských států, není ovšem jasné, zda by tato pravomoc zahrnovala veškeré tradiční standardy ochrany investice a rovněž mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Smlouvy uzavřené na základě implicitní smíšené pravomoci zároveň v určitých ohledech mohou zakládat odlišný režim, než smlouvy uzavřené na základě výslovné a výlučné pravomoci, například co se týče odpovědnosti za porušení práv investora (jak bude blíže rozebráno dále). Vzhledem k rozporuplnosti judikatury SDEU a jejím různým doktrinárním výkladům nelze existenci implicitní vnější pravomoci Unie pro portfoliové investice v tuto chvíli s dostatečnou mírou jistoty ani potvrdit, ani vyvrátit, dokud se k ní nevyjádří soud. Tato práce zároveň zastává názor, že Unie zcela postrádá vnější pravomoc pro některé formy investic, které spadají pod předmět úpravy řady DPOI, jako jsou investice ve formě smluvních práv či veřejnoprávních povolení. Zahrnutí těchto forem investic do unijních dohod proto bude vyžadovat účast členských států.

⁶⁸¹ Follow up to the European Parliament Resolution on the future European international investment policy, adopted by the Commission on 5 July 2011, s. 6

⁶⁸² Srov. též *Burgstaller*, pozn. 679, s. 214.

Co se týče pravomoci Unie pro přímé zahraniční investice, lze mít závažné pochybnosti o tom, zda článek 307(2) SFEU zahrnuje i pravomoc k úpravě podmínek vyvlastnění. Článek 345 SFEU bývá v zájmu konstruování široké pravomoci Unie často interpretován velmi flexibilně, nicméně jeho rozumný výklad spíše směřuje k tomu, že úprava podmínek vyvlastnění nad rámec toho, co již vyžadují Zakládající smlouvy, náleží do výlučné pravomoci členských států, a zahrnutí této úpravy do unijních investičních dohod by mělo být dalším důvodem pro účast členských států na jejich uzavírání.

Praktickým řešením interpretačních obtíží a sporů o pravomoc je uzavírání smíšených smluv, které jsou ve vnějších vztazích EU zcela běžné i v oblastech, kde „mixita“ není vzhledem k existujícím pravomocem EU obligatorní. Nelze tedy očekávat, že tomu bude v případě unijních investičních dohod jinak. Ačkoli Komise ve svých dokumentech nárokuje Unii široké vnější pravomoci v oblasti zahraničních investic, členské státy daly od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost několikrát najevo, že si chtějí svůj vliv na tvorbu politiky EU v oblasti zahraničních investic ponechat, a z jejich dosavadních postojů vyjadřovaných zejména prostřednictvím Rady lze dovodit, že bez příslušného rozhodnutí SDEU neuznají vnější pravomoc Unie nad rámec toho, co výslovně a nezpochybnitelně vyplývá z článku 207 SFEU. Svědčí o tom zejména změny provedené v průběhu legislativního procesu do původního návrhu nařízení o rozdělení finanční odpovědnosti, které zahrnují mj. mnohonásobná prohlášení a ujištění, že přijetí nařízení nemá žádný vliv na rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy.⁶⁸³ Dokud se otázka rozdělení pravomocí v oblasti zahraničních investic mezi EU a členské státy nedostane k SDEU, její řešení zůstane zahaleno nejistotou. V této souvislosti lze předeslat, že v souvislosti s ukončením jednání o Dohodě o volném obchodu se Singapurem, která zahrnuje rovněž problematiku ochrany investic, Komise v řínu 2014 Komise oznámila, že se rozhodla požádat SDEU o stanovisko k otázce pravomoci k uzavření této dohody.⁶⁸⁴ SDEU tak již v dohledné době zřejmě dostane příležitost, aby definitivně vyřešil nejasnosti ohledně pravomoci Unie pro oblast zahraničních investic.

Ačkoli je předčasné předjímat, k jakému výkladu se přikloní SDEU a jaké budou praktické důsledky jeho rozhodnutí, je dost pravděpodobné, že v politice EU v oblasti zahraničních investic bude pravidlem mixita. S mixitou je spojena řada praktických problémů, počínajíc prodlevami při ratifikačním procesu, končíc nejasnostmi ohledně odpovědnosti za porušení smlouvy. Existují ovšem dobré důvody k tomu, proč lze zrovna u unijních investičních dohod mixitu vnímat pozitivně. Přesun vnější pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic z členských států na Unii výrazně vychyluje dosavadní rovnováhu mezi vnitřními a vnějšími pravomocemi Unie. Uzavíráním investičních dohod budou do práva EU zaváděna, a vůči členským státům vynucována, pravidla, která v něm dosud neexistovala, a která budou spojena s velmi účinným mechanismem uplatňování nároků dostupným jednotlivým investorům. Členské státy se mohou dopustit porušení těchto pravidel jednáním, které bude z pohledu právní úpravy vnitřního trhu zcela neutrální, přičemž finanční a další důsledky mohou být pro členský stát velmi citelné. Investiční arbitráž je jednoduše velkým zásahem do suverenity státu. Účast

⁶⁸³ 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. K nařízení je připojeno společné prohlášení Parlamentu, Komise a Rady, následujícího znění: „*Přijetím a uplatňováním tohoto nařízení není dotčeno rozdělení pravomocí stanovené Smlouvami a nelze je vykládat jako výkon sdílené pravomoci Unii v oblastech, ve kterých není pravomoc Unie vykonávána.*“

⁶⁸⁴ *Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the trade deal.* Press release, 30. října 2014, dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1235_en.htm

členských států na uzavírání unijních investičních dohod napomůže tento zásah do jejich suverenity a do jejich zájmů legitimizovat.

3.5 ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRÁV INVESTORA A PROCESNÍ OTÁZKY

3.5.1 Úvod do problematiky

Skutečnost, že Unie bude uzavírat mezinárodní dohody zahrnující post-investiční ochranu investorů a s největší pravděpodobností i mechanismus řešení sporů dostupný jednotlivým investorům, vyvolává řadu složitých otázek týkajících se mezinárodní odpovědnosti za porušení těchto dohod a též procesních otázek v souvislosti se spory vedenými investory z třetích zemí proti Unii, resp. proti členským státům. Situaci značně komplikuje několik faktorů.

Za prvé, i když nelze zcela vyloučit, že by Unie uzavřela nějaké investiční dohody samostatně, mnohem pravděpodobnější je, že tyto dohody budou uzavírány jako smíšené smlouvy za společné účasti Unie a členských států. Je tedy otázkou, zda na základě těchto smíšených investičních dohod bude vznikat odpovědnost za jejich porušení Unii, členským státům, nebo oběma. S tím úzce souvisí otázka, vůči kterému z těchto subjektů může investor uplatňovat své nároky v investiční arbitráži.

Za druhé, lze si představit řadu scénářů, v rámci jakých může k porušení práv zahraničních investorů dojít. Tři základní scénáře jsou následující:

1. Práva zahraničního investora budou porušena jednáním ze strany orgánů Unie.
2. Práva zahraničního investora budou porušena jednáním ze strany orgánů členského státu, nicméně v rámci implementace práva EU tímto členským státem. Příkladem může být provádění nařízení nebo rozhodnutí orgánů EU. Namítané porušení práv investorů může rovněž vyplývat z implementace směrnice členským státem. Tato kategorie případů je široká a zahrnuje různé sub-varianty, které teoreticky mohou vést k různým závěrům o mezinárodní odpovědnosti Unie, resp. členského státu:
 - (a) Příslušný akt Unie neponechává členskému státu žádnou míru diskrece a lze jej provést pouze jediným způsobem, který ovšem porušuje práva investora vyplývající z unijní investiční dohody.
 - (b) Příslušný akt Unie ponechává členskému státu při jeho implementaci určitou míru diskrece, pokud jde o konkrétní způsob jeho provedení. Tato situace je typická pro provádění směrnic, není ovšem nutně omezena na tyto případy. Členský stát tak může v rámci mezí své diskrece provést příslušný akt způsobem, který je podle práva EU obecně dovolený, který nicméně porušuje práva zahraničního investora vyplývající z unijní investiční dohody. Komplikované případy se mohou týkat zejména provádění těch směrnic, které stanovují pouze minimální standardy a ponechávají členským státům možnost zavést přísnější regulaci.
 - (c) Členský stát může rovněž provést příslušný akt Unie, který je sám o sobě z pohledu ochrany zahraničních investorů v pořádku, způsobem, který je v rozporu s právem EU a zároveň porušuje práva investora vyplývající z unijní investiční dohody.

3. Práva zahraničního investora budou porušena ze strany orgánů členského státu jednajících v rámci své vlastní pravomoci v oblasti, která není pokryta unijní legislativou. Možnost takového scénáře je důsledkem toho, že vnější pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic nejsou přímým odrazem právní úpravy vnitřního trhu a standardy ochrany investic podle DPOI (zejména standard řádného a spravedlivého zacházení a ochrana proti vyvlastnění) jdou nad rámec této vnitřní úpravy. Lze předpokládat, že v praxi bude právě tento scénář nastávat nejčastěji. Zacházení poskytované členským státem investorovi z třetí země tak může být z pohledu právní úpravy vnitřního trhu zcela v pořádku, bude ovšem v rozporu s investiční dohodou uzavřenou mezi Unií a třetí zemí, což může vyznít poněkud paradoxně a názorně to poukazuje na to, jak mimořádné a závažné důsledky s sebou nese přesun vnější pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic z členských států na Unii.

Výše uvedené scénáře představují čistě modelové případy. Praxe investičních arbitrází ovšem ukazuje, že nároky uplatňované investory často vyplývají z velmi komplikovaného skutkového základu, který může zahrnovat vícero výše uvedených variant, nebo jejich rozlišení může být zejména ve fázi, kdy ještě o nároku není investičním tribunálem rozhodnuto, velmi obtížné.⁶⁸⁵

Třetím, z pohledu praxe nezanedbatelným faktorem, je otázka finančních důsledků investičních arbitrází. Potenciální vysoká finanční zátěž pro členské státy, resp. Unii, je spojena nejen s případným nepříznivým nálezem vydaném arbitrážním tribunálem, ale nákladné je i samotné vedení investičního sporu. Je otázkou, zda má rozdělení břemene nesení těchto nákladů mezi Unii a členské státy obecně sledovat rozdělení mezinárodní odpovědnosti mezi Unii a členské státy, nebo má být alokováno na základě jiného klíče.

V dalším textu bude pojednáno o tom, jaká jsou základní teoretická východiska pro řešení výše uvedených otázek, a to především s přihlédnutím ke kodifikační práci Komise OSN pro mezinárodní právo (*International Law Commission – ILC*) týkající se odpovědnosti mezinárodních organizací za mezinárodně protiprávní chování, a k dosavadní praxi mezinárodních soudů a tribunálů v rámci sporů, na nichž Unie buď nějakým způsobem participovala, nebo se týkaly mezinárodní odpovědnosti vyplývající z jejich aktů. Nicméně toto pojednání bude velmi stručné, neboť pro otázky spojené s odpovědností za porušení unijních investičních dohod mají tato obecná východiska spíše omezený význam. Je totiž zřejmé, že tyto otázky budou z velké části podléhat speciální úpravě, což Komise naznačila již ve svém Sdělení k evropské investiční politice z roku 2010. V roce 2012 Komise představila návrh nařízení, 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 smluvní stranou.⁶⁸⁶ Tento návrh byl po některých více či méně podstatných změnách a úpravách provedených v rámci jeho projednávání v Parlamentu a v Radě přijat v červenci 2014 jako nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 912/2014, které vstoupilo v platnost dne 17. září 2014 (dále jen nařízení o finanční odpovědnosti). Nařízení o finanční odpovědnosti zakládá speciální úpravu odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod a souvisejících procesních otázek. Rozboru této speciální úpravy bude v dalším textu věnována hlavní pozornost.

⁶⁸⁵ Srov. scénáře uváděné v *Tietje a kol.*, pozn. 628, s. 19-20.

⁶⁸⁶ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti se soudy pro urovnávání sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie smluvní stranou. COM(2012) 335 final, 21. června 2012.

3.5.2 Mezinárodní odpovědnost za porušení dohod uzavíraných Unií – obecné otázky

Úvodem tohoto obecného pojednání je potřeba zmínit, že existují dvě odlišné roviny, v rámci nichž se lze zabývat účinky mezinárodních smluv uzavíraných Unií. Je nutno odlišovat účinky těchto smluv podle mezinárodního práva a jejich účinky podle práva EU.

Co se týče účinků podle práva EU (lze hovořit o vnitřní rovině), východiskem je článek 216(2) SFEU, podle kterého jsou dohody uzavřené Unií závazné pro orgány Unie i pro členské státy. Podle SDEU tvoří ustanovení mezinárodních smluv uzavíraných Unií integrální součást práva EU.⁶⁸⁷ Na základě ustanovení uvedeného článku a příslušné judikatury jsou účinky mezinárodních smluv v rámci unijního právního řádu „internalizovány“ a ustanovení těchto smluv jsou pro členské státy závazná podle práva EU.⁶⁸⁸ To ovšem neznamená, že mezinárodní smlouvy mají v rámci práva EU shodný účinek jako jiné prameny unijního práva. Ve srovnání s interními pravidly práva EU SDEU zejména mnohem restriktivněji vykládá podmínky, za jakých se mohou ustanovení mezinárodních smluv uzavíraných Unií dovolávat jednotlivci a odvozovat z nich nároky vůči Unii či členským státům.⁶⁸⁹ Rozdíl lze nejlépe ilustrovat na vztahu mezi právem EU a pravidly WTO. Z judikatury SDEU vyplývá, že pravidla WTO mohou mít přímý účinek jen za určitých přísných podmínek, jejichž naplnění do značné míry závisí na vůli orgánů Unie. Pravidla WTO dále nemohou sloužit jako základ pro přezkum legality aktů orgánů Unie.⁶⁹⁰ Na základě rozhodnutí Orgánu WTO pro řešení sporů (*dispute settlement body*), v nichž je konstatováno porušení pravidel WTO ze strany EU, se jednotlivec nemůže dovolávat vůči Unii náhrady škody.⁶⁹¹ Na druhé straně lze argumentovat, že pokud jde o budoucí investiční dohody uzavírané Unií, prostor pro jejich přímou aplikaci před soudy členských států a před SDEU je mnohem větší než je tomu v případě jiných mezinárodních smluv, zejména proto, že investiční dohody nepochybně adresují práva přímo jednotlivcům – zahraničním investorům.⁶⁹² Účinky, které mají unijní investiční dohody v rámci práva EU, ovšem pro účely této práce dále ponecháme stranou.

Z pohledu praxe je totiž mnohem zajímavější otázka, jaké účinky budou mít unijní investiční dohody podle mezinárodního práva. Důvod je prostý. Klíčovým prvkem mezinárodních dohod o ochraně investic je mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Tento mechanismus má svůj základ v příslušné mezinárodní dohodě, z níž arbitrážní tribunál odvozuje svou pravomoc pro řešení investičního sporu. Úvahy, kterými se bude investiční tribunál řídit při alokaci odpovědnosti za porušení příslušné unijní investiční dohody a při řešení procesních otázek, budou v první řadě založeny na mezinárodním právu. Uvedené lze zjednodušeně shrnout tak, že účinky unijních investičních dohod podle práva EU budou rozhodující v případě, že investor uplatní svůj nárok vyplývající z takové dohody před soudem nebo jiným orgánem členského státu. V případě, že investor svůj nárok uplatní v investiční arbitráži, budou rozhodující účinky unijní dohody podle práva mezinárodního.

Základní východisko při hledání odpovědi na otázku, za jakých podmínek může být podle mezinárodního práva EU odpovědná za porušení mezinárodní smlouvy, a v jakém rozsahu naopak tato odpovědnost náleží členským státům, představuje návrh článků o odpovědnosti

⁶⁸⁷ Case 181/73, *R & V Haegeman v Belgian State* [1974] ECR 449, odst. 5.

⁶⁸⁸ *Craig, De Búrca*, pozn. 434, s. 338.

⁶⁸⁹ Case 12/86, *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719.

⁶⁹⁰ Srov. blíže například rozbor v *Craig, De Búrca*, pozn. 434, s. 344-351 a reference tam uvedené.

⁶⁹¹ Joined cases C-120/06 and C-121/06, *FIAMM and Fedon v Council and Commission* [2008] ECR I-6513.

⁶⁹² Podrobně k účinkům investičních dohod uzavíraných Unií v rámci unijního právního řádu srov. *Dimopoulos*, pozn. 495, s. 288-305.

mezinárodních organizací vypracovaný ILC (dále jen návrh článků).⁶⁹³ Základní pravidlo o odpovědnosti mezinárodní organizace je obsaženo v článku 4 návrhu článků. O mezinárodně protiprávní jednání mezinárodní organizace, za které nese tato organizace odpovědnost, se jedná tehdy, když toto jednání:

- (a) je přičitatelné mezinárodní organizaci podle mezinárodního práva; a
- (b) zakládá porušení mezinárodního závazku této mezinárodní organizace.

Obě tyto základní podmínky pro vznik mezinárodní odpovědnosti přinášejí z pohledu EU, vzhledem k jejím specifikám, určité teoretické i praktické potíže.⁶⁹⁴

Začneme-li druhou z uvedených podmínek (porušení mezinárodního závazku), problémy nastávají zejména v případě smíšených smluv, jejichž stranami jsou jak EU, tak jednotlivé členské státy. V případě smíšených smluv tedy otázka zní, v jakém rozsahu zakládají tyto smlouvy závazky pro EU a v jakém rozsahu se jedná o závazky členských států. Intuitivně se nabízí odpověď, že alokace závazků ze smíšené smlouvy mezi Unii a členské státy by měla odpovídat rozdělení pravomocí k jejímu uzavření. Takový přístup je ovšem z mnoha ohledů problematický. Hranice mezi pravomocemi Unie a členských států je totiž mnohdy velmi nejasná a dokonce i SDEU se ve svých rozhodnutích přesné delimitaci pravomocí zpravidla snaží vyhnout. Není-li toto rozhraničení zřejmé ani při detailní znalosti práva EU, tím méně lze na tomto základě konstruovat mezinárodní odpovědnost ve vztahu k třetím státům. Další potíž spočívá v tom, že ne všechny vnější pravomoci náležejí výlučně buď Unii nebo jejím členským státům, ale často se jedná o pravomoci sdílené. V případě uzavření smíšené smlouvy zahrnující oblasti sdílené vnější pravomoci pak není patrné, zda tuto pravomoc v konkrétním případě vykonala Unie nebo členský stát. Nastíněné řešení konečně není příliš vhodné ani proto, že z hlediska požadavku na jednotnou aplikaci práva EU je krajně nežádoucí, aby o vnitřním rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy rozhodoval jiný mezinárodní soud či tribunál, který je povolán k řešení sporu podle příslušné mezinárodní smlouvy.

V praxi bývá uvedený problém často řešen tím, že součástí smíšené smlouvy je tzv. deklarace o pravomocích (*declaration of competence*), v níž EU a její členské státy společně deklarují, které ze závazků z příslušné smlouvy náležejí do pravomoci (a odpovědnosti) Unie, resp. členských států.⁶⁹⁵ Jiné řešení bylo zvoleno například u Dohody k Energetické chartě, která rovněž představuje smíšenou smlouvu. Společenství učinilo ve smyslu článku 26(3)(b)(ii) ECT následující prohlášení ve vztahu k mezinárodní arbitráži:⁶⁹⁶

Evropská společenství jsou regionální ekonomickou integrační organizací ve smyslu Dohody k Energetické chartě. Společenství vykonávají pravomoci, které jim byly svěřeny členskými státy, prostřednictvím autonomních rozhodovacích a soudních orgánů.

⁶⁹³ Draft articles on the responsibility of international organizations 2011. Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10, para. 87).

⁶⁹⁴ Srov. podrobně *Kuijper, J., Paasivirta, E.* Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations. *International Organizations Law Review*. 2004, 1(1), s. 111-138.

⁶⁹⁵ Aktuální přehled mnohostranných smluv, k nimž EU a členské státy připojili deklaraci o pravomocích, společně s jejich zněním, je dostupný na adrese: <http://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do?fileID=76198>.

⁶⁹⁶ Final Act of the European Energy Charter Conference - Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty. OJ L 380, 31.12.1994, s. 3-23.

Jak Evropská společenství, tak jejich členské státy, uzavřely Dohodu k Energetické chartě, a proto jsou mezinárodně odpovědní za plnění závazků v ní obsažených, a to v souladu s jejich příslušnými pravomocemi.

Společenství a členské státy v případě nutnosti mezi sebou určí, kdo má být odpůrcem v arbitrážním řízení zahájeném investorem jiné smluvní strany. V takovém případě Společenství a dotčené členské státy provedou takové určení na žádost investora ve lhůtě 30 dnů. (*)

* tím ovšem není dotčeno právo investora zahájit řízení jak proti Společenství, tak proti členským státům.

Tento typ prohlášení má procedurální charakter, když v podstatě jen internalizuje rozhodnutí o určení odpovědného subjektu pro účely konkrétního sporu, aniž by ovšem předem řešil materiální stránku vymezení pravomocí. Nicméně převládající názor, ke kterému se přiklonil i SDEU, je takový, že v případech, kdy deklarace o pravomocích v příslušné smíšené smlouvě absentuje, jsou ze smíšených smluv vůči třetím státům zavázány a odpovědní Unie i členské státy společně.⁶⁹⁷

Skutečným „trnem v oku“ Unie i mnoha autorů specializujících se na právo EU je ovšem pravidlo návrhu článků týkající se přičitatelnosti. Mezinárodní organizaci se přičítá chování jejího orgánu nebo úředníka (článek 6(1) návrhu článků), a to i v případech chování *ultra vires*, pokud orgán nebo úředník jedná v rámci své úřední působnosti (*official capacity*) (článek 8 návrhu článků). Podle článku 7 návrhu článků se dále mezinárodní organizaci přičítá chování orgánu či úředníka státu, který byl dán mezinárodní organizaci k dispozici, a to tehdy, pokud nad tímto chováním organizace vykonává efektivní kontrolu. Zvláštní případ pak představuje článek 9 návrhu článků, podle kterého se za jednání mezinárodní organizace považuje i chování, které jí není přičitatelné, ale které mezinárodní organizace uzná a přijme za své vlastní.

V průběhu přípravy návrhu článků zástupci EU adresovali ILC připomínku, že navrhovaná pravidla o přičitatelnosti dostatečně nereflektují zvláštní povahu Unie a její praktické potřeby.⁶⁹⁸ Argumenty EU, které byly podrobněji rozvinuty v literatuře,⁶⁹⁹ lze sumarizovat následovně. Členské státy přenesly řadu svých pravomocí na EU. Pravidla práva EU jsou pro členské státy závazná a automaticky se stávají součástí jejich právních řádů. Aplikace a vynucování přímo použitelných pravidel práva EU ovšem leží převážně na členských státech a na jejich orgánech, nikoli na orgánech Unie (tato skutečnost bývá označována jako „exekutivní federalismus“). To se projevuje i ve sféře mezinárodního práva. Unie je stranou mnoha mezinárodních smluv, v rámci nichž nese mnoho mezinárodních závazků. Provádění těchto závazků, i když mohou náležet do výlučné pravomoci Unie (jako například závazků týkajících se celní Unie), leží na orgánech členských států. Pokud tyto orgány aplikují pravidla práva EU, která jsou v rozporu s mezinárodními závazky Unie, dle pravidel o přičitatelnosti by se jejich chování mělo přičítat členskému státu. Zástupci Unie ovšem byly toho názoru, že v těchto situacích by měla nést mezinárodní odpovědnost Unie. Někteří autoři v této souvislosti hovoří o kritériu „normativní kontroly“, které by se mělo uplatnit vedle existujících, resp. kodifikovaných pravidel o přičitatelnosti.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Case C-316/91, *Parliament v Council* [1994] ECR I-625, odst. 24-35.

⁶⁹⁸ Statement on behalf of the European Union by Dr. Johan G. Lammers, Legal Adviser, MFA. Item 144: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-sixth session. Responsibility of International Organizations. Sixth Committee – 59th session of the General Assembly (New York) November 5, 2004. Dostupné z: http://eu-un.europa.eu/articles/en/article_4020_en.htm

⁶⁹⁹ Srov. např. *Kuijper, Paasivirta*, pozn. 694; *Hoffmeister, F.* Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations? *European Journal of International Law*. 2010, 21(3), s. 723-747; nebo *Kuijper, J.* International Responsibility for EU Mixed Agreements. In: Hillion, Ch., Koutrakos, P. (eds.). *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*. Portland, Oregon: Hart, 2010, s. 208-227.

⁷⁰⁰ *Hoffmeister*, pozn. 699, s. 746.

Tento postoj Unie se projevil zejména v rámci sporů řešených na půdě WTO. Dohoda o založení WTO má v rámci práva EU status smíšené smlouvy a členy WTO jsou Unie i členské státy. Ostatní smluvní strany (zejména USA) se v několika případech snažily vést řízení před orgánem WTO pro řešení sporů proti individuálním členským státům EU. Zástupci Unie ovšem v těchto sporech za použití výše nastíněné argumentace tvrdili, že ve věcech spadajících do pravomoci EU jen Unie sama nese mezinárodní odpovědnost za případné porušení mezinárodních pravidel, a horlivě prosazovali, aby byla v příslušných sporech pouze Unie sama žalovanou stranou. Panely a posléze i odvolací orgán WTO tuto argumentaci akceptovaly, přičemž v zásadě uznaly, že příslušné úřady členských států v těchto věcech jednaly pouze jako *de facto* orgány EU, za jejichž chování byla v těchto věcech odpovědná Unie.⁷⁰¹

Opačným směrem ovšem ukazuje série rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva. Výchozí situace zde byla dosti odlišná. Stranami EÚLP jsou členské státy EU, nikoli však Unie samotná.⁷⁰² ESLP tedy nemá jurisdikci k posuzování aktů Unie z důvodu nedostatku příslušnosti *ratione personae*. V několika případech ovšem stěžovatelé před tímto soudem napadali zacházení členských států EU, které bylo výsledkem aplikace pravidel práva EU ze strany orgánů členského státu. ESLP v těchto případech odmítl tezi, že orgány členských států jednaly jako *de facto* či *quasi* orgány EU, a jejich jednání považoval plně přičitatelné dotčeným členským státům.⁷⁰³ V těchto případech zjevně převážil fakt, že ESLP si chtěl v zájmu efektivní ochrany lidských práv zachovat vlastní příslušnost k projednávání příslušných případů a ponechat si tak možnost kontroly nad zacházením vyplývajícím z implementace aktů EU – pokud by totiž nedovodil přičitatelnost posuzovaného jednání členským státům, musel by zřejmě podané stížnosti odmítnout jako nepřijatelné.⁷⁰⁴

Při nejednotné praxi mezinárodních rozhodovacích orgánů se ILC přiklonila spíše k závěrům štrasburského soudu a rozhodla se nezahrnout do své kodifikace zvláštní pravidlo o přičitatelnosti, podle kterého by chování vyplývající z provádění závazného aktu mezinárodní organizace bylo možné přičítat této mezinárodní organizaci.⁷⁰⁵ Orgány členského státu EU tak nelze považovat za *de facto* orgány Unie ve smyslu článku 6 návrhu článků, a to ani tehdy, když provádějí závazné akty Unie, které jim nenechávají žádný prostor pro vlastní uvážení. I v těchto situacích bude jednání těchto orgánů přičitatelné členskému státu. V případě investičních dohod uzavíraných Uníí to znamená, že článek 6 návrhu článků bude vhodným ustanovením pro založení mezinárodní odpovědnosti Unie v případech, kdy k porušení práv investora dojde v důsledku jednání orgánů Unie (scénář 1 nastíněný výše), nikoli však v případech, kdy bude

⁷⁰¹ Srov. EC-LAN Case (Panel Report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, 22 June 1998), EC-Geographic Indications (Panel Report, *European Communities – Geographic Indications*, WT/DS174/R, 15 March 2005), EC-Selected Customs Matters (Panel Report, *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/R, 11 December 2006). Podrobnosti viz např. např. *Eeckhout, P. The EU and its Member States in the WTO – Issues of Responsibility*. In: Bartels, L., Ortino, F. (eds.). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. New York: Oxford University Press, 2006; *Hoffmeister*, pozn. 699; *Kuijper*, pozn. 699 *in fine*.

⁷⁰² To by se mělo změnit na základě Lisabonské smlouvy. Článek 6(2) TEU výslovně stanovuje, že Unie přistoupí k Evropské úmluvě pro lidská práva.

⁷⁰³ Důležitými jsou v tomto ohledu zejména rozsudky *M. & Co. proti Německu (M. & Co. v. Germany)*, App. No. 13258/87, ECHR, 9 February 1990, ve kterém šlo o výkon rozsudku EDS německými úřady, nebo o rozsudek *Bosphorus proti Irsku (Bosphorus Hava Yolları Turizm v. Ireland)*, App. No. 45036/98, ECHR, 30 June 2005, ve kterém šlo o provedení sankcí stanovených unijní legislativou ze strany irských úřadů.

⁷⁰⁴ Co se týče samotného přezkumu aktů Unie, ESLP je zdrženlivý. Z rozsudku *Bosphorus proti Irsku* vychází tzv. teorie „ekvivalentní ochrany“ lidských práv v rámci EU, na základě které ESLP nepodrobuje akty orgánů EU meritornímu přezkumu.

⁷⁰⁵ Seventh report on Responsibility of International Organizations, A/CN.4/2009, odst. 31-33.

toto porušení výsledkem jednání orgánů členského státu, byť by k němu došlo při implementaci aktů Unie.

Návrh článků se ovšem některé problematické situace snaží řešit širokým pojetím odpovědnosti. V některých případech může být odpovědnost mezinárodní organizace založena i bez toho, aby jí bylo příslušné chování přičitatelné. Tyto případy upravuje část dvě kapitola IV návrhu článků.⁷⁰⁶ K odpovědnosti Unie za porušení unijní investiční dohody v důsledku jednání přičitatelného orgánu členského státu by mohl vést zejména článek 15 návrhu článků, podle kterého je mezinárodní organizace odpovědná i v případech, kdy řídí a kontroluje (*directs and controls*) stát při spáchání mezinárodně protiprávního činu. Jak uvádí komentář ILC k tomuto ustanovení, přijetí závazného rozhodnutí ze strany mezinárodní organizace může za určitých podmínek představovat formu řízení a kontroly, zejména tehdy, kdy státu, který je adresátem rozhodnutí, nenáleží žádná diskrece co do způsobu jeho provedení. Toto ustanovení by se tak mohlo vztahovat na porušení mezinárodních závazků členskými státy EU při provádění nařízení (scénář 2(a) nastíněný výše). Naopak porušení práv investora podle scénářů 2(b), 2(c) a 3 nastíněných výše by k odpovědnosti Unie patrně nevedlo. Koncepční rozdíl zde oproti „základní“ odpovědnosti (tj. takové, která zahrnuje i přičitatelnost mezinárodní organizaci) ovšem spočívá v tom, že odpovědnost organizace podle článku 15 návrhu článků je pouze doplňkovou k odpovědnosti státu. Aplikace tohoto ustanovení vždy vyžaduje, aby bylo mezinárodně protiprávním i samotné jednání státu. Za takové jednání tedy bude v první řadě odpovídat tento stát, a pouze pokud budou splněny podmínky podle článku 15 návrhu článků, bude vedle státu odpovědná i mezinárodní organizace, která jej při spáchání tohoto činu řídila a kontrolovala.⁷⁰⁷

Co tedy z výše uvedeného přehledu vyplývá z hlediska odpovědnosti EU a členských států za porušení práv investora podle investiční dohody uzavřené Uní? Pokud by se tato odpovědnost měla řídit obecným mezinárodním právem, za jehož vyjádření lze považovat návrh článků, výsledkem by patrně byla nepřehledná spleť různých variant a kombinací odpovědnosti Unie, členských států, či obou, a to v závislosti na konkrétních okolnostech. V některých případech by aplikace obecných pravidel vedla k odpovědnosti Unie (scénář 1), v jiných případech by vedla k odpovědnosti členského státu (scénář 3, patrně i scénáře 2(b) a 2(c)), jindy by mohla vést k odpovědnosti obou (zejména scénář 2(a)). Další komplikace vyplývá z toho, že Unie může teoreticky uzavřít investiční dohodu sama, pravidlem ovšem pravděpodobně bude uzavírání dohod smíšených. Otázka rozdělení odpovědnosti mezi Unii a členské státy ze smíšených dohod není doktrinárně dořešená, nicméně v případě absence deklarace o pravomocech vedou indicie spíše ke společné odpovědnosti Unie a některých (nebo dokonce všech) členských států. K takovému řešení se patrně přiklání i ILC, když ve svém komentáři k článku 48 návrhu článků s odkazem na rozsudek SDEU ve věci *Parlament proti Radě* uvádí

⁷⁰⁶ Kapitola IV zahrnuje případy, kdy organizace napomáhá nebo asistuje (*aids or assists*) státu při spáchání mezinárodně protiprávního činu (čl. 14), nebo jej při spáchání takového činu řídí a kontroluje (*directs and controls*) (čl. 15), nebo jej ke spáchání donutí (*coerces*) (čl. 16), nebo prostřednictvím státu obchází (*circumvents*) vlastní mezinárodní závazky (článek 17).

⁷⁰⁷ V této souvislosti je nutno podotknout, že uvedenou formulací v komentáři k článku 15 ILC v zásadě připustila, že odpovědnost mezinárodní organizace může vzniknout na základě kritéria „normativní kontroly“, po němž volali specialisté na právo EU. Nicméně tím, že je toto kritérium zahrnuto pod článek 15, je výsledek úplně jiný, než by si zástupci EU společně s některými komentátory přáli. V jejich představách totiž mělo toto kritérium vést k výlučné odpovědnosti Unie, která by zbavovala mezinárodní odpovědnosti příslušný členský stát, jehož orgány se mezinárodně protiprávního činu dopustili. Koncepce článku 15 ovšem vede k odpovědnosti společné, přičemž odpovědnost státu lze v tomto případě vnímat jako primární, neboť představuje nezbytnou (nikoli však jedinou) podmínku toho, aby mohla být založena i odpovědnost mezinárodní organizace. K tomu srov. též článek 19, podle kterého není kapitolou IV dotčena odpovědnost státu, který se spáchání příslušného činu ve skutečnosti dopustil.

smíšené dohody mezi příklady společné odpovědnosti mezinárodní organizace a státu za mezinárodně protiprávní čin.⁷⁰⁸

Volání EU po speciálních pravidlech upravujících její mezinárodní odpovědnost, která by reflektovala její zvláštní povahu, ovšem bylo vyslyšeno alespoň částečně. Na svém zasedání v roce 2009 ILC vložila do předběžné verze návrhu článků nový článek 63 (v poslední verzi návrhu článků z roku 2011 se jedná o článek 64), který výslovně připouští možnost speciální úpravy odpovědnosti mezinárodní organizace, která může být odchylná od úpravy obecné. Článek 64 návrhu článků s názvem *lex specialis* zní následovně:

Tento návrh článků se neuplatní tehdy a v takovém rozsahu, v jakém se podmínky existence mezinárodně protiprávního činu nebo obsah a implementace mezinárodní odpovědnosti mezinárodní organizace, nebo státu ve spojení s chováním mezinárodní organizace, řídí zvláštními pravidly mezinárodního práva. Taková zvláštní pravidla mohou být obsažena v pravidlech organizace použitelných ve vztazích mezi mezinárodními organizacemi a jejichmi členy.

Zvláštní pravidla mohou doplnit nebo nahradit obecnější pravidla vyjádřená v ostatních ustanoveních návrhu článků.⁷⁰⁹ V komentáři k tomuto ustanovení ILC uvádí, že není možné identifikovat každé speciální pravidlo a rozsah jeho působnosti. Komentář přitom poukazuje na různé názory k možné existenci speciálního pravidla, podle kterého by se jednání orgánů členských států EU při provádění závazných aktů EU mělo přičítat Unii, a na různé závěry, ke kterým v tomto ohledu dospěly mezinárodní rozhodovací orgány – zejména konfrontuje přístup panelů WTO s odlišnými závěry, ke kterým ve svých rozhodnutích dospěl ESLP.⁷¹⁰ Ačkoli tedy ILC připustila možnost existence speciálního pravidla, nevyslovila se k tomu, zda speciální pravidlo pro určování odpovědnosti EU skutečně existuje a jaký je případně rozsah jeho aplikace. Vzhledem k různorodé praxi rozhodovacích orgánů i ke zdrženlivému postoji ILC proto zatím nelze mít existenci takového speciálního pravidla, kterým se řídí mezinárodní odpovědnost EU, za potvrzenou.

Nicméně výslovné uznání toho, že speciální úprava odpovědnosti mezinárodních organizací je přípustná, má z pohledu politiky EU v oblasti zahraničních investic velký význam. I když je existence speciálních pravidel o odpovědnosti Unie sporná, nic nebrání tomu, aby Unie takové speciální pravidlo pro svou odpovědnost za porušení unijních investičních dohod, zejména pro účely řešení investičních sporů, sama vytvořila. Zcela nepochybně to může učinit tím, že takové pravidlo zahrne do svých budoucích investičních dohod s třetími zeměmi. Spornější je otázka, zda tak může učinit jednostranně, přijetím autonomní vnitřní úpravy. Článek 64 návrhu článků sice odkazuje na „pravidla organizace použitelná ve vztazích mezi mezinárodními organizacemi a jejichmi členy.“ Z této formulace i z komentáře k článku 64 návrhu článků se ovšem jeví, že ILC měla na mysli spíše to, že vnitřní pravidla mohou upravit odpovědnost mezinárodní organizace vůči jejím členským státům a *vice versa*, odpovědnost členských států vůči mezinárodní organizaci. Jako problematické se jeví, že by vnitřní pravidla mezinárodní organizace předurčovala rozsah odpovědnosti mezinárodní organizace a členských států ve vztazích s třetími zeměmi, a to zejména pokud by vnitřní pravidla organizace zužovala obecnou odpovědnost vůči třetím zemím (například tím, že by místo společné odpovědnosti Unie a členských států zakládala pouze odpovědnost Unie). K této otázce se ještě vrátíme v rámci rozboru nařízení o rozdělení finanční odpovědnosti.

⁷⁰⁸ UN International Law Commission. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011. Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session in 2011, s. 76.

⁷⁰⁹ ILC Commentary, pozn. 708, s. 100.

⁷¹⁰ Tamtéž, s. 100-102.

Praxe tedy ukazuje, že Unie se horlivě snaží o převzetí mezinárodní odpovědnosti místo členských států ve všech oblastech, které nějakým způsobem spadají do rozsahu jejich pravomoci. Exemplárním příkladem byly především spory na půdě WTO. Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost se tento přístup projevil i v oblasti zahraničních investic. Ve Sdělení k evropské investiční politice Komise k otázce mezinárodní odpovědnosti uvedla:

Evropská unie zastoupená Evropskou komisí ponese odpovědnost za všechna opatření orgánů EU. Vzhledem k výlučné vnější pravomoci zastává Komise názor, že Evropská unie bude také jediným žalovaným, pokud jde o jakákoli opatření přijatá členským státem, která se týkají investic státních příslušníků třetích zemí nebo společností ze třetích zemí, jež spadají do působnosti příslušné dohody.⁷¹¹

Snaha převzít na sebe odpovědnosti i tam, kde obecná pravidla mezinárodního práva ukazují spíše na členské státy, by se na první pohled mohla zdát poněkud paradoxní. Tento postoj lze nicméně vysvětlit integračním úsilím Komise a snahou dosáhnout všeobecnou akceptaci role EU v mezinárodních vztazích.⁷¹² Vystupování v mezinárodních sporech zároveň EU, obzvláště Komisi, umožňuje prosazovat vlastní politické priority a přímo se podílet se na formování mezinárodního systému. Na druhé straně mezi spory, které se odehrávají na půdě WTO, a investičními arbitrážemi, existují podstatné rozdíly. Odpovědnost za porušení pravidel WTO vede k tomu, že třetí stát může vůči porušiteli legálně uplatnit obchodní protiopatření. Byť mohou být ekonomické dopady protiopatření citelné, nedotýkají se přímo rozpočtu Unie, a jejich strpení může být i věcí politického kalkulu. Naproti tomu důsledky neúspěchu v investiční arbitráži jsou mnohem hmatatelnější, neboť prohraný investiční spor zpravidla vede k povinnosti vyplatit investorovi finanční náhradu, často ve značné výši. Zatímco je pro Komisi na jedné straně velmi lákavé, aby Unie nesla mezinárodní odpovědnost za jakékoli porušení unijních investičních dohod, což by Komisi umožnilo aktivně se účastnit investičních arbitráží, představa, že by Unie měla rovněž nést finanční následky prohraných sporů (zejména v případech, kdy by porušení práv investora bylo výsledkem zacházení ze strany členského státu), již byla lákavá podstatně méně.

Výše uvedený přehled přibližuje základní právní a faktickou konfiguraci, za níž Komise přistoupila ke zpracování návrhu nařízení o rozdělení finanční odpovědnosti.

3.5.3 Nařízení o rozdělení finanční odpovědnosti

(i.) Předmět úpravy a základní principy

Logickým krokem v úsilí Komise při budování nové politiky EU v oblasti zahraničních investic bylo vypracování pravidel, které by blíže upravovaly otázku odpovědnosti za porušení investičních dohod uzavřených Uníí a souvisejících otázek. V roce 2012 představila návrh příslušného nařízení, které nakonec vstoupilo v platnost dne 17. září 2014 jako nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 912/2014, 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 v této části jen jako nařízení).

Dohody o ochraně investic se od jiných mezinárodních smluv uzavíraných Uníí liší v tom, že zakládají závazný mezinárodní mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem, který je nezávislý na vnitrostátním soudnictví, a prostřednictvím kterého se jednotliví investoři mohou

⁷¹¹ Sdělení Komise, pozn. 556, s. 10.

⁷¹² *Eeckhout*, pozn. 701, s. 8.

na hostitelském státu zejména domoci přiznání finanční náhrady za porušení jejich práv. Hlavním předmětem nařízení je řešení finančních důsledků sporů vedených zahraničními investory proti EU na základě unijních investičních dohod, a dále určení, který subjekt (zda Unie nebo členský stát) má v řízení stát na straně žalované. Přijetí podrobných pravidel upravujících tyto otázky je jednoznačně nutno uvítat. Jak bylo rozvedeno v předchozí části, aplikace obecných pravidel mezinárodního práva na porušení unijních investičních dohod by patrně vedla ke značné právní nejistotě. Ochrana vlastních finančních a jiných zájmů by mohla vést k nejednotnému vystupování Unie a členských států na mezinárodní scéně a rovněž k obtížím pro jednotlivé investory při uplatňování jejich nároků.

Zatímco se nařízení podrobně zabývá rozdělením finančních důsledků prohraných sporů a procesními otázkami, otázka alokace mezinárodní odpovědnosti jako takové je řešena velmi nedůsledně, lze-li vůbec o nějakém řešení hovořit. Příčinu je nutno hledat především v původním návrhu nařízení, v němž Komise k řešení této otázky přistoupila účelově a navíc povrchně. Návrh nařízení vycházel z premisy, že za jakékoli porušení unijní investiční dohody bude nést mezinárodní odpovědnost pouze Unie. Tuto výchozí premisu Komise založila na pochybné konstrukci výlučné vnější pravomoci Unie ve všech záležitostech týkajících se zahraničních investic, která byla pouze stručně zmíněna v důvodové zprávě, a z níž pak samotný návrh nařízení implicitně vycházel. V průběhu legislativního procesu bylo toto základní (a chybné) koncepční východisko Komise v důsledku zásahů do textu nařízení ze strany Rady zcela rozvráceno, aniž by bylo nahrazeno jinou ucelenou konstrukcí. Kvalita výsledné podoby nařízení tak z pohledu jeho koherence s obecným mezinárodním právem značně trpí (jak bude podrobněji rozvedeno dále).

Nařízení je postaveno na základním řešení, podle kterého má být otázka mezinárodní odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod oddělena od otázky odpovědnosti finanční. Otázku mezinárodní odpovědnosti návrh nařízení spojuje zejména s tím, který subjekt má v investičním sporu zahájeným zahraničním investorem proti EU vystupovat v roli žalovaného. „Finanční odpovědností“ naproti tomu nařízení rozumí povinnost uhradit peněžní částku přiznanou rozhodčím soudem nebo dojednanou v dohodě o narovnání s investorem, včetně nákladů vyplývajících z rozhodčího řízení (článek 2(g) nařízení).

V důvodové zprávě k návrhu nařízení Komise prezentovala názor, podle kterého je nutno mezinárodní odpovědnost určit na základě toho, který subjekt má pravomoc k přijetí příslušných mezinárodních pravidel. Jelikož podle Komise Unii náleží výlučná pravomoc k uzavírání investičních dohod, která se podle ní vztahuje i na portfoliové investice, a která zahrnuje veškeré standardy ochrany investic, včetně úpravy vyvlastnění, bude za porušení unijních investičních dohod podle Komise vždy mezinárodně odpovědná Unie, a to i v případě, že porušení bude důsledkem zacházení ze strany členského státu a jeho orgánů.⁷¹³

Rozdělení finanční odpovědnosti se řídí jinými pravidly. Hlavní zásadou je, že finanční odpovědnost leží na tom subjektu, který je původcem sporného zacházení (*actor which has afforded the treatment in dispute*). Konkrétně se to projevuje následovně:

- pokud předmětné zacházení poskytly orgány Unie, finanční odpovědnost nese Unie;
- pokud předmětné zacházení poskytl členský stát, pak finanční odpovědnost nese tento členský stát;

⁷¹³ Návrh nařízení, pozn. 686, důvodová zpráva, s. 4.

- pouze v případě, že předmětné jednání členského státu je vyžadováno právem EU, měla by finanční odpovědnost nést Unie.

Uvedené pojetí lze zjednodušeně shrnout tak, že zatímco mezinárodní (neboli vnější) odpovědnost by měla sledovat vnější pravomoci, finanční (neboli vnitřní) odpovědnost by měla sledovat pravomoci vnitřní. Komise k tomu v důvodové zprávě uvádí, že z hlediska určení mezinárodní odpovědnosti není rozhodné, který subjekt je původcem příslušného zacházení, a je nepodstatné (*immaterial*), že na základě pravidel týkajících se vnitřního trhu disponuje členský stát pravomocí, která mu umožňuje přijímat právní předpisy ve vnitrostátní oblasti, neboť rozhodující je v tomto ohledu pouze pravomoc vnější. Uvedená konstrukce dle Komise představuje zvláštní pravidlo (*lex specialis*) o odpovědnosti mezinárodních organizací ve smyslu článku 64 návrhu článků. Otázku mezinárodní odpovědnosti je ovšem podle Komise nutno oddělit od otázky rozdělení finanční odpovědnosti, neboť to je nezbytné k zajištění spravedlivého rozdělení nákladů (*fair allocation of costs*), a to tak, aby rozpočet Unie (a subsidiárně i rozpočty členských států, jichž se předmětný spor netýká) nebyl zatížen náklady souvisejícími se zacházením, které poskytl pouze jeden členský stát.⁷¹⁴

Co se týče procesních otázek, nařízení s ohledem na různé možné scénáře porušení unijních investičních dohod řeší především otázku, který subjekt (tj. zda Unie nebo dotčený členský stát) má v řízení vystupovat na straně žalované. Již původní návrh Komise přihlížel ke skutečnosti, že vzhledem k navrhovaným pravidlům o rozdělení finanční odpovědnosti, na základě kterých bude ve většině případů ležet tíha nepříznivého výsledku arbitráže na členském státě, nebylo realistické a ani účelné požadovat, aby za každých okolností v řízení vystupovala na straně žalované Unie zastoupená Komisí. Nařízení proto počítá s tím, že v investičních sporech týkajících se zacházení poskytnutého členským státem, za něž tento stát nese potenciální finanční odpovědnost, by tento členský stát rovněž měl mít možnost hájit se sám. Nicméně konkrétní pravidla úpravy vystupování v řízení doznala v průběhu legislativního procesu řady významných změn. Ve svém původním návrhu si totiž Komise chtěla ponechat řadu možností, jak si i nad průběhem sporů vedených členskými státy ponechat vysokou míru kontroly, nebo vedení sporu od členského státu z různých důvodů zcela převzít, a rovněž si chtěla ponechat kontrolu nad možností členského státu dohodnout se s investorem na mimosoudním narovnání. Komise s tímto přístupem, který jí měl zabezpečit dominantní vliv na vedení investičních arbitráží, ovšem narazila na odpor členských států zastoupených v Radě. Výsledná podoba návrhu tak v úpravě procesních otázek více vyvažuje zájmy EU se zájmy členských států, které si ponechaly mnohem větší autonomii v rámci vedení řízení ve sporech, které se dotýkají jejich finančních zájmů.

Jedním ze základních cílů nařízení je, aby investoři z třetích zemí nebyli znevýhodněni v důsledku interních mechanismů Unie souvisejících s potřebou řešit otázky spojené s finanční odpovědností, které často budou vést ke složitým úvahám a potenciálně i sporům mezi Komisí a členským státem.⁷¹⁵ Nařízení v tomto ohledu obsahuje řadu pojištění, které by měly bez ohledu na interní postupy a eventuální spory zabezpečit hladký průběh arbitrážního řízení. Tato pravidla vycházejí ze základního společného principu, že pokud mezi Komisí a členským státem dojde k neshodám o určité otázce (například ohledně alokace finanční odpovědnosti), rozhodne o této otázce Komise. Pokud členský stát s rozhodnutím Komise nesouhlasí, může podat k SDEU žalobu na přezkum jeho legality. Zde se již nicméně bude jednat o čistě interní záležitost Unie, bez dopadů do práv investora nebo do průběhu arbitrážního řízení. Částka přiznaná arbitrážním tribunálem bude investorovi vyplacena neprodleně, přičemž případné

⁷¹⁴ Návrh nařízení, pozn. 686, důvodová zpráva, s. 4-6.

⁷¹⁵ Tamtéž, s. 2 a 6.

neshody ohledně rozdělení finanční odpovědnosti mezi Unii a členský stát budou řešeny až následně.

(ii.) *Mezinárodní odpovědnost Unie a rozsah působnosti nařízení*

Dříve než se budeme zabývat podrobnými pravidly nařízení, která se týkají rozdělení finanční odpovědnosti a vedení investičních sporů, je potřeba si ujasnit, jaký bude vlastně režim odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod z pohledu mezinárodního práva. V této souvislosti je vhodné připomenout, že pravidla obecného mezinárodního práva o odpovědnosti mezinárodních organizací pracují s kritériem přičitatelnosti. Jak bylo uvedeno výše, ILC odmítla návrhy EU na zavedení speciálního pravidla o přičitatelnosti, podle kterého by se Unii mohlo přičítat jednání orgánů členských států, pokud nad nimi Unie vykonává normativní kontrolu. Jednání orgánů členského státu EU (ať už jednajících v rámci vlastních pravomocí, nebo při provádění závazných aktů Unie) se tak podle obecného mezinárodního práva přičítá členskému státu a zásadně ne Unii. V určitých omezených případech je dle obecného mezinárodního práva možné, že Unie bude odpovědna *vedle* členského státu, a to tehdy, pokud normativní kontrola Unie nad chováním orgánů členského státu bude tak intenzivní, že bude naplňovat znaky řízení a kontroly podle článku 15 návrhu článků, eventuálně může Unie odpovídat i za chování orgánů členského státu, pokud prostřednictvím nich obchází své vlastní mezinárodní závazky ve smyslu článku 16 návrhu článků. Lze tedy shrnout, že dle obecného mezinárodního práva Unie nenese mezinárodní odpovědnost za porušení unijní investiční dohody, která je uzavřena ve formě smíšené smlouvy, pokud je toto porušení výsledkem zacházení poskytnutého členským státem, který přitom jednal v rámci své vlastní pravomoci.

V důvodové zprávě k návrhu nařízení ovšem Komise, opírajíc se pouze o minimum argumentů, dovodila, že výlučná mezinárodní odpovědnost Unie za jakékoli porušení unijní investiční dohody je založena na zvláštním pravidlu (*lex specialis*), což umožňuje článek 64 návrhu článků. Tvrzení o existujícím *lex specialis* ve formě, v jakém ho prezentovala Komise, ovšem neobstojí ani z pohledu práva EU, ani z pohledu mezinárodního práva.

Z pohledu práva EU toto tvrzení neobstojí proto, že je založeno na zjevně nesprávném předpokladu, že Unie má *výlučnou* vnější pravomoc pro všechny formy zahraničních investic, včetně investic portfoliových. Jak bylo podrobně vysvětleno v části 3.4.2, tvrzená existence *výlučné* vnější pravomoci Unie v oblasti portfoliových investic nemá žádnou oporu v judikatuře SDEU a nenašla žádné zastání ani v relevantní literatuře. Diskuse může být vedena pouze o tom, zda má Unie v oblasti portfoliových investic implicitní vnější pravomoc *sdílenou*, což je ovšem otázka velmi sporná, neboť v současném stupni vývoje práva EU není vůbec jasné, jaké jsou podmínky pro vznik implicitní sdílené pravomoci. I kdyby Unie měla v oblasti portfoliových investic sdílenou vnější pravomoc, znamenalo by to, že mezinárodní smlouvy mohou v této oblasti uzavírat jak Unie, tak i členské státy. Není proto jasné, proč by v případě, že Unie a členské státy uzavřou v této oblasti smíšenou smlouvu, měla nést mezinárodní odpovědnost pouze Unie a nikoli členské státy. Postoj SDEU je spíše takový, že ze smíšených smluv jsou (z pohledu práva EU) Unie a členské státy odpovědny společně (viz výklad výše). Navíc je sporné, EU vůbec má pravomoc samostatně uzavírat mezinárodní smlouvy zahrnující úpravu vyvlastnění nebo pravidla chránící smluvní práva investora, nebo zda taková pravidla bude moci zahrnout do unijních investičních dohod jen na základě účasti členských států. Zdůvodnění Komise, proč by měla z pohledu práva EU nést za porušení unijní investiční dohody odpovědnost vždy pouze Unie, je tak velmi nepřesvědčivé a je nutno vnímat jej spíše

jako pokus o strategický tah v boji s Radou a s členskými státy ve snaze prosadit myšlenku široké výlučné pravomoci Unie, než jako snahu o nalezení koherentního doktrinárního řešení.⁷¹⁶

Ještě méně přesvědčivá je konstrukce Komise z pohledu mezinárodního práva. Připusťme na chvíli, že Unie skutečně má výlučnou vnější pravomoc, která pokrývá veškeré záležitosti týkající se zahraničních investic, tedy včetně investic portfoliových, která zahrnuje i takové otázky, jako je úprava přímého vyvlastnění. Znamenalo by to, že existuje zvláštní pravidlo mezinárodního práva (*lex specialis*) ve smyslu článku 64 návrhu článků, které by zakládalo výlučnou mezinárodní odpovědnost Unie za jakékoli porušení unijní investiční dohody ze strany členského státu? Odpověď zní, že nikoli. Takto konstruované pravidlo daleko přesahuje speciální pravidlo, pro jehož zařazení do návrhu článků v průběhu jejich přípravy argumentovala EU i někteří autoři. Speciální pravidlo navrhované zástupci EU znělo přibližně tak, že Unie (a pouze Unie) by měla být mezinárodně odpovědná za jednání orgánů členských států, pokud tyto orgány provádějí závazné akty Unie. Existence takového speciálního pravidla je sporná. ILC v komentáři k článku 64 návrhu článků existenci takového pravidla nepotvrdila, když pouze poukázala na judikaturu Orgánu pro řešení sporů WTO, která existenci zvláštního pravidla v tomto smyslu v zásadě akceptovala, kterou postavila do protikladu s judikaturou ESLP, z níž spíše plyne opak.⁷¹⁷ V rámci přípravných prací na návrhu článků ovšem nikdy nebyla diskutována možná existence takového zvláštního pravidla, podle kterého by Unie (a pouze Unie) byla mezinárodně odpovědná za jednání orgánů členského státu v oblasti, která není pokryta unijní legislativou, a členský stát tedy nejedná v rámci normativní kontroly Unie, nýbrž vykonává svou vlastní pravomoc. Myšlenka, že by i v takové situaci měla být mezinárodně odpovědná Unie, a to pouze z toho důvodu, že Unie má v dané oblasti vnější pravomoc, je novum, které v žádném případě nemůže vyjadřovat *existující* zvláštní pravidlo o mezinárodní odpovědnosti Unie.

Skutečnost, že takové zvláštní pravidlo mezinárodního práva v současnosti *neexistuje*, ovšem neznamená, že Unie nemůže takové zvláštní pravidlo pro účely určení odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod *vytvořit*. To se naopak jeví jako velmi žádoucí. Vzhledem k nepřehledné spleti různých výsledků, ke kterým by vzhledem k různým možným scénářům porušení unijních investičních dohod vedla aplikace pravidel obecného mezinárodního práva, by vytvoření jasného zvláštního pravidla posílilo právní jistotu na straně všech zúčastněných subjektů (včetně zejména zahraničních investorů) a umožnilo by jednotné vystupování Unie a členských států na mezinárodní scéně. Případná společná odpovědnost Unie a členských států je pro ně navíc nevýhodná i z praktického hlediska. Vhodně nastavené nové zvláštní pravidlo o mezinárodní odpovědnosti může Unie zavést především začleněním odpovídajícího ustanovení do svých investičních dohod s třetími zeměmi, které by se tím pádem uplatnilo jako pravidlo smluvní. Příslušné ustanovení by například znělo, že za jakékoli porušení práv investora podle této dohody ze strany Unie nebo kteréhokoli členského státu nese odpovědnost Unie. Ve věcech vedení řízení by toto ustanovení dále odkazovalo na nařízení.

Jako problematičtější se jeví vytvoření zvláštního pravidla o odpovědnosti mezinárodní organizace s účinky vůči třetím zemím pouze vnitřními pravidly organizace (například zakotvením takového pravidla v nařízení Unie). Ze znění článku 64 návrhu článků, a zejména

⁷¹⁶ Komise na podporu své teorie zastřešila pouze odkazem na odstavec 33 *Posudku 1/91*, kde se soud v úplně jiném kontextu otázkou, který subjekt (zda Společenství nebo členské státy) měl být považován za smluvní stranu navrhované Smlouvy o EHP, a to za účelem posouzení souladu vytvoření soudu pro EHP s právem EU. Soud konstatoval, že rozhodnutí o této otázce bude v konkrétním případě posouzení příslušných ustanovení smlouvy a na příslušných pravomocích Společenství a členských států vyplývajících ze Zakládajících smluv.

⁷¹⁷ ILC Commentary, pozn. 708, s. 100-102.

z komentáře k němu, se spíše jeví, že ILC měla odkazem na vnitřní pravidla organizace v uvedeném ustanovení na mysli to, že vnitřní pravidla mohou upravit odpovědnost mezinárodní organizace vůči jejím členským státům a *vice versa*, odpovědnost členských států vůči mezinárodní organizaci, a ne odpovědnost mezinárodní organizace či jejích členských států vůči třetím zemím. To ovšem neznamená, že formulování příslušného pravidla v nařízení postrádá smysl. Začlenění takového pravidla do nařízení by mohlo představovat jasný programový pokyn pro sjednávání unijních investičních dohod a zároveň signál pro smluvní protistrany, jaký je přístup EU k otázce odpovědnosti za porušení investičních dohod. V případě zakotvení takového pravidla v nařízení by toto pravidlo mohlo být inkorporováno do uzavíraných investičních dohod i pouhým odkazem. I v případě absence příslušného ustanovení v investiční dohodě by Unie ve sporu s investorem mohla argumentovat odkazem na tuto vnitřní legislativu, která by nepochybně musela být investorovi i jeho domovskému státu známá, a investiční tribunál by zřejmě neměl mnoho důvodů k tomu, aby toto zvláštní pravidlo neaplikoval.

Je nutno zdůraznit, že z pohledu mezinárodního práva je spíše než doktrinární zdůvodnění zvláštního pravidla, které má význam spíše z pohledu interních diskusí v rámci EU, mnohem důležitější jeho jasná artikulace v právním textu, která by arbitrážnímu tribunálu rozhodujícímu investiční spor neoponechávala žádný prostor k pochybnostem o jeho obsahu a použitelnosti. Z pohledu legislativní techniky tedy bylo nejhodnější zabývat se doktrinárním zdůvodněním z pohledu práva EU pouze v důvodové zprávě, zatímco v textu nařízení bylo potřebné formulovat jeho jasné normativní znění bez nutnosti spojovat ho s těmito důvody. Nařízení v tomto ohledu zcela selhává.

Ani v původním návrhu nařízení, ani v jeho konečné verzi, není zvláštní pravidlo o výlučné mezinárodní odpovědnosti Unie za porušení investičních dohod ze strany členských států formulováno jako skutečné pravidlo v některém z jeho článků. Samotné nařízení se mezinárodní odpovědností Unie nezabývá, pouze z ní vychází při formulování pravidel o finanční odpovědnosti a při úpravě procesních otázek. Problematiky mezinárodní odpovědnosti se tak dotýkají jen prohlášení preambule, což značí, že nějaké zvláštní pravidlo o mezinárodní odpovědnosti již existuje a jeho existence se zde pouze konstatuje. Preambule původního návrhu nařízení se s touto otázkou vypořádávala v bodech 1 a 3:

(1) Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost získala Unie výlučnou pravomoc k uzavírání mezinárodních dohod o ochraně investic. Unie již je smluvní stranou Smlouvy o energetické chartě, která zajišťuje ochranu investic.

(3) V souladu s judikaturou Soudního dvora Evropské unie by mezinárodní odpovědnost za zacházení, které je předmětem řízení o řešení sporu, měla sledovat rozdělení pravomocí mezi Evropskou unii 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 poskytl samotná Unie, nebo členský stát.

Pojetí Komise bylo ovšem rozvráceno zásahy ze strany Rady, která nepřipustila, aby nařízení nějakým způsobem potvrzovalo existenci výlučné vnější pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic nad rámec toho, co je výslovně stanoveno ve SFEU. Body 1 a 3 preambule nařízení nyní znějí následovně (změny jsou vyznačeny kurzivou):

(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 odpovědná za obhajobu v případech 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.

Poměrně významné zásahy byly dále provedeny i do definic. Pojem „dohoda“ je oproti původnímu návrhu omezen na ty dohody, které obsahují ustanovení o přímých zahraničních investicích. Pojem „spor“ je definován jako žaloba podaná nejen proti Unii, ale nově i proti členskému státu.

Konečná verze uvedených ustanovení na jedné straně lépe vystihuje skutečný právní stav ohledně rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy, na druhé straně vyvolává závažné otázky.

První otázka zní, zda lze body 1 a 3 preambule považovat za vyjádření zvláštního pravidla (*lex specialis*) o mezinárodní odpovědnosti Unie. Nejspíš to možné bude, ovšem aby bylo bez pochybností závazné i pro investiční tribunály, mělo by být zopakováno v každé unijní investiční dohodě uzavřené s třetí zemí. Pak je ovšem otázkou, zda je obsah uvedeného zvláštního pravidla z pohledu formování jednotné evropské investiční politiky uspokojivý. Je totiž zřejmé, že mezinárodní odpovědnost Unie má podle tohoto zvláštního pravidla vznikat jen v oblastech, ve kterých má Unie výlučnou vnější pravomoc, konkrétně ve věcech oblastech spadajících pod společnou obchodní politiku. Pod společnou obchodní politiku přitom spadají jen přímé zahraniční investice, přičemž je dále diskutabilní, zda i v oblasti přímé zahraniční investice společná obchodní politika zahrnuje veškerá opatření post-investiční ochrany, jako jsou pravidla pro přímé vyvlastnění. Ve sporech, které budou zasahovat mimo rámec výlučné pravomoci Unie ve věcech společné obchodní politiky, zejména těch, které se budou týkat portfoliových investic, kde je vnější pravomoc Unie nanejvýš smíšená, se bude odpovědnost Unie a členských států patrně řídit obecným mezinárodním právem. Porušení investiční dohody, která bude uzavřena jako smíšená smlouva, by tak v těchto případech patrně mělo směřovat ke společné odpovědnosti Unie a členského státu.

S tím souvisí další otázka, a to jaký je vlastně rozsah působnosti nařízení. Výše uvedená ustanovení totiž lze interpretovat i tak, že nařízení se vztahuje pouze na záležitosti zahrnuté do společné obchodní politiky. V takovém případě by například pro spory z portfoliových investic pravidla nařízení neplatila. Bez ohledu na rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy by to z pohledu koherence investiční politiky EU bylo nutné považovat za velmi nešťastný výsledek. Pochybnosti v tomto ohledu zcela nerozptyluje ani článek 1 nařízení v jeho konečném znění po zásazích ze strany Rady, které především akcentují, že rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy není nařízením nijak dotčeno:

Aniž je dotčeno rozdělení pravomocí stanovené ve Smlouvě o fungování EU, vztahuje se toto nařízení na řešení sporů mezi investorem a státem vedené na základě dohody, již je Unie stranou nebo již jsou Unie a její členské státy stranami, které zahájil žalobce ze třetí země. Přijetím a uplatňováním tohoto nařízení není zejména dotčeno vymezení pravomocí stanovené ve Smlouvách, mimo jiné ve vztahu k zacházení, které poskytují členské státy nebo Unie, a které bylo žalobcem napadeno při řešení sporů mezi investorem a státem vedeném podle určité dohody.

I když uvedené ustanovení nehovoří o sporech týkajících se pouze přímých zahraničních investic, všechny další indicie, od výše uvedených formulací, přes definici dohody, až po

skutečnost, že jediným právním základem přijetí nařízení je článek 207(2) SFEU, k takovému závěru vedou. Tím si Unie potenciálně zadělala na velké problémy v případech, kdy se investiční spor nebude jednoznačně týkat jen přímých zahraničních investic.

Výše uvedené nejasnosti mají z pohledu práva EU další velmi neblahý důsledek. Pokud bude investiční spor potenciálně zasahovat mimo jednoznačný rámec společné obchodní politiky, zejména namítne-li to v rámci investičního sporu investor, bude tyto otázky muset vyřešit příslušný arbitrážní tribunál. Ten bude muset posoudit, který subjekt je v daném případě mezinárodně odpovědný, a je rovněž dost možné, že se bude muset zabývat rozsahem působnosti nařízení, neboť na základě jeho pravidel se má určit, který subjekt má v řízení vystupovat na straně žalované. Nařízení mu při řešení uvedených otázek poskytuje oporu pouze v tom, že mezinárodní odpovědnost Unie váže na existenci výlučné vnější pravomoci Unie. Aby tedy tribunál mohl o těchto otázkách rozhodnout, bude muset sám posoudit, zda předmětný spor náleží do výlučné pravomoci Unie či nikoli. Bude muset například posoudit, zda investice, o níž v předmětném případě jde, je ve smyslu práva EU investicí přímou nebo portfoliovou⁷¹⁸, a pokud se bude jednat o investici portfoliovou, zda v tomto rozsahu vykonala při uzavření investiční dohody svou pravomoc Unie nebo členský stát. Případně se bude muset zabývat otázkou, zda jsou pravidla pro vyvlastnění zahrnuta do výlučné pravomoci Unie, nebo zda se k dodržování těchto pravidel ve smíšené dohodě zavázaly členské státy v rámci vlastní pravomoci. Taková externalizace rozhodování o výsostně interních otázkách je z pohledu práva EU krajně nežádoucí a v konečném důsledku může vést i k inkompatibilitě rozhodčích doložek v unijních investičních dohodách s právem EU.⁷¹⁹ Řešení otázek spojených s rozdělením pravomocí Unie mohla a měla internalizovat. Nařízení mělo vytvořit jasná pravidla, která by nevyvolávala žádné pochybnosti, a arbitrážní tribunály by neměly žádnou jinou možnost, než tato pravidla aplikovat předpokládaným způsobem. Správným řešením by bylo vytvořit pro účely unijních investičních dohod zvláštní pravidlo mezinárodního práva, na základě kterého by Unie převzala mezinárodní odpovědnost za jakékoli porušení unijních investičních dohod, bez ohledu na to, zda se spor týká investic přímých či portfoliových, bez ohledu na to, jaké pravidlo unijní investiční dohody bylo porušeno, a bez ohledu na to, zda je příslušné porušení podle obecného mezinárodního práva přičitatelné Unii nebo členskému státu. Jinak je totiž úprava mezinárodní, a v konečném důsledku i finanční, odpovědnosti za porušení unijních investičních dohod fragmentovaná a potenciálně přenáší řešení otázky vymezení pravomocí mezi Uníí a členskými státy na arbitrážní tribunály. Lze jen doufat, že alespoň částečné řešení těchto problémů bude obsaženo v budoucích investičních dohodách uzavíraných Uníí.

Nezbývá tedy než vyčkat, jak budou pravidla zavedená nařízením doplněna v jednotlivých investičních dohodách uzavíraných Uníí, a jak se k řešení výše nastíněných otázek postaví investiční tribunály. Každopádně lze považovat za chybu, že kvůli pozičním soubojům mezi Komisí a Radou ohledně rozsahu a povahy vnějších pravomocí nařízení nepřineslo jasnější a pragmatičtější režim, který by odpovědnost Unie a členských států podrobil jednotnému režimu, a který by byl koherentnější s mezinárodním právem.

(iii.) Pravidla pro rozdělení finanční odpovědnosti

Rozdělení finanční odpovědnosti, která je v článku 2(g) nařízení definována jako „povinnost uhradit peněžní částku přiznanou rozhodčím soudem nebo dojednanou v dohodě o narovnání,

⁷¹⁸ Ačkoli definice investice v investičních dohodách pravidelně zahrnují jak přímé tak portfoliové investice, zpravidla toto rozdělení nesledují. Investiční tribunál se tak nebude moci opřít o text příslušné dohody a bude muset hledat příslušná kritéria jinde.

⁷¹⁹ Srov. zejména Opinion 1/91, odst. 33 a násl.

včetně nákladů vyplývajících z rozhodčího řízení“, se řídí jinými kritérii, než z jakých nařízení vychází při konstruování odpovědnosti mezinárodní. Jedním ze základních principů, na nichž Komise postavila svůj návrh, je, že rozdělování finanční odpovědnosti musí být ve vztahu k Unii rozpočtově neutrální, a že Unie má nést pouze ty náklady, které byly vyvolány akty ze strany jejích orgánů. Na rozdíl od obecné odpovědnosti se proto rozdělení finanční odpovědnosti mezi Unii a členský stát určuje na základě toho, který subjekt poskytl příslušné zacházení, jenž je v rozporu s příslušnou investiční dohodou. Je zajímavé, že zatímco vnější odpovědnost se má řídit pravidly, která jsou odlišná od pravidel obecného mezinárodního práva (rozhodující je kritérium vnější pravomoci), pro rozdělení vnitřní (finanční) odpovědnosti Unie zavedla kritérium, které se podobá kritériu přičitatelnosti podle obecného mezinárodního práva. Členské státy rovněž nebudou finančně odpovědné za jednání, kterého se sice dopustily jejich orgány, pokud bylo toto jednání vyžadováno právem EU (zde se jedná o pravidlo blízké kritériu normativní kontroly). Tento model se tak vzdaluje od obecného systému odpovědnosti mezinárodních organizací a spíše se přibližuje systému rozdělení odpovědnosti v některých federálních státech.⁷²⁰

Základní pravidla pro rozdělení finanční odpovědnosti jsou stanoveny v článku 3 nařízení. Unie nese finanční odpovědnost vyplývající ze zacházení, které poskytly orgány, instituce nebo jiné subjekty Unie. Členský stát nese finanční odpovědnost vyplývající ze zacházení, které poskytl tento členský stát. Členský stát by ovšem zároveň neměl nést finanční odpovědnost v případě zacházení, které je vyžadováno právem EU. To je zcela jistě logické řešení. Původnímu návrhu Komise ovšem bylo vyčítáno, že posledně uvedené kritérium nebylo specifikováno dostatečně jednoznačně.⁷²¹ Zejména nebylo jasné, v jakém rozsahu se uvedené pravidlo použije v situacích, kdy má členský stát při implementaci práva EU určitou míru volnosti, což je relevantní zejména v případě provádění směrnic. Konečná verze nařízení tento problém řeší novou definicí výrazu „vyžadováno právem Unie“ v článku 2(1). Podle této definice se bude jednat o situace, kdy se členský stát mohl vyhnout tvrzenému porušení investiční dohody vyhnout pouze nedodržením svých povinností vyplývajících z práva EU, například kdy členský stát nemá žádný prostor pro vlastní uvážení nebo hodnocení, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo. Pokud má tedy členský stát při implementaci práva EU prostor k vlastnímu uvážení, musí příslušná pravidla implementovat takovým způsobem, který neporušuje práva investorů podle unijní investiční dohody. V opačném případě bude za její porušení nést finanční odpovědnost.

V praxi samozřejmě mohou nastat složitější případy, kdy může být podle uvedených pravidel částečně odpovědná Unie a částečně členský stát, přičemž o míře odpovědnosti mohou mezi Komisí a členským státem panovat neshody. Důležité ovšem je, že otázka rozdělení finanční odpovědnosti by měla být řešena interně v rámci Unie a zcela mimo rámec arbitrážního řízení. Pokud se na rozdělení finanční odpovědnosti Komise a členský stát nedohodnou, rozhodne o této otázce Komise, přičemž členský stát má možnost takové rozhodnutí nechat přezkoumat SDEU (viz dále).

⁷²⁰ Srov. European Parliament, Directorate-General for External Policies of The Union. Responsibility in Investor-State-Arbitration in the EU: Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by EU's International Investment Agreements. EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot 7/31, December 2012 (Authors: Ch. Tietje, E. Sipiorski a G. Töpfer), s. 10-14. Zjevná je paralela s německým modelem uplatňovaným na rozdělení finanční odpovědnosti mezi spolkovou vládou a jednotlivé spolkové země. Uvedená studie ovšem upozorňuje na to, že rozdělení vnitřních pravomocí je v rámci federálních států mnohem jasnější než rozdělení vnitřních pravomocí mezi EU a členské státy. V důsledku toho je uplatňování systému rozdělení finanční odpovědnosti v rámci federálních států jednodušší.

⁷²¹ Tietje a kol., pozn. 720, s. 18.

(iv.) *Vedení sporu*

Články 4 až 12 nařízení se týkají vedení arbitrážního řízení. Nařízení zejména určuje, který subjekt má mít v případě sporu postavení žalovaného.

V případě sporů, které se týkají zacházení poskytnutého orgány Unie, vystupuje ve sporu jako žalovaná Unie. Do těchto řízení členské státy nijak nezasahují. Komise o zahájení řízení a o jeho průběhu pouze informuje Parlament a Radu.

Složitější pravidla jsou stanovena pro vedení sporů, které se zcela nebo částečně týkají zacházení poskytnutého členským státem. Základní pravidlo je, že v těchto případech by měl jako žalovaný vystupovat příslušný členský stát. Nařízení ovšem předpokládá některé výjimky, kdy i v těchto případech může jako žalovaná vystupovat Unie. Původní návrh poskytoval Komisi široký prostor k převzetí vedení sporu od členského státu a k prosazování zájmů Unie v investičních sporech. V průběhu legislativního procesu byly tyto možnosti značně zúženy.

Komise může rozhodnout, že v řízení bude jako žalovaná vystupovat Unie, a to v případech uvedených v článku 9 v odstavcích 2 a 3 nařízení. Toto rozhodnutí může učinit do 45 dnů poté, co obdrží oznámení investora o úmyslu zahájit rozhodčí řízení.

Podle článku 9(2) nařízení může Komise uvedeným způsobem rozhodnout tehdy, kdy (i) Unie bude alespoň částečně nést potenciální finanční odpovědnost vyplývající ze sporu, nebo (ii) spor se týká zároveň zacházení, které poskytly orgány Unie. Tyto dva případy převzetí vedení sporu Unii byly zachovány z původního návrhu nařízení. Na rozdíl od původního návrhu, který pro rozhodnutí o převzetí vedení sporu Komise nestanovil žádné další podmínky, konečná verze tohoto ustanovení požaduje, aby Komise rozhodla na základě „úplné a vyvážené analýzy a právního zdůvodnění, které poskytne členským státům“ přičemž odkazuje na poradní postup podle nařízení č. 182/2011.⁷²²

Původní návrh v článku 8(2) pod písmeny (c) a (d) stanovoval další dva případy, kdy mohla Unie na základě rozhodnutí Komise převzít vedení sporu od členského státu. Konkrétně se jednalo o situace, kdy (i) je pravděpodobné, že na základě téže dohody budou podobné žaloby podány ohledně zacházení, které poskytly ostatní členské státy, přičemž Komise může nejlépe zajistit účinnou a jednotnou obhajobu; a kdy (ii) spor vyvolává právní otázky, které dosud nejsou vyřešeny, a které se mohou na základě téže dohody Unie či jiných dohod Unie znovu vyskytnout v jiných sporech týkajících se zacházení poskytnutého Unii nebo ostatními členskými státy. Tato navrhovaná ustanovení byla kritizována jako příliš vágní a neurčitá, ponechávajíc Komisi příliš široká oprávnění k převzetí vedení sporu, který se týká finančních zájmů členského státu.⁷²³ Z konečného textu nařízení byla tato ustanovení zcela vypuštěna a byla nahrazena novým ustanovením článku 9(3). Podle něj může Komise rozhodnout o tom, že Unie bude vystupovat na straně žalované, pokud „obdobné zacházení bylo napadeno v související žalobě proti Unii u WTO, pokud byla zřízena skupina odborníků (panel) a žaloba se týká stejné konkrétní právní otázky, a pokud je nezbytné zajistit ve věci před WTO jednotnou argumentaci“. Toto nové ustanovení lze z praktického hlediska považovat za téměř bezvýznamné, neboť pravděpodobnost, že by byl tentýž (resp. obdobný) případ projednáván v rámci investiční arbitráže a zároveň i na půdě WTO, se vzhledem k odlišnému přístupu i účelu pravidel WTO a investičních dohod blíží nule. I když takovou možnost samozřejmě nelze zcela

⁷²² Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 182/2011 ze dne 16. února 2011, kterým se stanoví pravidla a obecné zásady způsobu, jakým členské státy kontrolují Komisi při výkonu prováděcích pravomocí.

⁷²³ *Tietje a kol.*, pozn. 720, s. 24.

vyloučit (zejména pokud se budou rozhodčí doložky v nových investičních dohodách uzavíraných Unii vztahovat i na úpravu před-investiční fáze), úzký záběr tohoto ustanovení fakticky zbavilo Komisi možnosti převzít od členských států vedení řízení v jiných případech, než kdy jsou alespoň částečně dotčeny finanční zájmy Unie ve smyslu článku 9(2) nařízení. Fakticky bezzubý odkaz na obdobné spory v rámci WTO představuje s největší pravděpodobností kompromis dosažený v průběhu legislativního procesu, který zřejmě pramenil z kategorického nesouhlasu Rady se širokými pravomocemi Komise v rámci investičních sporů, které jí přiznával původní návrh nařízení.

Členský stát může Unii přenechat vedení sporu i dobrovolně. Podle původního návrhu k tomu mělo dojít automaticky, pokud členský stát Komisi v určené lhůtě neoznámil, že v řízení hodlá vystupovat jako žalovaný. Konečná verze nařízení toto pravidlo obrací – vedení řízení přechází na Unii pouze v případě, že členský stát Komisi výslovně písemně potvrdí, že nehodlá v řízení vystupovat jako žalovaný (článek 9(1)(b) nařízení).

Z nařízení byla dále zcela vypuštěna ustanovení původního článku 9(2) návrhu nařízení, podle něhož mohla Komise dotčený členský stát kdykoli požádat, aby v rozhodčím řízení zaujal určité stanovisko, pokud to bylo v zájmu Unie, a článku 9(3) návrhu nařízení, podle něhož mohla Komise vyžadovat, aby členský stát podal opravný prostředek proti rozhodčímu nálezu. V konečné verzi nařízení naopak pro případy, kdy Unie vystupuje jako žalovaná v řízení, které se alespoň částečně týká zacházení poskytnutého členským státem, přibyla výslovná povinnost Unie chránit finanční zájmy dotčeného členského státu (článek 9(4) nařízení) a předem konzultovat s členským státem jakékoli procesní podání či vyjádření (článek 9(6) nařízení). Nařízení dále obsahuje ustanovení, která blíže specifikují povinnosti členských států a Komise ke vzájemné spolupráci (nový článek 6 nařízení) a informační a koordinační povinnosti v průběhu vedení arbitrážního řízení (články 10 a 11 nařízení).

Lze shrnout, že konečná verze nařízení podstatně omezila široké možnosti intervence do arbitrážního řízení, které měl Komisi umožňovat původní návrh. V důsledku vypuštění ustanovení článku 8(2) písmen (c) a (d) původního návrhu, které umožňovaly Komisi převzít vedení řízení z důvodu obecného zájmu Unie, by mělo být pravidlem, že v řízeních týkajících se jednání orgánu členského státu bude jako žalovaný vystupovat tento členský stát, který sice bude muset způsob své obrany konzultovat s Komisí (článek 10(1)(a) nařízení), nicméně Komise jej k zaujetí určitého postoje nebude moci nutit. Unie tak do značné míry přijde o možnost přímého vlivu na utváření mezinárodního investičního práva v rozhodnutích tribunálů formou své přímé účasti na investičních sporech, který by byl logickým doplňkem její vnější pravomoci. Na druhé straně konečná verze nařízení do velké míry snižuje potenciální třecí plochy mezi Komisí a členskými státy, když zejména předchází situacím, kdy by obrana finančních zájmů členských států ležela na Komisi. Z tohoto pohledu je nutno uvedené změny vnímat spíše pozitivně.

Konečně je nutno upozornit na jeden významný aspekt. Mezinárodní odpovědnost za porušení unijních investičních dohod má vždy ležet na Unii a jak uvádí Preambule nařízení „Unie bude 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“ (bod 3 Preambule nařízení). Nařízení ovšem na základě odlišných kritérií určuje, zda má v konkrétním sporu vystupovat jako žalovaná Unie nebo členský stát, přičemž zároveň umožňuje, aby Unie v některých případech i proti vůli členského státu převzala vedení řízení. Pro arbitrážní tribunál řešící investiční spor ovšem tato pravidla obsažená v interním předpisu Unie nejsou závazná. Aby

mohla Unie jednostranně rozhodnout, který subjekt bude na její straně vystupovat v řízení, musí být tato možnost výslovně uvedena v investiční dohodě mezi Unií a příslušnou třetí zemí. V opačném případě arbitrážní tribunál nebude povinen takové jednostranné určení akceptovat.⁷²⁴

(v.) *Možnost uzavřít dohodu o narovnání*

Podstatnými změnami prošla v průběhu legislativního procesu úprava podmínek, za jakých může Unie a/nebo členský stát s investorem uzavřít dohodu o narovnání. V konečné verzi nařízení je tato úprava obsažena v člancích 13 až 16. Nařízení upravuje podmínky pro uzavření dohody o narovnání ve čtyřech různých případech: (i) uzavření dohody o narovnání ve sporech týkajících se zacházení poskytnutého orgány Unie; (ii) uzavření dohody o narovnání ve sporech týkajících se zacházení, které zcela nebo zčásti poskytl členský stát, kdy si uzavření dohody o narovnání přeje Unie; (iii) uzavření dohody o narovnání ve sporech týkajících se zacházení, které poskytl výlučně členský stát, kdy si uzavření dohody o narovnání přeje členský stát; a (iv) uzavření dohody o narovnání ve sporech týkajících se zacházení, které poskytl zčásti členský stát, kdy si uzavření dohody o narovnání přeje členský stát.

První případ (uzavření dohody o narovnání v případě zacházení poskytnutého Unií) je nekontroverzní a příslušné ustanovení návrhu nařízení bylo do jeho konečné verze převzato beze změn (článek 13 nařízení). V těchto případech rozhoduje o uzavření dohody o narovnání Komise. Další ustanovení se týkají případů, kdy zacházení poskytl alespoň částečně členský stát, ovšem pouze za předpokladu, že v řízení vystupuje jako žalovaná Unie. Nařízení naopak neupravuje podmínky pro uzavření dohody o narovnání v případech, kdy jako žalovaný vystupuje členský stát. V těchto případech totiž nařízení implicitně počítá s tím, že finanční odpovědnost bude ležet výlučně na tomto členském státě (viz dále). Ačkoli to nařízení výslovně nestanovuje, tomu musí odpovídat i možnost, aby členský stát v těchto případech sám mohl rozhodnout o uzavření dohody o narovnání.

Článek 14 nařízení upravuje případy, kdy (i) žalovanou ve sporu je Unie, přičemž (ii) spor se týká zacházení poskytnutého zcela nebo zčásti členským státem a (iii) uzavření dohody o narovnání si přeje Unie. Původní návrh nařízení umožňoval Komisi vyvolat postup předvídaný tímto ustanovením v případě, že uzavření dohody o narovnání bylo dle jejího názoru v zájmu Unie. Konečná verze nařízení mluví o tom, že uzavření dohody o narovnání musí být ve *finančním zájmu* Unie, což přirozeně rozsah působnosti tohoto ustanovení významně zužuje. Pokud se tedy Komise domnívá, že uzavření dohody o narovnání je ve finančním zájmu Unie, musí nejdříve vést konzultace s členským státem. Pokud se Komise a členský stát dohodnou na tom, že s investorem bude uzavřena dohoda o narovnání, vyvine členský stát úsilí k uzavření ujednání s Komisí, které vymeze prvky nezbytné pro vyjednávání o dohodě o narovnání a pro její provádění. Potud se konečná verze nařízení víceméně shoduje s původním návrhem. V další úpravě se již článek 14 nařízení se svou původní verzí zcela rozchází. Podle původního návrhu mohla Komise v případech, kdy členský stát s uzavřením dohody o narovnání nesouhlasil, i přes tento nesouhlas uzavřít s investorem dohodu o narovnání, pokud to vyžadoval převažující zájem (*overriding interest*) Unie. S takovou širokou pravomocí Komise konečná verze nařízení nepočítá. Naopak, ve sporech, jejichž vedení na sebe Unie převzala podle článku 9(2) (tj. z důvodu potenciální finanční odpovědnosti Unie nebo z důvodu, že se spor částečně týká zacházení poskytnutého orgány Unie), a které zahrnují finanční odpovědnost Unie i členského státu, Komise nemůže s investorem uzavřít dohodu o narovnání bez předchozí dohody s příslušným členským státem. Pokud členský stát s uzavřením dohody o narovnání nesouhlasí,

⁷²⁴ Na tuto otázku upozorňuje *Tietje a kol.*, pozn. 720, s. 22-23.

může Komise uzavřít dohodu o narovnání jen za předpokladu, že taková dohoda „nebude mít pro dotčený členský stát žádné finanční či rozpočtové důsledky“. V takovém případě zároveň nebude platit ustanovení článku 19 nařízení, které stanovuje postup pro určení rozdělení finanční odpovědnosti mezi Unii a členské státy. Ve výsledku to znamená, že Unie může uzavřít smír proti vůli členského státu pouze tehdy, pokud na sebe plně převezme odpovědnost za jeho plnění, což je úplně jiné řešení, než předpokládal původní návrh. V konečné verzi nařízení dále přibylo nové ustanovení, podle kterého dohoda o narovnání, kterou Unie uzavře bez souhlasu členského státu, nemůže členskému státu ukládat jiné povinnosti, než je zaplacení peněžité částky (tj. dohoda o narovnání uzavřená bez souhlasu členského státu nemůže tomuto státu ukládat specifickou povinnost přijmout určité opatření nebo se něčeho zdržet).

Článek 15 nařízení upravuje případy, kdy (i) žalovanou ve sporu je Unie, přičemž (ii) spor se týká zacházení poskytnutého výlučně členským státem a (iii) uzavření dohody o narovnání si přeje členský stát. Členský stát může uzavřít dohodu o narovnání v případě, že jsou splněny tři podmínky stanovené v článku 15(1) nařízení: členský stát musí přijmout veškerou možnou finanční odpovědnost vyplývající z dohody o narovnání; dohoda o narovnání musí být vykonatelná pouze vůči dotčenému členskému státu; a podmínky dohody o narovnání musí být kompatibilní s právem EU. Čtvrtá podmínka, kterou stanovoval původní návrh, totiž že uzavření dohody o narovnání nesmí bránit převažující zájem (*overriding interest*) Unie, byla z konečné verze nařízení vypuštěna. Uzavření dohody o narovnání předpokládá předchozí konzultace mezi Komisí a členským státem. Komise může návrh dohody o narovnání předložený členským státem odmítnout pouze v případě, že nesplňuje některou z výše uvedených podmínek.

Článek 16 nařízení upravuje případy, kdy (i) žalovanou ve sporu je Unie, přičemž (ii) spor se týká zacházení částečně poskytnutého členským státem a (iii) uzavření dohody o narovnání si přeje členský stát. Rozdíl oproti případu upraveného v článku 15 nařízení tedy spočívá v tom, že zde si členský stát přeje urovnat spor, který se dotýká i finančních zájmů Unie. Původní návrh Komise takové situace vůbec neupravoval a celý článek 16 byl do textu nařízení zařazen až v průběhu legislativního procesu. Pokud se členský stát domnívá, že uzavření dohody o narovnání by bylo v jeho finančním zájmu, nařízení předpokládá konzultace mezi členským státem a Komisí. Pokud se Komise a členský stát dohodnou na tom, že s investorem bude uzavřena dohoda o narovnání, podobně jako v případech upravených článkem 14 nařízení, vyvine dotčený členský stát úsilí k uzavření ujednání s Komisí, které vymezí prvky nezbytné pro vyjednávání o dohodě o narovnání a pro její provádění. Komise ovšem může návrh členského státu na uzavření dohody o narovnání s investorem odmítnout. Takové rozhodnutí ovšem musí učinit na základě úplné a vyvážené věcné analýzy a právního zdůvodnění poskytnutého členskému státu.

(vi.) *Rozhodnutí a rozdělení finanční odpovědnosti a platby*

Články 17 až 21 nařízení upravují vyplacení částek priznaných investorovi rozhodčím nálezem, resp. sjednaných v dohodě o narovnání, a upravuje vnitřní mechanismus vyrovnání mezi Unii a členským státem v rámci rozdělení finanční odpovědnosti. Článek 17 nařízení stanovuje, že uvedená část nařízení se použije pouze v případě, kdy v příslušném sporu vystupuje jako žalovaná Unie. Nařízení naopak blíže neupravuje vyplacení částek investorovi v případech, kdy ve sporu jako žalovaný vystupuje členský stát. V důvodové zprávě se uvádí, že pokud ve sporu vystupoval jako žalovaný členský stát, tento členský stát rovněž odpovídá za vyplacení částky priznané v konečném rozhodčím nálezem.⁷²⁵ Samotné nařízení to ovšem výslovně nestanovuje a

⁷²⁵ Návrh nařízení, pozn. 686, důvodová zpráva, s. 11-12.

takové pravidlo lze dovést jen výkladem, opírajícím se o důvodovou zprávu a o definici pojmu „finanční odpovědnost“. Mlčení nařízení k této otázce nelze považovat za ideální řešení. Vyplácení přiznaných částek investorovi totiž není věcí vnitřního vztahu mezi Uníí a členským státem vyplývajícím z finanční odpovědnosti, ale především věcí vztahu Unie vůči investorovi vyplývajícím z její mezinárodní odpovědnosti. Nařízení tedy pouze implicitně předpokládá, že pokud v řízení jako žalovaný vystupuje členský stát, vyplacení přiznané částky je záležitostí tohoto členského státu, která se Unie nijak netýká. Lze se ptát, jak jde tento implicitní předpoklad dohromady obecným východiskem, na němž je nařízení postaveno, totiž že za jakékoli porušení unijní investiční dohody, bez ohledu na to zda je přičitatelné Unii nebo členskému státu, je vždy mezinárodně odpovědná pouze Unie. Unie v rámci speciální úpravy odpovědnosti samozřejmě může příslušné pravidlo o vyplácení přiznané náhrady investorovi vytvořit – bylo by ovšem mnohem vhodnější, kdyby toto speciální pravidlo, které představuje výjimku z obecné mezinárodní odpovědnosti Unie, nařízení stanovovalo výslovně (podobně jako výslovně stanovuje, kdy bude v investičním sporu jako žalovaný vystupovat členský stát). Pokud členský stát, který ve sporu vystupoval jako žalovaný, přiznanou částku investorovi nezaplatí, investor se vzhledem k mlčení nařízení teoreticky bude moci domáhat zaplacení přiznané částky i vůči Unii, nebo dokonce pouze vůči ní (nebudou-li unijní investiční dohody obsahovat v tomto smyslu speciální úpravu). Nařízení nestanovuje, jak v takovém případě postupovat.

Zmíněný implicitní předpoklad, že ve sporech, kde na straně žalované vystupuje členský stát, nese tento členský stát vždy i plnou finanční odpovědnost, vyvolává otazníky i z jiného hlediska. Podle článku 9(2) nařízení, který se vztahuje na spory týkající se zacházení *zcela nebo zčásti* poskytnutého členským státem, Komise *může* (tj. nemusí) rozhodnout, že jako žalovaná bude vystupovat Unie, bude-li Unie nést alespoň část potenciální finanční odpovědnosti, nebo týká-li se spor alespoň částečně zacházení poskytnutého orgány Unie. To nutně znamená, že v praxi mohou nastat situace, kdy by dle kritérií článku 3 nařízení měla část finanční odpovědnosti nést Unie, ovšem v řízení bude jako žalovaný vystupovat členský stát, neboť Komise nerozhodla o převzetí vedení sporu Unii. Pokud členský stát v takovém případě zaplatí investorovi plnou částku přiznanou rozhodčím nálezem, jak předpokládá důvodová zpráva, bude moci následně po Unii žádat zaplacení jejího podílu na finanční odpovědnosti? Nařízení o této otázce mlčí. I když takový nárok členského státu lze dovést výkladem, nařízení mu k jeho uplatnění vůči Unii neposkytuje žádný procesní nástroj.

V případech, kdy ve sporu jako žalovaná vystupuje Unie, článek 18 nařízení předpokládá, že částku přiznanou investorovi zaplatí Komise. Výjimkou jsou případy, kdy členský stát přijal finanční odpovědnost v souladu s článkem 12 nařízení. V těchto případech zaplatí příslušnou částku investorovi členský stát. Komise rovněž vyplatí částku, na níž má investor nárok na základě dohody o narovnání, která byla uzavřena Uníí podle článků 13 a 14 nařízení (tedy z iniciativy Komise).

Článek 19 nařízení upravuje proceduru uplatnění finanční odpovědnosti v případech, kdy Unie vystupuje jako žalovaná ve sporech týkajících se alespoň částečně zacházení poskytnutého členským státem. Základním principem je, že tato otázka finančního vypořádání mezi Uníí a členským státem, a případné neshody mezi členským státem a Komisí, by se neměly dotknout práv investora. Částku přiznanou rozhodčím nálezem proto investorovi zaplatí Komise a rozdělení finanční odpovědnosti mezi Unii a členský stát se řeší až následně. Pokud se Komise domnívá, že finanční odpovědnost by měl zcela nebo zčásti nést členský stát, po vydání nálezu bude otázku plateb s členským státem konzultovat s cílem dospět k dohodě o míře jeho finanční odpovědnosti. Pokud do tří měsíců od obdržení žádosti investora o zaplacení nedojde mezi

Komisi a členským státem k dohodě, vydá Komise rozhodnutí, které určí částku připadající na členský stát. Členský stát může do dvou měsíců podat proti rozhodnutí Komise námitky. Nebudou-li podány námitky, rozhodnutí se stává konečným a členský stát je povinen odvést stanovenou částku ve prospěch rozpočtu Unie. Pokud členský stát podá námitky, vydá Komise nové rozhodnutí, kterým členskému státu uloží, aby uhradil příslušnou částku zaplacenou Komisí, a to včetně naběhlých úroků. Pokud členský stát nebude s rozhodnutím souhlasit, může u SDEU podat návrh na jeho přezkum podle článku 263 SFEU. O konečném rozdělení finanční odpovědnosti tak v případě sporu rozhodne SDEU, na základě kritérií stanovených v nařízení.⁷²⁶

Rozdělení finanční odpovědnosti za náklady rozhodčího řízení se rovněž řídí zásadami uvedenými v článku 3 nařízení. V případech, kdy ve sporu jako žalovaná vystupuje Unie, může Komise na základě článku 20 nařízení přijmout rozhodnutí, kterým členskému státu uloží, aby poskytl zálohovou platbu na pokrytí těchto nákladů. Pokud arbitrážní tribunál přizná Unii náhradu nákladů řízení, Komise členskému státu poskytnuté zálohy vrátí.

(vii.) Celkové zhodnocení nařízení

Nařízení se pokouší řešit složité otázky spojené s odpovědností za porušení unijních investičních dohod. Složitost problematiky vyplývá ze skutečnosti, že vnější pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic neodpovídají rozdělení vnitřních pravomocí mezi Unii a členské státy a jejich povaze, resp. přesněji řečeno míře, v jaké byly doposud vnitřní pravomoci Unie vykonány. Zatímco vnější pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic je výlučná, pravomoci ve věcech vnitřního trhu jsou sdílené. Zatímco v rámci vnější úpravy budou unijní investiční dohody zahrnovat standardy post-investiční ochrany zahraničních investic, potenciální porušení práv investorů v post-investiční fázi bude v podstatné části případů výsledkem jednání orgánů členského státu, jimiž tento členský stát vykonával svou vlastní vnitřní pravomoc, a která jsou z pohledu právní úpravy vnitřního trhu neutrální. Unie chce za taková porušení investičních dohod nést mezinárodní odpovědnost, nechce ovšem nést finanční důsledky prohraných arbitráží. Zároveň ovšem v případech, kdy potenciální finanční odpovědnost za poskytnuté zacházení bude ležet (převážně) na členském státu, měl by tento členský stát možnost hájit své jednání v řízení sám (přičemž v průběhu legislativního procesu bylo toto pravidlo ještě více posíleno).

Koncepce výlučné mezinárodní odpovědnosti Unie za porušení investičních dohod, na níž je systém zavedený nařízením postaven, je nedůsledná. Tato koncepce neodpovídá pravidlům obecného mezinárodního práva o odpovědnosti mezinárodních organizací a nevychází ani ze zvláštního pravidla o odpovědnosti, jehož existenci by bylo možné mít za potvrzenou v praxi mezinárodních rozhodovacích orgánů či v kodifikační práci ILC. Tento stav pramení zejména z nepřesvědčivého a účelového teoretického základu původního návrhu prezentovaného Komisí. V tuto chvíli rovněž není zcela jasné, jaké budou důsledky striktního omezení režimu vnější (mezinárodní) a potenciálně i vnitřní (finanční) odpovědnosti založeného nařízením na záležitosti společné obchodní politiky, k němuž došlo v průběhu legislativního procesu. Je možné, že odpovědnost Unie v oblasti zahraničních investic se rozpadne na více režimů podle toho, zda určitá záležitost spadá do výlučné pravomoci Unie či nikoli, což by bylo z pohledu koherentnosti investiční politiky Unie i z pohledu právní jistoty zúčastněných subjektů (včetně investorů) velmi nešťastné. Nepromyšlenost nařízení zároveň potenciálně přenáší řešení otázek týkajících se rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy na arbitrážní tribunály, což může vyvolávat otazníky z hlediska jeho souladu s primárním právem EU.

⁷²⁶ Návrh nařízení, pozn. 686, důvodová zpráva, s. 11.

Nařízení v rámci pravidel o finanční odpovědnosti a o vedení investičních sporů předvídá a zároveň řeší mnoho praktických problémů, které mohou nastat vzhledem k prolínajícím se zájmům Unie a členských států. V průběhu legislativního procesu došlo k podstatnému omezení širokých pravomocí Komise intervenovat do těch řízení, která se primárně týkají finančních zájmů členských států. Tím byl prostor pro vznik sporů mezi Komisí a členskými státy zúžen, nicméně i nadále existuje. Řešení základních procesních otázek, tj. určení subjektu, který má v řízení vystupovat jako žalovaný, nebo úprava podmínek pro uzavření dohody o narovnání s investorem, je závislé na stejných kritériích, na základě kterých je mezi Unii a členské státy rozdělena finanční odpovědnost. Otázku rozdělení potenciální finanční odpovědnosti tak bude často nutno předběžně posoudit již v počáteční fázi investičního sporu. Neshody mezi Uníí a členským státem mohou nastat zejména v případech investičních sporů se složitým skutkovým základem, u nichž nebude možné předem jednoznačně určit jejich potenciální dopad na finanční zájmy Unie a dotčeného členského státu. Zejména tyto případy budou klást značné nároky na vzájemnou spolupráci a součinnost Komise a členského státu.

Výsledná podoba nařízení oproti původnímu návrhu jasněji vymezuje role Komise a dotčeného členského státu. V průběhu legislativního procesu byla značně posílena možnost členských států hájit své finanční zájmy, na úkor možností Komise prosazovat v arbitrážních řízeních obecnější zájmy Unie. Kritérium finančního zájmu tak hraje ve výsledném návrhu při rozdělení pravomocí mezi Komisí a členské státy rozhodující roli.

Nařízení je vnitřním předpisem Unie a jeho pravidla nejsou sama o sobě pro arbitrážní tribunály závazná. Arbitrážní tribunál tak nemusí bez dalšího akceptovat jednostranné rozhodnutí Unie o tom, který subjekt bude na její straně vystupovat v řízení. Budoucí investiční dohody uzavírané mezi Uníí a třetími zeměmi by proto pro odstranění pochybností měly vhodným způsobem inkorporovat pravidla nařízení týkající se mezinárodní odpovědnosti a vedení řízení.

3.6 OBSAHOVÁ STRÁNKA INVESTIČNÍCH DOHOD UZAVÍRANÝCH UNÍ

3.6.1 Obsahové otázky budoucích unijních investičních dohod

Většina DPOI uzavřených členskými státy EU před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost i přes určité rozdíly vykazuje značný stupeň podobnosti. Jedná se o dohody založené na evropském modelu, který se za desetiletí příliš nezměnil. Dohody založené na evropském modelu jsou krátké a stručné (zpravidla do deseti stran textu), závazným způsobem upravují pouze post-investiční fázi (tj. zacházení s investicemi po jejich zřízení v hostitelském státě), přičemž tato ochrana spočívá především na velmi obecných a blíže nedefinovaných standardech zacházení. Před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se Společenství ve svých dohodách s třetími zeměmi zahrnujících investiční problematiku snažilo o vyplnění prostoru, který byl DPOI uzavíranými členskými státy ponechán volný tím, že tyto dohody upravovaly především režim liberalizace a připouštění investic (tj. před-investiční fázi), a pouze v omezené míře se vztahovaly na post-investiční fázi (v zásadě pouze sektorově omezeným závazkem poskytovat národní zacházení, který navíc nebyl podepřen mezinárodním mechanismem řešení sporů přístupným jednotlivým investorům).

V souvislosti se vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se od počátku obecně předpokládalo, že EU bude chtít novou pravomoc v oblasti zahraničních investic využít k tomu, aby ve svých dohodách integrovala úpravu před-investiční a post-investiční fáze, jak je to běžné například ve

smluvní praxi USA a Kanady. Pokud jde o obsah úpravy před-investiční fáze, lze předpokládat, že východiskem pro budoucí unijní investiční dohody bude úprava dohod, které Společenství uzavíralo před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost. Lze tedy předpokládat, že pro tuto úpravu je i nadále relevantní Minimální platforma pro investice (viz blíže část 3.3.2). Pokud jde o úpravu post-investiční fáze, odborné diskuse se v období před a těsně po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost soustředily především kolem otázek týkajících se rozsahu pravomoci Unie. Až později se pozornost zaměřila i na obsahovou stránku politiky EU v oblasti zahraničních investic. Základní otázka v této souvislosti zní, do jaké míry úprava budoucích unijních investičních dohod naváže na dosavadní smluvní praxi členských států. Tedy zda bude úprava unijních dohod v podstatě replikovat obsah existujících DPOI členských států, nebo zda EU v rámci výkonu své nové pravomoci přijde s vlastním inovativním investičním modelem, nebo zda bude nakonec zvolena nějaká střední cesta mezi těmito krajními variantami.

V této souvislosti je důležité poukázat na to, že přechod vnější pravomoci z členských států na Unii se děje na pozadí širších akademických a politických debat o současné podobě mezinárodního investičního práva a o jeho možných reformách, které poměrně intenzivně probíhají v posledních několika letech. Rostoucí počet investičních arbitrží ukázal skutečné možnosti tohoto systému a jeho potenciálně citelné důsledky pro hostitelské státy. Zároveň začaly být intenzivněji pocíťovány i různé nedostatky tohoto systému. Ústředním tématem kritických diskusí je především otázka, do jaké míry jsou, resp. by měly být, v investičních arbitržích zohledněny veřejné zájmy a jak nalézt správnou rovnováhu mezi právy investorů a právem hostitelských států na legitimní regulaci. V posledních desetiletích byla v investičních arbitržích investory často napadána legislativní či správní opatření hostitelských států v citlivých oblastech vnitřní pravomoci suverénních států. Rostoucí počet autorů poukazuje na to, že mnoho investičních sporů má významné přesahy do politické roviny s dopady na ekonomickou bezpečnost, sociální uspořádání a distribuci zdrojů v rámci hostitelských států. Na druhé straně otevřeně a systematické podchycení veřejných zájmů v investičních arbitržích není pravidlem. Tuto skutečnost zřejmě nelze připisovat ani tak domnělému nedostatku nestrannosti rozhodců,⁷²⁷ ale spíše tomu, jak je většina existujících DPOI formulována:

Dohody o ochraně investic formulují většinu závazků natolik neurčitým způsobem, že ponechávají otázku alokace rizik mezi různými protichůdnými zájmy zcela nevyřešenou, a tím pádem žádným smysluplným způsobem nespecifikují veřejný zájem. Naopak, tento úkol přenechávají arbitrážním tribunálům, které tím pádem musí samy činit rozhodnutí ohledně distribuce společenských zdrojů, a to na základě obecných principů, jejichž rozsah působnosti je předmětem kontroverzí. Při plnění tohoto úkolu arbitrážní tribunály jednoduše musí nějakým způsobem posoudit rozličné zájmy, o něž v daném případě jde.⁷²⁸

Předmětem obav není jen namítaný příliš vysoký stupeň ochrany, který DPOI aplikované arbitrážními tribunály přiznávají zahraničním investorům (dle empirických údajů ve skutečnosti cca 80 % investičních sporů skončí pro investory neúspěšně),⁷²⁹ ale i vysoký stupeň

⁷²⁷ Byť i možná systémová zaujatost rozhodců ve prospěch investorů je předmětem zajímavých analýz. Srov. například *Van Harten, G.* Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration. In: Balchin, C., Chung, L. Kaushal, A., Waibel, M. (eds.). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 433 a násl.

⁷²⁸ *Brower, Ch.* Obstacles and Pathways to Consideration of the Public Interest in Investment Treaty Disputes. *Yearbook on international investment law & policy*. 2009, s. 365.

⁷²⁹ Ve skutečnosti úspěšnost investorů není dramatická, ale ani malá. Dle aktuálních údajů UNCTAD ze všech zaznamenaných investičních sporů ukončených ke konci roku 2014 bylo cca. 36 % rozhodnuto ve prospěch státu a 27 % bylo rozhodnuto ve prospěch investora (přiznáním kompenzace). Cca. 26 % případů skončilo uzavřením smíru a 9 % případů bylo ukončeno před vydáním konečného nálezu z jiných důvodů. Ve zbylých 2 % případů sice bylo shledáno porušení DPOI, ale investorovi nebyla přiznána kompenzace. Z těch sporů, které skončily vydáním meritorního rozhodnutí, bylo 60 % rozhodnuto ve prospěch investora a 40 % ve prospěch státu. Srov. UNCTAD: *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*. Chapter III: Recent

právní nejistoty, která je s DPOI v jejich stávající podobě spojena. Nejistota je důsledkem toho, že standardy ochrany investic jsou formulovány s maximální mírou obecnosti, a je umocněna doposud značně inkonzistentní rozhodovací praxí arbitrážních tribunálů ustanovených na *ad hoc* bázi. U opatření hostitelských států, která mohou zasáhnout do ekonomické sféry zahraničních investorů, lze často jen velmi obtížně předvídat, zda mohou či nemohou být v rozporu se závazky hostitelského státu z uzavřených DPOI. Již pouhá možnost zahájení investičních arbitráží může mnohdy hostitelský stát odradit od přijímání některých opatření v obecném zájmu. V případě exponovaných politických rozhodnutí může hrozba investičními arbitrážemi sloužit jako páka v rukou vhodně strukturovaných podnikatelských subjektů, která jim může pomoci k ovlivnění rozhodnutí státu, a kterou například čistě domácí subjekty postrádají. Případy investičních arbitráží dotýkajících se citlivých politických rozhodnutí státu jsou známy i v podmínkách České republiky a Slovenska.⁷³⁰

Leitmotivem akademických debat, ale i smluvní praxe několika významných států, je tak v současné době především potřeba dosažení lepší a předvídatelnější rovnováhy mezi ochranou investorů a právem hostitelských států k přijímání regulačních opatření sledujících veřejný zájem, která by tomuto systému dodala větší legitimitu.⁷³¹ Z pohledu politiky EU v oblasti zahraničních investic tedy základní otázku nastíněnou v úvodu této části lze položit i tak, zda budoucí investiční dohody EU budou pokračovat v dosavadní smluvní praxi členských států a při posuzování opatření státu nadále ponechají arbitrážním tribunálům, aplikujícím obecné a nedefinované standardy zacházení, širokou míru diskrece, nebo se pokusí tribunálům nastavit určité mantinely či jim poskytnout jasnější interpretační vodítka. Tato otázka je neoddelitelně spojená s tím, jak vysokou ochranu by unijní investiční dohody měly investorům poskytovat. Obecné a nedefinované standardy ochrany a zdůrazňování takových cílů (například v preambulích), jako je podpora investic a vytváření příznivého podnikatelského prostředí, bude na jedné straně znamenat vyšší ochranu investorů, ale zároveň užší prostor (resp. větší míru nejistoty) pro EU a její členské státy při přijímání regulačních opatření, která mohou zasáhnout do ekonomické sféry zahraničních investorů. Na druhé straně investiční dohody obsahující podrobně formulované standardy a širší škálu výjimek ve prospěch regulatočních pravomocí států sice smluvním stranám ponechají širší prostor k regulaci a větší míru jistoty, z pohledu investorů ovšem budou méně efektivní. Lze mít za to, že tyto základní koncepční otázky budoucích unijních investičních dohod nejsou jen záležitostí právní analýzy a smluvní techniky, ale především jde o věc politické volby. Je důležité, aby tato volba byla informovaná a učiněná s vědomím možných důsledků z toho plynoucích. Je rovněž důležité, aby se na formulaci základních pilířů politiky EU v oblasti zahraničních investic, pokud jde o její obsah a orientaci,

Policy Developments and Key Issues. 2015 (UNCTAD/WIR/2015), s. 116.

⁷³⁰ Jako příklady z nedávné doby lze uvést investičními arbitráže proti České republice ze strany subjektů podnikajících ve fotovoltaice v souvislosti se zavedením tzv. „solární daně“ v roce 2010 v návaznosti na nekontrolovatelný „solární boom“, který by v příštích letech vedl ke dramatickému zvýšení cen elektřiny, nebo postup ze strany akcionáře slovenské zdravotní pojišťovny Dôvera, který v arbitrážích napadá všechny pokusy slovenské vlády o korekci ne příliš povedených reforem financování zdravotnictví, umožňujícím soukromým zdravotním pojišťovnám, jejichž příjmy jsou tvořeny zákonem předepsanými zdravotními odvody, umožňují bez jakýchkoli omezení tvořit zisk. Aniž bych chtěl jakkoli obhajovat postup států v obou uvedených případech, je patrné, že hrozby investičních arbitráží vstupuje do rozhodnutí států o politicky nesmírně citlivých otázkách, přičemž napadána jsou opatření státu, která i přes všechny výhrady, které vůči nim lze vznést, sledují obecný zájem, nikoli poškození investorů.

⁷³¹ Srov. např. *Spears, S. The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements. Journal of International Economic Law. 2010, 13(4), s. 1037-1075.* Ve vztahu k investiční politice EU srov. např. *Kleinheisterkamp, J. European Policy Space in International Investment Law. ICSID Review. 2013, 27(2), s. 416-431.*

aktivně podílely orgány dodávající tomuto procesu demokratickou legitimitu, tedy v podmínkách EU zejména Evropský parlament.

Při sledování debat, které provází nejen přesun pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic, ale třeba i otázku dalšího osudu intra-unijních DPOI, se nelze zbavit dojmu, že tradiční doktrína mezinárodního investičního práva vycházející z prostředí západní Evropy, jakož i politické postoje některých původních členských států, poněkud nedoceňují určité souvislosti. Původní členské státy EU tradičně vnímají samy sebe jako vývozce kapitálu a pod ochranou zahraničních investic si zpravidla představují ochranu svých investorů v jiné (zpravidla rozvojové) zemi, čemuž pak odpovídají i jejich priority, spočívající v zajištění pokud možno nejvyšší ochrany investic. V dnešní době mají tyto státy stále jen minimální vlastní zkušenosti s postavením hostitelského státu, vůči kterému jsou zahraničním investorem uplatňovány nároky v investiční arbitráži.⁷³² Jak ovšem ukazují početné příklady investičních arbitráží podle NAFTA (o čemž bude pojednáno dále), to, zda a jak často je určitý stát žalován zahraničními investory, není dán ani tak vyspělostí jeho právního řádu, nýbrž tím, s jakými státy své DPOI uzavřel. V případě původních členských států EU se jedná téměř výlučně o státy na nižším stupni hospodářského rozvoje (původní členské státy EU mezi sebou navzájem DPOI až na nepočtené výjimky zásadně neuzavíraly). Zkušenost původních členských států je velmi odlišná od zkušenosti nových členských států ze střední a východní Evropy (včetně České republiky a Slovenska), které se naopak v žebříčcích států s nejvyšším počtem investičních sporů dlouhodobě umisťují na předních místech.⁷³³

Doba, kdy členské státy EU byly čistými vývozci kapitálu, je ovšem s největší pravděpodobností nenávratně pryč. Tradiční dělení na vývozce a dovozce kapitálu již přestává odpovídat ekonomické realitě a lze očekávat, že mnoho zemí, s nimiž EU uzavře investiční dohody, bude v budoucnu zdrojem přílivu zahraničních investic do EU. Investoři z těchto zemí budou na území členských států EU požívat ochrany podle příslušných unijních investičních dohod. Tento předpoklad je dále umocněn faktem, že EU již (poněkud kontroverzně) zahrnuje problematiku ochrany investic i do jednání s těmi nejvyspělejšími mimoevropskými zeměmi, a to s Kanadou a s USA (viz dále). Zodpovědná politika EU v oblasti zahraničních investic proto musí plně zohlednit možnost, že ochrany podle unijních investičních dohod se budou domáhat nejen evropské investory v zahraničí, ale že z hlediska souladu s těmito dohodami budou poměřována i opatření přijímaná EU a jejími členskými státy. Zachování dostatečného prostoru smluvních stran pro legitimní regulaci by tak mělo být i v zájmu EU a jejích členských států.

Výzvou pro vyspělé státy není jen možnost přijímat regulační opatření dopadající obecně na jakékoli subjekty ve srovnatelném postavení, ale i otevřeně diskriminační opatření namířená proti určitým „nežádoucím“ investicím, sledující bezpečnostní zájmy hostitelského státu. Tato otázka se stala aktuální zejména v souvislosti s potenciálně problematickými investicemi subjektů kontrolovaných třetími státy, jako jsou státní podniky, a tzv. suverénních investičních fondů (*sovereign wealth funds*), do strategických odvětví, jako je například energetika, telekomunikace či doprava. Takové investice mohou být v některých případech hostitelským

⁷³² Významem této zkušenosti se zabývají například *Skovgaard Poulsen, L., Aisbett, E.* When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning. *World Politics*. 2013, 65(2), s. 273-313.

⁷³³ Česká republika se v celosvětových statistikách dlouhodobě udržuje na třetí příčce, aktuálně s 29 zahájenými spory. Z členských států EU byl dále větší počet arbitráží zahájen proti Polsku (15 sporů, 10. místo na světě), Maďarsku (13 sporů), Slovensku (12 sporů) a Rumunsku (11 sporů). Počet sporů vedených proti původním členským státům je, alespoň prozatím, zanedbatelný. Výjimku představuje Španělsko, proti němuž bylo v posledních čtyřech letech zahájeno 12 nových a doposud neukončených arbitráží podle Dohody k Energetické chartě souvisejících s omezením podpory fotovoltaických zdrojů elektrické energie. Zdroj: UNCTAD Database of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), dostupné z: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

státem oprávněně vnímány jako bezpečnostní riziko. Některé členské státy EU, ale i EU samotná, v posledních letech přijaly legislativní opatření, která z bezpečnostních důvodů posilují kontrolu státu nad investicemi v některých odvětvích a umožňují vyloučení některých investic na základě původu investora.⁷³⁴ Taková opatření se přitom potenciálně mohou dostat do rozporu nejen se závazky členských států z práva EU, ale i s jejich závazky z uzavřených DPOI.⁷³⁵

Kromě výše uvedených otázek, které mají především politickou dimenzi, existuje značný prostor pro reformy či dílčí vylepšení stávajícího systému ochrany investorů i v rovině více právně-technické. Zvýšená pozornost je v posledních letech věnována především fungování mechanismu řešení sporů. Implantace konceptů obchodního rozhodčího řízení do řešení sporů regulatorní povahy se v řadě ohledů ukázala být problematickou. Například důvěrnost řízení, která je vnímána jako jedna z předností obchodního rozhodčího řízení, je naopak v kontextu investičních arbitráží předmětem ostré kritiky. Přestože v informovanosti o průběhu investičních sporů byly v posledních letech zaznamenány značné pokroky, investiční arbitráže nadále zdobí nálepka netransparentnosti. Předmětem kritiky je dále způsob výběru rozhodců, jejich pocíťovaná osobní či institucionální tendenčnost, neexistence odvolacích mechanismů, inkonzistentnost při výkladu a aplikaci stejných standardů apod.

Další výzvou pro budoucí politiku EU v oblasti zahraničních investic je její adresnost. Ta bude záviset nejen na volbě smluvních partnerů, která by samozřejmě měla být založena na odůvodněných potřebách a prioritách, ale i na použité smluvní technice. Za poměrně závažný nedostatek většiny existujících DPOI je nutno považovat nedokonalou definici investora, která v některých případech umožňuje vedení paralelních řízení o stejném nároku a která umožňuje dosáhnout ochrany investice účelových korporátních struktur. Existující DPOI dnes často slouží jako prostředek ochrany schránek, za nimiž reálně stojí státní příslušníci jiných zemí, než jsou příslušné smluvní státy, nebo dokonce státní příslušníci hostitelského státu. Ačkoli se lze na tento problém dívat různě, je možné argumentovat, že uvedená praxe popírá deklarovaný smysl DPOI, kterým je ochrana investic a investorů z druhého smluvního státu, a vrhá tak stín na legitimitu celého systému. Definice investora by si proto zasluhovala důkladnou obsahovou revizi. Z pohledu adresnosti by si určitou revizi zasluhovala i doložka nejvyšších výhod, která ve své obecné a neomezené podobě nivelizuje rozdíly mezi různými investičními dohodami a činí jejich kontextuální specifika dosažená v rámci jednání mezi příslušnými smluvními stranami do značné míry fakticky bezvýznamnými.

Při formulaci a implementaci politiky EU v oblasti zahraničních investic se příslušné orgány konečně budou muset vypořádat i s otázkami, které jsou specifické pro právní prostředí EU. Jak již bylo uvedeno na jiném místě této práce, společná obchodní politika je zasazena do širšího rámce vnější činnosti Unie, která musí sledovat cíle a být prováděna v souladu se

⁷³⁴ Z členských států lze zmínit například Německo a Rakousko. Na úrovni EU se pak jedná například o pravidla zakládající tzv. „unbundling“ v sektoru elektroenergetiky obsažená ve směrnici 2009/72/EC, která vyžadují, aby členské státy při udělování licence provozovatele přenosové soustavy subjektům který je kontrolovaným příslušníky třetích států zvažovaly, při zohlednění okolností případů a specifík dané třetí země, i možné dopady na energetickou bezpečnost členského státu a EU. Příslušné pravidlo je ze zjevných příčin označováno i jako „Gazprom clause“. Srov. blíže Vranes, E. State Measures Protecting Against “Undesirable” Foreign Investment. Issues in EU and International Law. Zeitschrift für öffentliches Recht. 67(4), s. 639-677. Srov. též Till Müller-Ibold, I. Foreign Investment in Germany: Restrictions Based on Public Security Concerns and Their Compatibility with EU Law. European Yearbook of International Economic Law. 2010, s. 103-122; a Reinisch, A. Protection of or Protection against Foreign Investment? – The Proposed Unbundling Rules of the EC Draft Energy Directives. European Yearbook of International Economic Law. 2010, s. 53-75.

⁷³⁵ Srov. zejména Vranes, pozn. 734.

zásadami obsaženými v člancích 21 a 22 SEU. V těchto ustanoveních nalezneme širokou paletu mimoekonomických cílů, jako je například podpora a upevňování demokracie, lidských práv a právního státu, podpora udržitelného rozvoje v hospodářské a sociální oblasti a v oblasti životního prostředí v rozvojových zemích, či přispívání k vypracování mezinárodních opatření pro ochranu a zlepšení kvality životního prostředí, nebo udržitelné hospodaření se světovými přírodními zdroji. DPOI jsou tradičně vnímány především jako nástroj sledující ekonomické cíle. Předmětem kritiky části názorového spektra je právě skutečnost, že ochrana investorů nezohledňuje další obecné zájmy a vládám svazuje ruce při jejich prosazování. Je otázkou, zda a jak uplatňování uvedených cílů vnější činnosti Unie ovlivní podobu unijních investičních dohod.⁷³⁶ EU dále bude muset dbát na to, aby byly její budoucí investiční dohody v souladu s unijním právním řádem. Při formulaci příslušných ustanovení to bude zejména vyžadovat zvýšenou míru opatrnosti za účelem zamezení riziku, že se jurisdikce arbitrážních tribunálů dostane do kolize s pravomocí SDEU k podávání závazného výkladu pramenů práva EU.

3.6.2 Mění se přístup některých vyspělých států mimo EU k ochraně investic

Jakkoli byly první DPOI uzavírány od 60. let 20. století, prudký rozvoj mezinárodního investičního práva nastal až od let devadesátých, kdy docházelo k exponenciálnímu růstu počtu DPOI, které najednou ve velkém uzavíraly i státy, které byly k doktrínám o mezinárodní ochraně cizinců a jejich majetku tradičně rezistentní (zejména pokud jde o státy latinské Ameriky). V této době se začaly objevovat i první investiční spory, přičemž stoupající počet arbitrážních nálezů nejenže začal vytvářet jasnější představu o skutečném obsahu těchto dohod, ale zároveň ukázal i jejich potenciálně citelné důsledky pro hostitelské státy. Od doby, kdy byly uzavírány první DPOI, se též zásadně změnilo mezinárodní prostředí, v němž tyto dohody existují, od celkového politického klimatu, přes formy a objemy přeshraničních ekonomických aktivit, až po vnímání funkcí a úkolů moderního státu. Co se ovšem za tuto dobu nezměnilo téměř vůbec, jsou DPOI, které až do vstupu Lisabonské smlouvy v platnost uzavíraly členské státy EU, a které jsou založeny na 50ti-letém modelu, majícím původ v ideologicky polarizovaném světě reagujícím na vlny znárodnování majetku cizinců v post-koloniálních státech a na rozpory mezi vyspělými a rozvojovými státy ohledně obsahu obecného mezinárodního práva. V některých jiných částech světa přešlo vnímání mezinárodní ochrany zahraničních investic v posledních letech významným vývojem, který by při formování evropské investiční politiky neměl zůstat bez povšimnutí.

Alespoň v krátkosti je nutno zmínit vzrůstající odpor některých rozvojových zemí k investičním arbitrážím. Na čele tohoto trendu opět stojí státy latinské Ameriky, které se v tomto ohledu, zdá se, vracejí ke svým kořenům. Bolívie, Ekvádor a Venezuela již vypověděli Úmluvu ICSID. Argentina svůj úmysl vypovědět Úmluvu ICSID oznámila v lednu 2013,⁷³⁷ k formální výpovědi ovšem zatím nepřistoupila. Brazílie Úmluvu ICSID nepodepsala vůbec a neuzavírá ani žádné DPOI (14 DPOI, které Brazílie podepsala v 90. letech 20. století, nebylo z její strany nikdy ratifikováno). Dalším příkladem je Jihoafrická republika, která po zrušení apartheidu v roce 1994 uzavřela zhruba 30 DPOI. V roce 2007 byl ovšem vládou formálně zahájen proces revize existujících DPOI, v rámci kterého JAR doposud jednostranně vypověděla DPOI s Belgicko-Lucemburskou hospodářskou unií, Dánskem, Francií, Itálií, Německem, Nizozemskem,

⁷³⁶ Úvahy o možnostech zohlednění těchto cílů v unijních investičních dohodách viz např. Woolock, pozn. 558 s. 49 a násl.

⁷³⁷ Argentina in the process of quitting from World Bank investment disputes centre. MercoPress, 31. ledna 2013 [online]. Dostupné z: <http://en.mercopress.com/2013/01/31/argentina-in-the-process-of-quitting-from-world-bank-investment-disputes-centre>

Rakouskem, Řeckem, Spojeným královstvím, Španělskem a Švýcarskem.⁷³⁸ Všechny existující DPOI JAR by časem měly být časem nahrazeny vnitrostátním předpisem (*The Promotion and Protection of Investment Bill*).⁷³⁹

Z pohledu politiky EU v oblasti zahraničních investic by ovšem zdrojem možné inspirace měly být především jiné vyspělé země, které rovněž určitým způsobem přehodnotily svůj přístup k ochraně zahraničních investic, jenž se zpočátku příliš nelišil od přístupu původních členských států EU. Právě na zkušenosti a smluvní praxi těchto států, konkrétně USA a Kanady (tj. smluvních států NAFTA), Austrálie a Norska, se v dalším textu podíváme blíže.

(i.) *Smluvní státy NAFTA*

V roce 1994, tedy v době, kdy ještě existovaly jen minimální zkušenosti s investičními arbitrážemi založenými na mezinárodních dohodách, vstoupila v platnost Severoamerická dohoda o volném obchodu (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*), jejímiž signatáři jsou Spojené státy, Kanada a Mexiko. Tato regionální dohoda o volném obchodu obsahuje v Kapitole 11 (Investment) ustanovení o ochraně investic, včetně řešení sporů mezi investorem a státem formou mezinárodní arbitráže. Kapitola o investicích byla do NAFTA včleněna z iniciativy USA, která byla vedena cílem poskytnout americkým a kanadským investorům ochranu jejich investic v Mexiku, které je jediným rozvojovým členem tříčlenného sdružení.⁷⁴⁰ Vzhledem ke své trilaterální povaze se ovšem Kapitola 11 stejným způsobem aplikuje i ve vztazích mezi USA a Kanadou, čímž se NAFTA stala historicky první dohodou o ochraně investic uzavřenou mezi státy, které se řadí mezi nejvyspělejší na světě.

Život Kapitoly 11 se brzy po uzavření NAFTA začal ubírat poněkud neočekávaným směrem a její ustanovení se stala základem mnoha investičních arbitráží vedených proti USA a Kanadě.⁷⁴¹ Zjištění, že USA a Kanada mohou být zahraničními investory žalovány v mezinárodních arbitrážích, kde o potenciálně zásadních politických a ekonomických otázkách státu rozhodují v neveřejných řízeních tribunály složené z cizích státních příslušníků, vzbudilo v těchto státech velký mediální a politický rozruch. G. Alvarez a W. Park ve svém článku velmi plasticky popisují, jak doposud nepoznaná role, kdy si USA a Kanada „místo cylindru vývozce kapitálu vyzkoušely sombrero hostitelského státu“, a kdy opatření, která se v domácím kontextu jevila jako normální prosazování veřejného zájmu, byla nejednou v přeshraničním kontextu posuzována jako potenciální porušení mezinárodního práva, dosti zásadním způsobem změnila vnímání investiční arbitráže v očích veřejnosti i politických elit.⁷⁴² Stížnosti vznášené médií, nevládními organizacemi a politiky, byly často nápadně podobné těm, které předtím proti

⁷³⁸ Discussions by the Department of International Relations and Cooperation with European and non-European countries to terminate bilateral investment treaties without automatic renewal clauses and their terminal dates, dostupné z: <http://www.dfa.gov.za/docs/2013pq/pq2958.html>

⁷³⁹ Srov. např. *Masamba, M.* Africa and bilateral investment treaties: To “BIT” or not? 16. července 2014 [online]. Dostupné z: http://www.consultancyafrica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1697:africa-and-bilateral-investment-treaties-to-bit-or-not&catid=82:african-industry-a-business&Itemid=266

⁷⁴⁰ *Sornarajah*, pozn. 570, s. 24; viz též *Alvarez, G., Park, W.* The New Face of Investment Arbitration: NAFTA. *The Yale Journal of International Law*. 2003, Vol. 28, s. 371.

⁷⁴¹ Poté, co byla v roce 1997 zahájena první investiční arbitráž podle NAFTA (Metalclad proti Mexiku), v rychlém sledu následovaly i nové arbitráže proti dalším dvěma signatářům: *S.D. Myers proti Kanadě* (1998), *Loewen proti USA* (1998), *Pope & Talbot proti Kanadě* (1999), *Methanex proti USA* (1999), *Mondev proti USA* (1999), či *ADF proti USA* (2000). Dle dostupných údajů bylo do dnešního dne na základě Kapitoly 11 proti USA zahájeno 15 investičních arbitráží (10. místo na světě) a proti Kanadě dokonce 23 investičních arbitráží (5. místo na světě). Zdroj: UNCTAD Database of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), dostupné z: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

⁷⁴² *Alvarez, Park*, pozn. 740, s. 384.

mezinárodním standardům a mezinárodním arbitrážím dlouhodobě vznášely rozvojové země. Předmětem obav bylo zejména pocíťované narušení suverenity, ohrožení legitimní regulace (*regulatory chill*) a zvýhodňování zahraničních investorů před domácími subjekty.⁷⁴³ Tlak vyvolaný novou zkušeností přinesl legislativní reakci a celkovou změnu orientace politiky v oblasti zahraničních investic ze strany obou zemí.

Prvním krokem bylo přijetí restriktivního oficiálního výkladu standardu řádného a spravedlivého zacházení podle článku 1105(1) NAFTA.⁷⁴⁴ Jednou ze zvláštností NAFTA oproti většině jiných DPOI je, že tzv. Komise pro volný obchod (NAFTA Free Trade Commission), zvláštní orgán složený ze zástupců všech tří signatářských států, může přijmout interpretaci ustanovení dohody, která bude pro tribunály rozhodující spory podle Kapitoly 11 závazná.⁷⁴⁵ V červenci 2001 Komise pro volný obchod vydala interpretační oznámení (*Notes of Interpretation*)⁷⁴⁶, ve kterém standard řádného a spravedlivého zacházení ztotožnila s mezinárodním minimálním standardem zacházení s cizinci podle obyčejového mezinárodního práva.⁷⁴⁷ Zajímavostí je, že interpretační oznámení bylo vydáno v době, kdy probíhalo několik investičních arbitrází proti USA i proti Kanadě. Zatímco tribunály ve věcech *Loewen proti USA*⁷⁴⁸ a *Mondev proti USA*⁷⁴⁹ přiznaly interpretačnímu oznámení účinky platné a závazné interpretace, tribunál ve věci *Pope & Talbot proti Kanadě*⁷⁵⁰, který již předtím vydal mezitímní nález ve věci samé, opírající se o široký výklad řádného a spravedlivého zacházení, projevil v nálezu týkajícím se výše odškodnění velkou nevoli podřídít se interpretaci Komise NAFTA. V posledně uvedeném případě se tribunál nakonec se situací vypořádal tak, že jednání Kanady kvalifikoval jako porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení i podle výkladu Komise, který tento standard ztotožňuje s minimálním standardem zacházení podle obecného mezinárodního práva.

Další reakcí na uvedený vývoj bylo přijetí zákona *Trade Act of 2002* Kongresem USA,⁷⁵¹ Uvedený zákon obsahuje několik ustanovení, která požadují limitovaná práva pro zahraniční investory, když v článku 2102 se například uvádí, že „zahraničním investorům ve Spojených

⁷⁴³ Kinnear, M., Hansen, R. The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape. UC Davis Journal of International Law & Policy. 2005, Vol. 101, s. 101-119, s. 106.

⁷⁴⁴ Formulace řádného a spravedlivého zacházení v NAFTA se již tak liší od evropského modelu DPOI, kdy výslovně odkazuje na mezinárodní právo. Plný text článku 1105 odst. 1 zní následovně: *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*

⁷⁴⁵ Čl. 1131(2) NAFTA.

⁷⁴⁶ North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001.

⁷⁴⁷ Komise výslovně uvedla, že koncepty „řádného a spravedlivého zacházení“ a „plné ochrany a bezpečnosti“ nevyžadují vyšší standard zacházení než ten, který je vyžadován mezinárodním minimálním standardem. Konečně oznámení stanovilo, že porušení jiného ustanovení NAFTA nebo jiné mezinárodní smlouvy neznamená, že byl porušen článek 1105 odst. 1 NAFTA.

⁷⁴⁸ *Loewen v United States*, Award, 26 June 2003.

⁷⁴⁹ *Mondev v United States*, Award, 11 October 2002.

⁷⁵⁰ Tribunál byl především toho názoru, že oznámení ve skutečnosti nepředstavovalo interpretaci, nýbrž změnu NAFTA, která ve smyslu článku 2202 vyžadovala přijetí formou řádných legislativních procedur členských států. Z korespondence tribunálu a stran sporu, citované v nálezu, lze ovšem vyčíst, že tribunál měl i jiné výhrady k aplikaci interpretačního oznámení v probíhajícím sporu, zejména co se týče jeho retroaktivních účinků na již vydaný mezitímní nález, jakož i možného porušení zásady, že nikdo nemůže být soudcem ve své vlastní věci. *Pope & Talbot v Canada*, Award on Damages, 31 May 2000, odst. 17-69.

⁷⁵¹ Zákon je označován i jako *fast-track negotiating authority*, nebo *trade promotion authority (TPA)* a zmocňuje prezidenta k sjednávání obchodních dohod s jinými zeměmi. Ty sice podléhají schválení Kongresu, Kongres je ovšem nemůže měnit nebo zdržovat jejich přijetí. Viz např. Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2013, s. 186.

*Státech by neměla být přiznána širší oprávnění týkající se ochrany jejich investic, než jaká požívají američtí investoři v Spojených státech“.*⁷⁵² Američtí komentátoři postřehli, že tento přístup nápadně připomíná námitky uplatňované dávno předtím ze strany rozvojových států, a paradoxně oživil vzpomínky na Calvovu doktrínu.⁷⁵³

V roce 2004 pak USA přijaly novou vzorovou DPOI, která se od předchozího vzoru výrazně lišila.⁷⁵⁴ V návaznosti na interpretační sdělení Komise NAFTA nová vzorová dohoda jasně stanovovala, že standardy řádného a spravedlivého zacházení, jakož i plné ochrany a bezpečnosti, představují kategorie obyčejového mezinárodního minimálního standardu zacházení s cizinci.⁷⁵⁵ Zpřesnění se dočkal i koncept vyvlastnění. Rovněž vyvlastnění je ve vzorové dohodě nově výslovně vázáno na obyčejové mezinárodní právo. Příloha k vzorové dohodě dále stanovuje, jaké skutečnosti musí arbitrážní tribunál zohlednit, když posuzuje, zda opatřením státu došlo k nepřímému vyvlastnění. Výslovně je stanoveno, že nejsou-li dány zcela výjimečné okolnosti, nediskriminační regulační opatření zaměřená na ochranu veřejného zdraví, bezpečnosti a životního prostředí nepředstavují nepřímé vyvlastnění.⁷⁵⁶ Obdobná ustanovení lze najít i v dohodách o volném obchodu uzavíraných USA a též ve vzorové DPOI Kanady z roku 2004. Účelem většiny změn bylo omezení přílišné diskrece arbitrážních tribunálů a zachování širšího regulačního prostoru pro hostitelský stát. Jedním ze zjevných motivů bylo též neposkytovat zahraničním investorům podstatně vyšší ochranu, než jaká je poskytována investorům domácím. Pokračování tohoto trendu představuje poslední vzorová DPOI USA z roku 2012. Tentokrát již nebylo zasaženo do klíčových standardů zacházení ani do mechanismu řešení sporů, byť dle dostupných informací byla v rámci přípravy vzoru diskutována i možnost úplného vypuštění rozhodčí doložky. Změny se týkají některých otázek, které byly předtím rovněž předmětem kritiky, jako je transparentnost řízení, povinnosti smluvních stran v oblasti pracovních vztahů a ochrany životního prostředí a některé další částkové úpravy.⁷⁵⁷

Nový přístup států NAFTA inspiroval i některé další státy, zejména asijské. Investičním modelem NAFTA je inspirována například Komplexní investiční dohoda ASEAN (*The ASEAN*

⁷⁵² Trade Act of 2002, Sec. 2102.

⁷⁵³ Alvarez, Park, pozn. 740, s. 386, Kinnear, Hansen, pozn. 743, s. 108.

⁷⁵⁴ Viz blíže např. Gagné, G., Morin, J. The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT. *Journal of International Economic Law*. 2006, 9(2), s. 357-382.

⁷⁵⁵ Odstavce 1 a 2 článku 5 vzorové dohody z roku 2004 znějí následovně:

1. *Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*

2. *For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:*

(a) *“fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and*

(b) *“full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.*

Příloha vzorové dohody navíc vysvětluje, co je nutno rozumět pod obyčejovým mezinárodním právem.

⁷⁵⁶ Dalším významným rozdílem ve srovnání s předchozím vzorem je například zpřesnění definice investice, když kromě tradičního obecného vymezení (*every asset...*) a demonstrativního výčtu jednotlivých druhů investic vysvětlivky k dohodě obsahují dodatečná kritéria, které definici investice zpřesňují a zužují (*commitment of capital, expectation of gain or profit, assumption of risk*).

⁷⁵⁷ Blíže viz např. Di Rosa, P. The New 2012 U.S. Model BIT: Staying the Course. 1. června 2012 [online]. Dostupné z: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/06/01/the-new-2012-u-s-model-bit-staying-the-course/>

Comprehensive Investment Agreement – ACIA), která vstoupila v platnost v roce 2012. Z obdobného modelu vychází při svých jednáních například Čína a další asijské země. Naopak, smluvní praxe členských států EU zůstala až do vstupu Lisabonské smlouvy v platnost tímto vývojem prakticky nedotčena.

(ii.) *Austrálie*

Austrálie byla v uzavírání mezinárodních investičních dohod relativně aktivní. Od 80. let 20. století uzavřela 22 dvoustranných DPOI, je stranou Dohody k Energetické chartě a uzavřela cca 15 dalších dohod, které rovněž obsahují ustanovení o ochraně investic (zpravidla se jedná o dohody o volném obchodu).⁷⁵⁸ První indikací koncepční změny v přístupu představovala dohoda o volném obchodu s USA (*Australia-United States Free Trade Agreement – AUSFTA*), podepsaná dne 18. května 2004. Kapitola 11 AUSFTA obsahuje tradiční materiální pravidla ochrany investic vycházející z investičního modelu NAFTA, neobsahuje již ovšem mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem a upravuje pouze klasickou mezistátní arbitráž. Investoři smluvních stran tedy nemohou práva, která jim přiznává AUSFTA, uplatňovat v přímo proti hostitelskému státu v investiční arbitráži. Jak vysvětlilo australské Ministerstvo zahraničí a obchodu:

Tento výsledek odráží skutečnost, že obě země mají robustní a sofistikované vnitrostátní právní systémy, které domácím i zahraničním investorům poskytují dostatečný prostor pro adresování jejich obav týkajících se vládních opatření.⁷⁵⁹

Komentátorům přirozeně neuniklo, že pravděpodobným důvodem takového řešení byla snaha vyhnout se zkušenostem USA a Kanady s aplikací Kapitoly 11 NAFTA.⁷⁶⁰

Systémový zvrat v australské politice v oblasti zahraničních investic nastal v roce 2011, kdy vláda oficiálně oznámila, že Austrálie již v budoucnu nebude do svých mezinárodních dohod vůbec zahrnovat rozhodčí doložky umožňující investorům zahájit investiční arbitráž proti hostitelskému státu. Oficiální stanovisko vlády uvádí:

Gillardova vláda podporuje zásadu národního zacházení – tj. že se zahraničními a s domácími investory má být z právního hlediska zacházeno stejně. Vláda ovšem nepodporuje ustanovení, která by zahraničním podnikatelům přiznávala více práv, než jaká náleží podnikatelům domácím. Vláda rovněž nebude podporovat ustanovení, která by omezovala možnost australské vlády přijímat právní předpisy v sociálních, environmentálních nebo ekonomických záležitostech v situaci, kdy tyto předpisy nediskriminují zahraniční podnikatele vůči podnikatelům domácím. Vláda neakceptovala a neakceptuje ustanovení, která omezují její pravomoc umisťovat upozornění na zdravotní rizika nebo požadavky na nepopsané obaly tabákových výrobků, nebo její možnost pokračovat v Programu farmaceutických benefitů. Australská vláda v minulosti usilovala o zahrnutí mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem do obchodních dohod s rozvojovými zeměmi, a to na přání australských podnikatelů. Gillardova vláda v této praxi nebude pokračovat. Pokud mají australští podnikatelé obavy z možných politických rizik v zemích, které jsou obchodními partnery Austrálie, budou si muset sami vyhodnotit, zda v těchto zemích chtějí investovat.⁷⁶¹

⁷⁵⁸ Zdroj: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/11#iiaInnerMenu>

⁷⁵⁹ AUSFTA – Frequently asked questions. Dostupné z:

http://www.aph.gov.au/~media/wopapub/senate/committee/freetrade_ctte/submissions/sub161a_pdf.ashx

⁷⁶⁰ Dodge, W. Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2006, 39(1), s. 3

⁷⁶¹ Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity. April 2011, s. 14. Dostupné z: <http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>

Tento radikální zvrát je zřejmě nutno vnímat jednak na pozadí sporu mezi Austrálií a nadnárodním koncernem Phillip Morris ohledně australské legislativy, která nařizuje prodej tabákových výrobků v obalech bez jakékoli grafické úpravy, který vedl k vůbec první a dodnes neukončené investiční arbitráži proti Austrálii (arbitráž je vedena podle DPOI mezi Austrálií a Hongkongem),⁷⁶² ale především na celkové reorientaci australské zahraniční obchodní politiky. Ta navazuje na rozsáhlou analýzu provedenou tzv. Komisí pro produktivitu (*Productivity Commission*), což je nezávislý výzkumný a poradní orgán australské vlády. Komise se v rámci své podrobné zprávy k australským dvoustranným a mnohostranným obchodním dohodám, vydané v roce 2010,⁷⁶³ zabývala rovněž mechanismem řešení sporů mezi investorem a státem, obsaženým v řadě těchto dohod.⁷⁶⁴ Na základě provedené analýzy dospěla k závěru, že patrně neexistuje takový podkladový ekonomický problém, který by činil zahrnování mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem do obchodních dohod nezbytným. Zároveň dospěla k závěru, že dostupná data nenasvědčují tomu, že by tato ustanovení měla výrazný vliv na toky investic. Na druhé straně poukázala na zkušenosti jiných zemí, které ukazují, že s tímto mechanismem řešení sporů jsou spojená značná politická a finanční rizika. Komise v této souvislosti identifikovala čtyři základní okruhy problémů: (i) omezení možností vlády přijímat opatření v obecném zájmu (*regulatory chill*) v obavě z vyvolání investičních arbitráží vedoucích k povinnosti platit náhradu; (ii) přiznávání nových materiálních a procesních práv zahraničním investorům, která je zvýhodňují oproti investorům domácím; (iii) volnost tribunálů při určování výše náhrady, spojená s potenciálem pro přisuzování extrémně vysokých částek; a (iv) obavy spojené s vedením investičních arbitráží, týkajících se nedostatku nestrannosti a konfliktů zájmů na straně rozhodců, nekonzistence v rozhodování, netransparentnost, vysoké náklady účastníků sporu a obecná neexistence odvolacího mechanismu. Vzhledem k pochybnostem ohledně skutečné výhodnosti zahrnování mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem pro Austrálii či pro její obchodní partnery, jakož i vzhledem k početným potenciálním problémům s tímto mechanismem spojeným, Komise doporučila, aby australská vláda do obchodních dohod s jinými zeměmi nezahrnovala takový mechanismus, který zahraničním investorům v Austrálii přiznává více práv, než jaká mají k dispozici investoři domácí.

Austrálie je tak příkladem vyspělé země, kde cílená a systematická analýza dosavadní praxe a vyhodnocení přínosů a rizik ochrany zahraničních investic podle mezinárodních dohod vedly k politickému rozhodnutí, které odmítá investiční arbitráže jako takové.

(iii.) Norsko

Norsko je stranou 15 dvoustranných DPOI (z nichž poslední byla ovšem uzavřena ještě v roce 1995) a je též zakládajícím signatářem Dohody k Energetické chartě. Od poloviny 90. let 20. století ovšem Norsko žádné nové DPOI neuzavíralo kvůli obavám týkajícím se potenciálních rozporů těchto dohod s norskou ústavou a též možných dopadů těchto dohod na rozvojové země.⁷⁶⁵ S cílem obnovit smluvní praxi v oblasti zahraničních investic norská vláda v roce 2007 zveřejnila návrh nové vzorové DPOI společně s obsáhlým průvodním komentářem.⁷⁶⁶ Tento

⁷⁶² Informace k tomuto sporu lze najít např. na stránce <http://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging>

⁷⁶³ Bilateral and Regional Trade Agreements. Productivity Commission Research Report, November 2010.

⁷⁶⁴ Podrobnosti viz např. *Trakman, L.* Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend? *Journal of World Trade*. 2012, 46(1), s. 83-120.

⁷⁶⁵ *Peterson, L.* Norway proposes significant reforms to its investment treaty practices. *Investment Treaty News (ITN)*, March 27, 2008 [online]. Dostupné z: http://www.iisd.org/pdf/2008/itn_mar27_2008.pdf

⁷⁶⁶ Srov. oficiální informace na stránce norské vlády: <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/model-for-investment-agreements--general/id496026/>. Text vzorové DPOI a průvodního komentáře lze nalézt na adrese <http://www.italaw.com/resources/investment-treaties>

text se ve snaze nalézt vhodnější rovnováhu mezi právy investorů a zájmy hostitelských států výrazně lišil od tradičního evropského modelu, na němž byly založeny DPOI uzavřené Norskem v minulosti. Jak uvádí komentář ke vzorové dohodě, Norsko mělo být lídrem ve vývoji od jednostranně formulovaných dohod, které chrání pouze zájmy investorů, ke komplexním dohodám, které zachovávají regulační potřeby vyspělých i rozvojových států, a které přenesou odpovědnost i na investory, přičemž jim ovšem zajistí předvídatelnost a ochranu. Nová filozofie byla patrná již z preambule dohody, která vedle tradičních cílů DPOI, jako je zajištění příznivých podmínek pro zahraniční investice, zdůrazňuje i další cíle, jako jsou korporátní sociální odpovědnost, lidská práva, boj proti korupci, udržitelný rozvoj a základní zásady transparentnosti, odpovědnosti a legitimacy pro všechny účastníky procesů spojených se zahraničními investicemi. Dalším z cílů nové vzorové DPOI bylo dle komentáře snížení míry diskrece, kterou disponují arbitrážních tribunály, a která z pohledu norské ústavy vyvolávala problematickou nejistotu ohledně rozsahu přesunu svrchovaných pravomocí státu na mezinárodní orgány.

Normativní obsah vzorové DPOI přináší oproti tradičnímu evropskému modelu řadu inovací – některé jsou inspirovány investičním modelem NAFTA, jiné jsou unikátní jen pro tento vzorový text. Dohoda se například snaží zamezit využívání ochrany „schránkovými společnostmi“ tím, že zavádí kritérium podstatných ekonomických aktivit investora ve svém domovském státě. Tradiční standardy ochrany podléhají řadě obecných a specifických výjimek, které kladou důraz především na možnost hostitelského státu provádět legitimní regulaci. Z působnosti doložky nejvyšších výhod jsou výslovně vyňata pravidla týkající se řešení sporů. Standardy řádného a spravedlivého zacházení a plné ochrany a bezpečnosti jsou výslovně navázány na obyčejové mezinárodní právo. Velmi specifickou inovací představuje úprava vyvlastnění. Formulace příslušného článku neodpovídá standardní formulaci jiných DPOI, ale vychází ze znění článku 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv. Dle komentáře bylo výslovným úmyslem tvůrců tohoto textu poskytnout investorům takovou úroveň ochrany proti vyvlastnění, jaká vyplývá z lidsko-právních instrumentů, zejména z judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Z tohoto důvodu vzorová DPOI neobsahuje ani standardní Hullovu formuli, což lze považovat za naprostý unikát. Od tradičního evropského modelu se tato vzorová DPOI liší i tím, že národní zacházení a doložku nejvyšších výhod rozšiřuje i na zřizování a nabývání investic, tedy na před-investiční fázi.

Významné inovace se týkaly i mechanismu řešení sporů. Nejdůležitějším odklonem od standardní praxe je povinnost investora pokusit se před zahájením investiční arbitráže vyčerpat vnitrostátní prostředky (která byla ovšem limitována dobou tří let). Dohoda dále obsahuje řadu opatření pro zvýšení transparentnosti řízení – veškeré nálezy a dokumenty související s řízením měly být zveřejňovány a jednání tribunálu měla být veřejná. Jediným přípustným fórem pro řešení sporů mezi investorem a státem bylo Středisko (ICSID), resp. ICSID Additional Facility.

V roce 2009, po zhruba jeden a půl roku trvajících veřejných konzultacích, se ovšem norská vláda rozhodla tuto vzorovou DPOI bez náhrady opustit, a to pro nesmiřitelné názorové rozpory mezi různými zainteresovanými zájmovými skupinami, mezi něž se řadily zejména skupiny vycházející z podnikatelského prostředí a mimovládní organizace. Zatímco podle jedné skupiny názorů nový model neposkytoval investorům dostatečnou ochranu, podle druhé skupiny i tento nový model omezoval možnosti vlády provádět regulaci ve veřejném zájmu.⁷⁶⁷ Do dnešního dne Norsko neuzavřelo žádnou novou DPOI.

⁷⁶⁷ *Vis-Dunbar, D.* Norway shelve its draft model bilateral investment treaty. 8. června 2009 [online]. Dostupné z: <https://www.iisd.org/itn/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty/>

3.6.3 *Probíhající institucionální diskuse mezi Komisí, Radou a Parlamentem*

Zatímco diskuse ohledně investiční politiky EU před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost a těsně po něm se týkala především otázky pravomoci Unie a jejího rozsahu, postupem času se do popředí dostaly otázky týkající se obsahové stránky budoucích investičních dohod EU. Do této diskuse se na institucionální úrovni postupně formou oficiálních sdělení a stanovisek zapojily všechny tři orgány, které se na tvorbě této politiky mají podílet – Komise, Rada i Parlament. Z dosavadní diskuse je přitom zjevné, že jejich představy o tom, jak má budoucí politika EU v oblasti zahraničních investic vypadat a jaké cíle má sledovat, jsou poněkud odlišné.

Pro lepší pochopení postojů jednotlivých orgánů je vhodné mít na paměti jejich různý institucionální základ a odlišnou funkci v rámci rozhodovacích procesů Unie. Zatímco Komise lze považovat především za výkonný orgán, který je nejlépe uzpůsoben k tomu, aby sledoval zájmy Unie jako celku, Rada, která je složená ze zástupců členských států, zastupuje především zájmy členských států, resp. v případech, kdy při hlasování není vyžadována jednomyslnost, zájmy jejich většiny. Demokratickou legitimitu legislativnímu procesu dodává Parlament, který je složen ze zástupců volených přímo občany všech členských států EU, a úkolem poslanců je především prosazovat v rámci legislativního procesu svůj program a prostřednictvím něj zájmy svých voličů. V rámci institucionálních reforem provedených Lisabonskou smlouvou byla role Parlamentu v rámci společné obchodní politiky výrazně posílena a jeho souhlas v rámci řádného legislativního postupu je nyní k přijímání opatření v rámci společné obchodní politiky nezbytný.

V další části chronologicky přiblížíme obsah nejdůležitějších oficiálních stanovisek k obsahové podobě investiční politiky EU, která uvedené tři orgány vydaly od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost.

(i.) Sdělení Komise – Cesta k ucelené evropské investiční politice

Prvním významným programovým dokumentem Komise bylo sdělení vydané v červenci 2010, tedy 7 měsíců po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost, pod názvem „Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice.“⁷⁶⁸

Sdělení na úvod zdůrazňuje význam přímých zahraničních investic pro růst produktivity a vytváření pracovních míst doma i v zahraničí, přičemž v této souvislosti se věnuje jak přílivu zahraničních investic do EU (*inward investment*), který přispívá k vytváření pracovních míst, optimalizaci přidělování zdrojů, přenosu technologií a znalostí, zlepšování konkurenceschopnosti a k podpoře obchodu, tak i odlivu investic (*outward investment*), jehož přínos spočívá ve zvýšení konkurenceschopnosti evropských podniků, zejména v podobě vyšší produktivity. Komise zdůraznila význam stabilního, zdravého a předvídatelného prostředí pro investory. Účelem společné investiční politiky by mělo být ujištění investorů o tom, že mohou působit v otevřeném, řádně a spravedlivě regulovaném podnikatelském prostředí v hostitelské zemi, které představuje jeden z významných faktorů ovlivňujících jejich rozhodování. Úloha EU by v tomto ohledu měla spočívat v zachování a rozvíjení otevřenosti prostředí EU pro zahraniční investice a též v zajištění rovných podmínek pro investory z EU v zahraničí.

⁷⁶⁸ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů - Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice, KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010.

Pokud jde o výběr smluvních partnerů, EU by dle Komise měla jít tam, kam chtějí jít její investoři, a zaměřit se zejména na trhy vyznačující se ekonomickým růstem nebo předpokladem budoucího růstu. V krátkodobém horizontu se Komise plánovala zaměřit na v té době již probíhající obchodní jednání s Kanadou, Indií, Singapurem a se sdružením Mercosur. Ve střednědobém horizontu Komise jako potenciální smluvní partnery označila Čínu a Rusko.

Obsahovou stránku budoucí politiky v oblasti zahraničních investic sdělení přiblížilo jen v obecných rysech. Komise nejdříve postavila na jisto, že budoucí investiční dohody uzavírané EU by měly zahrnovat jak liberalizaci investic (před-investiční fáze), tak jejich ochranu (post-investiční fáze), a že by se neměly omezovat pouze na přímé investice, ale jejich úprava by se měla vztahovat rovněž na investice portfoliové (k čemuž má dle názoru Komise Unie dostatečnou implicitní pravomoc). Pokud jde o ochranu investic, Komise potvrdila, že unijní dohody by měly obsahovat standardní úpravu odpovídající DPOI uzavíraným státy, tj. relativní standardy ochrany (doložky národního zacházení a nejvyšších výhod), absolutní standardy ochrany (řádné a spravedlivé zacházení, plná ochrana a bezpečnost, ale i umbrella clause), a rovněž pravidla pro vyvlastnění. Klíčovým cílem Unie by dle Komise měla být vynutitelnost ustanovení unijních dohod, které by proto měly zahrnovat i mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem.

Sdělení přiblížilo pouze základní kontury představ Komise o obsahové stránce politiky EU v oblasti zahraničních investic, aniž by z něj ovšem byla patrná nějaká významnější specifika budoucích investičních dohod uzavíraných Unií. Celkové vyznění sdělení lze hodnotit jako proinvestorské, přičemž důraz je kladen především na ochranu evropských investorů v zahraničí. Na několika místech se uvádí, že Komise se při jednáních s třetími zeměmi bude opírat především o dosavadní smluvní praxi (*best practices*) členských států EU, přičemž nijak nereflexuje vývoj, ke kterému došlo v jiných částech světa. Sdělení sice naznačuje, že politika EU by měla respektovat způsob, jakým Unie a členské státy regulují ekonomické aktivity, a měla by být v souladu s dalšími politikami Unie, které se týkají například ochrany životního prostředí, důstojných pracovních podmínek, ochrany spotřebitelů, kulturní rozmanitosti, rozvoje a soutěžní politiky a měla by být v souladu se zásadami a cíli vnější činnosti Unie, včetně prosazování konceptu právního státu (*rule of law*), ochrany lidských práv a udržitelného rozvoje. Konkrétní způsob, jak mají být tyto zájmy vyváženy s ochranou investorů, ovšem sdělení nepřiblížuje.

Komisi lze vyčítat především to, že se ani náznakem nepokusila analyzovat a zhodnotit dosavadní zkušenosti s aplikací DPOI a výsledky, které jejich existence přinesla, a to jak ve vztahu ke zkušenostem členských států EU, tak ve vztahu ke zkušenostem třetích zemí.⁷⁶⁹ Lze mít za to, že taková analýza by měla při formování evropské investiční politiky představovat prvotní a klíčový úkol. „Oslím můstkem“ mezi zdůrazněním významu zahraničních investic pro ekonomický růst a potřebou DPOI je pouze nejasný a obecný odkaz na „rozsáhlé analýzy provedené mezinárodními organizacemi, jako jsou OECD a UNCTAD“, aniž by Komise dále jakkoli rozebírala skutečnou ekonomickou efektivitu DPOI či jejich vliv na rozhodovací procesy v hostitelských státech.⁷⁷⁰

Předmětem kritiky byla rovněž apriorní neochota Komise k vytvoření vzorového textu investičních ustanovení, který by sloužil jako předloha při jednáních s třetími zeměmi. Jak Komise uvedla ve sdělení, jednotný (*one-size-fits-all*) model by nebyl ani dosažitelný, ani

⁷⁶⁹ Srov. *Maupin, J.* Where Should Europe's Investment Path Lead? Reflections on August Reinisch, "Quo Vadis Europe?". *Santa Clara Journal of International Law*. 2014, 12(1), s. 189 a násl.

⁷⁷⁰ Tamtéž.

vhodný, a Unie bude muset brát ohled na specifický kontext každého jednání. Používání vzorového textu, který je zpravidla výsledkem interních konzultačních procedur zahrnujících různé sekce exekutivy a jiných zainteresovaných subjektů, je přitom u vyspělých zemí, které jsou vývozci kapitálu, standardem. Rozhodnutí Komise jednat se zahraničními partnery na *ad hoc* bázi proto vyvolává rozporuplné reakce – jakkoli si tím Komise zajistí větší flexibilitu při jednáních, a zároveň se vyhne zdlouhavému internímu procesu při tvorbě a schvalování vzorového textu, tento přístup může negativně ovlivnit koherenci a transparentnost společné investiční politiky. Unie tím zároveň možná oslabila svůj potenciál ujmout se vedoucí role při formování mezinárodního investičního práva.⁷⁷¹

(ii.) *Závěry Rady k ucelené evropské investiční politice*

V návaznosti na sdělení Komise přijala v říjnu 2010 své závěry k ucelené evropské investiční politice Rada.⁷⁷² Jedná se o poměrně stručný dokument vyznačující se velkou obecností, ze kterého nicméně poměrně jasně vyplývá, jaké jsou priority většiny členských států. Závěry Rady kladou důraz především na vysokou úroveň ochrany evropských investorů v zahraničí. Vytvoření společné politiky EU v oblasti zahraničních investic by dle Rady mělo *zvýšit* současnou úroveň ochrany evropských investorů v zahraničí. Rada uznala význam sociální a environmentální dimenze zahraničních investic, jakož i práv a povinností investorů, zdůraznila ovšem, že hlavním předmětem zájmů mezinárodních investičních dohod by nadále měla být efektivní a ambiciózní ochrana investic a zajištění přístupu k trhům. Základní pilíře budoucích investičních dohod EU by měly odpovídat standardnímu obsahu DPOI, přičemž Unie by při sjednávání investičních dohod měla vycházet ze zkušeností a dosavadní praxe (*best practices*) členských států. Bez povšimnutí nezůstaly ani další cíle a zásady, kterými se má řídit vnější činnost Unie, jako je zásada právního státu, lidská práva či udržitelný rozvoj – politika EU v oblasti zahraničních investic musí podle Rady *nadále* umožňovat EU a členským státům, aby přijímaly a vynucovaly opatření sledující veřejný zájem. Rada rovněž věnovala zvýšenou pozornost existujícím DPOI členských států – jak zdůraznila, nový právní rámec by neměl negativně ovlivnit ochranu investorů podle existujících dohod a tyto by měly zůstat v platnosti až do doby, než budou nahrazeny minimálně stejně efektivními dohodami uzavíranými EU.

Z celkového vyznění závěru Rady poměrně jasně vyplývá, že prioritou většiny členských států je především vysoká úroveň ochrany investorů, a že smluvní praxe Unie by v ideálním případě měla plynule navázat na dosavadní praxi většiny členských států, která je založená na evropském modelu DPOI. Z toho lze též vyčíst, že rozhodující slovo při formulaci závěrů Rady zřejmě měly zejména některé původní členské státy, které v ochraně poskytované jejich investorům na základě DPOI vidí vysokou přidanou hodnotu.

(iii.) *Usnesení Parlamentu k budoucnosti evropské mezinárodní investiční politiky*

Jak již bylo uvedeno, na základě Lisabonské smlouvy došlo k významnému posílení role Parlamentu. Opatření ve věcech společné obchodní politiky jsou nyní přijímána tzv. řádnou legislativní procedurou, a vyžadují schválení jak Radou, tak i Parlamentem. Parlament se své nové role zhostil velmi aktivně. V dubnu 2011 přijal usnesení, v němž představil svůj pohled na budoucí politiku EU v oblasti zahraničních investic, který se od pohledu prezentovaného

⁷⁷¹ Kriticky k rozhodnutí Komise nepřijmout vzorovou investiční dohodu EU srov. např. *Calamita, J. The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps. Legal Issues Of Economic Integration. 2012, 39(3), s. 316 a násl.*

⁷⁷² *Conclusions on a comprehensive European international investment policy. 3041st Foreign Affairs Council meeting, Luxembourg, 25 October 2010.*

Komisi a Radou značně liší.⁷⁷³ Na rozdíl od Rady a Komise se Parlament zaměřil především na problematické aspekty mezinárodní ochrany investic, které vyplynuly zejména z dosavadních zkušeností s investičními arbitrážemi. Odlišný tón je patrný již z uvozujících ustanovení, která poukazují mj. na následující otázky a souvislosti:

- široká definice investora v některých DPOI členských států, podle níž ke splnění kritéria pro určení korporátní státní příslušnosti postačuje prostá poštovní adresa, což v minulosti umožnilo některým investorům žalovat své vlastní státy prostřednictvím DPOI s jinými zeměmi;
- stále více zemí získává potenciál vyvážen kapital, což mění klasický pohled, podle kterého jsou investory pouze subjekty z vyspělých zemí;
- s rozšířením investičních sporů se objevila řada problémů vyplývajících z vágních formulací v DPOI, které umožňují různou interpretaci a obnáší riziko konfliktů mezi soukromými zájmy a regulačními úkoly orgánů veřejné moci – Parlament poukázal na některé případy, kdy přijetí legitimní regulace bylo shledáno jako porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení;
- USA a Kanada, které v minulosti čelily investičním sporům, upravily své vzorové DPOI tak, aby zúžily prostor pro jejich volnou interpretaci arbitrážními tribunály a ochránily si tak svá regulační oprávnění.

Na tomto základě Parlament postavil i svá doporučení. Zdůraznil, že Komise, která se ve svém sdělení zaměřila převážně na ochranu investic, by se měla více zabývat i otázkami, jak zachovat možnost legitimní regulace, a jak zajistit koherenci politiky EU s rozvojovými cíli. Parlament vyzval Komisi, aby urychleně vytvořila nezávazný dokument sloužící jako vodítko pro jednání s třetími zeměmi (např. ve formě vzorové DPOI), který by bylo možné upravovat v závislosti na úrovni rozvoje příslušné protistrany. Pokud jde o konkrétní opatření, Parlament Komisi adresoval zejména následující doporučení:

- (i.) Z hlediska definic a rozsahu působnosti unijních dohod Parlament požádal Komisi o:
 - vytvoření jasné definice investice, která z ochrany vyloučí spekulativní formy investic,
 - vyhodnocení, v jakých případech široká definice zahraničního investora umožnila zneužívající praktiky, a na základě tohoto vyhodnocení o vytvoření jasné definice zahraničního investora.
- (ii.) Z hlediska ochrany investorů se Parlament kriticky postavil k závěrům Rady, podle nichž by nový právní rámec neměl negativně ovlivnit ochranu investorů podle existujících DPOI a vyzval k identifikaci nejlepších praktik (*best practices*), které umožní vytvoření koherentní evropské investiční politiky. Budoucí investiční dohody EU by dle Parlamentu měly v souladu s nejlepšími praktikami obsahovat následující standardy:
 - nediskriminace ve formě doložek národního zacházení a nejvyšších výhod, která bude formulována přesněji (zejména se zmínkou o tom, že investoři se musí nacházet ve srovnatelné situaci), a dále flexibilnější doložku nejvyšších výhod, která nebude bránit regionálním integračním snahám rozvojových zemí;

⁷⁷³ European Parliament resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy (2010/2203(INI)).

- standard řádného a spravedlivého zacházení, který bude odpovídat standardu zacházení podle obyčejového mezinárodního práva;
- ochrana před přímým a nepřímým vyvlastněním podle definice, která určí jasnou a spravedlivou rovnováhu mezi veřejnými a soukromými zájmy;
- Komise by měla zvážit používání doložek typu umbrella clause a poskytnout k tomu Radě a Parlamentu zprávu.

Parlament dále vyzval Komisi, aby ve vztazích s vyspělými partnery zajistila reciprocitu, zatímco ve vztazích s rozvojovými zeměmi by EU měla zachovávat asymetrii sledující především jejich rozvoj.

- (iii.) Parlament zdůraznil, že budoucí investiční dohody EU musí zachovávat možnost intervence ze strany orgánů veřejné moci v obecném zájmu. V této souvislosti vyslovil znepokojení nad vysokou mírou diskrece arbitrážních tribunálů, která jim umožňuje extenzivní interpretaci ustanovení investičních dohod. Proto vyzval Komisi k vytvoření jasných definic standardů ochrany, aby bylo zamezeno obdobným problémům v souvislosti s budoucími investičními dohodami EU. Budoucí investiční dohody EU by dále měly obsahovat specifická ustanovení výslovně potvrzující právo smluvních stran k regulaci v otázkách národní bezpečnosti, veřejného zdraví, práv zaměstnanců a spotřebitelů, odvětvových politik a kulturní rozmanitosti.
- (iv.) Politika EU v oblasti zahraničních investic by dle Parlamentu měla podporovat takové investice, které jsou udržitelné, které respektují životní prostředí a podporují kvalitní pracovní podmínky; Parlament též vyzval k tomu, aby dohody uzavírané EU obsahovaly ustanovení o korporátní sociální odpovědnosti a další efektivní sociální a environmentální ustanovení.
- (v.) Ohledně mechanismu řešení sporů Parlament uvedl, že současný režim nutně vyžaduje změny, které zajistí větší transparentnost, právo stran na odvolání, povinnost vyčerpání vnitrostátní prostředky (pokud lze mít za to, že zaručují řádný proces), možnost účasti třetích stran na řízení, a povinnost určit jedno místo arbitráže. Parlament rovněž vyzval Komisi, aby předložila návrhy řešení, jak umožnit malým podnikům nést vysoké náklady na řešení investičních sporů.
- (vi.) Ohledně volby smluvních partnerů Parlament upozornil, že prioritu by měly mít ty země, kde zahraniční investoři potřebují lepší ochranu, tj. zejména země rozvojové, přičemž je ovšem nutno brát ohled i na to, aby uzavírání investičních dohod bylo i v zájmu těchto zemí. Proto by tyto dohody měly rovněž zakotvovat povinnosti investorů co se týče dodržování lidských práv nebo protikorupčních standardů.

Stanovisko Parlamentu dodalo diskusím o budoucí podobě politiky EU v oblasti zahraničních investic zcela nový rozměr. Požadavky Parlamentu se vcelku pochopitelně setkaly s nevolí části arbitrážních specialistů, v jejichž očích se naplnily obavy z politizace společné obchodní politiky. Ať už si o jednotlivých bodech usnesení Parlamentu můžeme myslet cokoli, přístup Parlamentu je nutno pouze uvítat. Jeho kritické připomínky jsou velmi adresné a vycházejí z dobré znalosti reálií soudobého systému mezinárodní ochrany zahraničních investic, které byly do té doby Komisí i Radou značně opomíjeny. „Politizace“ problematiky je v tomto případě namístě – DPOI představují významný zásah do suverenity států, přiznává zahraničním investorům ve srovnání s jinými subjekty značná práva a dosavadní praxe uplatňování těchto dohod vykazuje závažné systémové nedostatky. Formování politiky EU v oblasti zahraničních

investic není jen věcí právní techniky při formulování konceptů, které odrážejí obecný konsenzus, jak by se mohlo zdát z některých příspěvků, ale obnáší zásadní politická rozhodnutí. Je proto dobře, že Parlament zaměřil pozornost na problematické otázky, neboť až v návaznosti na jeho intervenci byla zahájena skutečně smysluplná diskuse o podstatných otázkách budoucí politiky EU.

(iv.) *Odpověď Komise na usnesení Parlamentu*

Komise své stanovisko k usnesení Parlamentu vydala již za 3 měsíce (v červenci 2011).⁷⁷⁴ Byť se v tomto stanovisku pokusila navodit zdání vzájemné shody ve většině otázek, v klíčových aspektech byla její odpověď odmítavá.

Za prvé, Komise se neztotožnila s požadavkem Parlamentu na vyloučení spekulativních forem investic. Z důvodové zprávy k usnesení Parlamentu podle Komise vyplývá, že pod „spekulativními“ investicemi měl Parlament na mysli zejména investice krátkodobé, které nezasluhují stejnou úroveň ochrany, jako investice dlouhodobé. Komise označila obavu, že by spekulativní investice mohly podléhat ochraně investičních dohod, za nedorozumění a vysvětlila, že investice ve smyslu DPOI jsou konceptem odlišným od běžných obchodních transakcí, a dále že spekulaci nelze považovat za synonymum pro portfoliové investice. Toto ne příliš přesvědčivé zdůvodnění završila konstatováním, že doposud žádný arbitrážní tribunál nerozhodoval o sporu týkajícího se krátkodobé investice na kapitálovém trhu hostitelského státu.

Podstatu věci ovšem zcela míjí zejména odpověď Komise na požadavek Parlamentu, aby definice zahraničního investora vylučovala spod ochrany tzv. „schránkové společnosti“. Komise se nejdříve ohradila vůči tomu, aby byly praktiky zahraničních investorů, kteří dodržují právní předpisy hostitelské země, označovány jako „zneužívající“. Následně připomínku Parlamentu vyložila tak, že směřovala na situaci zahraničních investorů, kteří na území *hostitelského státu* nevykonávají žádné podstatné aktivity. S takto interpretovanou připomínkou se hravě vypořádala, neboť pokud investor na území hostitelského státu nevykonává žádné ekonomické aktivity, zpravidla samozřejmě nelze ani mluvit o investici. K tomu ovšem připomínka Parlamentu zjevně nesměřovala. Parlament mířil na situace, kdy investor (často státní příslušník hostitelského státu) dosáhne na ochranu DPOI tím, že vytvoří účelovou korporátní strukturu – jedná se tedy o situaci investorů, kteří nevykonávají žádné podstatné ekonomické aktivity na území svého *domovského státu*, určeného pouze na základě kritéria inkorporace nebo sídla. Tento problém byl poměrně extenzivně řešen v několika arbitrážních nálezech a byl dostatečně popsán i v literatuře. Odpověď Komise v této části tedy nelze označit jinak, než jako ostudnou.

Komise se zcela neztotožnila ani s požadavkem Parlamentu na podrobnější a jasnější definici standardů ochrany investic za účelem předcházení jejich extenzivního výkladu ze strany arbitrážních tribunálů. Jak Komise doslovně uvedla:

Všechny tyto standardy byly mezinárodními tribunály a soudy definovány a aplikovány po desetiletí – některé dokonce po staletí. Jelikož tyto standardy mají svůj původ v mezinárodním právu veřejném, u většiny z nich, včetně minimálního standardu zacházení s cizinci, ohledně porozumění jejich obsahu a významu panuje mezi specialisty v dané oblasti (právníky, akademiky, rozhodci a soudci) shoda.

⁷⁷⁴ Follow up to the European Parliament Resolution on the future European international investment policy, adopted by the Commission on 5 July 2011. Dokument již není dostupný online.

Komise dále uvedla, že pokud u Parlamentu přetrvávají nejasnosti ohledně některých standardů zacházení, Komise mu nadále zůstává k dispozici pro podání dalších vysvětlení. Tato odpověď Komise na specifický a relevantními informacemi podložený požadavek Parlamentu zaráží nejen svou bohorovností, ale i věcnou nesprávností. Většina standardů ochrany investic nemá svůj původ v obyčejovém mezinárodním právu, nýbrž se jedná o pravidla smluvní, která začala být prosazována právě pro rozpory ohledně obsahu obyčejového mezinárodního práva. Standard řádného a spravedlivého zacházení je ztotožňován s minimálním standardem zacházení podle mezinárodního práva pouze v kontextu NAFTA, a to v návaznosti na jasně projevenou vůli smluvních států této dohody. Jak dále vyplývá již z krátkého přehledu v části 2.1 této práce, velmi diskutabilní je i tvrzení, že obsah a význam standardů ochrany je předmětem obecné shody. Prakticky ke každému ze standardů ochrany investic se váže jak protichůdná judikatura arbitrážních tribunálů, tak rozdílné názory v literatuře. Přípomínky Parlamentu zjevně nepramenily z nedostatku porozumění dané problematice, ale právě naopak, z dobré znalosti inkonzistentního judikatorního a doktrinárního výkladu klíčových standardů ochrany investic.

Přístup Komise v rámci její odpovědi na usnesení Parlamentu, a způsob jakým se vypořádala s jeho připomínkami, lze celkově hodnotit jako politováníhodný. Sama Komise svůj postoj později výrazně korigovala.

(v.) *Nové stanovisko Komise: Ochrana investic a řešení sporů mezi investorem a státem v dohodách EU*

Zásadní obrat v přístupu Komise přinesl dokument vydaný v listopadu 2013, označený jako „*Fact sheet on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements*“.⁷⁷⁵ Formulace v aktuálním stanovisku Komise k ochraně investic a investičním arbitrážím se od jejích předchozích stanovisek liší do té míry, že je až obtížné uvěřit, že se jedná o stanoviska té samé instituce.

Na začátek svého nového stanoviska Komise konstatuje, že ačkoli ustanovení mezinárodních dohod o ochraně investic doposud obecně fungovala dobře, systém vyžaduje vylepšení. Vylepšení by se měla týkat jednak nalezení lepší rovnováhy mezi právem států regulovat a potřebou chránit investory, jakož i fungování mechanismu řešení sporů, např. pokud jde o transparentnost, jmenování rozhodců či náklady řízení. EU se podle Komise při změnách systému ochrany investic může poučit z toho, jak tento systém fungoval doposud, přičemž vzhledem ke své ekonomické síle má EU dostatečně silnou pozici k tomu, aby o potřebě lepších a jasnějších standardů přesvědčila i své obchodní partnery.

Značnou část svého stanoviska Komise věnovala popisu nedostatků současného systému mezinárodní ochrany investic. Komise konstatovala, že některé aktuální případy nároků uplatněných investory proti státům vyvolaly u veřejnosti značné znepokojení, přičemž hlavní obava spočívá v tom, že současná pravidla na ochranu investorů mohou být zneužita k tomu, aby byly státy odrazovány od legitimních politických rozhodnutí. Komise v této souvislosti poukázala na dvě aktuální neukončené investiční arbitráže, a to *Vattenfall proti Německu*, v níž švédský investor napadá rozhodnutí Německa o urychlení odstavení jaderných elektráren, a *Philip Morris proti Austrálii*, kde americký investor prostřednictvím hongkongské dceřiné společnosti napadá australskou legislativu zakazující jakoukoli grafickou úpravu obalů tabákových výrobků. Veřejné znepokojení ohledně těchto případů je podle Komise legitimní a

⁷⁷⁵ Fact Sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, November 2013. Dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf

mělo být ze strany EU do budoucna adresováno. Účelem je, aby tribunály interpretovaly smluvní pravidla takovým způsobem, jaký zamýšlely strany příslušné dohody při jejím uzavření. Zatímco některé tribunály potvrdily právo států regulovat v obecném zájmu bez povinnosti poskytnout investorům náhradu, z rozhodnutí jiných tribunálů to zcela jasně nevyplývá. Komise poukázala na to, že tribunály rozhodují v rámci určitého právního rámce a jsou povinny aplikovat specifická pravidla obsažená v investiční dohodě – to znamená, že jejich rozhodnutí jsou pouze tak dobrá, jak dobrá jsou pravidla, která mají aplikovat. Vágní pravidla z povahy věci ponechávají větší prostor pro interpretaci.

Podle Komise je tedy za prvé nutno zajistit, aby pravidla v investičních dohodách byla jasně definována a neponechávala prostor pro interpretační nejasnosti, což je obzvláště důležité pokud jde o právo států přijímat regulaci v obecném zájmu. Za druhé, je nutno zajistit, aby arbitrážní tribunály postupovaly podle jasných procesních pravidel, která zajišťují řádný proces a transparentnost. Pokud jde o první z uvedených bodů, Komise konstatovala, že některé klíčové standardy ochrany investic jsou nejasné, a způsob jejich formulace vede k obavám, že tato ustanovení fakticky omezují možnost států regulovat ve veřejném zájmu. Mnoho platných DPOI například nespecifikuje přesný význam a působnost klíčových standardů jako „nepřímé vyvlastnění“ nebo „řádné a spravedlivé zacházení“, které představují právní základ většiny investičních sporů. Pokud jde o mechanismus řešení sporů, Komise poukázala na to, že podle stávajících pravidel je většina investičních sporů projednávána za zavřenými dveřmi. Dále upozornila, že některé společnosti pouze „zkouší své štěstí“ a uplatňují proti státům zjevně neopodstatněné nároky, které, ačkoli jsou nakonec zpravidla zamítnuty, kladou na státy časové a finanční nároky a mohou být shledávány jako způsob vyvíjení nátlaku na stát s cílem odradit jej od přijímání určitých opatření.

Jak Komise uvedla, jejím záměrem je vylepšit systém ochrany investic ve dvou rovinách: (i) vyjasnit a zlepšit pravidla na ochranu investic, a (ii) zlepšit fungování mechanismu řešení sporů, přičemž primárním cílem je zajistit, aby společnosti nemohly úspěšně napadat regulační opatření států přijímaná ve veřejném zájmu. Komise tedy ve svých jednáních s třetími zeměmi hodlá prosadit následující vylepšení.

1. Vyjasnění a vylepšení pravidel na ochranu investic:

- Právo států na regulaci: investiční dohody EU explicitně potvrdí, že smluvní strany jsou oprávněny regulovat za účelem dosahování legitimních politických cílů.
- Nepřímé vyvlastnění: investiční dohody EU budou obsahovat podrobná ustanovení, podle nichž se budou tribunály řídit při rozhodování, zda opatření státu představuje nepřímé vyvlastnění. Obzvláště tehdy, pokud stát chrání veřejný zájem nediskriminačním způsobem, regulační oprávnění státu by mělo převážet nad ekonomickým dopadem příslušných opatření na investora.
- Řádné a spravedlivé zacházení: tento standard, který je investory velmi často uplatňován, není jasně definovaný, což tribunálům poskytuje značnou volnost při jeho interpretaci. V investičních dohodách EU bude jasně stanoveno, jaké elementy tento standard zahrnuje.

2. Zlepšení fungování mechanismu řešení sporů:

- Investorům by mělo být zabráněno v podávání paralelních nebo bezdůvodných žalob: tribunálům by mělo být umožněno takové návrhy odmítnout ve zkráceném řízení a

investor, který ve sporu nebude úspěšný, ponese veškeré náklady řízení, včetně nákladů vynaložených státem.

- Systém arbitráží by měl být transparentnější: dokumenty budou přístupné veřejnosti, třetím osobám, které o to projeví zájem (např. mimovládní organizace), bude umožněna účast na jednáních a podávání písemných stanovisek.
- Investiční dohody EU by též měly adresovat potenciální konflikty zájmů na straně rozhodců a konzistenci arbitrážích nálezů (např. zavedením závazných etických kodexů pro rozhodce). EU též bude usilovat o vytvoření odvolacího mechanismu.
- Měly by být zavedeny i dodatečné záruky pro smluvní strany, které smluvním stranám umožní zachovat si kontrolu nad interpretací ustanovení investičních dohod.

Komise uvedla, že uvedená vylepšení již byla zahrnuta do dohody o volném obchodu s Kanadou (v té době v jednání), a že obdobná vylepšení hodlá zahrnout i do dalších dohod s třetími zeměmi, o nichž jedná nebo bude jednat v budoucnu.

(vi.) *Zhodnocení aktuálního stavu diskuse*

Diskuse ohledně podoby investiční politiky EU mezi jednotlivými institucemi Unie, ale i na stránkách odborné literatury, prošla od vstupu Lisabonské smlouvy určitým vývojem. Zpočátku byl hlavním předmětem zájmu především obsah a rozsah pravomoci Unie v oblasti zahraničních investic, jakož i otázka plynulého přechodu z existujících DPOI členských států na dohody unijní. V této fázi diskuse se spíše předpokládalo, že po obsahové stránce budou unijní investiční dohody víceméně kopírovat obsah DPOI doposud uzavíraných členskými státy EU, a že hlavní inovativní příspěvek Unie do smluvní praxe bude spočívat v integraci úpravy před-investiční a post-investiční fáze. Až postupně, zejména vlivem aktivity Parlamentu, nabyla diskuse nový rozměr a zvýšená pozornost začala být věnována samotnému obsahu unijních investičních dohod a potřebě kriticky zhodnotit dosavadní zkušenosti s aplikací DPOI v praxi investičních arbitráží.

Příznačné je, že tato diskuse je značně polarizovaná, a to jak na institucionální úrovni, tak na stránkách odborné literatury, přičemž lze vysledovat dva základní názorové proudy. První, pro-investorský proud, reprezentovaný zejména některými původními členskými státy EU a v akademické rovině konzervativními specialisty na arbitráže, vidí cestu v co nejvyšší ochraně investorů, spočívající v obecných a blíže nedefinovaných standardech zacházení, které poskytují tribunálům široký prostor pro interpretaci. Druhý názorový proud, reprezentovaný Parlamentem a rovněž vzrůstajícím počtem akademiků, je k široké diskreční pravomoci tribunálů poněkud skeptický a volá po zachování regulační pravomoci států tím, že prostor pro vlastní interpretaci tribunálů bude v budoucích unijních investičních dohodách jasně ohraničen, což na druhé straně může z pohledu investorů znamenat méně efektivní ochranu. Ačkoli se tato práce přiklání spíše k druhému proudu, *a priori* nelze říci, který z uvedených přístupů je správný, neboť lze mít za to, že se jedná především o otázku politické preference. Proto je ovšem dobře, že se o těchto otázkách začalo otevřeně a věcně diskutovat, což je především zásluhou Parlamentu, který se nebál otevřít kontroverzní otázky spojené s investičními arbitrážemi, které potenciálně vyžadují přehodnocení některých základních kánonů mezinárodního investičního práva, čímž výrazně přispěl k demokratické legitimitě této diskuse.⁷⁷⁶

Pokud jde o jednotlivé orgány EU, odlišnost postojů je zjevná zejména mezi Radou, jejíž prioritou je patrně zajištění pokud možno nejvyšší ochrany evropských investorů v třetích

⁷⁷⁶ Srov. *Maupin*, pozn. 769, s. 202.

zemích a obsahové kontinuity unijních investičních dohod s existujícími DPOI členských států, a Parlamentem, jehož postoj k ochraně investic a k investičním arbitrážím je mnohem opatrnější. Parlament vidí EU nejen v pozici vývozce kapitálu, ale i v pozici hostitelského státu, a jeho zájem se soustředí především na zachování možnosti orgánů EU a členských států přijímat legitimní regulaci v obecném zájmu. Zajímavým vývojem prošla stanoviska Komise. Ta se zpočátku velmi blížila postojům Rady, založených na prioritě efektivní ochrany investorů a presumpci důležitosti mezinárodněprávní ochrany pro zachování ekonomické konkurenceschopnosti Unie. Nicméně poslední stanoviska Komise vyznívají značně odlišně – zaměřují se především na kritické hodnocení stávajícího systému ochrany investic a na potřebu jeho reformy. Zřejmě nelze pochybovat o tom, že tento posun byl do značné míry vynucen aktivním přístupem Parlamentu, ale i narůstajícím tlakem veřejného mínění, které se aktivizovalo zejména v rámci probíhajících jednáních o Transatlantickém obchodním a investičním partnerstvím (TTIP) s USA, kterým se dostalo značné pozornosti ze strany různých institucí i veřejnosti. Tento přístup Komise se již odrazil i v probíhajících jednáních o dohodách o volném obchodu s Kanadou a se Singapurem, kde předběžně dojednané investiční kapitoly podrobností své úpravy mnohem více připomínají investiční dohody uzavírané státy NAFTA než tradiční evropský model DPOI po desetiletí používaný členskými státy EU (viz níže).

Jaký bude výsledek této institucionální diskuse a jaká bude finální podoba budoucích investičních dohod uzavíraných EU, nelze úplně předjímat ani v tuto chvíli, kdy expertně dojednané verze prvních dvou dohod již byly zveřejněny. Žádný z orgánů EU totiž nemá investiční politiku EU zcela ve vlastních rukou a přes jejich poněkud odlišné představy budou muset najít konsenzus. Je možná na škodu, že toto „cvičení“ neudělala Unie interně formou přijetí vlastního vzorového textu DPOI dříve, než začala sjednávat dohody s třetími zeměmi, čímž jsou do vnitřní debaty na úrovni EU chtě-nechtě potenciálně zataženy i tyto země. Úkolem Komise tedy je dojednat takové znění dohod s příslušnými smluvními partnery, které bude akceptovatelné jak pro Radu, tak pro Komisi, a, budou-li tyto dohody uzavírány jako smíšené, i pro všechny jednotlivé členské státy EU, což zřejmě nebude úkol nikterak jednoduchý.

3.6.4 Reflexe v dosavadních jednáních s třetími zeměmi

(i.) Jednání s Kanadou, Singapurem a s USA – laboratoř nové politiky EU

Krátce po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost zahrnuje Unie problematiku ochrany investic i do svých jednání s třetími zeměmi. V roce 2011 Rada udělila Komisi společný mandát ke sjednání kapitol o ochraně investic v dohodách o volném obchodu (*free trade agreement – FTA*) s Kanadou, Indií a Singapurem.⁷⁷⁷ Text mandátu je velice stručný – za zmínku stojí očekávání Rady, že příslušné dohody budou zahrnovat nejvyšší možnou úroveň právní ochrany a jistoty pro evropské investory v Kanadě, Indii a Singapuru, a že bude stavět na zkušenostech a praxi členských států s jejich dvoustrannými DPOI. Podle mandátu se měly příslušné kapitoly o ochraně investic vztahovat i na oblasti „smíšené pravomoci“ (*mixed competence*), mezi které dle Rady spadají portfoliové investice, řešení sporů a aspekty týkající se ochrany majetku a vyvlastnění. Budoucí obsah příslušných kapitol předpokládaný v mandátu je vymezen jen velmi obecně a v zásadě kopíruje typickou strukturu evropského modelu DPOI, zahrnující tradiční standardy ochrany investic a mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Zatímco jednání s Indií od té doby výrazně nepokročila, texty dohod s Kanadou a se Singapurem již byly v mezích dojednané na expertní úrovni a čeká je schvalovací proces. Navrhované znění obou dohod bylo zveřejněno na podzim 2014 a je podrobněji rozebráno níže. Lze ovšem

⁷⁷⁷ Text mandátu nebyl nikdy oficiálně zveřejněn, nicméně unikl neformálně a je na volně dostupný prostřednictvím internetových stránek některých mimovládních organizací.

předznamenat, že pro některé členské státy, které prostřednictvím Rady v mandátu pro Komisi prosadily očekávání „nejvyšší možné míry ochrany evropských investorů“, výslednou podobu sjednaných dohod zřejmě nepřijmou s nadšením. V říjnu 2014 Komise zároveň oznámila, že se rozhodla požádat SDEU o stanovisko k otázce pravomoci k uzavření Dohody o volném obchodě se Singapurem,⁷⁷⁸ přičemž nově zvolená Komise toto rozhodnutí potvrdila v březnu 2015.⁷⁷⁹ Zatím tedy není jasné, zda budou tyto dohody uzavřeny jako smíšené, nebo má k jejich uzavření v celém jejich rozsahu dostatečnou pravomoc Unie. Komise je připravena nechat o této otázce rozhodnout Soudní dvůr.

Ještě větší rozruch ovšem vyvolávají probíhající jednání o dohodě mezi EU a USA označované jako Transatlantické obchodní a investiční partnerství (*The Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP*).⁷⁸⁰ Mandát k jednání o obchodní a investiční dohodě s USA udělila Rada Komisi v červnu 2013. Proti TTIP se v rámci EU z různých stran zvedl poměrně silný odpor. Předmětem kritiky byla především netransparentnost jednání a nedostatek veřejně dostupných informací ohledně jejich obsahu. Na základě těchto stížností zahájila evropská ombudsmanka vyšetřování vůči Komisi a Radě, na základě kterých požádala příslušné orgány o přijetí opatření ke zvýšení transparentnosti. Pod narůstajícím tlakem Rada v říjnu 2014 odtajnila jednací mandát, který ovšem již dávno předtím stejně unikl neoficiální cestou. Komise též zveřejnila celou řadu dokumentů a informací týkajících se jednání.

Jedním z nejožehavějších témat probíraných v souvislosti s uvedenými dohodami je mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem, s jehož zahrnutím do dohody počítá i jednací mandát, neboť je zřejmé, že potenciál pro vznik investičních sporů podle dohody, jejímiž stranami budou EU a například USA, je poměrně velký. Poněkud nečekaný, ale o to významnější odpor proti zahrnutí investičních arbitrází do unijních dohod přišel z Německa. V září 2014 německý ministr hospodářství ve svém projevu ve Spolkovém sněmu v souvislosti s téměř dojednanou Komplexní hospodářskou a obchodní dohodou s Kanadou a s probíhajícími jednáními o TTIP řekl, že bude vetovat plánované rozhodčí doložky, které zahraničním společnostem umožní obcházet vnitrostátní soudy a místo toho uplatňovat své nároky před mezinárodními tribunály. Jak uvedl, „nelze připustit, aby byly uplatňovány dvojí standardy a aby zahraniční investoři měly v řízeních před arbitrážními tribunály práva a jejich prostřednictvím vliv, které domácí podniky ve své vlastní zemi nemají.“⁷⁸¹ Komise vzhledem k čím dál tím hlasitějšímu odporu přerušila jednání o mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem v TTIP a v průběhu jara a léta 2014 vyhlásila k této otázce veřejnou konzultaci. V lednu 2015 vydala svou zprávu ohledně výsledků těchto konzultací.⁷⁸² Ta ukázala poměrně velkou obecnou nedůvěru v mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Komise identifikovala čtyři hlavní okruhy problémů, kterým plánuje věnovat další analýzu: (i) ochrana práva států na regulaci; (ii) zřízení a fungování arbitrážních tribunálů; (iii) vztah mezi domácím soudním systémem a mechanismem řešení sporů mezi investorem a státem, a (iv) přezkum

⁷⁷⁸ *Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the trade deal*. Press release, 30. října 2014, dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1235_en.htm

⁷⁷⁹ *European Commission to request a Court of Justice opinion on the trade deal with Singapore*. 4. března 2015. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1269>

⁷⁸⁰ Pro aktuální shrnutí jednání včetně užitečných odkazů viz např. *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). A briefing on the background, negotiation process and sticking points of the proposed EU-US free trade agreement, the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. 13 January 2015, dostupné z: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06688#fullreport>

⁷⁸¹ *Germany expresses concerns about US and Canada Trade Deals*. Financial Times, 25. září 2014 [online]. Dostupné z: <http://www.ft.com/cms/s/0/671841da-44c1-11e4-bce8-00144feabdc0.html#axzz3VoW9Zi4D>

⁷⁸² Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP). SWD(2015) 3 final, 13 January 2015.

arbitrážních nálezů prostřednictvím odvolacího mechanismu. Komise avizovala, že v prvním čtvrtletí roku 2015 bude na toto téma organizovat řadu konzultačních schůzek s vládami členských států, s Parlamentem a s různými zainteresovanými subjekty, a že v návaznosti na tyto konzultace připraví specifické návrhy pro jednání o TTIP.⁷⁸³ V květnu 2015 na toto téma vystoupila v Parlamentu komisařka Malmström, přičemž podkladem pro její vystoupení byl dokument označený jako „Concept paper“ s názvem „Investice v TTIP a dále: Posílení práva na regulaci a posun od současné arbitráže *ad hoc* směrem k Investičnímu soudu“.⁷⁸⁴ Tomuto dokumentu bude věnována pozornost dále.

Konečně lze zmínit, že v říjnu 2013 Rada udělila Komisi mandát k zahájení jednání o investiční dohodě s Čínou, která by měla nahradit 26 existujících dvoustranných DPOI, které s Čínou uzavřely členské státy EU. Na rozdíl od předchozích případů, kdy byly investice zahrnuty do dohod o volném obchodu, by se dohoda s Čínou měla týkat pouze liberalizace a ochrany investic. Jednání mezi EU a Čínou jsou aktuálně v procesu.⁷⁸⁵

(ii.) *Úprava investic v předběžně dojednaných textech CETA s Kanadou a FTA se Singapurem*

Prvním skutečně uceleným projevem politiky EU v oblasti zahraničních investic jsou předběžné texty Dohody o volném obchodu (*Free Trade Agreement – FTA*) se mezi EU a Singapurem⁷⁸⁶ a Komplexní hospodářské a obchodní dohody (*Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA*) mezi EU a Kanadou⁷⁸⁷. Zatím se jedná o texty dojednané na expertní úrovni Komisí, které mají ke vstupu v platnost ještě daleko, neboť na úrovni EU podléhají schválení Parlamentem a Radou, a pokud budou uzavřeny jako smíšené dohody, rovněž ratifikaci ve všech členských státech. Bylo by tedy předčasné mluvit o novém investičním modelu EU. Nicméně tyto texty nepochybně vyžadují zvýšenou pozornost, neboť je z nich na první pohled zřejmý odklon Komise od tradičního evropského modelu DPOI. Svou podrobnou úpravou mnohem více připomínají DPOI uzavírané USA a Kanadou, založené na jejich vzorových dohodách. Místo podrobné analýzy příslušných ustanovení budou v dalším textu zdůrazněny především prvky, kterými se návrhy CETA s Kanadou a FTA se Singapurem odlišují od tradičních DPOI uzavíraných členskými státy EU, přičemž klíčové aspekty navrhované úpravy budou srovnány též se vzorovou DPOI USA z roku 2012 a vzorovou DPOI Kanady z roku 2004 (dále pro zjednodušení společně označovanými jako investiční model NAFTA).

Snaha smluvně podchytit právo hostitelského státu na legitimní regulaci se projevuje již v textu preambule CETA s Kanadou. V ní smluvní strany uznávají, že ochrana investic podporuje oboustranně výhodou podnikatelskou činnost, za druhé strany rovněž prohlašují, že ustanovení dohody zachovávají právo stran na regulaci a jejich flexibilitu při dosahování legitimních politických cílů, jako je veřejné zdraví, bezpečnost, ochrana životního prostředí, dobré mravy a podpora a ochrana kulturní diverzity. Na druhé straně preambule FTA se Singapurem žádné takové specifické prohlášení neobsahuje.

⁷⁸³ Report presented today: Consultation on investment protection in EU-US trade talks. 13 January 2015 [online]. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1234>

⁷⁸⁴ Commissioner Malmström consulted the European Parliament on reforms of investment dispute resolution in TTIP and beyond. 6. května 2015. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1303>

⁷⁸⁵ Zdroj: Overview of FTA and other trade negotiations, dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.05.05.pdf

⁷⁸⁶ Expertně dojednaný text je dostupný na adrese: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>

⁷⁸⁷ Expertně dojednaný text je dostupný na adrese: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>

Jak bylo možno očekávat, obě dohody upravují jak liberalizaci investic (tj. před-investiční fázi), tak post-investiční ochranu ve smyslu tradičních DPOI. Pokud jde o rozsah liberalizace, ten je v obou dohodách dosti rozdílný. CETA s Kanadou předpokládá širokou liberalizaci, která zahrnuje národní zacházení a nejvyšší výhody pro investory z druhé smluvní strany v před-investiční fázi, a dále zákaz některých specifických omezení v přístupu na trh prostřednictvím usazení (*establishment*). Z liberalizace jsou vyňaty sektory zahrnuté v negativním seznamu, který tvoří přílohu dohody (*top-bottom approach*). Rozsah liberalizace investic ve FTA se Singapurem je podstatně omezenější. Liberalizace ve formě zákazu restriktivních opatření a poskytování národního zacházení (nikoli nejvyšších výhod) se týká jednak přeshraničního poskytování služeb (včetně módu 3, tj. komerční přítomnost), a dále obecně přístupu na trh ve formě usazení. V obou formách je ovšem liberalizace omezena pouze na sektory uvedené v příloze dohody, ohledně nichž smluvní státy převzaly specifické závazky (*bottom-up approach*). CETA s Kanadou obsahuje i zákaz opatření typu performance requirements. Významná odlišnost úpravy před-investiční fáze v obou dohodách oproti investičnímu modelu NAFTA spočívá v tom, že před-investiční fáze (mimo zákazu performance requirements ve CETA s Kanadou) je kompletně vyňata z působnosti mechanismu řešení sporů mezi investorem a smluvní stranou.

Ve srovnání s tradičními DPOI členských států je zajímavé, jak návrhy obou dohod pracují s relativními standardy ochrany investic, tj. s doložkami národního zacházení a nejvyšších výhod. V CETA s Kanadou jsou obsaženy obě dvě doložky a vztahují se jak na před-investiční, tak na post-investiční fázi. Sektorové výjimky ovšem platí nejen pro před-investiční, ale i pro post-investiční fázi. Dosah těchto doložek v post-investiční fázi je tedy menší než u tradičních DPOI uzavíraných členskými státy, kde působnost relativních standardů ochrany zpravidla nebývá takto omezena. Uvedené řešení je naopak typické pro investiční model NAFTA. FTA se Singapurem volí odlišný přístup. Investorům druhé smluvní strany je v před-investiční i v post-investiční fázi poskytováno pouze národní zacházení, nikoli zacházení na základě doložky nejvyšších výhod. Národní zacházení v před-investiční fázi je sektorově omezeno, zatímco v post-investiční fázi je poskytováno neomezeně. Formulace doložek v obou dohodách je podrobnější než v tradičním evropském modelu DPOI a vychází z investičního modelu NAFTA – zejména je výslovně stanoveno, že se jedná o zacházení poskytované jiným investorům a investicím, které se nacházejí v obdobné situaci (*in like circumstances*). Z národního zacházení (a nejvyšších výhod) je dále stanovena řada explicitních výjimek, zejména pokud jde o opatření přijatá před vstupem dohody v platnost, a dále pro některá blíže popsaná opatření ze strany smluvních stran. Je zajímavé, že ani jedna z dohod neobsahuje výjimku z národního zacházení a poskytování nejvyšších výhod v podobě REIO doložky.

Pokud jde o definice investora a investice, jakož i o absolutní standardy zacházení v post-investiční fázi, ve srovnání s tradičním evropským modelem DPOI je text CETA s Kanadou a FTA se Singapurem mnohem podrobnější, přičemž z hlediska struktury i obsahu je zřejmá inspirace investičním modelem NAFTA (a to pochopitelně zejména u CETA s Kanadou). Investice je v obou dohodách, na rozdíl od tradičního evropského modelu DPOI, definována nejen prostřednictvím širokého vymezení ztotožňující investici s jakýmkoli aktivem (*every kind of asset*), spojeného s demonstrativním výčtem jednotlivých forem investic, ale rovněž i prostřednictvím obecných ekonomických znaků, které odpovídají prvním čtyřem kritériím Salini testu, tj. (i) vklad v penězích nebo v jiných zdrojích, (ii) očekávání zisku, (iii) převzetí rizika a (iv) určitá doba trvání. O zahraniční investici ve smyslu obou dohod se jedná tehdy, pokud jde o investici přímo nebo i nepřímo kontrolovanou či vlastněnou investorem druhé smluvní strany. Obecná část definice obou dohod zahrnutím obecných znaků investice, jakož i tím, že za dostatečnou považuje i nepřímou kontrolu ze strany investora, odpovídá vymezení

investice ve vzorové DPOI USA. Pozoruhodné variace pak nalézáme v demonstrativním výčtu jednotlivých druhů investic. FTA se Singapurem poněkud nestandardně a bez dalších limitací považuje za investice i nároky na peněžité a nepeněžité plnění ze smluv mající ekonomickou hodnotu. Takové nároky za investice považuje i CETA s Kanadou, ovšem s dovětkem, že se nejedná o nároky vyplývající z čistě obchodních smluv týkajících se prodeje zboží či poskytování služeb.

Za pozornost dále stojí definice investora z hlediska určení státní příslušnosti právnických osob. Obě smlouvy pracují primárně s kritériem inkorporace. Na rozdíl od většiny DPOI členských států EU ovšem návrhy obou smlouvy navíc vyžadují, aby investor na území svého domovského státu vykonával podstatnou ekonomickou činnost (*substantial economic activity*). Zjevným úmyslem je zabránit tomu, aby na ochranu podle dohody mohly dosáhnout „schránkové“ společnosti, které na území státu inkorporace nevykonávají žádné reálné aktivity, a které jsou kontrolovány ze zahraničí. Jelikož je ovšem zakládání účelových korporátních struktur v dnešní době běžným jevem (zejména z důvodů daňových, ale i z důvodu ochrany investic), mohla by taková úprava potenciálně vyloučit z ochrany řadu reálných investorů. Kritérium podstatné ekonomické činnosti ovšem funguje dobře v kombinaci s tím, že dle definice investice postačí k založení ochrany podle dohody i nepřímá kontrola zahraničního investora nad příslušnou investicí (viz výše). Vzhledem k tomu není podstatné, že se mezi reálným investorem a investicí v cílovém státě nachází korporátní mezičlánek v podobě účelové společnosti založené v jiném státě – postačí, pokud kritéria zahraničního investora podle příslušné dohody splní kterýkoli subjekt v řetězci ovládajících osob, až po ultimátního vlastníka.⁷⁸⁸ Řešení CETA s Kanadou je ve srovnání s FTA se Singapurem v tomto ohledu ještě poněkud sofistikovanější, když za investora smluvní strany považuje i takovou společnost, která je založena podle práva příslušné smluvní strany a je vlastněna nebo kontrolována fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky této smluvní strany, nebo společností, která naplňuje kritérium podstatných ekonomických aktivit. Lze podotknout, že byť je i definice investora co do svého textového znění zjevně inspirována investičním modelem NAFTA, součástí tohoto modelu není kritérium podstatné ekonomické činnosti. CETA s Kanadou a FTA se Singapurem jsou tedy v otázce korporátní státní příslušnosti striktnější. V této souvislosti lze též zmínit, že CETA s Kanadou, na rozdíl od FTA se Singapurem, obsahuje i ustanovení typu *denial of benefits*, což se jeví jako zvláštní s ohledem na to, že vzorová DPOI Kanady takové ustanovení neobsahuje a těžko tedy předpokládat, že se jednalo o požadavek druhé strany (ustanovení *denial of benefits* naopak nalezneme ve vzorové DPOI USA). Obě dohody, po vzoru investičního modelu NAFTA, dále umožňují, aby investor zahájil spor proti hostitelskému státu jménem místní společnosti (*locally established company*), kterou se rozumí právnická osoba se státní příslušností hostitelského státu (žalovaného), a která je vlastněná nebo kontrolována, přímo nebo nepřímo, investorem druhé smluvní strany. Ochrana příslušných dohod se tak přímo vztahuje i na lokální společnosti kontrolované zahraničními investory, aniž by bylo nutno složitě konstruovat poškození investice zahraničního investora ve formě akcií či podílů v místní společnosti, jak je doposud vzhledem k nevyhovující definici zahraničního investora nucena činit většina arbitrážních tribunálů. Taková úprava lépe odpovídá i ekonomické praxi, kdy jsou investice zpravidla zřizovány prostřednictvím lokálních entit, přičemž není vhodné, aby jim pouze z tohoto důvodu byla odepřena ochrana podle mezinárodní dohody.

⁷⁸⁸ Nevýhodou řešení, kdy postačí i nepřímá kontrola investora nad investicí, je možnost vedení paralelních investičních arbitráží podle různých DPOI. Nechvalně známým příkladem jsou arbitráže *Lauder proti České republice* podle DPOI mezi ČR a USA, a paralelní arbitráž *CME proti České republice* podle DPOI mezi ČR a Nizozemskem. Obě arbitráže se týkaly stejného sporu, ovšem tribunály dospěly na základě stejného skutkového stavu ke zcela odlišným verdiktům. CETA s Kanadou a FTA se Singapurem ovšem obsahují specifická ustanovení, jejichž účelem je případným paralelním řízením.

Je ovšem nutno upozornit, že operování s kritériem kontroly při definici investice a investora může vyvolat otázky z hlediska kompatibility nových dohod právem EU. Některé společnosti, na které právo EU nahlíží jako na společnosti z členských států EU, budou zároveň na základě kritéria kontroly rovněž spadat pod ochranu příslušných dohod uzavíraných mezi Unii a třetími zeměmi, a jiné zas budou z ochrany těchto dohod vyloučeny. Podle článku 54 SFEU požívají výsad právní úpravy vnitřního trhu, tedy včetně stejného zacházení ze strany členských států a orgánů EU, všechny společnosti založené podle práva některého členského státu EU, jež mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Unie. Nové investiční dohody EU v navrhované podobě se mohou dostat do rozporu se zákazem diskriminace podle práva EU ve dvou směrech. Za prvé, některým společnostem z členských států, které jsou kontrolovány příslušníky třetích zemí, přiznají více práv vůči Unii a členským státům.⁷⁸⁹ Na druhé straně některým společnostem z členských států, které zde nevykonávají podstatné ekonomické aktivity a jsou kontrolovány příslušníky z třetích zemí, nepřiznají vůči příslušným smluvním protistranám stejnou ochranu, jako jiným společnostem z členských států.⁷⁹⁰ Jakkoli tedy definice investic a investora v návrzích CETA s Kanadou a FTA se Singapurem odpovídají nejnovějším trendům mezinárodního investičního práva, které zúročují dosavadní zkušenosti s investičními arbitrážemi, v tuto chvíli nelze vyloučit, že mohou být z důvodu používání kritéria kontroly shledány jako inkompatibilní s právem EU.⁷⁹¹

Obě dohody dle očekávání obsahují klasické absolutní standardy ochrany investic, tedy standardy řádného a spravedlivého zacházení a plné ochrany a bezpečnosti, a rovněž ochranu investorů proti vyvlastnění. Již na první pohled je ovšem zřejmá snaha blíže smluvně vymezit obsah těchto standardů. I zde je zjevná určitá inspirace investičním modelem NAFTA, v některých ohledech se ovšem CETA s Kanadou a FTA se Singapurem od tohoto modelu liší. Podstatný rozdíl spočívá především v tom, že řádné a spravedlivé zacházení není v textu dohod ztotožňováno s minimálním mezinárodním standardem zacházení, a není zde ani žádný jiný odkaz na obecné mezinárodní právo. Co lze považovat za porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení, je stanoveno výčtem, který se na základě jazykového výkladu navíc jeví být taxativním. U obou dohod pod porušení tohoto standardu spadá odepření spravedlnosti v trestním, civilním, nebo správním řízení (*denial of justice*), závažné porušení práva na řádný proces (*fundamental breach of due process*), zjevná svévůle (*manifest arbitrariness*), šikana, nátlak nebo jiné zneužívající jednání. Ve vymezení dalších možných komponentů řádného a spravedlivého zacházení se obě dohody liší. Za prvé, CETA s Kanadou ve výčtu uvádí i cílenou diskriminaci na základě zjevně neoprávněných kritérií, jako je pohlaví, rasa nebo náboženské

⁷⁸⁹ Srov. například rozsudek ve věci *Factortame II.*, v němž SDEU shledal, že omezování svobody usazování na základě státní příslušnosti osob kontrolujících společnosti založené podle práva členského státu, která má na území členského státu své sídlo, je nepřipustné. Case C-221/89, *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1991] ECR I-3905, odst. 29-33.

⁷⁹⁰ Podobná forma diskriminace byla předmětem rozsudků ve věci *Open Skies*. Některé dohody *Open Skies* obsahovaly klauzuli, podle které mohly USA odejmut, pozastavit nebo omezit licence udělené leteckým operátorům druhé smluvní strany (tj. příslušného členského státu EU), kteří nebyli kontrolováni občany této smluvní strany. Uvedeným ustanovením tedy mohli být negativně dotčeni letečtí operátoři usazení v příslušném členském státě, kteří byli kontrolováni občany jiných členských států. Naopak, operátoři usazení v příslušném členském státě kontrolováni občany téhož členského státu uvedeným ustanovením dotčeni nebyli. Podle SDEU tato klauzule v dohodách *Open Skies* zakládala diskriminaci, neboť bránila jiným unijním leteckým operátorům požívat stejné výhody, jaké požívali operátoři příslušného členského státu, který uzavřel dvoustrannou dohodu s USA. Soud přitom výslovně zdůraznil, že původem diskriminace není potenciální jednání ze strany USA, ale samotné ustanovení dohody *Open Skies*, která USA umožňuje jednat uvedeným způsobem, a které proto bylo shledáno jako odporující svobodě usazování. Viz Case C-471/98 *Commission v Belgium* [2002] ECR I-9681, odst. 137-140.

⁷⁹¹ Srov. též *Dimopoulos*, pozn. 666, s. 454-455.

vyznání. FTA se Singapurem takové porušení ve výčtu výslovně neuvádí; na rozdíl od CETA s Kanadou ovšem jako samostatné porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení uvádí i zmaření legitimních očekávání investora založených na specifických nebo jednoznačných prohlášeních smluvní strany za účelem přilákání investice (*to induce the investment*), na něž se investor rozumně spoléhal. O legitimních očekáváních hovoří i CETA s Kanadou, ovšem v poněkud jiném kontextu. Zmaření legitimních očekávání zde není samostatnou kategorií porušení řádného a spravedlivého zacházení – příslušné ustanovení zní tak, že pokud tribunál aplikuje standard řádného a spravedlivého zacházení popsany výše, může též přihlídnout k tomu, zda smluvní strana učinila vůči investorovi specifická prohlášení za účelem přilákání investice a vyvolala tím na straně investora legitimní očekávání, která byla později smluvní stranou zmařena.

Lze konstatovat, že vysvětlující ustanovení k řádnému a spravedlivému zacházení jdou nad rámec vzorové DPOI Kanady, která podrobné vysvětlení obsahu tohoto standardu neobsahuje vůbec, ale i vzorové DPOI USA, která obsahuje mnohem stručnější výčet, který je navíc zjevně pouze demonstrativní. Stejně tak se liší obsahové vymezení standardu plné ochrany a bezpečnosti. CETA s Kanadou a FTA se Singapurem výslovně uvádějí, že tento standard se týká jen fyzické bezpečnosti investorů a jejich investic. To je zjevně reakcí na některé nálezy investičních tribunálů, které pod tento standard zahrnuly i bezpečnost právní. Zatímco vzorová DPOI Kanady žádné podobné ustanovení neobsahuje, vzorová DPOI USA pracuje místo fyzické bezpečnosti s obtížně překladatelným termínem „*level of police protection*“.

Naopak, téměř shodně s investičním modelem NAFTA je upraveno vyvlastnění. Obě dohody obsahují interpretační přílohu, která vysvětluje, jakými úvahami se má tribunál řídit při určení, zda došlo k nepřímému vyvlastnění. Uvedené určení vyžaduje posouzení případ od případu na základě konkrétních okolností, přičemž má být zohledněn mimo jiné (i) ekonomický účinek opatření, (ii) délka jeho trvání, (iii) rozsah, v jakém opatření zasahuje do rozumných očekáváním spojených s investicí (CETA s Kanadou), resp. brání užívání či nakládání s majetkem (FTA se Singapurem), a též povaha opatření, zejména jeho předmět, kontext a účel. Dále je výslovně stanoveno, že

Pro vyloučení pochybností, s výjimkou ojedinělých případů kdy je dopad opatření nebo souboru opatření ve světle jeho účelu natolik závažný, že se jeví být zjevně excesivním, nediskriminační opatření nebo soubor opatření smluvní strany, která jsou určena a prováděna k ochraně legitimních politických cílů, jako je veřejné zdraví, bezpečnost a ochrana životního prostředí, nepředstavují nepřímé vyvlastnění.

Celá interpretační příloha je téměř doslovně převzatá ze vzorových DPOI USA, resp. Kanady, s tou výjimkou, že (na rozdíl od vzorové DPOI USA) CETA s Kanadou a FTA se Singapurem neodkazují na obecné mezinárodní právo. Z investičního modelu NAFTA vycházejí i další zpřesnění úpravy vyvlastnění, týkající se výše náhrady, úroků, některých práv z duševního vlastnictví apod.

FTA se Singapurem, na rozdíl od CETA s Kanadou, obsahuje i doložku připomínající umbrella clause. Na rozdíl od tradičních doložek tohoto typu je příslušné ustanovení FTA se Singapurem mnohem specifičtější, když stanoví, že pokud smluvní strana převzala vůči investorovi v písemné formě specifický a jasně vyjádřený smluvní závazek, smluvní strana nesmí tento závazek zmařit. Toto ustanovení se ovšem vztahuje pouze na jednání smluvní strany v rámci výkonu veřejné moci (*acting in its governmental capacity*), přičemž toto jednání musí být buď úmyslné, nebo musí významným způsobem narušit smluvní rovnováhu mezi stranami (není-li investorovi poskytnuta odpovídající náhrada).

Jak CETA s Kanadou, tak FTA se Singapurem, zahrnují i mechanismus řešení sporů mezi investorem a smluvní stranou formou investiční arbitráže. Již tato skutečnost sama vyvolává otázky. Zejména pokud jde o Kanadu, lze mít za to, že se jedná o zemi s vyspělým právním řádem a efektivním a nestranným soudnictvím, kde je ochrana investorů na srovnatelné úrovni s nejnávýspějšími členskými státy EU. Potřeba poskytnout evropským investorům v Kanadě a naopak kanadským investorům v EU dodatečný procesní nástroj ochrany, který obchází vnitrostátní soudnictví, nebyla nikdy ze strany oficiálních míst rozumně zdůvodněna a neproběhla o ní (na rozdíl od aktuálního dění kolem TTIP) širší diskuse. Přestože se na obou stranách jedná o vyspělé země, dohoda ani nepočítá s tím, že by byl investor před zahájením arbitráže povinen vyčerpat vnitrostátní prostředky nápravy. Přístup EU při zahrnování mechanismů řešení sporů do investičních dohod s vyspělými státy bude zřejmě vykrytalizován až v rámci jednání o TTIP. V tuto chvíli představuje možnost investičních arbitráží podle navrhované CETA s Kanadou realitu, s níž je nutno počítat.

Na rozdíl od tradičního evropského modelu DPOI je mechanismus řešení sporů v obou dohodách upraven mnohem podrobněji, přičemž tato úprava je opět do značné míry inspirována investičním modelem NAFTA, ačkoli některé inovace jsou ovšem specifické. Před zahájením arbitráže obě dohody předpokládají nejdříve povinné konzultace mezi stranami sporu. V rámci konzultací jsou upraveny i lhůty, do kdy lze o konzultace požádat. Tato lhůta je obecně tříletá, nicméně se prodlužuje v případě, kdy se investor nejdříve pokouší vyčerpat vnitrostátní opravné prostředky. Zcela novým prvkem, který neobsahuje ani investiční model NAFTA, je úprava dobrovolné mediace a jiných alternativních způsobů řešení sporů.

Podrobněji než v tradičním evropském modelu DPOI jsou upraveny podmínky zahájení arbitráže. Z pohledu práva EU jsou klíčová ta ustanovení, podle kterých se v případě sporu určí, zda má na straně žalované vystupovat Unie nebo členský stát EU. Toto rozhodnutí leží na Unii, která má žalobce o určení žalované strany informovat během relativně krátké doby (podle CETA s Kanadou do 50 dnů, podle FTA se Singapurem do 2 měsíců). Pokud Unie ve stanovené lhůtě neurčí, kdo bude ve sporu žalovaným, použijí se následující pravidla:

- pokud návrh investora na zahájení arbitráže identifikuje *výhradně* zacházení poskytnuté členskými státy, žalovaným bude členský stát;
- pokud návrh investora na zahájení arbitráže identifikuje *jakékoli* zacházení poskytnuté orgány EU, žalovaným bude Unie.

Lze konstatovat, že s přihlédnutím k finální podobě nařízení č. 912/2014 stanovující rámec pro řešení finanční odpovědnosti (viz část 3.5.3) nelze toto řešení považovat za zcela uspokojivé. Za prvé, uvedené ustanovení jasně nespécifikuje, který subjekt má nést mezinárodní odpovědnost za porušení práv investora. Jak bylo rozebráno v příslušné části této práce, nařízení vychází z mezinárodněprávně ne zcela podložené teze, že mezinárodní odpovědnost nese vždy Unie, a řeší jen otázku, kdo bude ve sporu formálně vystupovat na straně žalované. Ustanovení CETA s Kanadou a FTA se Singapurem tuto koncepci ve vztahu k příslušným třetím zemím nevyjasňují, spíš do ní vnášejí ještě větší zmatek. Tato ustanovení ve vztahu k příslušným třetím zemím nezakládají ani nepotvrzují nařízením předpokládané zvláštní pravidlo (*lex specialis*) o mezinárodní odpovědnosti Unie. Z praktického hlediska je ještě větším problémem to, že pokud Unie ve stanovené lhůtě neurčí, kdo má stát na straně žalované, v konečném důsledku o tom rozhodne tribunál, a to na základě toho, co uvede investor v návrhu na zahájení arbitráže. Takové určení nemusí být vždy přímočaré (například když je napadeno opatření členského státu při provádění směrnice). Tribunál tak může být v konečném důsledku povolán k interpretaci a k aplikaci práva EU, přičemž bude nucen vyjadřovat se k rozdělení vnitřních pravomocí mezi

Unii a členské státy, což může mít pro kompatibilitu arbitrází s právem EU fatální důsledky. Jako vhodnější by se jevílo stanovení pravidla, že pokud Unie ve stanovené době neurčí, který subjekt bude vystupovat na straně žalované, žalovaným bude vždy Unie (resp. členský stát). Každopádně z hlediska průběhu investičního sporu by otázka určení žalované strany neměla mít pro investora negativní důsledky – pokud totiž Unie ve stanovené lhůtě neurčí, kdo je žalovaným, podle úpravy obou dohod nemůže později Unie ani členský stát ve sporu namítat, že na žalované straně stojí nesprávný subjekt.

Pokud jde o přípustná fóra, obě dohody umožňují arbitráž u Střediska podle Úmluvy ICSID, dále řízení v rámci ICSID Additional Facility, řízení podle pravidel UNCITRAL, nebo rozhodčí řízení podle jiných pravidel, na nichž se strany sporu dohodnou. Jelikož Unie není stranou Úmluvy ICSID, arbitráž vedená u Střediska je prozatím zřejmě jen teoretickou možností, což v investičních sporech řešených podle navrhovaných dohod nebrání využívat ICSID Additional Facility. Pokud budou CETA s Kanadou nebo FTA se Singapurem uzavřeny jako smíšené smlouvy, tedy za účasti členských států EU, není zcela jasné, zda řízení u Střediska nebude možné využít alespoň v případech, kdy bude arbitráž zahájena investorem z členského státu, který je stranou Úmluvy ICSID, proti příslušné třetí zemi, případně naopak investorem z Kanady, resp. Singapuru, kdy na straně žalované bude členský stát, který je stranou Úmluvy ICSID.

Za pozornost stojí ustanovení, které se snaží předejít paralelním řízením o témže sporu. Podmínkou přípustnosti žaloby podle obou dohod je, že investor vezme zpět jakýkoli návrh na zahájení řízení před vnitrostátními i mezinárodními soudy či tribunály týkající se stejného zacházení, a zároveň se vzdá práva na zahájení takového řízení v budoucnu (tuto úpravu lze považovat za sofistikovanější verzi ustanovení typu *fork in the road*). Do této kategorie lze zařadit rovněž ustanovení dohod o konsolidaci řízení, která upravují postup v případech, kdy bylo podle příslušné dohody zahájeno více řízení, které se týkají stejného skutkového stavu a řeší se v nich některé stejné skutkové nebo právní otázky. Podrobná procedura předpokládá dobrovolné či vynucené zřízení konsolidovaného tribunálu, který může pod svou jurisdikci převzít rozhodování o všech nebo o některých nárocích uplatňovaných v jednotlivých sporech. Celá úprava týkající se paralelních řízení prakticky kopíruje investiční model NAFTA. CETA s Kanadou navíc obsahuje ustanovení mířící na situace, kdy bylo zahájeno paralelní řízení podle jiné mezinárodní smlouvy, které může vést ke dvojí kompenzaci, nebo může mít podstatný vliv na rozhodování o nároku uplatněném podle CETA s Kanadou. V takovém případě má tribunál, po vyslechnutí stran, zastavit řízení nebo jiným způsobem zajistit, že řízení podle jiné mezinárodní smlouvy bude v jeho rozhodnutí bráno v potaz.

Obě dohody poměrně podrobně upravují způsob ustavení tribunálu a požadavky na jeho členy. Předpokládá se, že smluvní strany prostřednictvím společného orgánu po uzavření dohody sestaví seznam osob, které jsou ochotné a způsobilé k tomu, aby byly jmenovány rozhodci v investičních sporech. Dohody zakotvují požadavky na odbornost a nezávislost rozhodců; nesplnění těchto podmínek může strana sporu v řízení namítat, přičemž o takové námitce rozhoduje s konečnou platností Generální tajemník ICSID. FTA se Singapurem navíc v příloze obsahuje etický kodex (*Code of Conduct*), kterým se rozhodci při své činnosti mají řídit.

Obě dohody obsahují výslovnou úpravu práva použitelného v investičním sporu. Tribunál je povinen aplikovat ustanovení příslušné dohody, interpretované v souladu s Vídeňskou úmluvou, a další pravidla a zásady mezinárodního práva platná mezi smluvními stranami. Mezi prameny použitelného práva naopak není uvedeno právo hostitelského státu. Lze mít za to, že toto opomenutí bylo ze strany EU záměrné, neboť pokud by byl arbitrážní tribunál výslovně

povolán aplikovat právo EU, mohlo by to založit nepřipustnou konkurenci s výlučnou jurisdikcí SDEU. To ovšem nemění nic na tom, že právo hostitelského státu, včetně práva EU, může být ve sporech zahájených zahraničními investory relevantní (k otázce použitelného práva v investičních sporech srov. blíže část 5.2.5). Významnou inovací oproti tradičním DPOI uzavíraných členskými státy EU je pravomoc svěřená společnému orgánu smluvních stran (*Trade Committee*) k vydávání interpretačních stanovisek k ustanovením dohod, která budou pro arbitrážní tribunály závazná. Jedná se o úpravu dobře známou z NAFTA, kde interpretační sdělení příslušného orgánu smluvních stran významným způsobem přispěly k formování interpretace a chápání klíčových standardů zacházení podle NAFTA. Z pohledu smluvních stran se jedná o určitou pojistku, aby se interpretace ustanovení příslušných dohod arbitrážními tribunály nevymkla jejich společné kontrole.

Novum, specifické pro nové unijní dohody, je možnost, aby tribunál ve zkráceném řízení posoudil a odmítl takové žaloby, které jsou zjevně neopodstatněné (*claims manifestly without legal merits*), nebo žaloby, které nemohou z právního hlediska vést k vydání rozhodnutí ve prospěch žalobce, i kdyby všechny tvrzené skutečnosti byly pravdivé (*claims unfounded as a matter of law*). CETA s Kanadou, na rozdíl od FTA se Singapurem, dále tribunály výslovně zmocňuje k vydávání předběžných opatření.

Obě dohody dále obsahují úpravu sledující zajištění transparentnosti řízení – CETA s Kanadou v převážné míře odkazem na Pravidla transparentnosti v arbitrážních řízeních mezi investory a státy vedených na základě mezinárodních smlouvách (UNCITRAL),⁷⁹² FTA se Singapurem prostřednictvím vlastní přílohy. Pravidla transparentnosti upravují především přístup k informacím a dokumentům týkajícím se řízení a jejich zveřejňování. Obě dohody též upravují možnost, aby v rámci řízení poskytla své písemné či ústní stanovisko třetí strana navrhovaná některou stranou sporu (jedná se o institut označovaný pojmem *amicus curiae*).

Dohody obsahují také výslovnou úpravu obsahu arbitrážních nálezů a jejich výkonu. Podrobnější je úprava CETA s Kanadou, která v tomto ohledu prakticky kopíruje investiční model NAFTA. Podle obou dohod může v případě porušení práv investora tribunál přiznat pouze finanční odškodnění, nebo navrácení majetku (případně jejich kombinaci). Nepřichází tedy v úvahu například takový nález, který by hostitelskému státu například ukládal zdržet se určitého jednání (eventuálně formou zrušení či neaplikace sporného vnitrostátního opatření), což lze považovat za projev respektu vůči suverenitě smluvních stran. Společně s náhradou by měly být investorovi poskytnuty i úroky. Obě dohody dále výslovně stanovují, že výše odškodnění nesmí přesahovat škodu, kterou investor utrpěl, sníženou o jakékoli již poskytnuté náhrady. Tribunály nejsou oprávněny přiznávat odškodnění sankční povahy (*punitive damages*). Náklady řízení má zásadně nést neúspěšná strana, což představuje odklon od dříve převažující praxe v mezinárodních sporech, kdy náklady zpravidla nesly obě strany rovným dílem. Dohody dále výslovně stanovují, že vydané nálezy budou pro strany sporu závazné, a že strany mají povinnost se jim podřídit. CETA s Kanadou navíc zakotvuje některé lhůty pro plnění povinností uložených nálezem, aniž by strana sporu po tuto dobu měla možnost přistoupit k jeho výkonu.

Za pozornost stojí speciální úprava některých oblastí, resp. výjimky z aplikace ustanovení dohod. Mezi nejdůležitějšími lze jmenovat možnost smluvních stran přijímat opatření k ochraně bezpečnostních zájmů, zvláštní režim pro daňovou oblast, nebo možnost přijímat omezující opatření za účelem ochrany platební rovnováhy. Pokud jde o daňovou oblast, obě dohody

⁷⁹² Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-sixth session, 8-26 July 2013 (A/68/17).

výslovně uznávají právo smluvních stran přijímat pravidla, která rozlišují mezi poplatníky, kteří nejsou ve stejné situaci, na základě racionálních kritérií, jako je místo jejich pobytu nebo místo, kde je investován jejich kapitál. Dohody dále obsahují výčet dalších opatření v daňové oblasti, jejichž přijetí a uplatňování nemá být považováno za porušení práv investorů. Katalog obsažený ve CETA s Kanadou je v tomto směru širší a více specifický, přičemž tato dohoda, po vzoru investičního modelu NAFTA, předpokládá i konzultační mechanismus mezi smluvními stranami v případě, že v investiční arbitráži je napadáno daňové opatření. Výsledek konzultační procedury mezi určenými orgány smluvních stran je pro tribunál závazný.

Lze shrnout, že znění příslušných kapitol v navrhovaných CETA s Kanadou a FTA se Singapurem představuje vzhledem k podrobnosti a specifikům své úpravy výrazný odklon od tradičního evropského modelu DPOI, na který až do vstupu Lisabonské smlouvy v platnost spoléhala většina členských států EU. Navrhované znění dohod mnohem více připomíná investiční model NAFTA, který byl pro vyjednaváče zjevně hlavním zdrojem inspirace. Obě dohody se vyznačují úsilím o snížení právní nejistoty, spojené s aplikací obecných a vágních ustanovení tradičních DPOI, a o ponechání většího regulačního prostoru hostitelským státům. Dohody rovněž reagují na některé specifické nedostatky, které se projeví v praxi investičních arbitráží, jako například nevyhovující definice investora a s tím spojené jevy jako jsou paralelní řízení či *treaty shopping*, nebo tolik kritizovaná netransparentnost řízení. V souhrnu tak lze tyto texty vnímat jako krok správným směrem, byť se zřejmě ve srovnání s tradičními DPOI uzavíranými členskými státy EU z pohledu investorů bude jednat o nástroje méně atraktivní. V globálním kontextu tyto návrhy po jejich obsahové stránce patrně nelze považovat za úplně revoluční, neboť obě dohody jsou z velké části inspirovány především investičním modelem NAFTA a vlastních originálních inovací, kterými by EU přispěla k formování mezinárodních standardů, není zas tak mnoho. Kopírování investičního modelu NAFTA ovšem nemusí být nutně vnímáno negativně. Tento model vychází z dvacetileté zkušenosti USA a Kanady, tedy vyspělých zemí a vývozců kapitálu, které jsou ovšem dobře obeznámeny i s postavením hostitelského státu žalovaného v investiční arbitráži. Tato zkušenost zatím většině původních členských států EU chybí. Inspirovat se zkušeností těchto zemí je možná rozumnější než za každou cenu vytvářet originální, v praxi neověřený konkurenční model.

Za hlavní inovaci dvou navrhovaných dohod lze patrně považovat koncept řádného a spravedlivého zacházení, který na rozdíl od investičního modelu NAFTA není svázán s minimálním mezinárodním standardem zacházení, jehož obsah je ovšem v samotné investiční dohodě blíže specifikován, a to v zásadě v souladu s převažujícími proudy v judikatuře arbitrážních tribunálů. Za zmínku stojí některé procesní inovace, které si kladou za cíl omezit zcela zjevně neopodstatněné žaloby, jejichž úplné projednání si může vyžádat vysoké náklady ze strany státu, a které by jinak mohly sloužit i jako prostředek nátlaku. Dále je pozoruhodné, že i přes koncepčně stejný základ se CETA s Kanadou a FTA se Singapurem ve struktuře, formulacích i po obsahové stránce navzájem v mnohém liší. Je otázkou, zda jsou tyto rozdíly odůvodněny zvláštní potřebou vycházející ze specifik obou smluvních partnerů. Pravděpodobnější vysvětlení je takové, že Kanada se svým zažitým investičním modelem se jednoduše více podílela na formování výsledného textu, který má ve výsledku k investičnímu modelu NAFTA pochopitelně ještě blíže než FTA se Singapurem. Z pohledu koherence investiční politiky EU, přehlednosti pravidel, která se vztahují na zahraniční investice, a deklarovaného úmyslu vytvářet investorům stejné podmínky, se takové rozdíly ovšem nezdají být příliš šťastné.

Nad tím, zda a v jaké podobě CETA s Kanadou a FTA se Singapurem nakonec vstoupí v platnost, visí velký otazník. Dohody musí projít na straně EU ratifikačním procesem a s jejich

uzavřením musí vyslovit souhlas Parlament i Rada. Je patrné, že Komise při sjednávání těchto dohod zjevně usilovala vyhovět Parlamentu a jeho kritickým postojům, které vyjádřil v rámci diskusí o budoucí podobě politiky EU v oblasti zahraničních investic. Na druhé straně výsledná podoba navrhaných dohod zcela jistě najde své odpůrce mezi některými členskými státy v Radě, které by si přály v investičních dohodách uzavíraných Unií zachovat „zlatý standard“ ochrany odpovídající tradičnímu evropskému modelu DPOI. U FTA se Singapurem bude ratifikační proces zřejmě zpomalen i v důsledku toho, že Komise se rozhodla požádat SDEU o posudek ohledně pravomoci k jeho uzavření. Pokud bude toto řízení dotaženo až do konce, SDEU by měl s konečnou platností rozhodnout, jaký je rozsah a povaha pravomoci EU v oblasti zahraničních investic. Vývoj v nadcházejících letech proto jistě bude stát za bližší pozornost.

(iii.) „*Concept paper*“ – reformní návrhy Komise pro úpravu TTIP a pro další unijní investiční dohody

Pro velký odpor, který se zvedl z různých stran proti zahrnutí mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem do TTIP, byla Komise nucena otevřít veřejnou a meziinstitucionální diskusi na toto téma ještě předtím, než byla příslušná kapitola dohody sjednána s americkými partnery. Zároveň se stává zjevným, že pokud má mít TTIP po jeho dojednání šanci na ratifikaci v Parlamentu a v Radě, Komise bude muset nabídnout ještě hlubší a dalekosáhlejší změny, než ty, které jsou součástí dojednaných textů CETA s Kanadou a FTA se Singapurem, a které by pomohly rozptýlit obavy spojené s představou investičních arbitrží vedených podle investiční dohody uzavřené mezi EU a USA. Posledním významným posunem v této věci bylo vystoupení komisařky C. Malmström v Parlamentu dne 6. května 2015 na toto téma, přičemž představu Komise o podobě ustanovení investiční kapitoly v TTIP poskytuje především podkladový materiál k jejímu vystoupení, označený jako „*Concept paper*“.⁷⁹³ *Concept paper* má sloužit jako podklad pro diskusi s Parlamentem, přičemž formální návrh Komise obsahující konkrétní řešení pro jednání o TTIP a o dalších dohodách by měl následovat v návaznosti na tyto diskuse.

Jak uvádí *Concept paper*, klíčovou výzvou pro reformovanou politiku EU v oblasti zahraničních investic je potřeba zajistit, aby cíl podpory a ochrany investic neovlivnil možnost EU a jejích členských států prosazovat legitimní politické cíle. Hlavní součástí této výzvy je podle Komise potřeba zajistit, aby byl mechanismus řešení sporů férový a nezávislý. Komise zrekapitulovala, čeho bylo v tomto ohledu dosaženo v jednáních s Kanadou a se Singapurem. Dále představila některé obecné náměty, které by měly sloužit jako základ pro jednání o TTIP a dalších unijních investičních dohodách. Komise se přitom zaměřila na dvě otázky: na výslovné zakotvení práva států přijímat regulaci a na reformu systému mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem.

Pokud jde o právo regulovat, Komise poukázala na to, že při sjednávání tradičních DPOI se často myslelo spíše na ochranu investorů než na právo států regulovat, což někdy vedlo k extenzivní a nevyvážené interpretaci jejich ustanovení ze strany arbitrážních tribunálů. Komise též upozornila na specifické problémy spojené s uplatňováním státních podpor a poukázala na nejmenovaný případ intra-unijní arbitráže, kde bylo odnětí nedovolené státní podpory investorovi kvalifikováno jako porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení (je nepochybné, že Komise měla na mysli arbitráž *Micula proti Rumunsku*).⁷⁹⁴ Budoucí návrh EU by tak podle Komise měl zahrnovat funkční ustanovení ve formě článku, které výslovně

⁷⁹³ Investment in TTIP and beyond – the path for reform: Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. *Concept paper*. Dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

⁷⁹⁴ *Micula v. Romania*, Final Award, 11 December 2013.

potvrdí právo států přijímat opatření zaměřená na dosahování legitimních politických cílů, a to při takové úrovni ochrany, jakou státy považují a vhodnou. Dále by měl obsahovat objasňující ustanovení, podle kterého dohoda nemůže být vykládána tak, že smluvní straně brání v ukončení poskytování nedovolené státní podpory, nebo že od ní vyžaduje investorovi nahradit již poskytnutou státní podporu, která byla příslušnými orgány tohoto státu prohlášena za nedovolenou.

Podrobněji se Concept paper zabývá reformami mechanismu řešení sporů. Podle Komise je nutno zvýšit legitimitu systému tím, že budou adresovány obavy z možného konfliktu zájmů rozhodců. Kromě toho, co již bylo v tomto směru dosaženo v CETA s Kanadou a ve FTA se Singapurem, by budoucí návrh EU měl zahrnovat rovněž úpravu, podle které by rozhodci mohli být voleni pouze ze seznamu předem určeného smluvními stranami, která by dále stanovovala požadavky na kvalifikaci rozhodců a která by rovněž zahrnovala právo třetích osob, jichž se výsledek sporu přímo dotýká, intervenovat do řízení. Dalším cílem Komise je vytvoření odvolacího mechanismu, jehož neexistence způsobuje, že současný systém je nepředvídatelný jak pro státy, tak pro investory. Budoucí návrh EU má zahrnovat i odvolací mechanismus na bilaterální bázi, který by zajistil konzistenci při interpretaci TTIP a zvýšil legitimitu jak po obsahové stránce, tak prostřednictvím svého institucionálního základu, posílením nezávislosti, nestrannosti a předvídatelnosti. Jak uvedla Komise, inspirací pro odvolací mechanismus by mohly institucionální základy odvolacího orgánu WTO (*WTO Appellate Body*).

Konečně se Komise zabývala i vztahem mezi arbitrážními tribunály a vnitrostátními soudy. Komise připomněna, že podle některých názorů by rozhodování investičních sporů mělo náležet výhradně vnitrostátním soudům a že proti jejich rozhodnutím by nemělo být možné „odvolání“ k speciálním tribunálům zřízeným podle mezinárodních smluv. Komise ovšem v této souvislosti poukázala na rozdílnou funkci vnitrostátních soudů, které o investičních sporech rozhodují za použití vnitrostátního práva, zatímco arbitrážní tribunály rozhodují pouze o souladu jednání státu s mezinárodními pravidly ochrany investic. Tento rozdíl je podle Komise obzvláště relevantní v případech, kdy pravidla mezinárodní smlouvy nejsou přímo inkorporována do vnitrostátního práva, jak je tomu u většiny obchodních dohod v případě USA, Kanady i EU. To podle Komise staví arbitrážní tribunály do pozice srovnatelné s jinými mezinárodními soudními institucemi v tom smyslu, že případy, které tyto instituce řeší, nejsou odvoláním vůči vnitrostátnímu právu, ale představují spíše aplikaci mezinárodního práva. Podle Komise nicméně dává smysl, aby byl vztah mezi tribunály a vnitrostátními soudy upraven lépe, například aby byla vyloučena možnost, že investor dosáhne dvojí kompenzace. Komise rovněž upozornila na obavy z možného ohrožení autonomie práva EU v případě, že by tribunály mohly interpretovat právo EU způsobem závazným pro instituce EU. K tomu ovšem uvedla, že tribunály interpretují pouze příslušnou mezinárodní smlouvu a právem EU se budou zabývat pouze jako faktem – obavy z možného narušení autonomie práva EU proto podle ní nemají reálný základ.⁷⁹⁵ Další návrh EU by měl zahrnovat úpravu, která by vylučovala možnost investorů uplatňovat paralelní nároky před různými fóry. Návrh EU by měl rovněž vyjasnit roli vnitrostátního práva smluvních stran potvrzením, že (i) do pravomoci arbitrážních tribunálů nespadá aplikace vnitrostátního práva; (ii) vnitrostátní právo může být tribunály bráno v úvahu pouze jako fakt; (iii) jakákoli interpretace vnitrostátního práva ze strany tribunálů nebude závazná pro vnitrostátní soudy; a (iv) kdykoli před tribunálem vyvstane otázka interpretace vnitrostátního práva smluvní strany, tribunál musí vyházet z relevantní judikatury vnitrostátních soudů smluvní strany.⁷⁹⁶

⁷⁹⁵ Pro zajímavost srov. značně odlišnou argumentaci Komise v případě intra-unijních DPOI (viz kapitola V).

⁷⁹⁶ Je zjevné, že cílem navrhované úpravy je rozptýlit pochybnosti ohledně kompatibility investičních arbitráží podle unijních dohod s právem EU. Nicméně konstrukci Komise o roli vnitrostátního práva v investiční arbitráži

Komise na závěr uvedla, že výše uvedené návrhy by měly představovat kroky k postupnému vytvoření mnohostranného systému. Dvoustranný odvolací mechanismus by neměl být zahrnutý pouze do TTIP, ale do všech dalších dohod, které Unie uzavře v budoucnu. Tím by měl být vytvořen odvolací mechanismus se stálými rozhodci, který by se aplikoval na různé dohody s různými partnery na bázi *opt-in*. Stálý seznam rozhodců by měl investiční arbitráže přiblížit k formě stálého soudu. Dalším krokem by mělo být zřízení stálého investičního soudu se stálými soudci, jehož působnost by se vztahovala na různé mezinárodní dohody mezi různými partnery, rovněž na bázi *opt-in*. Cílem Komise bude tento soud multilateralizovat buď jako samostatný mezinárodní orgán nebo jej začlenit do rámce některé existující mezinárodní organizace.

O čem ovšem Concept paper mlčí, je otázka, proč Komise vůbec považuje za nezbytné ve vztazích mezi EU a USA, tedy vysoce vyspělými ekonomikami s rozvinutým soudními a institucionálními systémy, zakotvit mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem podle mezinárodního práva, který tyto systémy obchází, a jaké z toho budou pro zúčastněné strany plynout výhody. Přitom lze mít za to, že z pohledu aktuálních velkých kontorverzí, které jednání o TTIP provázejí, je tato otázka zcela klíčová. Na tuto otázku se pokusila odpovědět alespoň komisařka Malmström ve svém projevu k Parlamentu, jehož relevantní pasáž si zasluhuje plnou citaci:

Jediná myšlenka, s níž nemohu souhlasit, je představa, že bychom investiční arbitráž z TTIP úplně vypustili. To jednoduše nedává smysl ze tří důvodů:

Spojené státy jsou fungující demokracií založenou na právním státě. To ovšem neznamená, že zde pro investory neexistují žádná rizika. Soudy v USA nejsou povinny respektovat závazky, které USA převzaly na mezinárodní scéně. A USA ne vždy respektují své mezinárodní závazky. Proti USA je například v rámci WTO vedeno více sporů, než proti jakémukoli jinému členu. Kanada, a brzy i Japonsko a Čína, mají ve vztahu k USA záchrannou síť v podobě efektivní investiční arbitráže, tak proč by jí neměli mít Evropané?

Za druhé, mít pouze mezistátní mechanismus řešení sporů, to nepřinese požadovaný efekt. Ten je využíván v případech, kdy jsou problémy natolik závažné, že mají systematický dopad. To znamená, že tento mechanismus není vhodný pro řešení velké většiny rutinních investičních sporů ohledně licencí apod., které jsou často zahájeny středními podniky. Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem není nejvíce využíván nadnárodními společnostmi. Výzkum OECD ukazuje, že pouze 8 % sporů je zahájeno velkými nadnárodními společnostmi.

Konečně a ještě důležitěji, vypuštění mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem z TTIP znamená propást nejlepší příležitost za celou generaci k reformě systému. Členské státy uzavřely 1400 dohod. Tyto existují a nezmizí. S tímto máme šanci začít reformu. Dvě největší ekonomiky světa nesjednávají komplexní dohodu o mezinárodním obchodě každý den. Všichni souhlasíme s tím, že je zde problém. Pojďme jej vyřešit teď, v TTIP, ale i pro všechny budoucí dohody.⁷⁹⁷

Komisařce slouží ke cti, že se ožehavé otázce nevyhla a ke zdůvodnění postoje Komise se postavila čelem. Nakolik je její argumentace přesvědčivá, ať posoudí čtenář sám.

Ize z pohledu problematiky práva použitelného v investiční arbitráži považovat za poněkud pochybnou (srov. blíže část 5.2.5).

⁷⁹⁷ Malmström, C. (Commissioner for Trade). Remarks at the European Parliament on Investment in TTIP and Beyond. Meeting of the International Trade Committee of the European Parliament, Brussels, 6 May 2015. Dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153430.pdf

IV. DOHODY O OCHRANĚ INVESTIC MEZI ČLENSKÝMI STÁTY A TŘETÍMI ZEMĚMI

4.1 STATUS DPOI UZAVŘENÝCH MEZI ČLENSKÝMI STÁTY EU A TŘETÍMI ZEMĚMI

Členské státy EU byly až do vstupu Lisabonské smlouvy mimořádně aktivní v uzavírání DPOI s třetími zeměmi. Z celkového počtu celosvětově uzavřených dvoustranných DPOI, který se podle odhadů pohybuje kolem třech tisíců, je u většiny z nich alespoň jednou ze smluvních stran členský stát EU. Jak již bylo v obecné rovině naznačeno v části 2.4, mezi těmito mezinárodními smlouvami členských států a závazky příslušného členského státu z práva EU mohou vznikat rozpory, vyplývající buďto z rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy, nebo přímo z obsahu těchto dohod.

Vztah mezi dvoustrannými DPOI členských států a právem EU po dlouhou dobu nebyl předmětem významnější pozornosti. Uzavíráním těchto dohod členské státy zdánlivě vykonávaly jednu ze svých zůstávajících pravomocí, která nebyla přenesena na EU/ES. Patrnou příčinou dlouhého období harmonické koexistence bylo, že DPOI původních 15 členských států s třetími zeměmi nevyvolávaly v praxi žádné kontroverze vyplývající z členství jedné smluvní strany v EU. Původní členské státy uzavíraly DPOI téměř výlučně s rozvojovými zeměmi dle klasického vzorce, kde na jedné straně stál členský stát EU jako čistý vývozce kapitálu a na druhé straně stála rozvojová země jako čistý příjemce kapitálu. Ochrana investic podle těchto dohod byla vzájemná spíše na papíře – reálně byla ochrana poskytována pouze investorům z příslušného členského státu EU na území smluvní protistrany. Riziko, že by investor z třetí země vedl spor proti členskému státu, bylo minimální, a velmi nepravděpodobná tedy byla i možnost, že by bylo v investiční arbitráži posuzováno zacházení poskytnuté členským státem investorovi z třetí země.⁷⁹⁸ DPOI původních členských států EU s třetími zeměmi se téměř výlučně aplikovaly ve sporech, které se týkaly zacházení s evropskými investory na území třetích zemí. Takové spory v praxi nevyvolávaly otázky případných rozporů mezi závazky příslušných členských států EU z DPOI a jejich závazky vyplývajícími z práva EU.

K relativně bezkonfliktnímu vztahu přispěla i ta skutečnost, že většina DPOI typicky uzavíraných evropskými státy upravuje závazným způsobem pouze post-investiční fázi, tj. zacházení poskytované státem poté, co zahraniční investor již zřídil svou investici na území hostitelského státu. Před-investiční fáze je v těchto dohodách (na rozdíl od dohod založených na modelu NAFTA) upravena pouze nezávazným způsobem, popřípadě je v nich výslovně zakotveno právo hostitelského státu rozhodovat o tom, které investice smluvní stát na svůj trh připustí. Úprava vnitřního trhu EU naopak přistupuje k investičním aktivitám primárně z pohledu svobody pohybu a její cíle jsou především liberalizační. Stejně tak posláním společné obchodní politiky EU je snižování omezení a odstraňování překážek obchodu. Mělo-li ES před Lisabonskou smlouvou pravomoc v oblasti zahraničních investic, lze soudit, že tato pravomoc zahrnovala zejména otázky přístupu na trh a liberalizace investic. Jak vyplývá z *Posudku 1/94*, podrobně rozebíraného na několika místech předchozí kapitoly, minimálně část liberalizačních opatření v oblasti služeb spadala již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost do výlučné pravomoci ES. Pokud by DPOI členských států zahrnovaly závazky týkající se před-investiční fáze, kolize s vnější pravomocí EU by zřejmě byla nevyhnutelná již v té době. U post-investiční

⁷⁹⁸ Za výjimkou lze považovat arbitráž, kterou v roce 1997 zahájil argentinský investor Emilio Augustín Mafezzini proti Španělsku.

fáze jsou naopak případné konflikty s úpravou vnitřního trhu mnohem abstraktnější a na první pohled obtížně poznatelné.

Větší pozornosti se otázkám vztahu mezi DPOI členských států a právem EU dostalo až v souvislosti s velkým východním rozšířením EU v roce 2004. V rámci tohoto rozšíření se novými členy EU stalo i osm post-komunistických států ze střední a východní Evropy. Tyto státy, které v 90. letech podstoupily zásadní společenskou, ekonomickou a politickou transformaci, v této době uzavřely řadu dvoustranných investičních dohod jak s původními členskými státy EU, tak s různými třetími zeměmi. Z pohledu tradičního dělení na vývozce a příjemce kapitálu se v případě nových členských států pořád jednalo spíše o příjemce investic, a to jak ve vztahu k původním členským státům EU, tak ve vztahu k některým vyspělým třetím zemím (zejména USA a Kanadě). DPOI nových členských států, které již před jejich vstupem do EU představovaly základ několika investičních arbitráží, nejenže přispěly k velkému rozšíření fenoménu tzv. intra-unijních DPOI, jemuž bude věnována samostatná kapitola, ale zároveň obrátily pozornost i na otázku kompatibility DPOI, které uzavřely členské státy s třetími zeměmi (někdy označovaných i jako extra-unijní DPOI) s právem EU.

Dalším momentem, který přispěl k otevření dosud přehlížených otázek, byla zvýšená aktivita EU v oblasti zahraničních investic. Kromě aktivit na úrovni WTO začala Komise protlačovat kapitoly s investiční tematikou i do svých komplexních asociačních a obchodních dohod s třetími zeměmi. Navíc již podle prvního návrhu odmítnuté Smlouvy o Ústavě pro Evropu z roku 2004 se měla stát oblast přímých zahraničních investic součástí společné obchodní politiky. Komise se tak začala intenzivněji zajímat o DPOI členských států a aktivněji v této oblasti využívat své pravomoci.

Z právního pohledu situaci DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi komplikuje skutečnost, že tyto dohody podléhají z pohledu práva EU poněkud jinému režimu v závislosti na tom, v jakém časovém okamžiku byly uzavřeny. Některé dohody byly příslušnými členskými státy uzavřeny ještě před jejich vstupem do EU. Do této kategorie spadá většina dohod uzavřených novějšími členskými státy, které do EU vstupovaly od 90. let 20. století, tedy kromě států, které do EU vstoupily v rámci dvou kol východního rozšíření v letech 2004 a 2007, sem patří i velká část DPOI uzavřených Rakouskem, Švédskem a Finskem, tedy zemí, které do EU vstoupily o jednu dekádu dříve. Tyto dohody v případě rozporu s právem EU podléhají režimu článku 351 SFEU (bývalý článek 307 SES), o němž bude podrobněji pojednáno níže. Druhou skupinu tvoří DPOI uzavřené členským státem EU v době po jeho vstupu do EU. Do této kategorie spadá naprostá většina dohod uzavřených původními členskými státy. Způsob řešení rozporů těchto DPOI s právem EU není výslovně upraven primárním právem a je nutno jej dovozovat výkladem.

Status DPOI uzavřených mezi členskými státy EU a třetími zeměmi v rámci práva EU se zásadně změnil po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost. Nejenže tímto okamžikem členské státy pozbyly pravomoc uzavírat s třetími státy nové DPOI, ale vzhledem k tomu, že vnější pravomoc Unie ve věcech společné obchodní politiky je výlučná, staly se všechny existující DPOI s třetími zeměmi ze dne na den inkompatibilními s právem EU z důvodu jejich rozporu s výlučnou pravomocí EU. Od počátku bylo ovšem jasné, že tuto inkompatibilitu není vhodné řešit tím, že po členských státech bude požadováno okamžité ukončení mezinárodněprávní platnosti těchto dohod, a všeobecně se počítalo s tím, že pro ně bude zaveden přechodný režim, který umožní plynulý přechod od existujících DPOI členských států k investičním dohodám uzavíraným Unií. Tento režim byl zaveden nařízením Rady č. 1219/2012, o němž bude rovněž řeč v rámci této kapitoly.

4.2 MEZINÁRODNÍ SMLOUVY ČLENSKÝCH STÁTŮ S TŘETÍMI ZEMĚMI A JEJICH VZTAH S PRÁVEM EU

Tato část kapitoly bude věnována přiblížení obecných pravidel, která se uplatní v případech existence rozporů mezi právem EU a mezinárodními smlouvami členských států uzavřených s třetími zeměmi. Účelem je zasadit další výklad ohledně DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi do obecnějšího právního rámce.

Právo EU je přes veškerá svá specifika právním systémem založeným na mezinárodních smlouvách. Z hlediska obecného mezinárodního práva tak lze na případné rozpory mezi právem EU a DPOI členských států hledět optikou konfliktu mezinárodních smluv. Některá pravidla obecného mezinárodního práva týkající se vztahů mezinárodních smluv byla kodifikována ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu (Vídeňská úmluva, nebo VÚ), která ovšem, jak vyplývá z dalšího výkladu, poskytuje pouze limitovaný návod k řešení rozporů mezinárodních smluv, jejichž stranami nejsou tytéž státy. Specifická pravidla, která se uplatní na inkompatibilní mezinárodní smlouvy členských států s třetími zeměmi, obsahuje i právo EU. Jak již bylo naznačeno, důležitou roli zde přitom sehrává faktor času – poněkud jiný režim platí pro inkompatibilní smlouvy, které členský stát uzavřel ještě před svým vstupem do EU, na něž se výslovně vztahuje článek 351 SFEU, a pro ty, které členský stát uzavřel po svém vstupu do EU, jejichž režim lze dovozovat pouze z judikatury.

4.2.1 Pohled obecného mezinárodního práva – pravidlo *pacta tertiis*

V případě, že je členský stát EU stranou mezinárodní smlouvy, která je inkompatibilní s právem EU, z pohledu Vídeňské úmluvy se jedná o konflikt dvou po sobě uzavřených mezinárodních smluv (*successive treaties*) – jednu mezinárodní smlouvu představuje příslušná DPOI, druhou smlouvu (resp. smlouvy) představují Zakládající smlouvy. Vídeňská úmluva obsahuje poměrně podrobná pravidla pro řešení rozporů mezinárodních smluv uzavřených mezi týmiž stranami, a to v článcích 30, 41 a 59 VÚ. O těchto pravidlech bude podrobně pojednáno v kapitole věnované intra-unijním DPOI. Velmi zjednodušeně, Vídeňská úmluva v těchto případech vychází primárně ze zásady *lex posterior derogat legi priori* - tedy platí zde obecné pravidlo, že v rozsahu, v jakém jsou ustanovení dřívější smlouvy neslučitelná s ustanoveními pozdější smlouvy uzavřené mezi týmiž stranami a upravující tentýž předmět, mají aplikační přednost ustanovení smlouvy pozdější (článek 30(3) VÚ). Pravidlo *lex posterior* platí v modifikované podobě i pro pozdější změny mnohostranných smluv pouze mezi některými stranami (článek 41 VÚ), a pro úplné nahrazení dřívější smlouvy smlouvou pozdější (článek 59 VÚ).

Pokud ovšem jde o DPOI uzavřené mezi členskými státy a třetími zeměmi, jedná se o situaci mezinárodních smluv uzavřených mezi různými stranami. Na tyto situace dopadá pouze článek 30(4)(b) VÚ, který zní následovně:

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.

Uvedené ustanovení neobsahuje skutečné pravidlo, pomocí něhož by bylo možné vyřešit rozpory mezi smlouvami, které jeden stát uzavřel s různými protistranami. Z pohledu obecného mezinárodního práva jsou platné a aplikovatelné obě smlouvy. Toto ustanovení představuje vyjádření zásady *pacta tertiis docent nec prosunt*. Strana mezinárodní smlouvy nemůže být dotčena jinými mezinárodními smlouvami, které druhá smluvní strana uzavřela s třetími státy.

Zároveň tyto třetí státy nemohou být dotčeny prvně uvedenou smlouvou.⁷⁹⁹ Jelikož mezinárodní právo nestanoví mezi takovými smlouvami žádnou prioritu, stát, který čelí konfliktním mezinárodním závazkům, je oběma závazky v plném rozsahu vázán a v zásadě platí, že si musí vybrat, který ze svých konfliktních závazků splní, a který naopak poruší. V této souvislosti se hovoří i o principu politické volby – stát musí učinit politické rozhodnutí, který ze svých závazků poruší.⁸⁰⁰ Článek 30 VÚ bývá někdy označován jako neuspokojivé nebo neúplné ustanovení, neboť neřeší všechny otázky vyplývající z konfliktu mezinárodních smluv a neposkytuje efektivní návod, jak postupovat zejména v těch nejsložitějších případech.⁸⁰¹ Nicméně takový byl zjevně úmysl tvůrců Vídeňské úmluvy.⁸⁰²

Mezinárodní právo nicméně poskytuje alespoň částečný návod pro posouzení situací konfliktních mezinárodních závazků, a to tím, že právní řešení těchto situací přesouvá do roviny mezinárodní odpovědnosti. Článek 30(5) VÚ výslovně stanovuje, že odstavec 4 se nevztahuje na jakoukoliv otázku odpovědnosti státu, která může pro stát vzniknout z uzavření nebo provádění smlouvy, jejíž ustanovení nejsou slučitelná s jeho závazky vůči jinému státu podle jiné smlouvy. Stát je v případě konfliktních mezinárodních závazků postaven před politickou volbu, který z těchto závazků upřednostní, a který naopak poruší. Za porušení jednoho ze svých závazků ovšem nese plnou mezinárodní odpovědnost – povinnosti vyplývající ze smlouvy uzavřené s jiným státem tedy nezakládají výjimku z hlediska mezinárodní odpovědnosti. Krátkodobé právní řešení konfliktu tedy spočívá v dodržení smluvního závazku z jedné ze smluv, které zároveň aktivuje mezinárodní odpovědnost státu za porušení druhé smlouvy. Z dlouhodobého hlediska je řešení konfliktu možné pouze renegociací nebo ukončením platnosti jedné ze smluv.⁸⁰³

Aplikujeme-li tento obecný rámec na konkrétním příkladu DPOI, z pohledu arbitrážního tribunálu řešícího investiční spor vedený proti členskému státu EU podle DPOI uzavřené mezi tímto členským státem a třetí zemí nebude rozhodující, že ustanovení DPOI, jehož aplikace se investor domáhá, je v rozporu s právem EU. Stejně tak nebude pro řešení sporu rozhodující, že jednání členského státu, které vyústilo v porušení DPOI, bylo vyžadováno právem EU. Z pohledu domovského státu investora (tj. příslušné třetí země) jsou Zakládající smlouvy *res inter alios acta* a v investičním sporu nepředstavují součást použitelného práva (alespoň ne jako pramen mezinárodního práva). Pokud se členský stát rozhodl, že upřednostní své závazky podle práva EU, nezbavuje ho to odpovědnosti za porušení práv investora podle DPOI uzavřené s třetím státem. Je ovšem nutno dodat, že právo EU může v investiční arbitráži představovat součást použitelného práva jakožto jeden z pramenů vnitrostátního práva hostitelského státu, nebo může představovat relevantní fakt (k právu použitelnému v investiční arbitráži srov. blíže část 5.2.5). Je též nutno zdůraznit, že jinými úvahami se řídí i vztah mezi právem EU a intra-unijními DPOI (srov. Kapitulu V).

⁷⁹⁹ Villiger, M. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 407.

⁸⁰⁰ Klabbers, J. Treaty Conflict and the European Union. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 88-89; Pauwelyn, J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 426-427.

⁸⁰¹ Oldendahl, K. In: Dörr, O., Schmalenbach, K. Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary. New York: Springer, 2012, s. 517.

⁸⁰² Nauka a praxe mezinárodního práva v době před Vídeňskou úmlouvou se v případech konfliktních závazků států s různými smluvními protistranami přikláněla spíše k preferenci původního smluvního závazku, který byl uzavřením konfliktní mezinárodní smlouvy porušen, tedy k aplikaci zásady *lex prior*. Nicméně v průběhu kodifikačních prací byl koncept *lex prior*, včetně jeho modifikovaných verzí vztahujících se na limitovaný okruh případů, zcela opuštěn. Blíže viz Klabbers, pozn. 800, s. 49-87; Pauwelyn, pozn. 800, s. 424-427.

⁸⁰³ Pauwelyn, pozn. 800, s. 434 a násl.

Pravidla kodifikovaná v článku 30 VÚ jsou konstruována jako reziduální – státům nic nebrání, aby v mezinárodní smlouvě upravily její vztah k jiným smlouvám specificky.⁸⁰⁴ Podmínkou samozřejmě je, že taková úprava se uplatní jen ve vztazích mezi příslušnými smluvními stranami a nemůže se negativně dotknout práv třetích států. Názorným příkladem takové specifické úpravy je článek 351 SFEU.

4.2.2 *Pohled práva EU – obsah, působnost a limity článku 351 SFEU*

(i.) *Článek 351 – speciální pravidlo práva EU pro mezinárodní smlouvy uzavřené členským státem před vstupem do EU*

Článek 351 SFEU (bývalý článek 307 SES) obsahuje speciální pravidlo upravující status mezinárodních smluv uzavřených členskými státy a třetími zeměmi uzavřenými před 1. lednem 1958 (v případě původních šesti členských států) resp. u ostatních členských států uzavřenými před jejich vstupem do EU (*pre-accession treaties*). První dva pododstavce článku 351 znějí následovně:

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 jednou nebo několika třetími zeměmi na straně druhé nejsou Smlouvami dotčeny.

Pokud jsou uvedené smlouvy neslučitelné se Smlouvami, 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.

Článek 351 SFEU obsahuje dvě základní pravidla. Jeho první část potvrzuje prioritu mezinárodních smluv, které členský stát uzavřel s třetími zeměmi před svým vstupem do EU, před závazky tohoto členského státu vyplývajícími z práva EU. Neuplatní se zde zásada nadřazenosti práva EU. V souvislosti s tímto ustanovením bývá často uváděno, že jen výslovně potvrzuje to, co plyne z obecného mezinárodního práva.⁸⁰⁵ Lze ovšem mít za to, že článek 351 SFEU jde ještě o malý krok dál – nejenže se právo EU nedotýká mezinárodněprávní platnosti a použitelnosti předvstupových smluv s členskými státy – plnění těchto smluv členskými státy, které by za jiných okolností představovalo porušení práva EU, je tímto ustanovením výslovně povoleno a nezakládá tedy ani odpovědnost členského státu za porušení práva EU. Členský stát může odpovídat až za porušení pravidla obsaženého v druhém pododstavci článku 351 SFEU, který od členských států vyžaduje, aby přijaly vhodná opatření k odstranění rozporů. Lze tedy říci, že účelem článku 351 SFEU je zamezit rozporům mezi právem EU a předvstupovými smlouvami členských států s třetími zeměmi,⁸⁰⁶ přičemž tak činí způsobem, který se usiluje o vyvážení zájmů mezi ochranou předvstupových smluv na jedné straně a integritou práva EU na straně druhé.⁸⁰⁷

⁸⁰⁴ Villiger, pozn. 799, s. 403.

⁸⁰⁵ Např. Koutrakos, P. EU International Relations Law. Portland, Oregon: Hart, 2006, s. 302; Schütze, R. EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship? Cambridge Yearbook of European Legal Studies. 2007, Vol. 9, s. 391.

⁸⁰⁶ Srov. Pache, E., Bielitz, J., Das Verhältnis der EG zu den völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedstaaten. Europarecht. 2006, Heft 3, s. 326.

⁸⁰⁷ Klabbers, pozn. 800, s. 118.

(ii.) *Pododstavec 1 – prioritá inkompatibilních předvstupových smluv*

Přesný rozsah aplikace článku 351 SFEU byl upřesněn v několika rozhodnutích SDEU. Vzhledem k tomu, že se jedná o ustanovení, které do určité míry droguje plný účinek práva EU, tendence judikatury směřuje spíše k jeho restriktivnímu výkladu.⁸⁰⁸

Již velmi brzy SDEU dovedl, že článek 351 SFEU se neuplatní na vzájemné vztahy mezi členskými státy. V rozsudku ve věci *Komise proti Itálii*⁸⁰⁹ soud odmítl argument Itálie, která se odvolávala na aplikaci dřívější mnohostranné mezinárodní dohody uzavřené v rámci GATT ve vztazích s ostatními členskými státy. Jak soud uvedl:

v záležitostech, které se řídí Smlouvou o založení EHS, má tato smlouva přednost před mezinárodními smlouvami uzavřenými mezi členskými státy před vstupem Smlouvy o založení EHS v platnost, a to včetně smluv uzavřených v rámci GATT.⁸¹⁰

Jak bude blíže rozvedeno v kapitole V, z pohledu práva EU se vztah mezinárodních smluv uzavřených mezi členskými státy navzájem (hovoří se o tzv. *inter se* mezinárodních smlouvách) a právem EU řídí zásadou nadřazenosti práva EU, tedy v principu obdobně, jako vztah práva EU a vnitrostátních právních řádů členských států.

Rozsudek ve věci *Komise proti Itálii* zároveň položil základy takového judikaturního výkladu, podle kterého článek 351 SFEU chrání pouze práva třetích zemí, nikoli práva členských států. Komise ve sporu argumentovala, že když článek 351 SFEU hovoří o „právech a povinnostech vyplývajících z mezinárodních smluv“, pod pojmem „práva“ jsou myšlena výlučně práva třetích zemí a pod pojmem „povinnosti“ jsou myšleny výlučně povinnosti členských států. Tedy pokud stát převezme závazek, který je neslučitelný s jeho právy přiznanými dřívější mezinárodní smlouvou, *de facto* se tím vzdává výkonu těchto svých práv v rozsahu, který je nezbytný k výkonu jeho nových povinností. Aniž by přidával další vlastní vysvětlení, soud tento výklad Komise označil za dobře odůvodněný.⁸¹¹ Dnes lze již považovat za obecně akceptovaný takový výklad, podle kterého je smyslem prvního pododstavce 351 SFEU umožnit splnění mezinárodních závazků členských států z předvstupových smluv vůči třetím zemím, a zajistit, aby odpovídající práva těchto třetích zemí mohla být respektována.⁸¹² Pokud v konkrétním případě určitá práva ze smlouvy nemohou být uplatněna třetími státy, které jsou smluvními stranami příslušné smlouvy (jak tomu bylo ve výše rozebíraném případě *Komise proti Itálii*, který se týkal mnohostranné mezinárodní smlouvy), nemůže se členský stát dovolávat aplikace článku 351 SFEU. V rozhodnutích *Evans* a *Centro-Com* SDEU dále dovedl, že pokud mezinárodní smlouva členskému státu umožňuje, aby přijal opatření, které se jeví být v rozporu s právem EU, nicméně mu to neukládá, členský stát se přijetí takového opatření musí zdržet.⁸¹³ Objevují se ovšem úvahy, že uvedené striktní rozlišování mezi právy třetích zemí a závazků členských států by nemuselo bezvýhradně platit v případech některých mnohostranných mezinárodních smluv, jejichž stranami jsou členské státy EU i třetí země, a které zakládají mnohostranné závazky smluvních stran, kdy ostatní smluvní strany mohou mít zájem na jejich dodržování i ve vztazích mezi členskými státy EU.⁸¹⁴ Typicky by se mohlo jednat například o

⁸⁰⁸ Kritickou analýzu judikatury SDEU týkající se článku 351 SFEU a mezinárodních smluv členských států obecně pohledem mezinárodního právníka v nabízí *Klabbers*, pozn. 800, s. 113 a násl.

⁸⁰⁹ Case 10/61, *Commission v. Italy* [1962] ECR I.

⁸¹⁰ Case 10/61, *Commission v. Italy*, s. 10.

⁸¹¹ Tamtéž.

⁸¹² *Koutrakos*, pozn. 805, s. 302.

⁸¹³ Case C-324/95, *Evans Medical and MacFarlan Smith* [1995] ECR I-563, odst. 32; Case C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com v HM Treasury and Bank of England* [1997] ECR I-81, odst. 60.

⁸¹⁴ Někdy se o těchto smlouvách hovoří jako o „multipolárních“. Srov. *Klabbers*, pozn. 800, s. 131 a násl.

mezinárodní smlouvy týkající se ochrany životního prostředí. V judikatuře ovšem zatím nebylo k této otázce zaujato jednoznačné stanovisko.

Další podstatné aspekty aplikace prvního pododstavce článku 351 SFEU soud vyložil v rozsudku *Burgoa*.⁸¹⁵ Referující irský soud se v rámci řízení o předběžné otázce mj. dotázal, zda (i) článek 351 SFEU zakládá práva a povinnosti institucím Unie a členskými státy; a (ii) zda toto ustanovení zachovává či potvrzuje práva beneficentů mezinárodních smluv (tj. zejména jednotlivců), která by tím pádem musely respektovat i soudy členských států.

Soud nejdříve konstatoval, že působnost článku 351 SFEU je obecná a toto ustanovení se vztahuje na jakoukoli mezinárodní smlouvu, bez ohledu na její předmět, která je způsobilá dotknout se provádění Zakládajících smluv.⁸¹⁶ Dále potvrdil premisu, podle které je účelem článku 351 SFEU stanovit, že provádění Zakládajících smluv se nedotýká povinnosti členského státu respektovat práva třetí země vyplývající z předvstupové mezinárodní smlouvy a jeho povinnosti dodržovat závazky z takové smlouvy vyplývající. Poté se soud zabýval otázkou, jaké povinnosti z tohoto ustanovení vyplývají pro instituce Unie. Konstatoval, že i když toto ustanovení zmiňuje pouze povinnosti členských států, jeho účelu by nemohlo být dosaženo, pokud by zároveň neimplikovalo povinnost institucí Unie nebránit členskému státu ve výkonu povinností, které mu vyplývají z příslušné mezinárodní smlouvy. Zároveň ovšem dodal, že tato povinnost Unie spočívá jen v tom, že členskému státu bude umožněno, aby splnil své závazky z mezinárodní smlouvy. Článek 351 SFEU ovšem nezakládá žádnou povinnost Unie ve vztahu k příslušnému třetímu státu. Jinými slovy, instituce Unie mají povinnost nebránit členskému státu ve splnění svých závazků podle mezinárodní smlouvy, nemají však povinnost při plnění těchto povinností aktivně spolupracovat nebo tyto smlouvy samy provádět.⁸¹⁷

V případě, který řešil referující irský soud, se aplikace článku 351 SFEU domáhal jednotlivec – občan Španělska (které v té době ještě nebylo členským státem), který svá práva odvozoval z mezinárodní smlouvy uzavřené mezi Španělskem a členskými státy. Na otázku referujícího soudu, zda ustanovení článku 351 SFEU může zakládat práva přímo jednotlivcům, SDEU odpověděl tak, že toto ustanovení nemůže měnit povahu práv, která vyplývají z předvstupových smluv členských států. Z toho vyplývá, že článek 351 SFEU nepřiznává jednotlivcům, kteří se spoléhají na mezinárodní smlouvu uzavřenou členským státem, žádná práva, která by soudy členských států musely respektovat. Na druhé straně toto ustanovení ani nemůže nepříznivě ovlivnit práva, která jednotlivcům na základě těchto smluv náleží. Jinými slovy, z pohledu jednotlivců je článek 351 SFEU neutrální a závisí především na tom, jaká práva jim přiznává samotná mezinárodní smlouva, a zda se těchto práv mohou domáhat přímo před příslušným soudem členského státu.

Výše uvedený závěr ovšem neplatí absolutně. Právo EU může ovlivňovat práva jednotlivců z předvstupové mezinárodní smlouvy, jakož i obsah závazků členského státu vůči třetí zemi, v rovině interpretace. V rozsudku *Budvar* SDEU uvedl, že soud členského státu, který zvažuje aplikaci článku 351 SFEU, musí nejdříve ověřit, zda možné inkompatibilitě mezi právem EU a mezinárodní smlouvou nelze předejít tím, že tato smlouva bude vykládána v rozsahu, který je

⁸¹⁵ Case 812/79, *Attorney General v. Juan C Burgoa* [1980] ECR 2787.

⁸¹⁶ Stojí za pozornost, že působnost článku 351 SFEU se tak alespoň na první pohled jeví širší než působnost článku 30 VÚ, jehož pravidla jsou podle odstavce 1 omezena na po sobě uzavřené mezinárodní smlouvy týkající se téhož předmětu (k otázce, kdy se mezinárodní smlouvy týkají stejného předmětu, viz blíže část 5.2.1 této práce v souvislosti s intra-unijními DPOI).

⁸¹⁷ *Manzini, P.* The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law. *European Journal of International Law*. 2001, 12(4), s. 784.

možný, a který ještě je v souladu s mezinárodním právem, takovým způsobem, že bude možné shledat jí slučitelnou s právem EU.⁸¹⁸ Jak soud dovodil ve svých předchozích rozhodnutích, posouzení otázky, jaké závazky vyplývají pro členských stát z předvstupové mezinárodní smlouvy a do jaké míry tyto závazky členskému státu brání ve splnění povinností podle práva EU, náleží soudu členského státu.⁸¹⁹ Rozsudek *Budvar* ovšem soudům členských států ukládá interpretovat závazky z mezinárodních smluv pokud možno takovým způsobem, aby mohly být shledány jako slučitelné s právem EU. Limit zde představuje taková eurokonformní interpretace, o které ještě lze mít za to, že je v souladu s mezinárodním právem. Pokud se ukáže, že taková interpretace možná není, pak nastupuje povinnost členského státu přijmout příslušná opatření k odstranění neslučitelnosti mezinárodní smlouvy s právem EU podle článku 351 SFEU pododstavce 2.⁸²⁰ Lze podotknout, že v případě DPOI členských států je situace v tomto ohledu specifická – interpretaci závazků členského státu podle DPOI v případě investičního sporu zpravidla nebude provádět vnitrostátní soud, ale investiční tribunál, jehož motivace k souladnému (tj. zpravidla restriktivnímu) výkladu DPOI s právem EU bude jistě mnohem menší než pokud by o řešení stejné otázky rozhodoval vnitrostátní soud členského státu.

(iii.) *Pododstavec 2 – povinnost členských států odstranit rozpory předvstupových smluv s právem EU*

Pododstavec 2 článku 351 SFEU členským státům ukládá „použit všech vhodných prostředků“ (*take all appropriate steps*) k odstranění zjištěných neslučitelností mezi předvstupovými smlouvami s třetími zeměmi a právem EU. Toto ustanovení zakládá závazek členských států podle práva EU najít způsob, jak dosáhnout slučitelnosti svých mezinárodních závazků s právem EU. Uvedené ustanovení nijak nespécifikuje způsob, jakým mají členské státy slučitelnosti dosáhnout. Otázku, zda členský stát použil všech vhodných prostředků k odstranění neslučitelnosti, tak bude nutné posuzovat případ od případu v závislosti na konkrétních okolnostech.⁸²¹ V úvahu přichází zejména renegociace příslušné mezinárodní smlouvy, nebo ukončení její platnosti. Praktický problém spočívá zejména v tom, že ve většině případů bude řešení vyžadovat součinnost ze strany příslušné třetí země.

Užitečný výklad povinnosti členských států podle uvedeného ustanovení SDEU poskytl především ve dvou rozhodnutích o žalobách Komise proti Portugalsku, týkajících se mezinárodních smluv o obchodní námořní přepravě, které Portugalsko uzavřelo před svým vstupem do EU s Angolou a s bývalou Jugoslávií, a které byly v rozporu s nařízením Rady č. 4055/86 o uplatňování zásady volného pohybu služeb v námořní dopravě mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.⁸²² Portugalsko nerozporevalo skutečnost, že tyto mezinárodní smlouvy nebyly v souladu s uvedeným nařízením. Odmítalo ovšem tvrzení Komise, že by porušilo svou povinnost podle práva EU tím, že uvedené smlouvy nebyly změněny ani vypovězeny. Ke své obraně Portugalsko uvedlo tři hlavní argumenty: (i) členské státy nemají žádnou specifickou povinnost odstranit neslučitelnosti svých předvstupových smluv bez ohledu na právní a politické důsledky takového kroku; (ii) jednání s Angolou a s Jugoslávií byla zdlouhavá z důvodu složité politické situace v těchto zemích; a (iii) ustanovení 351 SFEU dle Portugalska vyžaduje, aby rozpory byly odstraněny způsobem, který se co nejméně dotýká příslušné třetí země, tj. výpověď mezinárodní smlouvy ze strany členského státu je nutná jen tehdy, pokud příslušná třetí země zjevně není ochotna přistoupit k její změně.

⁸¹⁸ Case C-216/01, *Budějovický Budvar v. Rudolf Ammersin GmbH* [2003] ECR I-13617, odst. 169.

⁸¹⁹ Case C-13/93, *Office national de l'emploi v Minne* [1994] ECR I-371, odst. 18.

⁸²⁰ C-216/01, *Budvar*, odst. 170.

⁸²¹ *Koutrakos*, pozn. 805, s. 304.

⁸²² Case C-62/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5171; Case C-84/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5215.

SDEU argumentaci Portugalska odmítl. Nejdříve uvedl, že z prvního pododstavce článku 351 SFEU (v kombinaci s článkem 30(4)(b) VU) vyplývá, že Portugalsko musí v každém případě respektovat práva Angoly, resp. Jugoslávie, které těmto státům zakládají příslušné mezinárodní smlouvy. Článek 351 SFEU členským státům ovšem zároveň ukládá, aby odstranily jakékoli rozpory mezi příslušnou mezinárodní smlouvou a právem EU, i když volbu vhodných prostředků k dosažení v zásadě ponechává na členských státech. Pokud se změna mezinárodní smlouvy z důvodu existence různých překážek ukáže jako neproveditelná, nelze vyloučit povinnost členského státu takovou smlouvu vypovědět. Soud v této souvislosti poukázal na skutečnost, že obě uvedené smlouvy obsahovaly ustanovení, která smluvním stranám umožňovala jejich jednostrannou výpověď. Výpověď smluv ze strany Portugalska by tak dle soudu nezasáhla do práva, která z nich odvozovaly příslušné třetí státy.

SDEU rovněž odmítl argumentaci Portugalska, podle které by nucené vypovězení příslušných smluv představovalo neúměrný zásah do zahraničně politických zájmů Portugalska. Podle soudu jsou zájmy členských států na jedné straně a zájmy Unie na straně druhé již vyváženy samotným článkem 351 SFEU, který umožňuje, aby členský stát neaplikoval ustanovení práva EU a aby místo toho upřednostnil své závazky vůči třetímu státu podle předvstupové mezinárodní smlouvy. Jak soud připomněl, toto ustanovení rovněž ponechává členskému státu možnost, aby si sám zvolil vhodné prostředky na dosažení souladu mezinárodní smlouvy s právem EU.

Konečně lze zmínit, že v rámci posledních vln rozšíření EU bylo dosažení souladu mezinárodních závazků nových členských států s právem EU předmětem předvstupových jednání mezi kandidátskými zeměmi a Komisí. Členské státy v rámci procesu přípravy na vstup do EU postupně přizpůsobovaly své právní řády a politiky požadavkům *unijního acquis*, a to včetně svých závazků vůči třetím zemím. Například podle článku 6(10) smlouvy o přistoupení České republiky a 9 dalších států k Evropské unii měly nové členské státy s účinkem ode dne přistoupení odstoupit od dohod o volném obchodu, které uzavřely s třetími zeměmi, včetně Středoevropské dohody o volném obchodu. Další část uvedeného ustanovení pak v zásadě doslovně kopíruje znění druhého pododstavce článku 351 SFEU. Přístupové smlouvy tak přidávají povinnosti nových členských států přizpůsobit své mezinárodní závazky právu EU další rozměr. Na druhé straně je nutno uvést, že přístupová smlouva neobsahuje žádnou zmínku o existujících DPOI nových členských států. V rámci příprav nových členských států na vstup do EU byly systematicky adresovány pouze závazky z DPOI, které nové členské státy uzavřely s USA (viz dále).

(iv.) *Status inkompatibilních smluv uzavřených členským státem po vstupu do EU*

Významný limit aplikace článku 351 SFEU spočívá v tom, že toto ustanovení výslovně dopadá pouze na ty mezinárodní smlouvy, které členské státy uzavřely ještě před svým vstupem do EU. Obdobné ustanovení, které by adresovalo případy inkompatibility mezinárodních smluv, které členské státy s třetími zeměmi uzavřely již jako členové EU (*post-accession treaties*), Zakládající smlouvy neobsahují. Status těchto mezinárodních smluv doposud nebyl, poněkud překvapivě, předmětem příliš velké pozornosti. Otázkou především je, zda se na tyto smlouvy může analogicky uplatnit obdobné pravidlo, jaké obsahuje článek 351 SFEU. Podle existující judikatury a převládající doktríny nikoli. Na rozdíl od předvstupových smluv, existence mezinárodní smlouvy s třetím státem uzavřené po vstupu příslušného členského státu do EU neomlouvají nedodržení norem práva EU tímto členským státem. Dostojí-li členský stát svým inkompatibilním závazkům z těchto smluv, dopustí se tím porušení práva EU.

Přednost práva EU před závazky z povstupových mezinárodních smluv členských států lze dovodit z několika rozhodnutí SDEU. V rozsudku *Arbelaz-Emazabel* soud dospěl k závěru, že španělští rybáři se nemohou dovolávat ustanovení mezinárodních smluv uzavřených mezi Francií a Španělskem (v té době ještě nečlenským státem), jejichž úprava byla ve vztahu mezi členskými státy a Španělskem nahrazena komunitární úpravou.⁸²³ Závěry tohoto rozhodnutí byly dány i poněkud specifickými okolnostmi případu. Nicméně závěr o nadřazenosti závazků z práva EU (z pohledu práva EU) byl poměrně jasně potvrzen v dalších rozhodnutích. V případě *Komise proti Belgii a Lucembursku* SDEU jednoduše a bez větší diskuse shledal, že mezinárodní smlouva o námořní přepravě, kterou tyto státy uzavřely s Malajsií, byla v rozporu s příslušnou komunitární legislativou.⁸²⁴ Na tuto linii navazuje i rozhodnutí SDEU týkající se mezinárodní smlouvy o letecké přepravě *Open Skies*, uzavřené mezi Spojeným královstvím a USA.⁸²⁵ Tato smlouva byla uzavřena v roce 1995, tedy dávno poté, co Spojené království vstoupilo do EU. Poté, co soud odmítl, že by se na tuto smlouvu vztahoval článek 351 SFEU, rovnou přikročil k analýze její slučitelnosti s článkem 49 SFEU o svobodě usazování, a to obdobným způsobem, jakým bývá posuzován soulad vnitrostátní legislativy členských států. K teoretickému zdůvodnění tohoto postupu soud pouze uvedl, že i v oblastech, které zůstávají v pravomoci členských států, musí členské státy své pravomoci vykonávat v souladu s právem EU.⁸²⁶ Jinými slovy, tato mezinárodní smlouva nepožívala z pohledu práva EU ochranu a soud při jejím posuzování vycházel z předpokladu nadřazenosti práva EU.⁸²⁷ Lze dodat, že takový závěr soudu, ačkoli se na první pohled může jevit jako expanzionistický, lze považovat za konzistentní s článkem 30(4)(b) VÚ – uzavření inkompatibilní dohody s třetí zemí založilo odpovědnost členského státu za porušení práva EU. Přitom platí, že z pohledu mezinárodního práva konstatování inkompatibility dohody *Open Skies* s právem EU nic nemění na mezinárodněprávní platnosti a závaznosti této dohody. Z pohledu práva EU ovšem inkompatibilita mezinárodní smlouvy s právem EU implikuje povinnost členského státu příslušné rozpory odstranit.⁸²⁸ Tato povinnost ovšem neplyne z článku 351 SFEU, ale spíše ze zásady loajální spolupráce členských států a Unie podle článku 4(3) SEU.⁸²⁹

(v.) *Inkompatibilita způsobená pozdější změnou v rozdělení pravomocí mezi Unií a členské státy nebo výkonem pravomocí ze strany Unie*

Poněkud kontroverzní je otázka, zda se analogie s článkem 351 SFEU neuplatní alespoň v případech, kdy je příslušná mezinárodní smlouva v době svého uzavření plně v souladu s právem EU a inkompatibilní se stane až následně v důsledku pozdějšího vývoje unijní legislativy či v důsledku výkonu nových pravomocí Unie.⁸³⁰ Existující judikatura SDEU ovšem takovému závěru nenasvědčuje. Ve známém rozsudku *Kramer* SDEU konstatoval, že dokud Společenství nevykonalo své pravomoci v oblasti zachování biologických mořských zdrojů, mohly v této oblasti členské státy samostatně přebírat mezinárodní závazky a v rámci své jurisdikce zajišťovat jejich aplikaci. Tato pravomoc je ovšem dle soudu pouze dočasná a trvá

⁸²³ Case 181/80, *Procureur Général près la Cour d'Appel de Pau and others v. José Arbelaz-Emazabel* [1981] ECR I-2961, odst. 13.

⁸²⁴ Joined Cases C-176/97 and C-177/97, *Commission v. Belgium and Luxembourg* [1998] ECR I-3557.

⁸²⁵ Case C-466/98, *Commission v United Kingdom* [2002] ECR I-9427.

⁸²⁶ Klabbers, pozn. 800, s. 212.

⁸²⁷ C-466/98, *Commission v United Kingdom*, odst. 41.

⁸²⁸ V návaznosti na vydání rozsudků ve věci dohod *Open Skies* získala Komise od Rady dvojí mandát, a to ke sjednání nové dohody otevřeném leteckém prostoru a zároveň ke sjednání změn existujících dohod *Open Skies* uzavřených členskými státy. Srov. *Koutrakos*, pozn. 805, s. 316-317.

⁸²⁹ Srov. *Pache, Biéltz*, pozn. 806, s. 337-338.

⁸³⁰ Diskusi k této otázce srov. např. Klabbers, pozn. 800, s. 183 a násl.; *Schütze*, pozn. 805, s. 433 a násl.; *Eeckhout, P.* EU External Relations Law: Legal and Constitutional Foundations. New York: Oxford University Press, 2004, s. 335.

jen do té doby, než svou pravomoc vykoná Unie. Odkazujíc na povinnost loajální spolupráce článku 4(3) SEU uvedl, že bylo povinností členských států nevstupovat v rámci posuzované úmluvy do žádných závazků, které by mohly Unii bránit ve výkonu svěřených úkolů. Následně již pokračoval ve standardní analýze kompatibility mezinárodních závazků členských států s právem EU.⁸³¹ K podobným závěrům vede i rozhodnutí v již zmiňovaném případě *Arbelaz-Emazabel*. Ačkoli samotný rozsudek v tomto ohledu nevyznívá příliš směrodatně, poměrně jednoznačně se k uvedené otázce postavil generální advokát Capotorti, který odmítl názor, podle kterého by se povinnost orgánů Unie respektovat mezinárodní závazky členských států podle článku 351 SFEU vztahovala i na povstupové smlouvy, které se staly inkompatibilními až v důsledku pozdějšího výkonu pravomocí ze strany Unie. Takový závěr by podle generálního advokáta jednak odporoval znění článku 351 SFEU a nebyl by ani v souladu s existující judikaturou (přitom odkazoval zejména na rozsudky *Burgoa* a *Kramer*). Uvedený výklad shledal nepřijatelným zejména proto, že ustanovení 351 SFEU je výjimečné povahy, neboť dočasně umožňuje dodržování závazků vůči třetím zemím, které jsou inkompatibilní s právem EU, a jeho aplikaci tedy nelze rozšiřovat na jiné případy.⁸³²

4.3 KOMPATIBILITA DPOI ČLENSKÝCH STÁTŮ S PRÁVEM EU A ČLÁNEK 351 SFEU

V rámci této části se podíváme na otázku obsahových rozporů mezi DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi s právem EU, s níž se spojuje důležitá judikatura SDEU, ale i originální politické řešení přijaté ve spolupráci nových členských států a Komise ve vztahu k USA. Tato problematika neztrácí na významu ani po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost, neboť přechodný režim pro existující DPOI zavedený nařízením Rady č. 1219/2012 adresuje pouze rozpory vyplývající z výlučné pravomoci EU v oblasti přímých zahraničních investic, nikoli případné rozpory jiné. Stranou zatím ponecháme otázku rozporů vyplývajících z rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost, která bude předmětem další části.

4.3.1 *Memorandum of Understanding – řešení pro DPOI nových členských států s USA*

V rámci předvstupových jednání, která vedla ke dvěma vlnám rozšíření EU směrem na východ v letech 2004 a 2007, podstoupily kandidátské země rozsáhlý monitoring svých vnitrostátních předpisů i mezinárodněprávních závazků zaměřený na jejich soulad s unijním *acquis*. V rámci těchto jednání Komise identifikovala některá ustanovení DPOI uzavřených těmito státy, která dle jejího mínění nebyla zcela v souladu s právem EU a vyžadovala zrušení nebo renegociaci.⁸³³ Nicméně tyto dílčí inkompatibility patrně nebyly Komisí shledány jako překážka vstupu do EU.⁸³⁴ Komise ovšem pokládala za nezbytné ještě před uskutečněním rozšíření EU adresovat určitá ustanovení DPOI, které kandidátské země uzavřely s USA. Byť potenciální rozpory

⁸³¹ Srov. *Schütze*, pozn. 805, s. 433.

⁸³² Case 181/80, *Procureur Général près la Cour d'Appel de Pau and others v. José Arbelaz-Emazabel*, Opinion of AG Capotorti, 15 September 1981, odst. 4. Viz též Case C-23/92 *Maria Grana-Novoa v Landesversicherungsanstalt Hessen*, Opinion of AG Van Gerven, 28 April 1993, odst. 17.

⁸³³ Srov. *Fecák, T.* Czech Experience with Bilateral Investment Treaties: Somewhat Bitter Taste of Investment Protection. *Czech Yearbook of International Law*. 2011, Vol. 2, s. 251 a násl.

⁸³⁴ Srov. např. zprávu o připravenosti ČR na vstup do EU: „*The Czech Republic has completed the analysis of its bilateral agreements with third countries and needs to take further steps to complete the ongoing process of termination or re-negotiation of those international agreements which were found to be incompatible with the acquis.*“ Comprehensive monitoring report on the Czech Republic's preparations for membership, s. 9. Dostupné z: http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2003/cmr_cz_final_en.pdf

s právem EU by bylo možné najít ve všech DPOI kandidátských zemí, zaměření Komise právě na dohody s USA lze vysvětlit několika okolnostmi, které zvyšují pravděpodobnost rozporů s právem EU a jejich praktickou relevanci.

Za prvé, DPOI uzavírané USA se v několika podstatných ohledech liší od tradičního evropského modelu. Dohody uzavírané USA se vztahují i na před-investiční fázi, když smluvním stranám ukládají umožnit zřizování zahraničních investic na svém území na nediskriminačním základě, čímž investorům druhé smluvní strany otevírají volný přístup k trhu, s výjimkami pro některá odvětví, která strany považují za strategická nebo z jiných důvodů citlivá, která jsou výslovně uvedena v příloze příslušné dohody.⁸³⁵ Americký model DPOI dále zakazuje tzv. performance requirements, tedy opatření, kterými hostitelský stát zahraničnímu investorovi ukládá určité povinnosti týkající se objemu nebo podílu exportu na celkové produkci, podílu domácích vstupů apod.⁸³⁶

Za druhé, v přístupu Komise jistě hrála roli i okolnost, že USA jsou důležitým obchodním partnerem a původcem zahraničních investic. Ve vztahu ke kandidátským zemím byly USA jednoznačně v pozici vývozce kapitálu. Žádný z původních členských států EU s USA dohodu o ochraně investic neuzavřel. U nových členských států bylo naopak riziko investičních sporů s americkými investory značné a rovněž tedy existovala velká pravděpodobnost, že konflikt mezi závazky nových členských států z uzavřených DPOI s USA a jejich závazky z členství v EU nezůstane pouze teoretickou možností. Rovněž byla zřejmě zohledněna reálná vyjednávací pozice individuálních kandidátských zemí ve vztahu k USA a její limity.

Od roku 2002 probíhala společná jednání za účasti zástupců USA, Komise a osmi kandidátských zemí,⁸³⁷ jejichž výsledkem bylo podepsání dokumentu Memorandum of Understanding v září 2003. Účelem Memoranda je společná interpretace některých ustanovení příslušných DPOI takovým způsobem, který byl považován za slučitelný se závazky kandidátských zemí z jejich budoucího členství v EU.⁸³⁸ Memorandum je ovšem politickým dokumentem, který dle svého výslovného znění není právně závazný.⁸³⁹

(i.) *Obsah Memoranda*

Rozšíření REIO klauzule. Ačkoli DPOI kandidátských zemí s USA obsahovaly REIO doložky, rozsah těchto doložek nebyl úplně jasný. Příkladem může být DPOI mezi Českou republikou a USA, která stanovila, že ustanovení o nediskriminačním zacházení a doložka nejvyšších výhod se nebudou vztahovat na výhody poskytované příslušníkům třetích zemí vyplývající z členství

⁸³⁵ Srov. článek II. odst. 1 Dohody mezi ČSFR a USA o vzájemné ochraně a podpoře investic: „Každá smluvní strana bude povolovat a bude zacházet s investicemi a s nimi spojenými činnostmi na nediskriminačním základě, přičemž každá smluvní strana má právo učinit nebo zachovat výjimky v odvětvích nebo záležitostech uvedených v dodatku k této Dohodě.“

⁸³⁶ Srov. článek II. odst. 2 Dohody mezi ČSFR a USA o vzájemné ochraně a podpoře investic: „Žádná smluvní strana nebude jako podmínku pro zřízení, rozšiřování a udržování investic ukládat plnění závazků, které vyžadují nebo vynucují export vyrobeného zboží, nebo které předepisují, že zboží nebo služby musí být nakupovány místně, nebo které ukládají jiné podobné požadavky.“

⁸³⁷ Česká republika, Estonsko, Litva, Lotyšsko, Polsko, Slovensko, Bulharsko a Rumunsko. Maďarsko a Slovinsko s USA neuzavřely dohodu o ochraně investic a tudíž nejsou stranami Memoranda.

⁸³⁸ Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties, signed by the U.S., the European Commission, and acceding and candidate countries for accession to the European Union (September 22, 2003). Text dostupný z: <http://www.state.gov/s/l/2003/44366.htm>

⁸³⁹ Memorandum, závěrečná ustanovení, odst. 1: *This Understanding constitutes a political arrangement reflecting the Participants' intentions with regard to the matters it addresses and is not an agreement binding under international law.*

v zóně volného obchodu anebo v celní unii a závazky vyplývající z mnohostranných dohod uzavíraných v rámci GATT.⁸⁴⁰ Z takové REIO doložky není zcela patrné, zda se vztahuje i na výhody poskytované příslušníkům třetích zemí v rámci vyšších forem integrace (zejména pokud jde o vnitřní trh EU zahrnující volný pohyb osob, služeb a kapitálu) a rovněž v rámci dohod uzavíraných EU s třetími zeměmi, které nenaplnují definici zóny volného obchodu nebo celní unie. Memorandum proto stanovuje, že použití doložek národního zacházení a nejvyšších výhod má být vyloučeno pro zacházení poskytované na základě dohody o ekonomické integraci (*economic integration agreement*) s výslovným odkazem na EU. Z nadpisu příslušného článku dále vyplývá, že výjimka podle REIO doložky zahrnuje i zacházení, které je poskytováno regionální integrační organizací investorům z třetích zemí. Toto ustanovení zjevně míří na zacházení poskytované na základě integračních dohod uzavíraných EU s třetími státy, např. v rámci partnerství se zeměmi ACP (*Africa, Caribbean, Pacific*), nebo v rámci euro-středomořské spolupráce.⁸⁴¹

Výjimky z národního zacházení a z doložky nejvyšších výhod. Rozšíření výjimek z národního zacházení a z poskytování nejvyšších výhod bylo nezbytné z toho důvodu, že DPOI uzavírané USA obsahují liberalizační závazky pro před-investiční fázi. Evropská unie v některých citlivých sektorech nadále zachovává určitá protekcionistická opatření. Dále některá specifická ustanovení sekundárního práva v určitých oblastech by investičními tribunály mohla být hodnocena jako diskriminace *de facto*.⁸⁴² DPOI kandidátských zemí s USA obsahovaly přílohy, ve kterých si smluvní strany vyhradily výjimky z poskytování národního zacházení pro určité sektory, přičemž počet výjimek, které si vyhradily USA, zpravidla několikanásobně převyšoval počet výjimek, které si byla schopna sjednat příslušná protistrana. Tyto seznamy byly sjednávány samotnými kandidátskými státy na počátku 90. let a nemohly reflektovat budoucí závazky vyplývající z členství v EU. V Memorandu proto strany uznaly potřebu stanovení výjimek pro další citlivé sektory, které jsou nezbytné s ohledem na vstup kandidátských zemí do EU. Jedná se o odvětví zemědělství, audiovizí a uhlovodíků, pro které byla sjednána výjimka jak z poskytování národního zacházení, tak z poskytování nejvyšších výhod, a dále o odvětví cenných papírů a investičních a finančních služeb, rybolovu, dotací a dopravy (letecké, vnitrozemské vodní a námořní), na které se vztahuje výjimka z národního zacházení. Výjimky se aplikují jak na před-investiční, tak na post-investiční fázi.⁸⁴³

Performance requirements. DPOI založené na americkém modelu typicky obsahují zákaz performance requirements. Zatímco novější dohody zahrnují obsáhlý a v zásadě vyčerpávající výčet zakázaných opatření, starší dohody obsahovaly otevřenou definici doplněnou o výčet demonstrativní povahy.⁸⁴⁴ EU v některých oblastech uplatňuje opatření, které lze hodnotit jako široce pojímaná opatření typu performance requirements. Jedná se například o zemědělské kvóty, nebo o pravidla pro oblast televizního vysílání, která vyžadují určitý minimální podíl

⁸⁴⁰ Článek II. odst. 9 Dohody mezi ČSFR a USA o vzájemné ochraně a podpoře investic

⁸⁴¹ Ačkoli formulace v Memorandu není zcela jednoznačná a pro uvedený výklad je nutno pomoci si nadpisem, formulace obsažená v Protokolu k dohodě o podpoře a ochraně investic mezi ČR a USA uzavřené na základě Memoranda je o něco jasnější, když stanovuje, že doložka REIO se vztahuje na závazky na základě členství v dohodě o ekonomické integraci, včetně závazků k občanům nebo společnostem jakékoli třetí země. Viz Dodatkový protokol k dohodě o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a USA, článek II.

⁸⁴² Podrobnosti viz *Radu, A. Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law. European Law Journal. 2008, 14(2), s. 246 a násl.*

⁸⁴³ Potřeba výjimek z pre-investiční fáze byla dána specifickou úpravou investičních dohod s USA. Co se týče post-investiční fáze, ta je upravována všemi standardními investičními dohodami, ovšem autorovi není známo, že by jiné investiční dohody uzavírané členskými státy obsahovaly obdobné sektorové výjimky. Je prakt. otázkou, zda to může představovat důvod inkompatibility těchto dohod s právem EU.

⁸⁴⁴ Viz pozn. 836.

evropské produkce v rámci vysílacího času.⁸⁴⁵ Memorandum proto stanovuje, že zákaz performance requirements v DPOI se neuplatní v oblastech zemědělství a audiovizí. V jiných oblastech zůstává zákaz performance requirements nedotčen. Jak ovšem upozorňuje A. Radu, EU uplatňuje opatření odpovídající performance requirements i v jiných oblastech, které ovšem do Memoranda zahrnuty nebyly.⁸⁴⁶

Výklad článku 54 SFEU (bývalý článek 48 SES). Ne zcela jasný je účel té části Memoranda, v němž je podán výklad článku 54 SFEU. Toto ustanovení v rámci vnitřního trhu zakládá režim národního zacházení pro společnosti založené podle práva některého členského státu, jež mají své sídlo nebo hlavní správu uvnitř Unie.

Článek 54 SFEU přiznává právo stejného zacházení společností na základě kumulativního kritéria inkorporace a sídla, nezávisle na tom, zda je příslušná společnost kontrolována příslušníky členských států EU nebo příslušníky třetí země. DPOI uzavřené mezi kandidátskými zeměmi a USA zahrnovaly pod definici investice mj. společnosti a akcie či jiné podíly na společnostech. Podle DPOI uzavíraných USA navíc z hlediska určení státní příslušnosti investora standardně postačuje, že investice je přímo nebo nepřímo kontrolována investorem jedné smluvní strany. Společnost založená podle práva některého členského státu kontrolovaná americkými státními příslušníky tak požívá výhody přiznané článkem 54 SFEU a zároveň výhody a ochranu podle příslušné DPOI uzavřené mezi členským státem a USA. Jsou to zřejmě tyto situace, na které mířila Komise v příloze G Memoranda, kde je vysvětlena podstata a omezení svobody usazování pro společnosti. Smyslem je zřejmě jasně deklarovat, že svoboda usazování není absolutní a může podléhat omezením například z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti či ochrany zdraví, a dále že nevylučuje, aby evropský zákonodárce přijal opatření zakládající odlišné zacházení pro společnosti kontrolované příslušníky třetích států. Účelem zřejmě je, aby taková omezení svobody usazování, která budou aplikována v souladu se Zakládajícími smlouvami, nebyla považována za porušení DPOI. Skutečný význam tohoto deklaratorního ustanovení, a zejména jeho použitelnost v případě investičního sporu, je ovšem diskutabilní.

Převody plateb. Memorandum se dotýká i možnosti Rady omezit platby z a do třetích zemí na základě článků 66 a 74 SFEU (bývalé články 59 a 60 SES) a vztahu těchto omezení k povinnosti umožnit investorům volné převody plateb souvisejících s investicí podle DPOI s USA, z níž nejsou stanoveny žádné výjimky. Právě v tomto bodě SDEU později shledal inkompatibilitu DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi s právem EU (viz dále). Memorandum ovšem v tomto ohledu nepřináší žádné konkrétní řešení a pouze předpokládá další konzultace mezi USA a Komisí. Lze se domnívat, že pro USA byla jakákoli možnost jednostranného omezení převodů plateb ze strany EU nepřijatelná, neboť příslušné ustanovení představuje jeden z podstatných prvků každé DPOI. K žádné konkrétní dohodě ohledně tohoto bodu již nedošlo ani poté, co bylo Memorandum podepsáno. V této části jsou tak DPOI členských států s USA v rozporu s právem EU.

(ii.) *Význam Memoranda*

Memorandum jakožto rámcový a nezávazný dokument předpokládalo, že příslušné změny budou zapracovány do jednotlivých DPOI formou jejich dodatků. Česká republika příslušný

⁸⁴⁵ Radu, pozn. 842, s. 252.

⁸⁴⁶ Například některá pravidla v oblasti zakázek financovaných z rozpočtu EU, kde je u dodávek požadován původ v EU, nebo v oblasti kabotáže v rámci vnitrozemské vodní dopravy, kde je požadováno, aby bylo plavidlo vlastněno a kontrolováno občany EU. Viz Radu, pozn. 842, s. 253.

dodatek (protokol) uzavřela v prosinci 2003. Obdobný přístup ze strany EU jako v případě USA se očekával i ve vztahu ke Kanadě, jejíž DPOI uzavřené s novými členskými státy jsou rovněž založeny na americkém modelu. V případě Kanady k uzavření podobného dokumentu nedošlo a příslušným kandidátským zemím bylo umožněno vstoupit do EU i beze změn příslušných DPOI.

Lze konstatovat, že Memorandum vyřešilo pouze některé rozpory mezi DPOI přistupujících zemí s USA. V záležitostech, ve kterých Memorandum nepřineslo definitivní právní řešení, alespoň vytvořilo rámec pro budoucí konzultace mezi zúčastněnými stranami. Jednání s USA a jejich výsledek ovšem poprvé oficiálně poukázaly na existenci možných rozporů mezi právem EU a DPOI členských států a v určitém smyslu předznamenaly další vývoj v této oblasti. Zajímavý a originální je i zvolený přístup k řešení rozporů mezi mezinárodními závazky členských států a právem EU – Komise aktivně participovala na řešení problému ještě před vstupem kandidátských zemí, přičemž do tohoto řešení aktivně zapojila i příslušnou třetí zemi.⁸⁴⁷ Memorandum ovšem nepředstavuje komplexní řešení z pohledu širě obsahového záběru a navíc řeší problematické otázky pouze ve vztahu k jednomu (byť významnému) smluvnímu partnerovi. Ve vztahu k jiným třetím zemím již Komise podobnou iniciativu nevyvinula a Memorandum s USA dodnes v tomto směru zůstává ojedinělým případem.

4.3.2 Inkompatibilita ustanovení o převodech plateb v judikatuře SDEU (Komise proti Rakousku, Švédsku a Finsku)

Již v Memorandu s USA Komise naznačila své pochybnosti ohledně kompatibility ustanovení DPOI členských států s třetími zeměmi, které investorům zaručují v zásadě neomezenou volnost převodů plateb souvisejících s investicemi, s některými ustanoveními kapitoly SFEU o volném pohybu kapitálu. Na tuto otázku se blíže zaměřila ihned po vstupu deseti nových členských států do EU v roce 2004. V květnu 2004 zaslala Komise Dánsku, Finsku, Rakousku a Švédsku formální žádosti o informace týkající se kompatibility některých DPOI, které tyto státy před svým vstupem do EU uzavřely s třetími zeměmi. Předmět výtky Komise byl jediný, a to ustanovení uvedených dohod garantující investorům volné převody plateb souvisejících s investicí, která dle názoru Komise mohla omezit pravomoc Rady přijímat omezující opatření týkající se pohybu kapitálu z a do třetích zemí dle článků 64(3), 66 a 75 SFEU. Zatímco Dánsko, kterému Komise navíc vyčítala i neexistenci REIO doložky v DPOI s Indonésií,⁸⁴⁸ na základě výzvy Komise platnost této dohody ukončilo a v roce 2007 podepsalo s Indonésií dohodu novou,⁸⁴⁹ Finsko, Rakousko a Švédsko existenci jakýchkoli rozporů svých DPOI s právem EU odmítly. V roce 2006 proto Komise proti těmto státům zahájila před SDEU řízení podle článku 258 SFEU. V březnu 2009 vydal soud dvě identická rozhodnutí v řízeních proti Rakousku⁸⁵⁰ a Švédsku⁸⁵¹, v nichž žalobě Komise vyhověl. V listopadu 2009 pak vydal obdobný rozsudek v řízení proti Finsku.⁸⁵²

⁸⁴⁷ Koutrakos, pozn. 805, s. 324-325.

⁸⁴⁸ *Free movement of capital: infringement procedures against Denmark, Austria, Finland and Sweden concerning Bilateral Investment Treaties with non-EU countries*. Press release, 10. května 2004. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-618_en.htm?locale=en

⁸⁴⁹ Burgstaller, M. The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In: Bungenberg, M., Griebel, J., Hindelang, S. (eds.). *International Investment Law and EU law*. Heidelberg: Springer, 2011, s. 59.

⁸⁵⁰ Case C-205/06, *Commission v Austria* [2009] ECR I-1301.

⁸⁵¹ Case C-249/06, *Commission v Sweden* [2009] ECR I-1335.

⁸⁵² Case C-118/07, *Commission v. Finland* [2009] ECR I-10889.

(i.) *Právní podstata sporu a argumentace stran*

Jak bylo blíže rozebráno v části 2.2, Evropská unie na základě Maastrichtské smlouvy jednostranně uvolnila pohyby kapitálu a plateb ve vztahu k třetím zemím. Některá ustanovení SFEU ovšem umožňují, aby Rada ve výjimečných případech přijala opatření, kterými pohyby kapitálu a plateb z a do třetích zemí omezí. Znění příslušných ustanovení je následující:

Článek 64 odst. 2 a 3 SFEU

2. Ve snaze dosáhnout volného pohybu kapitálu mezi členskými státy a třetími zeměmi v co největší míře, a aniž jsou dotčeny ostatní kapitoly Smluv, přijímají Evropský parlament a Rada řádným legislativním postupem opatření týkající se pohybu kapitálu do a ze třetích zemí, zahrnujícího přímé investice, včetně investic do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na kapitálové trhy.

3. Odchylně od odstavce 2 může opatření, která v oblasti liberalizace pohybu kapitálu do třetích zemí či z nich představují v právu Unie krok zpět, přijímat pouze Rada zvláštním legislativním postupem jednomyslně po konzultaci s Evropským parlamentem.

Článek 66 SFEU

Pokud pohyb kapitálu do či ze třetích zemí za výjimečných okolností způsobuje nebo hrozí způsobit vážné poruchy fungování hospodářské a měnové unie, může Rada na návrh Komise a po konzultaci s Evropskou centrální bankou na dobu nepřekračující šest měsíců přijmout ochranná opatření vůči třetím zemím, jsou-li taková opatření naprosto nezbytná.

Článek 75 SFEU

Je-li to nezbytné pro dosažení cílů uvedených v článku 67, pokud jde o předcházení terorismu a souvisejícím činnostem a boj proti nim, vymezí Evropský parlament a Rada řádným legislativním postupem formou nařízení rámec správních opatření týkajících se pohybu kapitálu a plateb, jako je 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.

K provedení rámce uvedeného v prvním pododstavci přijme Rada na návrh Komise opatření.

Komise zaměřila svou pozornost na ustanovení DPOI členských států, která garantují, že hostitelský stát investorům umožní volný převod plateb souvisejících s investicí, a to bez zbytečného odkladu a ve volně směnitelné měně. Klausule o volném převodu plateb představují standardní součást většiny DPOI. Komise spatřovala rozpor DPOI uzavřených žalovanými členskými státy s právem EU v tom, že tyto dohody členským státům neumožňují implementovat opatření, která může Rada přijmout na základě článků 64(3), 66 a 75 SFEU. Neomezený závazek umožnit investorům z třetích zemí volný převod plateb souvisejících s investicí, který členské státy převzaly ve svých DPOI s třetími zeměmi, může pro tyto členské státy činit obtížnějším, ne-li nemožným, splnění svých povinností vyplývajících z práva EU v případě, že Rada přijme ve vztahu k dotčeným zemím příslušná omezující opatření. Vzhledem k tomu, že žalované členské státy nepoužily všechny vhodné prostředky k odstranění této neslučitelnosti, dopustily se tím podle Komise porušení druhého pododstavce článku 351 SFEU. Komise argumentovala, že pokud by Rada přijala opatření omezující pohyby kapitálu a plateb, dotčené členské státy by až do doby, než by došlo k renegociaci či k odstoupení od příslušných DPOI, byly podle mezinárodního práva povinny tyto dohody dodržovat, a to včetně jejich ustanovení o volných převodech plateb, což by bylo navíc umožněno i pododstavcem 1 článku 351 SFEU, který by orgánům EU ukládal tuto skutečnost respektovat. V důsledku toho by opatření přijatá Radou nebyla v rámci EU aplikována jednotně.

Je nutno uvést, že Rada až do dnešní doby ve skutečnosti nikdy žádná omezení pohybů kapitálu a plateb ve vztahu k třetím zemím nepřijala. Žalované členské státy, které v řízeních svými

stanovisky podpořily i Německo, Maďarsko a Litva, se bránily poukazem na to, že dokud Rada taková omezující opatření nepřijala, je plně v jejich pravomoci regulovat pohyby kapitálu z a do třetích zemí v souladu s článkem 63 SFEU, přičemž žádný rozpor se zakládajícími smlouvami nevznikl. Jakékoli nesplnění povinností podle práva EU bylo podle nich v tomto případě ryze hypotetické povahy. Řízení podle článku 258 SFEU dle jejich názoru není určeno k nápravě hypotetických, nýbrž skutečných porušení povinností ze strany členských států. Potenciální neslučitelnost mezinárodních smluv s budoucí unijní legislativou podle vyjádření žalovaných členských států nespadá do rámce působnosti článku 351 SFEU – taková neslučitelnost může být, pokud vůbec, potvrzena až tehdy, vykoná-li Rada své pravomoci. Členské státy dále namítaly, že i kdyby Rada v budoucnu přijala opatření omezující pohyby kapitálu a plateb ve vztahu k třetím zemím, neslučitelnostem by bylo možné předejít souladnou interpretací DPOI s právem EU. Zejména argumentovaly, že v případě přijetí takových omezujících opatření, která by nutně byla výjimečné povahy, by bylo možné aplikovat mezinárodněprávní doktrínu *rebus sic stantibus*, kodifikovanou ve Vídeňské úmluvě.

(ii.) *Analýza generálního advokáta Madura*

Analýza generálního advokáta Madura v jeho společném stanovisku pro řízení proti Rakousku a Švédsku⁸⁵³ se v podstatných ohledech odlišovala od pozdější argumentace soudu a je vhodné zmínit její podstatné body.

Generální advokát konstatoval, že předmět sporu spočívá v namítané neslučitelnosti DPOI žalovaných členských států ve smyslu článku 351 SFEU, přičemž generální advokát si shodně s členskými státy uvědomoval, že dokud Unie nepřijme konkrétní omezení pohybů kapitálu vůči třetím zemím, tato neslučitelnost existuje pouze v hypotetické rovině. Nejdříve se zaměřil na otázku, zda skutečně existuje povinnost členských států podle práva EU, s níž by byly příslušné DPOI v rozporu. Přitom dospěl k následujícím závěrům:

- Aktuálně neexistují žádné povinnosti členských států ze sekundární legislativy Unie přijaté na základě článků 64(3), 66 a 75 SFEU. Dokud taková legislativa nebude přijata, není zde ani žádná povinnost členských států neslučitelná s jejich mezinárodními závazky a nemůže se tedy jednat o neslučitelnost ve smyslu článku 351 SFEU.
- Nelze ani tvrdit, že takovou povinnost členským státům ukládají přímo články 64(3), 66 a 75 SFEU. Tato ustanovení pouze zmocňují Unii k určitému jednání. Pokud mají tato ustanovení vést k neslučitelnosti podle článku 351 SFEU, z takového zmocnění by musela vyplývat určitá povinnost pro členské státy. Podle generálního advokáta existuje jeden případ, kdy z pouhého zmocnění Unie vyplývají pro členské státy povinnosti, a to tam, kde je pravomoc Unie výlučná, neboť členské státy se v oblastech výlučné pravomoci Unie musí zdržet přijímání vlastních opatření. To ovšem není případ regulace pohybů kapitálu z a do třetích zemí, kde je pravomoc Unie sdílená s členskými státy. Články 64(3), 66 a 75 SFEU proto samy o sobě nemohou vést k neslučitelnosti DPOI podle článku 351 SFEU.
- Generální advokát se dále zabýval otázkou, zda DPOI nemohou být v rozporu s obecnou povinností členských států k loajální spolupráci podle článku 4(3) SEU (bývalý článek 10 SES) v kombinaci články 64(3), 66 a 75 SFEU. Generální advokát zde shledal paralelu s povinnostmi členských států v průběhu lhůty pro implementaci směrnic, kdy se členské státy na základě povinnosti k loajální spolupráci musí zdržet přijímání jakýchkoli opatření,

⁸⁵³ Case C-205/06, *Commission v Austria*, Case C-249/06, *Commission v Sweden*, joined opinion of AG Maduro, 10 July 2008.

kteře mohou vážně ohrozit výsledek předepsaný směrnici.⁸⁵⁴ To podle generálního advokáta neznamena, že v průběhu lhůty k provádění směrnice je vyloučena existence jakýchkoli rozporů, nýbrž pouze těch, které mohou ohrozit dosažení cílů směrnice. V tom je podle generálního advokáta provádění směrnice podobné výkonu sdílené pravomoci Unie, neboť rozpor s právem EU zde může nastat až po určité časové době – v případě směrnice uplynutím lhůty k jejich provedení, u sdílených pravomocí okamžikem jejich výkonu. Není přitom rozhodné, že sdílená pravomoc Unie ve skutečnosti nemusí být vykonána nikdy, neboť na základě článku 4(3) SEU není členským státům povoleno ohrozit cíle Unie, a to ani ty potenciální.

- Výše nastíněný problém podle generálního advokáta nespočívá v možnosti jakéhokoli budoucího rozporu s unijní legislativou a jejími cíli. Pokud by měl být jakýkoli takový potenciální rozpor odstraněn, nebylo by více možné hovořit o sdílené pravomoci, ale pouze o pravomoci výlučné. Problém podle něj nastává pouze tehdy, kdy opatření členského státu mohou ohrozit efektivitu možné budoucí unijní legislativy, a tím pádem fakticky omezit volnost Unie přijímat opatření v dané oblasti. To je podle generálního advokáta obzvláště důležité v případě mezinárodních smluv členských států, které jsou chráněny článkem 351 SFEU (na rozdíl od neslučitelné vnitrostátní legislativy, vůči níž mají opatření Unie automaticky přednost na základě zásady nadřazenosti).

Na základě této analýzy se generální advokát následně zabýval otázkou, zda může být výkon pravomoci Unie podle článků 64(3), 66 a 75 SFEU vážně ohrožen existencí příslušných DPOI členských států, což by vedlo k jejich neslučitelnosti podle článku 351 SFEU. Generální advokát dospěl k závěru, že taková neslučitelnost zde existuje. Pokud by bylo Rakousku a Švédsku umožněno ponechat v platnosti své závazky podle těchto dohod, byla by tím ohrožena efektivnost legislativy, kterou může Unie přijmout na základě ustanovení 64(3), 66 a 75 SFEU. Generální advokát poukázal na to, že taková opatření by nebylo možné uplatnit vůči příslušným třetím zemím po dobu, po kterou budou tyto země stranami DPOI s Rakouskem a Švédskem. Efektivita omezujících opatření by byla ohrožena zejména tím, že by nemohla být implementována včas a s okamžitým účinkem, což je klíčové zejména pro dosažení cílů opatření přijímaných podle článků 66 a 75 SFEU. Generální advokát proto shledal, že ustanovení DPOI o volných převodech plateb jsou ve smyslu článku 351 SFEU neslučitelná s povinností členských států neohrožovat výkon pravomocí Unie podle článků 64(3), 66 a 75 SFEU.

Generální advokát se konečně neztotožnil s argumentací členských států, podle kterých lze neslučitelnosti DPOI s článkem 351 SFEU předejít výkladem či aplikací institutů mezinárodního práva, jakým je klauzule *rebus sic stantibus*. V první řadě SFEU pro případ neslučitelnosti mezinárodních smluv s právem EU stanovuje v článku 351 náležitý prostředek nápravy: členské státy jsou povinny použít všech vhodných prostředků k odstranění takové neslučitelnosti. Navíc účinnost možností řešení navrhovaných členskými státy by byla podle generálního advokáta přinejmenším diskutabilní. Poukázal například na to, že klauzuli *rebus sic stantibus* lze uplatnit pouze výjimečně, přičemž je sporné, zda by jí bylo možné uplatnit v posuzovaných případech. Aplikace článku 351 SFEU podle něj nemůže záviset na konečné interpretaci ustanovení mezinárodní smlouvy nebo na aplikaci kontroverzních konceptů mezinárodního práva, jako je klauzule *rebus sic stantibus*.

⁸⁵⁴ Case C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie v. Région Wallonne* [1997] ECR I-7411, odst. 45.

Ohledně kroků, které mají členské státy přijmout k odstranění zjištěných neslučitelností, generální advokát poukázal na to, že podle judikatury je přiměřeným prostředkem renegociace, nebo v případě nutnosti vypovězení mezinárodní smlouvy, přičemž vypovězení mezinárodních závazků lze považovat za *ultima ratio*. Povinnost členských států podle něj spočívá v dosažení výsledku, přičemž při dosažení požadovaného výsledku jsou omezeny pouze legalitou použitých prostředků. Při volbě způsobu mohou členské státy samozřejmě přihlížet k zájmům svých investorů. Tyto zájmy ovšem nemohou členské státy zbavit jejich povinnosti dodržovat své závazky z práva EU.

(iii.) *Rozhodnutí soudu*

Ačkoli soud stejně jako generální advokát shledal na straně žalovaných členských států porušení článku 351 SFEU, ve zdůvodnění tohoto závěru se vydal jinou cestou, přičemž jeho argumentace je podstatně stručnější.

Soud konstatoval, že je nesporné, že dotčené dohody neobsahují žádné ustanovení, které by ve prospěch Unie vyhrazovalo možnost implementace opatření souvisejících s investicemi přijatých na základě článků 64(3), 66 a 75 SFEU. Tato ustanovení svěřují Radě pravomoc omezit v určitých specifických případech pohyby kapitálu a plateb mezi členskými státy a třetími zeměmi. Následuje pasáž, kterou lze považovat za klíčovou část argumentace soudu (zdůraznění přidáno autorem):

Pro zajištění *efektivity* uvedených ustanovení je nezbytné, aby opatření omezující volný pohyb kapitálu mohla být v případě, že budou Radou přijata, *okamžitě uplatňována* vůči státům, jichž se týkají, a mezi nimiž mohou být i některé státy, které podepsaly jednu z dotčených dohod s Rakouskou republikou/Švédským královstvím.

V důsledku toho z uvedených pravomocí Rady, spočívajících v možnosti jednostranného přijetí omezujících opatření vůči třetím státům v oblasti totožné nebo související s oblastí upravenou dřívější dohodou uzavřenou mezi členským státem a třetím státem, vyplývá neslučitelnost s uvedenou dohodou tehdy, jestliže tato dohoda neobsahuje žádné ustanovení umožňující dotyčnému členskému státu vykonávat svá práva a plnit své povinnosti jakožto člen Společenství a jestliže to neumožňuje ani žádný mechanismus mezinárodního práva.⁸⁵⁵

Soud se následně zabýval jinými prostředky, které byly dle žalovaných členských států dostatečné pro předcházení případným rozporům. U žádného z nich ovšem neshledal, že by zaručoval (*guarantee*) možnost Rakouska a Švédska splnit své povinnosti vyplývající z práva EU. V první řadě poukázal na to, že čas nezbytný pro jakékoli jednání o změně závazků členských států z příslušných DPOI na mezinárodní úrovni by bylo „inherentně neslučitelné s praktickou efektivitou omezujících opatření“. Možnost spoléhat se na jiné mechanismy mezinárodního práva, jako je přerušování provádění mezinárodní smlouvy, nebo její vypovězení, je dle soudu příliš nejistá (*too uncertain*) na to, aby mohla být považována za záruku toho, že opatření přijatá Radou budou prováděna efektivně.

Soud tedy uzavřel, že tím, že Rakousko a Švédsko nepřijaly vhodná opatření k odstranění neslučitelností týkajících se ustanovení o převodech plateb ve svých DPOI uzavřených s třetími zeměmi, nesplnily tyto členské státy svojí povinnost, která jim vyplývala z ustanovení druhého pododstavce článku 351 SFEU.

Zajímavá je i pasáž rozsudků, v níž soud upozorňuje, že shledané neslučitelnosti DPOI s právem EU se neomezují pouze na členské státy žalované v projednávaných sporech. Soud narážel na

⁸⁵⁵ C-205/06, *Commission v Austria*, odst. 36-37, C-249/06, *Commission v Sweden*, odst. 37-38.

skutečnost, že DPOI s třetími zeměmi, obsahující obdobná ustanovení o volných převodech plateb, uzavřely prakticky všechny členské státy. Proto považoval za potřebné výslovně uvést, že podle druhého pododstavce článku 351 SFEU si členské státy v případě potřeby poskytnou vzájemnou pomoc k odstranění zjištěných neslučitelností a zaujmou případně společný postoj. V rámci odpovědnosti dbát na provádění Smlouvy, která Komisi přísluší podle článku 17(1) SEU (který věcně nahradil článek 211 SES), jí náleží vyvíjet iniciativu za účelem zjednodušení vzájemné pomoci mezi dotyčnými členskými státy, jakož i zaujetí společného postoje uvedenými členskými státy.

O několik měsíců později bylo vydáno obdobné rozhodnutí i v řízení proti Finsku.⁸⁵⁶ Základní argumentace soudu byla převzata z předchozích rozsudků v řízeních proti Rakousku a Švédsku. V tomto rozhodnutí se soud navíc zabýval ještě dvěma dalšími argumenty Finska. Za prvé, ustanovení o volném převodu plateb v DPOI uzavřených Finskem stanovovala, že hostitelský stát tyto převody umožní „za podmínek stanovených svými právními předpisy“. Finsko argumentovalo, že pokud Komise přijme omezující opatření podle článků 64(3), 66, nebo 75 SFEU, stanou se taková opatření na základě zásady přímého účinku automaticky součástí finského právního řádu, a tedy jejich implementace nebude v rozporu s příslušnými DPOI. Soud se ovšem s touto argumentací neztotožnil. Účelem předmětných ustanovení DPOI je zajištění volných neprodlených převodů plateb souvisejících s investicemi. Podle soudu je přinejmenším diskutabilní, zda by DPOI umožnily kterékoli ze smluvních stran omezit převody plateb na základě rozhodnutí, které tyto strany přijaly až po vstupu DPOI v platnost. Podle soudu spoléhání na určitou interpretaci příslušných ustanovení DPOI nezaručuje, že závazky Finska vyplývající z opatření Rady budou splněny, neboť tato interpretace, jakož i rozsah působnosti a účinky předmětných ustanovení, jsou příliš nejisté. Generální advokátka Sharpston v tomto směru upozornila, že výsledek by v konečném důsledku závisel na tom, jak by výraz „za podmínek stanovených svými právními předpisy“ vykládal arbitrážní tribunál. Pouhá možnost, že by tribunál mohl toto ustanovení vykládat způsobem prezentovaným Finskem, dle ní nemůže postačovat k tomu, aby Finsko splnilo své povinnosti vyplývající z práva EU.⁸⁵⁷

Finsko a spolu s ním některé další členské státy dále namítalo, že vyhovění žalobě Komise by bylo v rozporu se zásadami soutěže v rámci vnitřního trhu a se zákazem diskriminace, neboť pokud SDEU v tomto případě shledá porušení článku 351 SFEU, bude Finsko znevýhodněno oproti jiným členským státům, které rovněž uzavřely DPOI s třetími zeměmi, vůči kterým ovšem Komise řízení nezahájila. Soud odmítl i tento argument s poukazem na to, že členský stát nemůže porušení svých povinností podle práva EU omlouvat tím, že se porušení dopustily i jiné členské státy. Provádění práva EU nemůže být podmiňováno požadavkem recipacity.

(iv.) *Komentář*

K závěru o porušení článku 351 pododstavce 2 SFEU dospěl jak generální advokát Maduro, tak SDEU, byť každý poněkud jiným způsobem. Generální advokát sice neshledal přímý rozpor ustanovení DPOI o volném převodu plateb s články 64(3), 66 a 75 SFEU, v existenci těchto dohod ovšem spatřoval rozpor s obecnou povinností členských států k loajální spolupráci, z níž vyplývá povinnost neohrožovat efektivitu možné budoucí unijní legislativy a tím pádem dosahování cílů Unie sledovaných příslušnými ustanoveními. Soud naproti tomu ve své analýze nešel do takové hloubky, nicméně *ratio* jeho odůvodnění se jeví být obdobné – aby mohla být omezující opatření přijímaná v budoucnu Radou účinná, musí být implementována pokud možno *okamžitě*. Na této okolnosti v konečném důsledku závisí efektivita ustanovení článků

⁸⁵⁶ Case C-118/07, *Commission v. Finland*

⁸⁵⁷ Case C-118/07, *Commission v. Finland*, Opinion of AG Sharpston, 10 September 2009, odst. 34-35.

64(3), 66 a 75 SFEU. Existující DPOI efektivitu takových opatření podkopávají, neboť negarantují, že by omezující opatření přijatá Radou mohla být implementována všemi členskými státy neprodleně.

Pro lepší pochopení této souvislosti je vhodné představit si situaci, kdy by k přijetí omezujících opatření skutečně došlo. Pokud by neslučitelnost DPOI s právem EU nastala až v tomto okamžiku, jak argumentovaly členské státy, vznikla by až v tomto okamžiku povinnost dotčených členských států tyto dohody renegociovat či ukončit jejich platnost podle článku 351 pododstavce 2 SFEU. Nicméně až do doby, než by se taková změna stala účinnou, by práva třetí země a jejich investorů vyplývající z příslušné DPOI zůstávala z pohledu práva EU chráněná podle článku 351 pododstavce 1 SFEU. Ve výsledku by tak členský stát z pohledu práva EU nebyl povinen provádět omezující opatření přijatá Radou. Vznik povinnosti členského státu k renegociaci nebo k výpovědi mezinárodních závazků, jejíž splnění si nutně vyžádá určitý čas, až k okamžiku přijetí omezujících opatření ze strany Rady, by byl na újmu efektivnosti a účinnosti těchto opatření. Právě ve specifčnosti omezujících opatření přijímaných na základě příslušných ustanovení SFEU, jejichž účinnost spočívá především v rychlosti, s jakou budou prováděna, lze spatřovat jádro argumentace odůvodňující závěr, ke kterému soud dospěl. Z uvedeného důvodu lze rovněž souhlasit s tím, že by zřejmě nebylo namístě vztahovat závěry těchto rozhodnutí na jakékoli potenciální rozpory DPOI (či jiných mezinárodních smluv) s právem EU.⁸⁵⁸ To ostatně ve svém posudku zdůraznil i generální advokát Maduro, když uvedl, že problém zde nespočívá v možnosti jakéhokoli budoucího rozporu s právem EU, ale v ohrožení efektivnosti budoucí unijní legislativy, jejíž přijetí předpokládají články 64(3), 66 a 75 SFEU.⁸⁵⁹ Je ovšem nutno připomenout, že soud tuto část argumentace do svého rozhodnutí výslovně nepřevzal.

Rozhodnutí soudu byla kritizována za nedostatečný ohled na mezinárodněprávní aspekt problematiky.⁸⁶⁰ Na druhé straně je nutno uvést, že ani členské státy v tomto ohledu nenabídlly příliš přesvědčivé argumenty. To, zda by implementace omezujících opatření přijatých Radou byla či nebyla v souladu s příslušnými DPOI, by v konečném důsledku záviselo na interpretaci ustanovení o volných převodech plateb ze strany arbitrážních tribunálů. Berouc v úvahu obecné tendence judikatury v investičních sporech, ani při nejlepší vůli nelze mít za jisté, že by tribunály v těchto případech akceptovaly obranu hostitelského státu založenou na klauzuli *rebus sic stantibus* nebo na ustaveních vnitrostátního právního řádu.⁸⁶¹

Je zřejmé, že dosah uvedených rozhodnutí daleko přesahuje meze příslušných řízení, na což ostatně výslovně poukázal i soud. Lze předpokládat, že drtivá většina DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi zaručuje volné převody plateb bez výslovného zakotvení mechanismu pro aplikaci omezení přijatých Radou EU smluvní stranou, která je zároveň členským státem EU.⁸⁶² Vzhledem k rozsudkům SDEU lze patrně všechny předvstupové DPOI s třetími státy považovat za neslučitelné s právem EU, minimálně v tom rozsahu, v jakém zaručují volné převody plateb bez možnosti omezení vyplývajících z práva EU (k DPOI uzavřeným po vstupu členského státu do EU viz dále). Soud v této souvislosti poněkud nejasně odkázal na pasáž článku 351 SFEU, podle které si členské státy v případě potřeby za účelem

⁸⁵⁸ Srov. *Koutrakos, P.* Case C-205/06, *Commission v. Austria*: judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, *Commission v. Sweden*, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported. *Common Market Law Review*. 2009, 46(6), s. 2067 a násl.

⁸⁵⁹ AG Maduro, pozn. 853, odst. 40.

⁸⁶⁰ *Koutrakos*, pozn. 858, s. 2070 a násl.

⁸⁶¹ Příkladem budiž investiční spory vedené proti Argentině v souvislosti s jejím bankrotem v roce 2001.

⁸⁶² Výjimku představují například dohody o ochraně investic uzavírané Českou republikou po jejím vstupu do EU, které výslovně uvádějí, že ustanovením o volném převodu plateb nejsou dotčena opatření přijatá EU.

odstranění neslučitelností poskytnou vzájemnou pomoc, a pokud je to vhodné, zaujmou případně společný postoj, a rovněž poukázal na povinnost Komise, poskytnout členským státům za tímto účelem nezbytnou podporu. Tento odkaz může být dán do souvislosti například s rolí, kterou Komise sehrála v procesu přijetí Memoranda s USA.⁸⁶³

Nabízí se též otázka, proč Komise při výběru žalovaných států postupovala selektivně, proč se zaměřila pouze na ustanovení DPOI o volných převodech plateb (když například v Memorandu s USA bylo identifikováno více potenciálně rozporných otázek) a jaký byl vlastně účel jejích žalob, zejména když žádné další žaloby proti ostatním členským státům od té doby nenásledovaly, třebaže ostatní státy ani poté nepodnikly žádné kroky k odstranění obdobných rozporů ve svých DPOI. O motivech a pohnutkách Komise lze jen spekulovat. Někteří autoři vidí návaznost těchto řízení na potřebu zajistit efektivnost opatření přijímaných v rámci boje proti terorismu (včetně opatření zaměřených na zmrazení prostředků, jež mohly sloužit k financování teroristických aktivit), což v roce 2004 představovalo jednu z hlavních agend zaměstnávající vlády západních zemí.⁸⁶⁴ Jinde byl dokonce vysloven názor, že výjimky z garancí převoditelnosti plateb představovaly ve vztazích mezi Komisí a členskými státy zástupný problém, který měl ukázat, jak budou členské státy a SDEU reagovat na námitky Komise vůči bilaterálně sjednaným standardům ochrany investic.⁸⁶⁵

S odstupem času se jeví jako docela pravděpodobné, že řízení proti Rakousku, Švédsku a Finsku lze vnímat i v kontextu snah Komise o získání většího vlivu v oblasti zahraničních investic v době, kdy Společenství nemělo v této oblasti výslovnou vnější pravomoc. V postupu Komise lze vyzorovat především velkou snahu se svými žalobami uspět, čemuž odpovídá jak výběr žalovaných států, tak výběr témat. Ačkoli vytýkané rozpory se týkají DPOI uzavřených všemi členskými státy, Komise žalovala ty státy, které vstoupily do EU relativně nedávno a napadala výhradně ty DPOI, které tyto státy uzavřely ještě před svým vstupem. To umožnilo podřadit jejich případné rozpory s právem EU pod jednoznačné znění článku 351 SFEU, zatímco u dohod uzavřených po vstupu do EU by argumentace nutně byla složitější. I když otázek ohledně vztahu mezi právem EU a DPOI a potenciálních neslučitelností z toho vyplývajících je celá řada, Komise napadla jen potenciální rozpor ustanovení DPOI o převodech plateb. Jakkoli se tento rozpor ve srovnání s jinými, mnohem fundamentálnějšími otázkami, jeví spíše jako banální a hypotetický, lze jej dovést velmi jednoduše pomocí přímých odkazů na jednotlivé články SFEU. I když bylo rozhodnutí SDEU o podřazení „potenciálních budoucích“ rozporů mezinárodních smluv členských států s právem EU pod článek 351 SFEU kritizováno, ve světle dlouhodobé praxe SDEU jej nelze považovat za nikterak překvapivé. Ačkoli ani poté, co SDEU vydal svá rozhodnutí, většina ostatních členských států nečinila kroky k odstranění neslučitelností ve svých DPOI s třetími státy, Komise již další obdobná řízení nezažadovala. Poté, co 1. prosince 2009 vstoupila v platnost Lisabonská smlouva a EU získala v oblasti přímých zahraničních investic výlučnou pravomoc, soustředila se Komise na komplexní řešení otázky další existence DPOI členských států a otázka nutnosti výjimek z garance volných převodů plateb zůstala alespoň prozatím na okraji zájmu.

⁸⁶³ Koutrakos, pozn. 858, s. 2073.

⁸⁶⁴ Viz Lavranos, N. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? Hague yearbook of international law. 2012, Vol. 24, s. 285 a následující.

⁸⁶⁵ Bělohávek, A. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010 s. 256.

4.3.3 *Přednost předvstupových DPOI členských států s třetími zeměmi (Komise proti Slovensku)*

V řízeních proti Rakousku, Švédsku a Finsku sice SDEU obecně potvrdil přednost DPOI uzavřených členskými státy před vstupem do EU před jejich závazky podle práva EU na základě článku 351 pododstavce 1 SFEU, nicméně toto pravidlo nebylo testováno v případě, kdy se rozpor mezi závazky členského státu vůči konkrétnímu investorovi podle DPOI se závazky členského státu z práva EU projevil v praxi. Rozsudky vydané v řízeních proti Rakousku, Švédsku a Finsku se primárně týkaly pododstavce 2 článku 351 SFEU a povinnosti členských států přijmout opatření k odstranění neslučitelností mezinárodních smluv uzavřených před vstupem do EU. Otázku zda a v jakých situacích lze uplatňovat přednost závazků z investiční dohody před závazky členského státu vyplývajícími z práva EU, jak stanovuje pododstavec 1 článku 351 SFEU, řešil SDEU v rozsudku ve věci *Komise proti Slovensku*, který byl vydán v září 2011.⁸⁶⁶

(i.) *Skutkové okolnosti sporu a argumentace stran*

Komise v tomto případě žalovala Slovensko za porušení Směrnice 2003/54/ES o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou. Fakta případu jsou ve zkratce následující. V roce 1997 uzavřela švýcarská společnost Aare-Tessin AG für Elektrizität (ATEL) s právním předchůdcem společností Slovenská elektrizační přenosová soustava, a.s. (SEPS) smlouvu, na základě které SEPS poskytl společnosti ATEL právo na přístup k 300 MW přenosové kapacity slovenské elektrizační soustavy na dobu 16 let (od roku 1998 do roku 2014). Rezervovaná kapacita představovala protihodnotu za investici společnosti ATEL do vybudování příslušné trasy slovenské přenosové soustavy, na jejíchž nákladech se společnost ATEL podílela více než z 50 %. V květnu 2004 Slovensko vstoupilo do EU a krátce nato uplynula lhůta pro provedení směrnice 2003/54, přičemž v přístupové smlouvě nebyly sjednány žádné výjimky, které by se týkaly práva společnosti ATEL na rezervaci kapacity přenosové soustavy. Komise shledala, že privilegované postavení společnosti ATEL, vyplývající z platné smlouvy uzavřené se společností SEPS, zvyhodňovalo společnost ATEL na úkor jiných subjektů se zájmem o přístup ke slovenské přenosové soustavě. Slovensko mělo dle Komise porušit povinnost zabezpečit nediskriminační přístup ke své přenosové soustavě, která pro členské státy vyplývá ze směrnice 2003/54. Lze podotknout, že podle samotné směrnice 2003/54 má nediskriminační přístup k soustavě provozovatele přenosové nebo distribuční soustavy prvořadý význam pro dotvoření vnitřního trhu s elektřinou.⁸⁶⁷

I když strany spory přednesly více argumentů, jádrem sporu se stala otázka, zda by případné vynucené zrušení dlouhodobé smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL ze strany Slovenska za účelem dosažení souladu se směrnicí 2003/54 bylo v rozporu s DPOI, které chránily švýcarské investory na území Slovenska, konkrétně s Dohodou k energetické chartě (ECT) a s dvoustrannou DPOI mezi Slovenskem (resp. Česko-Slovenskem) a Švýcarskem, která vstoupila v platnost v roce 1991.

Slovensko svojí obranu postavilo především na argumentu, že práva společnosti ATEL představují investici, která je chráněna jak ECT, tak dvoustrannou DPOI mezi Slovenskem a Švýcarskem. Podle Slovenska by směrnice 2003/54 by měla být vykládána v souladu se závazky Unie vyplývajícími z ECT. Jelikož ECT představuje smíšenou mezinárodní smlouvu, jíž je Unie stranou, EU je vázána povinností dodržovat standard řádného a spravedlivého

⁸⁶⁶ Case C-264/09, *Commission v Slovakia* [2011] ECR I-08065.

⁸⁶⁷ Preamble, bod 7.

zacházení a zákaz vyvlastnění, obsažené v této dohodě. Navíc pokud by Slovensko odňalo společnosti ATEL smluvně zaručené právo na rezervaci kapacity přenosové soustavy, jak požadovala Komise, došlo by tím k porušení práv společnosti ATEL jakožto švýcarského investora podle DPOI mezi Slovenskem a Švýcarskem, která jsou chráněna ustanovením článku 351 pododstavce 1 SFEU. Konkrétně by tím došlo k porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení podle článku 4 DPOI, neboť společnost ATEL dle Slovenska nemohla v roce 1997 předpokládat, kdy Slovensko vstoupí do EU, a v žádném případě nemohla očekávat, že by v důsledku toho byla zbavena své investice. Odnětí smluvních práv by podle Slovenska dále představovalo nepřímé vyvlastnění ve smyslu článku 6 DPOI.

Komise naopak tvrdila, že vynucené předčasné ukončení smlouvy mezi společnostmi SEPS a společností ATEL by nebylo v rozporu ani s ECT, ani s DPOI mezi Slovenskem a Švýcarskem. Komise odmítla existenci jakékoli neslučitelnosti mezi ECT či DPOI a právem EU a tím pádem jakoukoli relevancí článku 351 SFEU na uvedený případ. Tyto dohody dle Komise nezavazovaly Slovensko k zachování smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL v platnosti. Pokud jde o řádné a spravedlivé zacházení, na straně společnosti ATEL podle Komise nemohlo vzniknout žádné legitimní očekávání, že by příslušný právní rámec její investice na Slovensku zůstal nezměněn. Společnost ATEL si zejména musela být dobře vědoma očekávaného vstupu Slovenska do EU. Co se týče otázky možného vyvlastnění, Komise argumentovala, že článek 6 DPOI neukládá Slovensku mezinárodní povinnost ponechat smlouvu mezi společnostmi SEPS a společností ATEL v platnosti, neboť porušení této smlouvy nelze kvalifikovat jako vyvlastnění. Vyvlastnění navíc samo o sobě není protiprávní. Článek 6 DPOI nezakazuje vyvlastnění, nýbrž pouze vyvlastnění bez poskytnutí náhrady. Z judikatury SDEU přitom jasně plyne, že diskriminační zacházení ze strany členského státu nelze připustit jen z důvodu zvýšeného finančního břemene na straně členského státu.

(ii.) *Analýza generálního advokáta Jääskinena*

Generální advokát Jääskinen ve svém posudku⁸⁶⁸ dospěl k závěru, že přednostní práva společnosti ATEL skutečně zakládala diskriminaci ve smyslu směrnice 2003/54. Následně se poměrně podrobně zabýval otázkou, zda může být takové zacházení ze strany Slovenska odůvodněno jeho mezinárodními závazky.

Generální advokát nejdříve analyzoval argumentaci Slovenska, podle které musí být směrnice 2003/54 interpretována v souladu s ECT. K tomu v první řadě uvedl, že detailní ustanovení Směrnice 2003/54 nemohla být nahrazena obecnějšími ustanoveními ECT. Dále se zabýval otázkou, jaké povinnosti z ECT vyplývají přímo EU jakožto smluvní straně této dohody. ECT podle jeho názoru investorům neposkytuje větší ochranu než DPOI mezi Slovenskem a Švýcarskem. Podle jeho názoru dále nelze mít za to, že energetické právo EU, obsažené mimo jiné ve směrnici 2003/54, nesplňuje standardy zacházení podle ECT, alespoň pokud jde o investice, které spadají do jeho časové působnosti. Navíc podle generálního advokáta obecná úroveň ochrany základních práv podle práva EU poskytuje investorům ochranu, která splňuje závazky podle článků 10(1) a 13(1) ECT. Poněkud rozpačitou analýzu týkající se ECT generální advokát zakončil konstatováním, že jelikož v předmětném případě byla smlouva mezi společnostmi SEPS a ATEL stejně chráněna DPOI mezi Slovenskem a Švýcarskem, která spadá pod článek 351 pododstavec 1 SFEU, nebylo dále nutno zabývat se interpretací ECT.

Následně se generální advokát zabýval otázkou, zda by vynucené ukončení smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL představovalo porušení práv společnosti ATEL podle slovensko-

⁸⁶⁸ Case C-264/09, *Commission v. Slovakia*, Opinion of AG Jääskinen, 15 March 2011.

švýcarské DPOI. Nejdříve konstatoval, že právo nabyté společností ATEL na základě smlouvy se společností SEPS, tj. rezervovaná kapacita v přenosové soustavě, má hospodářskou hodnotu, neboť zaručuje přístup společnosti ATEL ke slovenské přenosové soustavě, potřebný k prodeji elektřiny do Polska z Maďarska. Toto právo lze považovat za investici ve smyslu článku 1(2) slovensko-švýcarské DPOI. Dále je jasné, že na základě DPOI má Slovensko vůči Švýcarsku povinnost chránit investice švýcarských investorů na Slovensku. Pokud by Slovensko na základě této dohody mělo ve vztahu ke společnosti ATEL povinnosti, které by nemohly být splněny v případě, že by Slovensko implementovalo směrnici 2003/54, Slovensko by se mohlo bránit na základě článku 351 pododstavce 1 SFEU, a jeho diskriminační jednání by tedy bylo odůvodněné.

Generální advokát uvedl, že SDEU obecně není příslušný interpretovat DPOI, neboť tento úkol dle něj náleží výlučně investičním tribunálům zřízeným k řešení sporů podle uvedené dohody. Nicméně pro účely probíhajícího řízení musí soud dle slov generálního advokáta provést určitou „interpretační rekonstrukci prvků právní situace vytvořené závazky Slovenska podle DPOI“, aby mohl určit, zda na straně EU existuje povinnost respektovat mezinárodní závazky členského státu ve smyslu článku 351 pododstavce 1 SFEU. Pro SDEU se ovšem tyto prvky podle generálního advokáta jeví jako fakta související s tvrzeným porušením práva EU, nikoli jako právní normy, které mají být interpretovány soudem. Generální advokát poukázal na obecné interpretační pravidlo článku 31 Vídeňské úmluvy. Úmyslu stran DPOI podle něj odpovídá, aby byl pojmům, které tato dohoda používá, přikládán takový význam, jaký jim přikládají tribunály zřízené podle Úmluvy ICSID. DPOI je dále nutno vykládat v souladu s jejím účelem, kterým je vytvoření a udržení příznivých podmínek pro investice, jakož i podpora a ochrana těchto investic.

Generální advokát následně přistoupil k analýze jednotlivých materiálních práv společnosti ATEL podle DPOI ve vztahu k jednání, které od Slovenska požadovala Komise. Nejdříve se zabýval možným porušením standardu řádného a spravedlivého zacházení, zejména otázkou, zda společnosti ATEL v roce 1997, tedy v době, kdy byla její investice zřízena, náležela legitimní očekávání, která by byla jednáním Slovenska porušena. Podle generálního advokáta vzhledem k okolnostem společnost ATEL nemohla předpokládat, kdy Slovensko vstoupí do EU. To ovšem neznamená, že by se mohla spoléhat na to, že právní rámec její investice zůstane nezměněn. S odkazem na judikaturu arbitrážních tribunálů dovedl, že článek 4 DPOI brání pouze tomu, aby změny právního podnikatelského rámce byly svévolné, nebo aby investora zasáhly nepřiměřenou mírou či diskriminačním způsobem. K tomu, aby došlo k porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení, musí změny právního rámce směřovat výslovně k újmě investora, ledaže stát převzal vůči investorovi určité specifické závazky. I přesto ovšem generální advokát ve vztahu k předmětnému případu vyslovil pochybnost ohledně toho, zda lze příslušnou změnu právního rámce z pohledu společnosti ATEL považovat za přiměřenou, neboť tato společnost čelí hrozbě úplné destrukce protihodnoty poskytnuté za její investici. I když společnost ATEL podle generálního advokáta mohla očekávat, že se regulační rámec změní, lze podle něj pochybovat o tom, že mohla očekávat takovou změnu, která jí zbaví práva užívat majetek, který nabyla jako výsledek své investice.

Generální advokát se dále zabýval otázkou, zda jednání Slovenska požadované Komisí může představovat nedovolené vyvlastnění ve smyslu článku 6 DPOI. Nejdříve poukázal na to, že uvedené ustanovení je formulováno široce a nezahrnuje pouze přímé a nepřímé vyvlastnění, ale i opatření mající stejnou povahu nebo výsledek, čímž předpokládá širokou ochranu zahraničních investic. V posuzovaném případě je podle něj zřejmé, že jednání Slovenska směřující k ukončení smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL by představovalo zásah do

práv společnosti ATEL, neboť tato společnost by byla zbavena jediného zdroje příjmů ze svojí investice. Neztotožnil se ani s argumentem Komise, podle kterého vyvlastnění není mezinárodně protiprávní v případě, kdy je investorovi poskytnuta náhrada. Taková argumentace totiž podle něj staví nápravu před právo (*puts the remedy before the right*). Článek 6 DPOI podle generálního advokáta zakládá právo na náhradu jakožto důsledek porušení práva investora nebýt vyvlastněn. Právo na náhradu podle něj nevyklučuje skutečnost, že existuje právo investora nebýt podroben vyvlastnění, a tím pádem i mezinárodní povinnost Slovenska ve smyslu článku 351 SFEU nevyvlastnit investici, ledaže jsou splněny podmínky článku 6 DPOI, přičemž poskytnutí náhrady je jednou z nich. Za dovolené vyvlastnění podle něj nelze považovat *ad hoc* opatření zaměřené na konkrétního investora, jakkoli by byly jeho následky zmírněny poskytnutím náhrady, ale spíše konzistentní aplikaci existujícího právního rámce na předem definované situace charakterizované převažujícím veřejným zájmem, při plném respektování základních lidských práv. Jelikož smlouva mezi společnostmi SEPS a ATEL je soukromoprávní smlouvou, která se řídí rakouským právem, přičemž Slovensko není její stranou, jedinou možností Slovenska, jak vyhovět požadavkům směrnice 2003/54, by bylo přijmout legislativní opatření adresující společnost SEPS, která by této společnosti zabránila ve splnění jejích smluvních povinností. To by se podle názoru generálního advokáta rovnalo vyvlastnění, nebo opatření se stejným účinkem, které by navíc pravděpodobně bylo v rozporu se standardem řádného a spravedlivého zacházení. Navíc vzhledem k tomu, že i právo EU umožňuje výjimky ze zásady nediskriminačního přístupu k přenosové elektrizační soustavě, lze rovněž pochybovat o tom, že takové opatření by bylo možné označit za opatření ve veřejném zájmu.

Generální advokát tedy shrnul, že v tomto případě existoval mezinárodní závazek ve smyslu článku 351 SFEU a Slovensko nemohlo společnost SEPS nutit, aby nedodržela podmínky smlouvy se společností ATEL, aniž by tím porušilo své povinnosti podle slovensko-švýcarské DPOI. V důsledku toho uvedený závazek, který Slovensko převzalo ještě před svým vstupem do EU, nemůže být Zakládajícími smlouvami dotčen, a nelze proto shledat, že se Slovensko dopustilo porušení směrnice 2003/54.

(iii.) *Rozhodnutí soudu*

Soud v zásadě následoval obecnou linii stanoviska generálního advokáta. Jeho argumentace je ovšem mnohem stručnější a zkratkovitější, což je v tomto případě na újmu její přesvědčivosti.

Soud se ve svém odůvodnění zaměřil pouze na otázku souladu vynuceného ukončení smlouvy se závazky Slovenska ze slovensko-švýcarské DPOI, aniž by se zabýval otázkou, zda poskytnutí přednostního přístupu společnosti ATEL k přenosové soustavě vůbec bylo v rozporu se směrnicí 2003/54. Soud konstatoval, že DPOI byla uzavřena před vstupem Slovenska do EU a zakládá záruky ochrany švýcarských investorů na Slovensku. Pokud by Slovensko na základě této dohody bylo povinno dodržet závazky vyplývající ze smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL, jakákoli diskriminace vyplývající z preferenčního zacházení poskytovaného společnosti ATEL, by byla odůvodněná, a to i kdyby jinak měla být považována za neslučitelnou se směrnicí 2003/54.

Soud se tedy nejdříve zabýval otázkou, zda lze přednostní přístup společnosti ATEL k přenosové soustavě považovat za investici ve smyslu DPOI, přičemž na tuto otázku odpověděl kladně. Závazek společnosti SEPS poskytnout společnosti ATEL na její požádání příslušnou část přenosové kapacity představuje část smluvní odměny, která je poskytována jako protihodnota za příspěvek společnosti ATEL k vybudování příslušné trasy přenosové soustavy. Toto právo má ekonomickou hodnotu, neboť společnosti ATEL zaručuje přístup k určité části

kapacity slovenské přenosové soustavy, kterou společnost ATEL potřebuje k prodeji elektřiny do Polska z Maďarska. Investici společnosti ATEL je tak nutno považovat za investici ve smyslu článku 1(2)(c) DPOI, kterou je Slovensko povinno podle této dohody chránit.

Následně bylo dle soudu nutno vyhodnotit, zda ukončení příslušné smlouvy společností SEPS by představovalo porušení DPOI ze strany Slovenska. Soud, podobně jako generální advokát, poznamenal, že není jeho úkolem interpretovat slovensko-švýcarskou DPOI, je nicméně vhodné „prozkoumat faktory“ (*examine factors*), které umožní rozhodnout, zda tato dohoda ukládá Slovensku povinnosti, které nemohou být dotčeny ustanoveními SFEU ve smyslu článku 351 pododstavce 1 SFEU.

Tuto analýzu soud začal poněkud zmateným odkazem na svou předchozí judikaturu k článku 351 SFEU, zejména na rozsudek ve věci *Komise proti Portugalsku*,⁸⁶⁹ v němž bylo v souvislosti s povinností členských států podle článku 351 pododstavce 2 SFEU dovozeno, že není-li v možnostech členského státu renegociovat inkompatibilní mezinárodní smlouvu s třetí zemí, nelze vyloučit povinnost členského státu takovou smlouvu vypovědět. V tomto rozhodnutí soud zároveň dovodil, že vzhledem k tomu, že příslušná mezinárodní smlouva mezi Portugalskem a Angolou obsahovala ustanovení, které výslovně upravovalo možnost odstoupení, jednostranným odstoupením od této smlouvy by Portugalsko neporušilo práva Angoly (srov. část 4.2.2(iii).4.2.2 výše). Hned v návaznosti na to soud uvedl následující: „Je však nutno konstatovat, že dotčená smlouva neobsahuje žádné ustanovení týkající se možnosti smlouvu vypovědět.“⁸⁷⁰ Z označení pro „smlouvu“ v anglické verzi rozsudku (*contract*, oproti termínu *agreement*, který soud používal pro označení DPOI), jakož i z dalšího kontextu přitom jednoznačně vyplývá, že soud zde neměl na mysli slovensko-švýcarskou DPOI, nýbrž smlouvu mezi společnostmi SEPS a ATEL. Vyplývá to rovněž z toho, že slovensko-švýcarská DPOI ve skutečnosti možnost její jednostranné výpovědi upravuje, a to v článku 12.⁸⁷¹ Je ovšem nutno zdůraznit, že hledání jakékoli souvislosti mezi závěry rozsudku ve věci *Komise proti Portugalsku*, které se týkaly výpovědi mezinárodní smlouvy mezi členským státem a třetí zemí v důsledku povinností členského státu podle článku 351 pododstavce 2 SFEU, a možností výpovědi soukromoprávní smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL, ze zjevných příčin nedává vůbec žádný smysl. Pokud mohly být závěry rozsudku ve věci *Komise proti Portugalsku* nějak relevantní, pak pouze v tom smyslu, že v případě rozporů mezi slovensko-švýcarskou DPOI a právem EU by Slovensku mohla vzniknout povinnost vypovědět tuto DPOI. Takovou možnost se ovšem SFEU ve svém rozhodnutí dále nezabýval. Naopak se zabýval otázkou, zda by vynucené ukončení smlouvy mezi společnostmi SEPS a ATEL ze strany Slovenska představovalo porušení slovensko-švýcarské DPOI.

Soud se přitom zaměřil pouze na článek 6 DPOI, upravující podmínky pro vyvlastnění. Konstatoval, že toto ustanovení zakládá širokou ochranu investic, zahrnující nejen přímé a nepřímé vyvlastnění, ale i opatření s obdobným účinkem. Tedy pokud by společnost ATEL byla v důsledku ukončení smlouvy mezi ní a společností SEPS zbavena odměny za svůj příspěvek k vybudování příslušného vedení přenosové soustavy, takové opatření by nepříznivě zasáhlo do práv společnosti ATEL a mělo by stejný účinek, jako vyvlastnění ve smyslu článku 6 DPOI. Soud připustil, že toto ustanovení pro případ vyvlastnění zakládá nárok investora na náhradu. Nicméně jak dále uvedl, povinnost poskytnout náhradu v případě vyvlastnění Slovensko nezbavuje povinnosti nepřijmout vyvlastňovací opatření ve vztahu k investici

⁸⁶⁹ Case C–62/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I–5171

⁸⁷⁰ C–62/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I–5171, odst. 46.

⁸⁷¹ Výpověď slovensko-švýcarské DPOI ovšem možná jen v pravidelných pětiletých intervalech, přičemž existující investice jsou chráněny ještě po dobu dalších 10 let.

chráněné DPOI. S odkazem na analýzu generálního advokáta poukázal na to, že není v možnostech Slovenska legislativními opatřeními změnit smlouvu mezi společnostmi SEPS a ATEL a jedinou možností, jak může Slovensko splnit své povinnosti, by bylo přijetí legislativy, která by společnosti SEPS zabránila v plnění jejích smluvních závazků. Takové opatření by dle soudu bylo rovnocenné vyvlastnění práva společnosti ATEL na přenos elektřiny.

Soud tedy uzavřel, že přednostní přístup společnosti ATEL k přenosové síti lze považovat za investici chráněnou slovensko-švýcarskou DPOI, která na základě článku 351 pododstavce 1 SFEU nemůže být dotčena ustanoveními SFEU. I kdyby přednostní přístup společnosti ATEL nebyl v souladu se směrnicí 2003/54, tento přednostní přístup je chráněn prvním pododstavcem článku 351 SFEU. Žaloba Komise tedy byla zamítnuta.

(iv.) *Komentář*

Rozhodnutí ve věci *Komise proti Slovensku* a obzvláště jeho výsledek si zaslouhuje zvýšenou pozornost. V tomto případě se materializovalo to, na co již předtím upozorňovali někteří autoři. Po vstupu nových členských států do EU se některé specifické závazky těchto států vůči zahraničním investorům, převzaté ještě před vstupem do EU v rámci privatizace, investičních pobídek, nebo za jiných okolností, dostaly do rozporu s pravidly práva EU v oblasti hospodářské soutěže, poskytování státních podpor či různých sektorových politik. V této situaci může členský stát čelit potenciálně konfliktním závazkům, neboť proti jeho povinnosti dosažení souladu s právem EU stojí jeho povinnost k ochraně investic podle uzavřených DPOI. Možnost vzniku investičních sporů v těchto případech v žádném případě neexistuje jen v hypotetické rovině. Skutkově podobné případy, kdy nový členský stát zasáhl do práv investora v důsledku nutnosti přizpůsobit svůj právní řád unijní legislativě, řešily i arbitrážní tribunály, byť čistě v intra-unijním kontextu, a to zejména v arbitrážích *AES Summit proti Maďarsku*, *Electrabel proti Maďarsku* nebo *Micula proti Rumunsku*⁸⁷² (viz blíže Kapitola 5). Případ *Komise proti Slovensku* je ovšem zajímavý tím, že k otázce existence konkrétního rozporu práva EU a DPOI se zde vyjadřoval SDEU. Zásadní odlišnost oproti uvedeným případům řešeným v investičních arbitrážích spočívala v tom, že se jednalo o DPOI mezi členským státem (Slovenskem) a třetí zemí (Švýcarskem), uzavřenou ještě před vstupem daného členského státu do EU. Tyto okolnosti vtahovaly do hry článek 351 SFEU, podle něhož by v případě rozporu mezi závazky Slovenska podle slovensko-švýcarské DPOI s jeho závazky vyplývajícími z jeho členství v EU teoreticky měly mít přednost závazky z DPOI, přičemž orgány EU jsou tuto skutečnost povinny respektovat. Aby ovšem vůbec mohlo dojít k aplikaci článku 351 pododstavce 1 SFEU, bylo nejdříve nutno určit, zda jsou povinnosti Slovenska vyplývající z práva EU za daných okolností skutečně neslučitelné s jeho závazky podle příslušné DPOI, tedy zda mohlo Slovensko splnit požadavky směrnice 2003/54 jedinečně tak, že by tím zároveň porušilo práva švýcarského investora podle slovensko-švýcarské DPOI.

Jelikož na řešení této otázky závisel výsledek sporu mezi Komisí a Slovenskem, byl SDEU nucen interpretovat příslušnou DPOI a její možný dopad na předmětnou situaci. Lze konstatovat, že pro SDEU se jedná o velice náročný a delikátní úkol. DPOI totiž obsahují jen velmi obecné a vágně formulované standardy zacházení, které nalézají svojí konkretizaci až v rozhodnutích arbitrážních tribunálů. Případy, kdy se jedná o zcela zjevné porušení DPOI ze strany hostitelského státu, jsou přitom spíše výjimkou. Ke konstatování porušení DPOI v investičních sporech zpravidla dochází až po důsledném projednání věci v investiční arbitráži, přičemž obvykle jde o spory, které jsou fakticky i právně velice složité a bývají svým způsobem

⁸⁷² *AES Summit v. Hungary*, Award, 23 September 2010; *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012; *Micula v. Romania*, Final Award, 11 December 2013.

jedinečné. Abstraktní řešení otázky, zda je určité jednání státu v rozporu s DPOI, většinou nebude snadné a učiněný závěr nebude příliš spolehlivý. Prakticky to znamená prejudikovat, jak by v případě sporu rozhodl arbitrážní tribunál.

Otázkou je, jak se má soudní instituce EU, která je povolána především k výkladu pramenů unijního právního řádu, srovnat s interpretací DPOI pro účely článku 351 SFEU. Kdy je vlastně členský stát osvobozen od povinnosti dodržet, co po něm vyžaduje právo EU, z důvodu možného porušení předvstupové mezinárodní smlouvy s třetí zemí? Judikatura SDEU v tomto případě příliš navodů neposkytuje. V předchozích případech, kdy se SDEU vyjadřoval k článku 351 SFEU v rámci řízení o předběžné otázce, bylo konstantně judikováno, že určení, jaké povinnosti vyplývají pro členský stát z dřívější mezinárodní smlouvy, nenáleží SDEU, nýbrž soudu členského státu.⁸⁷³ Jak má soud členského státu při výkladu mezinárodní smlouvy pro účely aplikace článku 351 SFEU postupovat, SDEU blíže ozřejmil v rozsudku *Budvar*, podle kterého je v těchto případech soud členského státu nejdříve povinen ověřit, zda lze případné neslučitelnosti předejít takovým výkladem příslušné mezinárodní smlouvy, který bude v co možná největším možném rozsahu v souladu s právem EU.⁸⁷⁴ Judikatura SDEU tak přikládá při aplikaci článku 351 pododstavce 1 SFEU klíčovou roli soudům členských států.⁸⁷⁵ V případě *Komise proti Slovensku* byla ovšem tato koncepce jen pramálo užitečná. Předně se nejednalo o řízení o předběžné otázce, ale o řízení o žalobě Komise proti členskému státu. SDEU tak nemohl interpretaci slovensko-švýcarské DPOI přenechat vnitrostátnímu soudu členského státu a musel se tohoto úkolu zhostit sám. Za druhé, instrukce SDEU k souladnému výkladu mezinárodních závazků členských států s právem EU nemá v případech, kdy je touto mezinárodní smlouvou DPOI, velkou váhu, neboť investiční spory podle těchto dohod rozhodují arbitrážní tribunály, pro které ve sporech podle extra-unijních DPOI právo EU ani nepředstavuje součást použitelného mezinárodního práva. Motivace tribunálů k souladnému výkladu DPOI s právem EU ve formě, jak si ji představuje SDEU (tedy v zásadě k restriktivnímu výkladu DPOI ve prospěch práva EU), tak nebude nikterak vysoká.

Soud si zjevně byl zvláštnosti svého úkolu vědom. Svou situaci ve shodě s generálním advokátem komentoval poněkud diskutabilním prohlášením, že SDEU obecně není příslušný k výkladu DPOI, neboť tento úkol spadá do výlučné pravomoci arbitrážních tribunálů. Generální advokát navíc výslovně upozornil na riziko, že závěry arbitrážních tribunálů při výkladu a aplikaci příslušné DPOI mohou být jiné, než k jakým dospěje SDEU. Nicméně i generální advokát i soud dospěli k závěru, že pro účely aplikace článku 351 pododstavce 1 SFEU bude nezbytné provést určitou „interpretační rekonstrukci právní situace“, resp. „prozkoumat faktory“, které soudu umožní v dané věci rozhodnout. Generální advokát přitom, opět poněkud diskutabilně, uvedl, že při výkladu nebude k DPOI přistupovat jako k pramenu práva, nýbrž jako k relevantní skutečnosti.

Rovněž samotná věcná analýza generálního advokáta i soudu stojí za bližší pozornost, neboť představuje zatím ojedinělý případ, kdy se soudní instituce EU podrobněji zabývaly aplikací DPOI na konkrétní skutkový stav. Jak generální advokát, tak soud, dospěli k závěru, že pokud by Slovensko splnilo požadavky směrnice 2003/54 tím, že by si vynutilo ukončení smluvního vztahu mezi společnostmi ATEL a SEPS, nejspíš by se tím dopustilo porušení svých závazků podle slovensko-švýcarské DPOI, které jsou chráněny článkem 351 pododstavcem 1 SFEU. Zatímco argumentace generálního advokáta je poměrně obsáhlá a lze ji považovat za docela

⁸⁷³ Např. Case C-158/91, *Ministère public and Direction du travail et de l'emploi v Levy* [1993] ECR I-4287, odst. 10.

⁸⁷⁴ Case C-216/01, *Budějovický Budvar v. Rudolf Ammersin GmbH* [2003] ECR I-13617, odst. 169.

⁸⁷⁵ Srov. *Koutrakos*, pozn. 805, s. 310-311.

presvědčivou, odůvodnění rozsudku samotného budí velké rozpaky, a to i přesto, že soud podstatné argumenty převzal ze stanoviska generálního advokáta. Analýza soudu je velmi zkratkovitá a selektivní. Soud se vůbec nezabýval podstatnými otázkami relevantními pro řešení případu, které ve svém stanovisku adresoval generální advokát. Nevyjádřil k takovým záležitostem, jako je podstata práv společnosti ATEL a vůbec nezohlednil možné dopady ECT. Jeho analýza práv společnosti ATEL podle slovensko-švýcarské DPOI je omezena jen na otázku možného vyvlastnění podle článku 6 – na rozdíl od generálního advokáta se soud vůbec nezabýval možným porušením standardu řádného a spravedlivého zacházení.

Pokud jde o odůvodnění závěru, že jednání požadované Komisí by představovalo nedovolené vyvlastnění, soud převzal pouze některé body stanoviska generálního advokáta, čímž utrpěla přesvědčivost rozsudku i v této klíčové otázce. V doktríně zásadně není pochyb o tom, že obecné mezinárodní právo vyvlastnění majetku cizinců nezakazuje, pouze jej váže na určité podmínky. Toto pravidlo je považováno za fundamentální a respektuje jej i většina DPOI.⁸⁷⁶ Výjimkou není ani slovensko-švýcarská DPOI, která v článku 6 v tomto směru obsahuje standardní formulaci:

Žádná ze smluvních stran neprovede proti investicím investorů druhé smluvní strany přímá ani nepřímá opatření směřující k vyvlastnění, znárodnění nebo jakémukoli jinému opatření majícímu stejnou povahu nebo výsledek, s výjimkou opatření provedených ve veřejném zájmu, nemajících diskriminační povahu, která jsou provedena podle zákona za předpokladu, že za ně bude poskytnuta skutečná a přiměřená náhrada.

DPOI tudíž rozlišují mezi vyvlastněním protiprávním, které je zakázáno, a vyvlastněním dovoleným, které sice zakázáno není, je ovšem vázáno na splnění podmínek, mimo jiné na poskytnutí náhrady. Soud se s touto skutečností vypořádal velice nejasně. Na jedné straně vzal na vědomí, že „uvedený článek 6 slovensko-švýcarské DPOI zakotvuje též právo na náhradu v případě zásahu do práva investora nebýt vyvlastněn“, s otázkou vlivu poskytnutí náhrady na legalitu vyvlastnění se ovšem vypořádal tvrzením, že „povinnost náhrady v případě vyvlastnění nemá za účinek zrušení povinnosti Slovenské republiky nepřijímat opatření spočívající ve vyvlastnění ve vztahu k investicím chráněným na základě dohody o podpoře a vzájemné ochraně investic“. Toto tvrzení bez další analýzy příslušného opatření (s ohledem na splnění dalších podmínek vyvlastnění, tj. existence veřejného zájmu, nediskriminace a zákonnost) nelze považovat za konformní s tím, co stanovuje článek 6 DPOI. Analýza generálního advokáta je v tomto ohledu daleko zdařilejší. I jeho stanovisko sice obsahuje poněkud problematické tvrzení, že právo na poskytnutí náhrady nezpochybňuje skutečnost, že existuje právo „nebýt vyvlastněn“, nicméně je zřejmé, že toto právo podle něj existuje jen tehdy, pokud nejsou splněny všechny podmínky legálního vyvlastnění podle článku 6 DPOI. Opatření požadované Komisí shledal problematické proto, že by se nejednalo o aplikaci obecného předem daného právního rámce, ale o individuální opatření namířené proti konkrétnímu investorovi, u něhož lze pochybovat o existenci převažujícího zájmu, přičemž toto opatření by investora zbavilo veškerých práv plynoucích z jeho investice. Proto by se nejednalo o legální vyvlastnění ani tehdy, pokud by za něj investorovi byla poskytnuta náhrada. Lze mít za to, že takové odůvodnění je plně obhajitelné i s přihlédnutím k existující praxi tribunálů rozhodujících investiční spory.

V několika málo příspěvcích, zabývajících se tímto případem, bylo rozhodnutí soudu podrobeno poměrně ostré kritice. A. Boute označil závěr soudu o tom, že zrušení přednostních

⁸⁷⁶ Srov. např. *Dolzer, R., Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 98; Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 207-208.*

práv společnosti ATEL by představovalo nedovolené vyvlastnění, za projev špatného pochopení praxe investičních tribunálů. Soud podle něj s ohledem na existující judikaturu v investičních sporech mohl a měl interpretovat slovensko-švýcarskou DPOI takovým způsobem, aby předešel konfliktu se směrnicí 2003/54.⁸⁷⁷ A. Dimopoulos upozorňuje na to, že soud tím, že se záměrně vyhnul interpretaci standardu řádného a spravedlivého zacházení, i svým zkratkovitým a příliš širokým výkladem konceptu vyvlastnění, prokázal svojí neznalost a nejistotu ohledně mezinárodního investičního práva a zároveň promarnil příležitost k diskusi o srovnatelnosti standardů ochrany investic podle DPOI s úrovní ochrany poskytované právem EU.⁸⁷⁸

Lze mít za to, že kritika je zcela oprávněná, pokud jde o nepřesvědčivé odůvodnění rozsudku (jak bylo naznačeno výše), nikoli však pokud jde o rozhodnutí samotné. Rozhodovací praxi arbitrážních tribunálů patrně nelze považovat za natolik ustálenou, aby bylo možno autoritativně konstatovat, že v daném případě by k porušení práv investora nedošlo. Skutkové okolnosti případu nesvědčí o tom, že obava z porušení DPOI byla nedůvodná. Pokud by SDEU v obdobných případech interpretoval práva investorů z třetích zemí z DPOI příliš zužujícím způsobem, členské státy by na jedné straně byly nuceny bez výjimky na základě svých závazků podle práva EU přijímat a implementovat opatření, která by mohla představovat porušení práv investorů z třetích zemí, na druhé straně by čelily arbitrážím, ve kterých by tato opatření nebyly schopny obhájit. Úprava článku 351 pododstavce 1 SFEU by tak ztratila reálný smysl. Obzvláště v případě DPOI lze obecnou hranici mezi případy, kdy se článek 351 pododstavce 1 SFEU uplatní a kdy už nikoli, samozřejmě stanovit jen těžko. Zřejmě tak nezůstává než posuzovat každý případ jednotlivě a připustit aplikaci článku 351 pododstavce 1 SFEU tam, kde by vzhledem k existující praxi investičních tribunálů bylo možné porušení DPOI alespoň s určitým stupněm pravděpodobnosti rozumně předpokládat.

V obecné rovině tento případ ukázal na velmi problematický vztah DPOI uzavřených členskými státy s právem EU. I když byl rozpor vyvolán zejména specifickou okolností vstupu Slovenska do EU, vznik obdobných rozporů nelze vyloučit ani v post-integračním kontextu při přijímání nových opatření na úrovni EU. V tomto a v obdobných případech jsou předmětem neslučitelnosti s právem EU samotné standardy zacházení, jako je řádné a spravedlivé zacházení nebo podmínky pro vyvlastnění, které představují jádro každé DPOI. Vzato do důsledku, jakákoli DPOI členského státu, která neobsahuje obecnou výjimku pro opatření přijatá nebo vyžadovaná Evropskou unií, se tak může dostat do rozporu s právem EU. Výše citovaní autoři sdílí obavu, že rozsudek SDEU může vést k tomu, že opatření EU budou ve zvýšené míře napadána pro jejich domnělý nesoulad s DPOI členských států,⁸⁷⁹ což může v krajním případě přibrzdit regulační aktivity EU nebo omezit její efektivitu (tato situace je označována jako tzv. *regulatory chill*).⁸⁸⁰ Tyto obavy lze vzhledem k limitované aplikaci článku 351 SFEU na existující DPOI členských států, který se týká pouze předvstupových DPOI s třetími státy, považovat za poněkud přehnané. I když to na první pohled nemusí být příliš patrné, faktickým konstatováním inkompatibility DPOI s právem EU toto rozhodnutí ve výsledku představuje mnohem větší nebezpečí zejména pro intra-unijní DPOI, které článkem 351 SFEU chráněny nejsou.

⁸⁷⁷ *Boute, A.* Case C-264/09, *Commission v. Slovakia*, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011. *Common Market Law Review*. 2012, 49(3).

⁸⁷⁸ *Dimopoulos, A.* The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law. *Legal Issues Of Economic Integration*. 2012, 39(4), s. 462-466.

⁸⁷⁹ *Dimopoulos*, pozn. 878, s. 466.

⁸⁸⁰ *Boute*, pozn. 877.

S rozhodnutím soudu v této věci souvisí i otázka aplikace článku 351 SFEU jako celku. Pokud byly závazky Slovenska podle slovensko-švýcarské DPOI shledány jako neslučitelné s jeho závazky podle práva EU, nabízí se logicky otázka, zda je rovněž namístě postup podle článku 351 pododstavce 2 SFEU, který členskému státu ukládá použít všech prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. Odpověď na tuto otázku není jednoduchá. Z odůvodnění rozsudků SDEU vydaných v řízení proti Rakousku, Švédsku a Finsku, rozebíraných výše, lze vyčíst, že k povinnosti členských států renegociovat či ukončit své mezinárodní závazky by neměl vést jakýkoli potenciální budoucí rozpor DPOI členských států s právem EU. Neslučitelnost shledaná v těchto řízeních byla dána požadavkem na efektivitu omezujících opatření Rady týkajících se pohybu kapitálu z a do třetích zemí. V případě *Slovensko proti Komise* byly za neslučitelné s právem EU shledány závazky Slovenska podle článku 6 DPOI upravující podmínky vyvlastnění. Na jedné straně byla tato neslučitelnost dána specifickými okolnostmi, zejména okolností vstupu Slovenska do EU. Na druhé straně se nejednalo o rozpor potenciální – konflikt různých závazků zde reálně nastal a materializoval se do nutnosti neaplikovat právo EU na základě článku 351 pododstavce 1 SFEU. Bylo by zřejmě předčasné uzavřít, že tato skutečnost automaticky aktivizuje aplikaci ustanovení článku 351 pododstavce 2 SFEU. I tato souvislost ovšem dobře demonstruje, že rozhodnutí ve věci *Komise proti Slovensku* může být v konečném důsledku mnohem nebezpečnější pro DPOI členských států a pro investiční arbitráže, než pro efektivní aplikaci práva EU.

4.3.4 Status inkompatibilních DPOI uzavřených po vstupu členského státu do EU

Dosud byla řeč pouze o těch DPOI, které členské státy uzavřely s třetími zeměmi před svým vstupem do EU. Zejména původní členské státy ovšem uzavřely velké množství DPOI v době, kdy již byly členy EU. Otázka těchto dohod nebyla řešena v judikatuře SDEU a i v literatuře zůstala poněkud v ústraní. Z pohledu obecného mezinárodního práva se status těchto dohod neliší od předvstupových DPOI, neboť v případě mezinárodních smluv uzavřených jedním státem s různými smluvními protistranami Vídeňská úmluva nestanoví žádné pořadí časové priority. Z pohledu práva EU je ovšem situace ve srovnání s předvstupovými DPOI poněkud odlišná. Na povstupové DPOI se totiž neuplatní článek 351 SFEU a žádné obdobné ustanovení, které by výslovně upravovalo režim mezinárodních smluv uzavřených členskými státy po jejich vstupu do EU, Zakládající smlouvy neobsahují. V obecné rovině byl status inkompatibilních mezinárodních smluv s třetími státy uzavřených členským státem po jeho vstupu do EU blíže rozebrán v části 4.2.2 výše. Tento status lze zjednodušeně vyjádřit i tak, že z pohledu práva EU jsou tyto smlouvy na hierarchicky nižším stupni než prameny primárního a sekundárního práva EU.

V první řadě to znamená, že na závazky členských států vůči třetím zemím z povstupových DPOI se nevztahuje obdobná ochrana, jaká se uplatní v případě předvstupových smluv na základě článku 351 pododstavce 1 SFEU. V případě, že členský stát čelí konfliktním závazkům podle povstupové DPOI a podle práva EU, nastává, zjednodušeně řečeno, situace, kdy se členský stát musí rozhodnout, který z těchto závazků dodrží, a který naopak poruší, jak implikuje článek 31(4)(c) VÚ. Pokud se rozhodne respektovat práva zahraničního investora podle DPOI, nezabývá jej to odpovědností za porušení práva EU. Naopak, pokud upřednostní své závazky jako člena EU na úkor práv zahraničního investora, může být za toto jednání shledán odpovědným v investičním sporu. Na rozdíl od konfliktu závazků z předvstupových DPOI se zde neuplatní některá řešení, k jakým dospěl SDEU v řízeních týkajících se předvstupových DPOI – zejména v těchto případech nepřichází v úvahu závěr, k jakému dospěl soud v rozsudku *Komise proti Slovensku*, kdy byly na základě článku 351 pododstavce 1 SFEU

upřednostněny závazky Slovenska podle DPOI před povinností Slovenska implementovat příslušnou směrnici.

Poněkud jinými úvahami se řídí i řešení otázky, zda jsou i v případě inkompatibilních povstupových DPOI členské státy povinny přijmout opatření k odstranění jejich neslučitelnosti s právem EU. Zejména je namístě otázka, zda se i na tyto dohody uplatní závěry rozsudků vydaných v řízeních *Komise proti Rakousku*, *Komise proti Švédsku* a *Komise proti Finsku*. Je nutno připomenout, že porušení práva EU bylo v těchto případech shledáno v tom, že žalované členské státy nepřijaly vhodná opatření k odstranění neslučitelnosti týkajících se ustanovení o převodech plateb ve svých DPOI. Tím členské státy nesplnily svojí povinnost, která jim vyplývala z ustanovení článku 351 pododstavce 2 SFEU. Jak bylo uvedeno výše, článek 351 SFEU se ovšem na povstupové DPOI členských států vůbec neuplatní. To by potenciálně mohlo mít poněkud paradoxní důsledky – zatímco členské státy, které své DPOI uzavřely před vstupem do EU, by měly povinnost tyto smlouvy buď uvést do souladu s právem EU, nebo jejich platnost ukončit, členské státy, které takové dohody uzavřely již jako členové EU, by tuto povinnost neměly.

Do určité míry tomu nahrává i to, že jedním z důvodů, proč SDEU v řízeních proti Rakousku, Švédsku a Finsku shledal předvstupové DPOI neslučitelnými s právem EU, byla ochrana, kterou těmto dohodám poskytuje článek 351 pododstavec 1 SFEU. Lze připomenout, že soud poukázal především na možné ohrožení efektivity omezujících opatření přijímaných Radou, která je podmíněné tím, že taková opatření budou implementována všemi členskými státy okamžitě po jejich přijetí. Zatímco předvstupové DPOI by členským státům umožnily, aby se na základě článku 351 pododstavce 1 povinnosti implementovat omezující opatření Rady legálně vyhnuly, u povstupových DPOI, které uvedeným ustanovením chráněny nejsou, to neplatí. Jinými slovy, členský stát by musel bez ohledu na své závazky vůči třetí zemi z povstupové DPOI implementovat vůči této zemi omezující opatření přijatá Radou, v opačném případě by se dopustil porušení práva EU. Potenciální rozpory ustanovení DPOI o volném převodu plateb ve smyslu rozsudků ve věcech *Komise proti Rakousku*, *Švédsku* a *Finsku* se tedy u povstupových DPOI projevují s jinou (menší) intenzitou, než u DPOI předvstupových.

Znamená to tedy, že členské státy nejsou, na rozdíl od předvstupových DPOI, povinny stejným způsobem upravit či vypovědět své inkompatibilní povstupové DPOI? Takovému závěru nelze přisvědčit. V rozsudcích ve věcech *Komise proti Rakousku*, *Švédsku* a *Finsku* se SDEU zabýval konkrétními žalobami Komise týkajícími se konkrétních předvstupových DPOI, z nichž všechny spadaly do působnosti článku 351 SFEU. Z toho, že argumentace použitá soudem přesně nepasuje na DPOI povstupové, nelze automaticky dovozovat, že tyto dohody jsou s právem EU kompatibilní. Několik argumentů naopak nasvědčuje tomu, že za inkompatibilní s právem EU lze považovat i ustanovení o volném převodu kapitálu v DPOI postupových.

V případě přijetí omezujícího opatření ze strany Rady by byl členský stát postaven před volbu, zda poruší své mezinárodní závazky z práva EU. Takový stav nejistoty lze z pohledu práva EU jen stěží akceptovat.⁸⁸¹ Jak upozorňuje Koutrakos, v tomto případě lze shledávat určitou analogii s konstantní judikaturou SDEU v oblasti vnitřního trhu v rozhodnutích o žalobách Komise na členské státy ohledně inkompatibilní vnitrostátní legislativy, kde bylo soudem opakovaně shledáno, že udržování inkompatibilní vnitrostátní legislativy v platnosti, přestože se vzhledem k přednosti přímo použitelných ustanovení práva EU neaplikuje, vytváří nejasný stav (*ambiguous state of affairs*) a způsobuje právní nejistotu, kterou nelze tolerovat.⁸⁸²

⁸⁸¹ Koutrakos, pozn. 858, s. 2070.

⁸⁸² Case 167/73, *Commission v. France* [1974] ECR 359; Case 74/86 *Commission v. Germany* [1988] ECR 2139;

Dále lze poukázat na rozsudky *Open Skies*, například na rozsudek týkající se povstupové smlouvy o letecké přepravě uzavřené mezi Spojeným královstvím a USA, jejíž ustanovení o vlastnictví a kontrole leteckých přepravců bylo shledáno jako neslučitelné s článkem 49 SFEU o svobodě usazování. Příslušné ustanovení fakticky umožňovalo USA diskriminovat mezi leteckými přepravci usazenými ve Spojeném království, kteří jsou vlastněni nebo kontrolováni příslušníky jiných členských států EU. Naplnění hrozby rozdílného zacházení záviselo na faktickém jednání USA, tedy třetí země, která není vázána Zakládajícími smlouvami. Soud ovšem odmítl argument, že přímým zdrojem diskriminace bylo možné jednání USA. Tímto zdrojem bylo příslušné ustanovení dohody *Open Skies*, které takové jednání USA výslovně umožňovalo.⁸⁸³ Uvedená mezinárodní smlouva byla shledána inkompatibilní s právem EU, přestože se na ní nevztahovala ochrana článku 351 SFEU.

Konečně by mělo být obecným východiskem, že členský stát, který převzal inkompatibilní mezinárodní závazek již jako člen EU, by neměl být ve výhodnější pozici, než členský stát, který takový závazek převzal ještě před svým vstupem do EU. V rozsudku ve věci *Komise proti Finsku* sice soud obranu Finska, založenou na podobném argumentu, tedy že vyhověním žalobě bude Finsko znevýhodněno vůči jiným členským státům, zamítl.⁸⁸⁴ Nicméně v jiném kontextu, tento argument dává smysl. Článek 351 SFEU je výrazem určitého privilegovaného postavení předvstupových mezinárodních smluv členských států v rámci právního řádu EU. Bylo by zřejmě poněkud absurdní, pokud by byly v jeho důsledku více zatíženy členské státy, jejichž mezinárodní závazky se staly inkompatibilními až v důsledku jejich vstupu do EU, než ty členské státy, které stejné inkompatibilní závazky převzaly jako členové EU.

Lze tedy uzavřít, že rovněž u povstupových DPOI uzavřených členskými státy s třetími zeměmi existuje povinnost členských států odstranit neslučitelnosti těchto dohod s právem EU obdobně, jak SDEU dovedl v rozsudcích ve věcech *Komise proti Rakousku, Švédsku a Finsku*. Tato povinnost se ovšem nezakládá na článku 351 pododstavci 2 SFEU, ale na povinnosti členských států k loajální spolupráci podle článku 4(3) SEU.⁸⁸⁵

4.4 LISABONSKÁ SMLOUVA, VÝLUČNÁ PRAVOMOC UNIE A DALŠÍ OSUD EXISTUJÍCÍCH DPOI

4.4.1 Nová výlučná pravomoc EU a existující DPOI členských států

Se vstupem Lisabonské smlouvy v platnost a výslovným rozšířením společné obchodní politiky o přímé zahraniční investice získala Evropská unie v této oblasti výlučnou vnější pravomoc. Tato skutečnost má samozřejmě závažné důsledky nejen pro pravomoci členských států v této oblasti, ale i pro jejich existující DPOI s třetími zeměmi. SFEU v článku 2(1) nově výslovně stanovuje, jaké jsou důsledky existence výlučné pravomoci Unie:

odst. 10; Case C-358/98 *Commission v. Italy* [2000] ECR I-1255, odst. 16-17; Case C-160/99, *Commission v. France* [2000] ECR I-6137, odst. 22; Case C-487/04, *Commission v. Italy* [2006] ECR I-85*, odst. 33; Case C-522/04, *Commission v. Belgium* [2007] ECR I-5701, odst. 70; Case C-214/04, *Commission v. Italy* [2007] ECR I-3475, odst. 13.

⁸⁸³ Case C-466/98, *Commission v. United Kingdom* [2002] ECR I-9427, odst. 51.

⁸⁸⁴ C-118/07, *Commission v. Finland*, odst. 44-47.

⁸⁸⁵ *Pache, Bieltz*, pozn. 806, s. 337-338.

Svěřují-li v určité oblasti Smlouvy Unii výlučnou pravomoc, může pouze Unie vytvářet a přijímat právně závazné akty a členské státy tak mohou činit pouze tehdy, jsou-li k tomu Uní zmocněny nebo provádějí-li akty Unie.

Prvním důsledkem existence výlučné vnější pravomoci Unie v oblasti přímých zahraničních investic pro členské státy je, že již více nemohou uzavírat nové DPOI s třetími zeměmi. I když o přesném obsahu nové pravomoci Unie v oblasti investic jsou vedeny diskuse a dosud není jisté, zda výlučná vnější pravomoc Unie pokrývá celý typický obsah DPOI, je zřejmé, že pokrývá alespoň jeho podstatnou část. Samostatné jednání členských států v této oblasti je tedy vyloučeno, neboť by bylo v rozporu s výlučnou pravomocí Unie. Výjimku představují pouze případy, kdy Unie členský stát k samostatnému jednání v dané záležitosti výslovně zmocní.

Jinou otázkou je další osud existujících DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost. Z pohledu mezinárodního práva se nadále jedná o platné a aplikovatelné mezinárodní smlouvy. Jak bylo vysvětleno výše, z pohledu mezinárodního práva nemůže mít změna ve vymezení vnějších pravomocí mezi členskými státy a Uní na existenci a platnost těchto smluv žádný vliv, neboť taková skutečnost představuje z pohledu třetí země *res inter alios acta*.

Status těchto dohod v rámci práva EU již tak zřejmý není. Pomineme-li předchozí diskuse o dílčích neslučitelnostech, uzavření těchto dohod bylo v době, kdy k němu došlo, v souladu s rozdělením pravomocí mezi členské státy a Unii (resp. Společenství). Jak bylo blíže rozvedeno v části 4.2.2, v judikatuře SDEU existuje spíše tendence posuzovat takové rozpory mezinárodních smluv členských států s právem EU stejně, jako jakékoli jiné rozpory. Podle takového výkladu členské státy tudíž neomlouvají ani fakt, že vznik neslučitelností jejich mezinárodních smluv s právem EU byl způsoben změnou primárního práva. Tento výklad ovšem v literatuře není přijímán jednoznačně. Podle některých autorů, kteří se v nedávné době zabývali dalším osudem existujících DPOI členských států, lze změnu primárního práva považovat za tak výjimečnou okolnost, která odůvodňuje analogickou aplikaci článku 351 SFEU.⁸⁸⁶

Z praktického pohledu ovšem nastíněné úvahy nejsou příliš podstatné. Již v rámci akademických diskusí vedených před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se předpokládalo, že by EU měla pro existující DPOI členských států s třetími zeměmi zavést určitý typ přechodného režimu (*grandfather regime*), který by umožnil zachování platnosti těchto dohod do doby, než budou nahrazeny dohodami uzavíranými EU.⁸⁸⁷ Bylo totiž zřejmé,

⁸⁸⁶ K analogické aplikaci článku 351 SFEU se přiklání např. *Tietje, Ch.* Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon. In: *Tietje, Ch., Kraft, G.* (Hrsg.). Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2009, Heft 83, s. 17-18; dále *Terhechte, J.* Art. 351 TFEU, the Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States' Bilateral Investment Treaties. In: *Bungenberg, M., Griebel, J.,* (eds.). International Investment Law and EU law. Heidelberg: Springer, 2011, s. 85. *Bischoff* dokonce uvádí, že v tomto případě ani není potřeba zaplňovat mezeru v Zakládajících smlouvách analogií s článkem 351 SFEU, neboť podle něj EU nemůže působit újmu mezinárodněprávním závazkům členských států, do které byly převzaty v souladu s právem, a to s poukazem na zásadu loajality podle článku 4(3) SEU (*Bischoff, J.* Just a Little Bit of "Mixity"? The EU's Role in the Field of International Investment Protection Law. *Common Market Law Review.* 2011, 48(5), s. 1548). Jiný názor vyjádřil ještě v roce 2005 *J. Ceyssens*. Dle něj neslučitelnost ve smyslu dnešního článku 351 SFEU nemůže spočívat jen ve ztrátě pravomoci členských států uzavírat určitý druh mezinárodních dohod. Rozšíření společné obchodní politiky o přímé zahraniční investice by tak dle něj neměla na existující dohody členských států žádný vliv. *Srov. Ceyssens, J.* Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution. *Legal Issues Of Economic Integration.* 2005, 32(3), s. s. 288.

⁸⁸⁷ *Tietje*, pozn. 886, s. 18; *Bungenberg, M.* Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon. *European Yearbook of International Economic Law.* 2010, Vol. 1., s. 146.

že diskuse o podobě budoucí politiky EU v oblasti zahraničních investic, a zejména skutečné uzavírání nových unijních investičních dohod s třetími zeměmi, si vyžádá mnoho času. Vynucený rozvrat existující sítě dvoustranných DPOI uzavřených členskými státy bez adekvátní náhrady by byl z mnoha důvodů nežádoucí. V první řadě by takový krok přinesl zcela zbytečnou nejistotu a nestabilitu. Snížila by se úroveň ochrany investorů z členských států EU v zahraničí, zejména ve státech s méně rozvinutým právním systémem. Dále by se jednalo o negativní signál směrem k investorům z třetích zemí v EU – byť je vliv DPOI na atraktivitu podnikatelského prostředí v EU mnohdy zjevně přeceňován, ukončení platnosti těchto dohod bez náhrady by EU a jejím členským státům důvěryhodnosti v očích zahraničních investorů jistě nepřidalo. Rozsáhlá revize smluvních vztahů a jednostranné ukončování existujících dohod z ryze vnitřních institucionálních důvodů by též mohlo významně poškodit důvěryhodnost členských států i celé EU jako smluvního partnera pro třetí země. Zavedení určitého zachovávajícího režimu, který by zajistil plynulý přechod od DPOI členských států k dohodám unijním, se tedy jevílo jako nezbytné.⁸⁸⁸

Nadto lze poznamenat, že i efektivita postupu spočívajícího ve vynuceném ukončování existujících DPOI by byla sporná. DPOI zpravidla připouštějí možnost jednostranné výpovědi jednou ze smluvních stran. Pro tento případ ovšem většina dohod obsahuje ustanovení, podle kterého je investicím existujícím v době ukončení platnosti dohody poskytována ochrana podle ukončené DPOI ještě poměrně dlouhou dobu poté, zpravidla v rozmezí 10 až 20 let (někdy se hovoří o tzv. *sunset clause*).⁸⁸⁹

Komise si těchto okolností pochopitelně byla vědoma. V létě 2010, tedy krátce po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost, představila svůj návrh řešení pro existující DPOI členských států s třetími zeměmi formou návrhu nařízení, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.⁸⁹⁰

4.4.2 Přechodný režim pro existující DPOI s třetími zeměmi – nařízení č. 1219/2012

V názoru, že existující DPOI s třetími zeměmi je nutno podrobit režimu, který by zaručil jejich pokračující platnost a použitelnost, panovala mezi Komisí a členskými státy shoda. V názorech na konkrétní podobu tohoto režimu se ovšem názory jednotlivých aktérů rozcházely. Výsledná podoba nařízení Rady, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi, které bylo přijato dne 12. prosince 2012 pod č. 1219/2012, se od jeho původní předlohy v některých podstatných ohledech liší. Proto je užitečné si ve stručnosti přiblížit jeho legislativní historii, která názorně ukazuje odlišné postoje Komise a členských států.

⁸⁸⁸ Není bez zajímavosti, že německý Ústavní soud se ve svém známém rozsudku k Lisabonské smlouvě zabýval rovněž novou pravomocí Unie v oblasti přímých zahraničních investic. Jednak dospěl k závěru, že vzhledem k absenci pravomoci pro portfoliové investice budou unijní investiční dohody uzavírány jako smíšené smlouvy. Dále uvedl, že přesun pravomoci se nedotkne existujících dohod o ochraně investic členských států vzhledem k nepřímé aplikaci článku 351 pododst. 1 SFEU, a vyslovil předpoklad, že jejich pokračující platnost bude ze strany EU potvrzena například rozhodnutím Rady (srov. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08, odst. 377-380). Němečtí komentátoři tuto pasáž interpretovali jako omezení podmiňující souhlas Ústavního soudu s ratifikací Lisabonské smlouvy, jehož nerespektování by mohlo vést k rozporu opatření přijatých Uníí na základě Lisabonské smlouvy se Základním zákonem SRN a tudíž k jejich neaplikovatelnosti ve vztahu k Německu. Srov. *Terhechte*, pozn. 886, s. 92.

⁸⁸⁹ Tuto ochrannou dobu lze vyloučit pouze v případě, že by k ukončení DPOI došlo na základě dohody obou smluvních stran.

⁸⁹⁰ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. KOM(2010)344 v konečném znění, 7. července 2010.

(i.) *Návrh nařízení Komise a povolovací princip*

Návrh nařízení, publikovaný pod číslem KOM(2010)344 v konečném znění, byl zveřejněn současně s programovým dokumentem „Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice“,⁸⁹¹ blíže rozebíraným v části 3.6.3 této práce. Oba dokumenty společně tvořily balík, který měl přiblížit představy Komise o budoucí politice EU v oblasti zahraničních investic a zároveň o dalším osudu existujících DPOI členských států s třetími zeměmi. Komise tyto dokumenty, vcelku pochopitelně, pojala jako příležitost ke zvýraznění budoucí role EU v této oblasti, zejména zdůrazňováním výlučného charakteru nové pravomoci Unie. Tento přístup se promítl i do návrhu řešení pro existující dohody členských států. Návrh nařízení obsahoval mnoho prvků, které možná až přespříliš akcentovaly podmíněnost jejich další existence, a Komisi přiznával příliš velkou faktickou moc na úkor členských států.

Navrhované nařízení mělo dle důvodové zprávy poskytnout investorům z EU i ze třetích zemí, kteří podléhají podmínkám existujících DPOI, výslovnou záruku právní jistoty. Komise v důvodové zprávě výslovně uznala, že tyto dohody podle mezinárodního práva veřejného zůstávají pro členské státy i nadále závazné, ovšem vzhledem ke vstupu Lisabonské smlouvy v platnost by měla být jejich existence, a závazky v nich obsažené, řešena z perspektivy výlučné pravomoci EU v oblasti přímých zahraničních investic. Nařízení mělo zachovat *status quo* a nabídnout přechodné řešení tím, že povolí pokračování existence dvoustranných dohod týkajících se investic uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi. Hlavním cílem nařízení bylo dle Komise předejít značně negativnímu scénáři, kterým by byla potenciální eroze práv a výhod, které jsou pro investory a investice k dispozici podle existujících mezinárodních dohod o investicích.⁸⁹²

Původní návrh Komise byl postaven na koncepci, že při splnění podmínek uvedených v nařízení bude členským státům povoleno zachovat v platnosti (*member states are authorized to maintain in force*) jejich dvoustranné DPOI s třetími zeměmi (článek 1). Již tento samotný základní princip, totiž že další existence DPOI by měla podléhat povolení Komise, se stal terčem kritiky a předmětem sporu mezi Komisí a členskými státy. Členské státy měly Komisi notifikovat své existující dohody v krátké lhůtě třiceti dnů od vstupu nařízení v platnost (článek 2). U takto oznámených dohod se mělo mít za to, že jejich zachování v platnosti je povoleno (*Member States are authorized to maintain in force bilateral agreements relating to investment*) (článek 3). Nicméně povolení k zachování v platnosti se týkalo jen neslučitelnosti vyplývající z konkurující výlučné pravomoci Unie. Netýkalo se jiných neslučitelností, tj. takových, jaké byly například předmětem řízení Komise proti Rakousku, Švédsku a Finsku (viz část 4.3.2). Návrh upravoval postup, kterým mohla Komise povolení členskému státu odejmout. Důvody pro odejmutí povolení, stanovené článkem 6(1) návrhu nařízení, byly následující:

- a) dohoda je v rozporu s právem Unie, kromě nesouladu vyplývajícího z rozdělení pravomocí mezi Unií a jejími členskými státy; nebo
- b) dohoda se překrývá, zčásti nebo úplně, s platnou dohodou mezi Unií a příslušnou třetí zemí, přičemž tento konkrétní přesah není v posledně uvedené dohodě vyřešen; nebo
- c) dohoda představuje překážku pro tvorbu a provádění politik Unie týkajících se investic, zejména společné obchodní politiky; nebo

⁸⁹¹ Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů - Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice, KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010.

⁸⁹² Návrh nařízení, pozn. 890, důvodová zpráva, s. 2-3.

- d) Rada nepřijala rozhodnutí o povolení zahájit jednání o smlouvě, která se zčásti nebo úplně překrývá s dohodou oznámenou podle článku 2, do jednoho roku od předložení doporučení Komise podle čl. 218 odst. 3 Smlouvy.

Návrh nařízení ve znění prezentovaném Komisí se obecně setkal s poměrně velkou nevolí členských států i některých akademiků. V tuzemské literatuře například zazněla výtka, že EU nemůže ani prostřednictvím své existující pravomoci v určité oblasti rozhodovat o tom, zda je některý stávající závazek členského státu z pohledu mezinárodního práva platný či nikoliv.⁸⁹³ Proti tomu lze ovšem namítat, že návrh nařízení takovou ambici ani neměl. Komise v důvodové zprávě výslovně uvedla, že z pohledu mezinárodního práva se nadále jedná o platné mezinárodní smlouvy a nařízení má řešit jen otázku konfliktu těchto dohod s vnějšími pravomocemi Unie. Povolení k zachování v platnosti mělo mít nepochybně účinky pouze dovnitř Unie. Pokud by existující DPOI nebyly příslušným způsobem „povoleny“ (příčemž takové povolení lze považovat za určitou dobu zmocnění ve smyslu článku 2(1) SFEU), byly by v rozporu s výlučnou vnější pravomocí Unie a povinností členských států vyplývající z práva EU by bylo ukončit jejich platnost (aniž by tím byla *per se* dotčena jejich platnost z pohledu mezinárodního práva).

Jako závažný problém se ovšem ukázala konkrétní podoba navrhovaného povolovacího systému, a to především z hlediska politického. Členské státy jen těžce nesly, že by ono „povolení k zachování v platnosti“ mělo být plně v rukou Komise, která by měla možnost toto povolení na základě široce formulovaných důvodů odejmout. Podle původního návrhu by Komise měla možnost odejmout povolení kdykoli, pokud by shledala, že příslušná DPOI členského státu je v rozporu s právem EU, aniž by se musela, jako doposud, obracet na SDEU, což by podle některých komentátorů Komisi fakticky poskytlo ohledně těchto dohod právo veta.⁸⁹⁴

Kritice byly podrobeny i další důvody pro odnětí povolení. Důvod uvedený v článku 6(1)(b) návrhu nařízení (obsahový konflikt s unijní investiční dohodou) je možno považovat za pouze hypotetický, neboť lze očekávat, že dohody uzavírané Uníi budou svůj vztah vůči existujícím věcně a obsahově konkurujícím dohodám členských států explicitně řešit, aniž by bylo za tímto účelem nutno odnímat povolení k jejich zachování v platnosti. Zato důvody uvedené v článku 6(1) pod písmeny c) a d) návrhu nařízení se setkaly s otevřeným nesouhlasem. Důvod uvedený pod písmenem c) byl kritizován jako příliš vágní. Označení „překážka pro tvorbu a provádění politik Unie týkajících se investic“ totiž v praxi může znamenat ledacos. I u tohoto důvodu tedy existovala obava, že by v něm Komise získala „bianco šek“, který by jí umožnil vyvíjet nátlak na členské státy.⁸⁹⁵ Vágnost tohoto důvodu kritizoval i zpravodaj Výboru pro mezinárodní obchod Evropského parlamentu, který navrhoval toto ustanovení zúžit na případy, kdy daná dohoda představuje závažnou překážku uzavření budoucích dohod s danou třetí zemí.⁸⁹⁶

Zvláštní pozornost pak zasluhuje důvod uvedený pod písmenem d), podle kterého mělo být možné povolení odejmout v případě nečinnosti Rady ohledně zmocnění Komise ke sjednání nové dohody s třetím státem týkající se investic, a to po dobu jednoho roku. Smysl tohoto

⁸⁹³ Bělohávek, A. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010, s. 235.

⁸⁹⁴ Lavranos, pozn. 864, s. 294.

⁸⁹⁵ Srov. Bischoff, pozn. 886, s. 1554.

⁸⁹⁶ Výbor pro mezinárodní obchod: Zpráva o návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Zpravodaj: Schlyter, C., 15. dubna 2011.

ustanovení lze spatřovat ve snaze zabránit situaci, kdy by členské státy prostřednictvím Rady bránily Komisi v tvorbě a rozvíjení společné politiky v oblasti zahraničních investic tím, že by jí odmítly udělit zmocnění k sjednávání nových investičních dohod s třetími zeměmi, čímž by zároveň mohly prodlužovat životnost vlastních DPOI. Ustanovení písmene d) tak mělo poskytnout Komisi poměrně účinný nástroj vůči Radě – pokud by Rada nezmocnila Komisi ke sjednání nové dohody do jednoho roku poté, co od ní obdržela příslušné doporučení, mohla by Komise odejmout povolení platnosti všem existujícím DPOI, které uzavřely členské státy s příslušným třetím státem. Například N. Lavranos označil uvedené ustanovení jako „vyděračskou klauzuli“, neboť Komisi umožňovalo „potrestat“ členské státy za to, že jí prostřednictvím Rady neudělí požadovaný mandát. Jak uvedl tento autor (mimoходом v té době představitel nizozemského ministerstva hospodářství), takové vychýlení institucionální rovnováhy při udělování mandátů ke sjednávání mezinárodních smluv ve prospěch Komise prostřednictvím sekundární legislativy nemělo žádnou oporu v Zakládajících smlouvách a bylo pro členské státy nepřijatelné.⁸⁹⁷

Vzhledem k nepředvídatelnosti, s jakou mohla Komise odnímat povolení, byl návrh kritizován za to, že právní jistota, kterou poskytuje investorům, je velmi omezená, resp. dle některých autorů dokonce právní jistotu ohledně existujících DPOI snižoval.⁸⁹⁸ Členské státy proto místo povolovacího systému prosazovaly systém „nahrazovací“, v rámci kterého by platnost existujících DPOI členských států byla ukončována až poté, co budou tyto dohody ve vztahu k příslušné třetí zemi nahrazeny dohodami unijními, které budou, alespoň dle přání Rady a některých autorů, zaručovat alespoň stejnou úroveň ochrany investorů, jako nahrazované dohody.⁸⁹⁹ V návaznosti na projednávání návrhu Komise, Radou a Parlamentem, v důsledku kterého se legislativní proces natáhl na více než dva roky, bylo výsledné kompromisní řešení přijato dne 12. prosince 2012 jako Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1219/2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Nařízení vstoupilo v platnost dne 9. ledna 2013.

(ii.) *Nařízení Rady č. 1219/2012*

Nařízení oproti původnímu návrhu Komise změkčuje podmínky pro možnost zachování existujících DPOI v platnosti ve prospěch členských států. Nařízení zejména opustilo povolovací systém původního návrhu Komise. K zachování platnosti dohody bude postačovat její oznámení Komisi (aniž by nařízení v tomto směru hovořilo o povolení). Článek 3 nařízení (Zachování v platnosti) to vyjadřuje následovně:

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 Unií a stejnou třetí zemí.

⁸⁹⁷ Lavranos, pozn. 864, s. 296.

⁸⁹⁸ Bischoff, pozn. 886, s. 1558-1559; Lavranos, pozn. 864, s. 294.

⁸⁹⁹ Lavranos, pozn. 864, s. 294-295 Srov. též Závěry Rady k ucelené evropské mezinárodní investiční politice ze dne 25. října 2010, bod č. 9: „s ohledem na skutečnost, že hlavním zdrojem ochrany a právní jistoty evropského investora v zahraničí až dosud jsou dvoustranné dohody o investicích, které členské státy uzavřely se třetími zeměmi, ZDŮRAŽŇUJE, že nový právní rámec by neměl mít negativní vliv na ochranu investorů a záruky, jichž investoři požívají na základě stávajících dohod. Tato priorita musí být v nařízení, jež má být přijato za účelem stanovení přechodných opatření pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi, splněna. V souladu s článkem 351 Smlouvy o fungování Evropské unie by dvoustranné dohody o investicích uzavřené členskými státy měly ochranu a právní jistotu investorům poskytovat i nadále, dokud nebudou nahrazeny alespoň stejně účinnými dohodami EU.“

Povolení Komise bude vyžadováno, v souladu s původním návrhem, jen pro změny existujících DPOI a pro uzavírání dohod nových. Nařízení dále obsahuje celou řadu více či méně významných formulačních změn, v jejichž důsledku je jeho výsledné znění příznivější pro členské státy.

Změna koncepce se promítla již ve vymezení předmětu nařízení. Zatímco podle původního návrhu mělo nařízení upravovat podmínky a postup, podle nichž se členským státům povoluje zachovat v platnosti dvoustranné dohody týkající se investic, nové znění článku 1(1) nařízení jednoduše hovoří o tom, že nařízení upravuje status dvoustranných dohod o investicích členských států podle práva Unie a stanoví podmínky a postupy, podle nichž jsou členské státy oprávněny měnit nebo uzavírat dvoustranné dohody o investicích. Na rozdíl od původního návrhu obsahuje nařízení, patrně za účelem vyloučení případných pochybností, vlastní definici dvoustranné dohody o investicích.⁹⁰⁰ Tou se pro účely nařízení rozumí jakákoliv dohoda se třetí zemí, která obsahuje ustanovení o ochraně investic, přičemž je dále výslovně stanoveno, že toto nařízení se vztahuje pouze na ta ustanovení dvoustranných dohod o investicích, která se týkají ochrany investic.

Článek 2 nařízení uložil členským státům do 8. února 2013 oznámit Komisi veškeré dvoustranné dohody o investicích se třetími zeměmi podepsané před 1. prosincem 2009, které si členské státy přejí zachovat v platnosti. Pokud byla dohoda podepsána před 1. prosincem 2009, ale ještě nevstoupila v platnost, získá povolení ke vstupu v platnost za stejných podmínek jako jiné notifikované dohody (tedy automaticky). Nově přistupující státy musí oznamovací povinnost splnit do 30 dnů od svého vstupu do EU. Dle článku 3 nařízení mohou být oznámené dohody zachovány v platnosti (popř. mohou vstoupit v platnost) v souladu se SFEU, a to až do doby, než vstoupí v platnost dvoustranná dohoda o investicích (čímž je bezesporu myšlena i dohoda o volném obchodu obsahující investiční kapitolu) mezi Uníí a stejnou třetí zemí. Nařízení tedy zavádí „nahrazovací“ princip, po kterém volaly členské státy. Nejedná se pouze o změnu ve formulaci, jak by se na první pohled mohlo zdát. To, že oznámené dohody nepodléhají povolení Komise (jakkoli mělo být dle původního návrhu toto povolení uděleno automaticky všem oznámeným dohodám), totiž zároveň znamená, že Komise nebude mít možnost u těchto dohod povolení k zachování v platnosti členským státům odnímat. Platnost existujících DPOI (resp., lépe řečeno, neexistence rozporu s výlučnou vnější pravomocí EU) by měla být zachována až do doby, než Unie s příslušnou třetí zemí uzavře novou dohodu, která bude splňovat definici „dvoustranné dohody o investicích“, tj. bude obsahovat ustanovení o ochraně investic.

V této souvislosti je vhodné zaměřit se blíže na otázku řešení případných rozporů mezi DPOI členských států a právem EU, které nevyplývají z rozdělení kompetencí (např. pokud jde o ustanovení DPOI týkající se převodů plateb, které SDEU označil za inkompatibilní s právem EU již před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost). Zatímco návrh nařízení v těchto případech Komisi opravňoval k odejmutí povolení k zachování dohody v platnosti, nařízení se těmito situacemi (alespoň na první pohled) výslovně nezabývá. Je ovšem nutno zdůraznit, že nařízení tím takové neslučitelnosti nelegalizuje. Nařízení adresuje pouze rozpory DPOI členských států s ustanovením článku 207(1) SFEU. Rozsah autorizace, která je udělena členským státům, je tak omezena na rozpory týkající se rozdělení pravomocí mezi členské státy a Uníí a jiných eventuálních rozporů se netýká.⁹⁰¹ I kdyby tento závěr bylo možné bez dalšího dovodit z povahy věci, na tyto situace zřejmě výslovně míří článek 3 nařízení, který poněkud nenápadně, ale jistě ne náhodou stanovuje, že oznámené dohody mohou být zachovány

⁹⁰⁰ Návrh nařízení pracoval s blíže nespecifikovaným pojmem „dohoda týkající se investic“.

⁹⁰¹ Srov. *Bischoff*, pozn. 886, s. 1552-1553.

v platnosti „aniž jsou dotčeny jiné povinnosti členských států podle práva Unie.“ Rozdíl oproti původnímu návrhu je ten, že Komise nebude moci z důvodu takových rozporů přistoupit k jednostrannému odnětí povolení k zachování dohody v platnosti. Bude ovšem moci vůči členským státům činit jiné standardní kroky předpokládané Zakládajícími smlouvami, zejména bude moci členský stát žalovat u SDEU pro porušení práva EU v řízení podle článku 258 SFEU.⁹⁰²

I když nařízení nezachovává obecnou možnost Komise jednostranně odjímat povolení k platnosti investičních dohod členských států, zejména s ohledem na předpokládané budoucí nahrazování těchto dohod dohodami unijními zakotvuje modifikovaný mechanismus, který by měl předejít situacím, kdy by existující dohody bránily rozvoji politiky EU v oblasti zahraničních investic. Články 5 a 6 nařízení se vztahují na situace, kdy by existující DPOI členských států, popř. některá jejich ustanovení, představovaly „závažnou překážku pro jednání Unie o dvoustranných dohodách o investicích se třetími zeměmi nebo pro jejich uzavření.“ Členské státy jsou povinny přijmout jakákoli vhodná opatření pro zajištění toho, aby ustanovení existujících dohod takovou závažnou překážku nepředstavovala. Pokud Komise shledá existenci takové překážky, nařízení předpokládá konzultace mezi Komisí a dotčeným členským státem, a to po dobu nejvýše 90 dnů. Do 60 dnů od ukončení konzultací pak Komise může určit vhodná opatření, která by měl dotčený členský stát přijmout k odstranění příslušných překážek (aniž by ovšem tato opatření byla blíže specifikována). Nařízení tedy zachovává možnost Komise přijmout jednostranná opatření vůči členskému státu, ovšem v podstatně úžeji vymezených případech. Z původního návrhu byl uvedenými ustanoveními do nařízení v modifikované podobě převzat důvod pro odejmutí povolení podle článku 6(1)(c) původního návrhu, byť je formulován mnohem restriktivněji. Obecně lze jen spekulovat, co všechno by mohlo představovat onu „závažnou překážku pro jednání Unie o dvoustranných dohodách o investicích se třetími zeměmi nebo pro jejich uzavření.“ V rovině hypotetických úvah si aplikovatelnost článku 6 nejspíše lze představit v situacích, kdy by členský stát, v jehož silách by nebylo zabránit sjednání a uzavření nové unijní investiční dohody standardně hlasováním v Radě, uzavření takové dohody blokoval trváním na pokračující existenci své platné DPOI s příslušnou třetí zemí a odmítal by participovat na řešení, kterým by došlo k nahrazení této dohody dohodou unijní, čímž by Unii i příslušný třetí stát vystavil politicky i právně svízelné situaci. Zda by takový postoj členského státu opravdu představoval důvod pro postup podle článku 6 nařízení, a jaká „vhodná opatření“ by Komise byla oprávněna přijmout, ovšem lze jen těžko předjímat. Nicméně toto ustanovení zřejmě nelze interpretovat tak, že by byla Komise oprávněna „odejmout povolení“ k zachování platnosti příslušné DPOI, neboť status těchto dohod je nařízením založen *ex lege* a Komise jej, vzhledem k absenci výslovného zmocnění, nemůže jednostranně odejmout.

Článek 6 je patrně nutno vnímat jako kompromisní řešení. Být se členským státům v zásadě podařilo u existujících DPOI prosadit upuštění od koncepce odnímatelných povolení, není toto ustanovení v jeho současné „měkké“ podobě zcela bez významu. Jednak je zde jasně stanoveno, že stav, kdy by existující DPOI členských států představovaly překážku pro rozvoj politiky EU v oblasti zahraničních investic, není v souladu s právem a vyžaduje řešení. Tím je potvrzena koncepce režimu, který nařízení zavádí, jako režimu přechodného neboli dočasného, s předpokládaným postupným nahrazováním DPOI členských států dohodami unijními.

⁹⁰² Výslovně to uvádí bod 11 Preambule nařízení: „Po členských státech se požaduje, aby přijaly nezbytná opatření k odstranění případných nesrovnalostí s právem Unie ve dvoustranných dohodách o investicích uzavřených mezi nimi a třetími zeměmi. Prováděním tohoto nařízení není dotčeno použití článku 258 Smlouvy o fungování EU, pokud jde o nesplnění povinností členských států vyplývajících z práva Unie.“

Zároveň toto ustanovení poskytuje Komisi formální mechanismus, který jí umožní vyvinout na nespolupracující členský stát větší tlak.

Kapitola III. nařízení upravuje i možnost členských států existující DPOI měnit a uzavírat dohody nové. Možnost takového postupu je vázána na povolení Komise. V této části se nařízení inspirovalo obdobnými mechanismy, které byly zavedeny v oblasti justiční spolupráce v občanských věcech poté, co SDEU v *Posudku 1/03* k Luganské úmluvě rozhodl, že EU má výlučnou vnější pravomoc ve věcech, jež se týkají pravidel stanovených v Nařízení Brusel I.⁹⁰³ Úprava, která byla obsažena již v původním návrhu Komise, nevyvolala větší kontroverze,⁹⁰⁴ a byla převzata do konečné verze nařízení se změnami vesměs formulačního nebo zpřesňujícího charakteru.⁹⁰⁵

Procedura změn a uzavírání nových DPOI je pod kontrolou Komise a podléhá jejímu dvoustupňovému schválení. Povolení je třeba jednak k zahájení formálních jednání mezi členským státem a třetí zemí (článek 9), další povolení je pak vyžadováno pro podpis a uzavření dohody (článek 11). Komise musí být o obsahu a o průběhu jednání informována. Členský stát Komisi oznámí úmysl zahájit jednání s třetí zemí a poskytne jí všechny relevantní podklady (článek 8). Pokud Komise povolení udělí, musí jí členský stát informovat o pokroku a výsledcích jednání, přičemž Komise může požadovat i svou přímou účast na jednáních (článek 10). V rámci povolení k zahájení jednání může Komise též požadovat, aby členský stát do jednání s příslušnou třetí zemí zahrnul nebo z nich naopak vyloučil některá ustanovení, je-li to nezbytné k zajištění souladu s politikou Unie v oblasti zahraničních investic nebo slučitelnosti dohody s právem EU (článek 9(2)). Pokud požadavky Komise nebudou promítnuty do konečného textu, může to představovat důvod pro odeprání povolení k uzavření dohody (článek 11(4)).

Nejdůležitější otázkou v této souvislosti je, za jakých okolností Komise povolí změnu existující nebo sjednání nové DPOI. Je zřejmé, že možnost změny a eventuálně i uzavírání nových DPOI má v první řadě směřovat k odstraňování neslučitelností existujících DPOI s právem EU, které nejsou nařízením „zhojeny“. Zcela otevřeně to uvádí bod 12 preambule, které uvádí, že

povolení měnit nebo uzavírat dvoustranné dohody o investicích podle tohoto nařízení by zejména mělo členským státům umožnit řešení jakýchkoli nesrovnalostí mezi jejich dvoustrannými dohodami o investicích a právem Unie, pokud se jedná o jiné nesrovnalosti než vyplývající z rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy, které řeší toto nařízení.

Je ovšem dosti možné, že uzavírání nových DPOI nebude limitováno pouze na odstraňování neslučitelností. Lze očekávat, že vytváření sítě unijních investičních dohod bude jen pozvolné

⁹⁰³ Srov. návrh nařízení, pozn. 890, důvodová zpráva. Konkrétně se jedná o nařízení č. 662/2009, kterým se zřizuje postup pro sjednávání a uzavírání dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi ve zvláště vymezených věcech v oblasti práva rozhodného ve smluvních a mimosmluvních závazkových vztazích a nařízení č. 664/2009, kterým se zřizuje postup pro sjednávání a uzavírání dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi o příslušnosti, uznávání a výkonu rozsudků a rozhodnutí ve věcech manželských, věcech rodičovské zodpovědnosti a věcech vyživovacích povinností a o právu rozhodném ve věcech vyživovacích povinností.

⁹⁰⁴ Spíše ojedinělá kritika zazněla od Dimopoulose, podle kterého uzavírání nových DPOI členskými státy může negativně ovlivnit vytváření politiky EU v oblasti zahraničních investic, neboť členské státy budou zbaveny motivace ke spolupráci s Komisí a ke společnému uzavírání nových unijních investičních dohod. *Dimopoulos*, A. EU Foreign Investment Law. New York: Oxford University Press, 2011, s. 234.

⁹⁰⁵ Po takovém řešení volala i Rada ve svých závěrech k ucelené evropské investiční politice z roku 2010: „Rada volá po pragmatickém a realistickém přístupu, spočívajícího v zavedení právního rámce, který členské státy zmocní ke sjednávání a uzavírání dvoustranných dohod o investicích s třetími zeměmi, u nichž se v nejbližší době nepočítá s uzavřením dohody unijní. Procedury upravené tímto právním rámcem by měly být jednoduché, rychlé a efektivní a měly by být vedeny členskými státy a komisí v duchu dobré spolupráce.“

a bude se v počátcích orientovat především na země, které představují významné partnery z pohledu celé EU.⁹⁰⁶ Jednotlivé členské státy by naopak samostatně mohly efektivněji vyplňovat pocíťované geografické mezery ve vztahu k zemím, které jsou z pohledu celé Unie méně významné. Možnost členských států nadále samostatně uzavírat DPOI s třetími zeměmi v zásadě podle potřeby a vhodnosti by jistě umožnila flexibilnější evropskou investiční politiku, definovanou aktuálními potřebami a zájmy jak na úrovni Unie, tak na úrovni jednotlivých členských států, nicméně otázkou je dopad takové praxe do koherence politiky EU v oblasti zahraničních investic.

Text nařízení, ani důvodová zpráva k návrhu, se k okruhu jiných situací, v nichž by členským státům bylo umožněno uzavírat nové DPOI, přímo nevyjadřují (vyjma deklarovaného účelu odstraňovat existující neslučitelnosti s právem EU). Důležité v tomto ohledu ovšem je, jak jsou definovány důvody, pro které může Komise udělení povolení odmítnout. Tyto důvody, uvedené v článku 9(1) nařízení, jsou stejné pro povolení k zahájení formálních jednání, tak i k povolení k podpisu a uzavření dohody (odkazem v článku 11(4) nařízení). Komise povolení udělí, pokud nedospěje k závěru, že by zahájení jednání (event. podpis a uzavření dohody):

- a) bylo v rozporu s právem EU v rozsahu větším, než představují nesrovnalosti vyplývající z rozdělení pravomocí mezi Unii a jejími členskými státy;
- b) bylo zbytečné, protože Komise podle článku 218(3) SFEU podala doporučení k zahájení jednání s dotčenou třetí zemí nebo se k podání takového doporučení rozhodla;
- c) nebylo v souladu se zásadami a cíli Unie pro vnější činnost vypracovanými v souladu s obecnými ustanoveními stanovenými v hlavě V kapitole 1 SFEU nebo
- d) představovalo závažnou překážku pro jednání Unie o dvoustranných dohodách o investicích s třetími zeměmi nebo pro jejich uzavření.

Seznam důvodů, pro které může Komise odmítnout udělení povolení, je zjevně taxativní, přičemž jednotlivé důvody jsou formulovány poměrně jednoznačně. Potenciálně široký výklad umožňuje víceméně pouze bod d). Otázka, co je závažnou překážkou pro jednání Unie o investičních dohodách nebo pro jejich uzavření, byla již diskutována výše (v konečné verzi nařízení bylo oproti původnímu návrhu přidáno slovo „závažné“). I když má Komise velkou míru kontroly nad možností členských států uzavírat nové smlouvy, nelze říci, že by Komise byla oprávněna povolení libovolně odepřít, neboť k tomu musí existovat jeden z výše uvedených důvodů. Možnost, že členské státy budou nadále samostatně uzavírat nové DPOI s některými třetími zeměmi, se v případě vstřícného postoje Komise může ukázat jako reálná. Nařízení předpokládá, že kapitola III. bude podléhat revizi. Ve zprávě, kterou Komise předloží Parlamentu a Radě v roce 2020, se mimo jiné vyjádří k potřebě dalšího uplatňování této kapitoly, přičemž může doporučit její změnu nebo pozastavení jejího používání, a to s připojením odpovídajícího legislativního návrhu (článek 15).

Nařízení dále řeší i otázku DPOI, které byly členskými státy podepsány v době mezi 1. prosincem 2009 a 9. lednem 2013, tedy v době určitého legislativního „vakua“, které trvalo od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost až do doby, než vstoupilo v platnost nařízení (článek 12). Tyto dohody Komise po jejich notifikaci posoudí podle výše uvedených kritérií, a pokud shledá, že příslušná dohoda je s těmito kritérii v souladu, udělí povolení k jejímu vstupu

⁹⁰⁶ Srov. Sdělení Komise (pozn. 891), podle kterého Komise v krátkodobém horizontu očekávala jednání s Kanadou, Indií, Singapurem a s uskupením Mercosur, zatímco v střednědobém horizontu Komise uvažovala o Číně a Rusku.

v platnost. V opačném případě členský stát neučiní žádné další kroky k jejímu uzavření a odvolá nebo zruší všechny kroky, které již byly podniknuty.

Nařízení konečně upravuje povinnost členských států informovat Komisi o jakýchkoli důležitých událostech týkajících se existujících DPOI, jakou jsou uskutečněné schůzky či vzniklé spory (článek 13). Za pozornost stojí především povinnost členského státu spolupracovat s Komisí při řešení případných investičních sporů podle těchto dohod (jak sporů vyvolaných členským státem, tak sporů vedených proti němu), která zahrnuje i případnou účast Komise na příslušných řízeních a postupech.

Za zmínku konečně stojí bod 15 preambule, který výslovně potvrzuje, že nařízení se nevztahuje na dohody o investicích mezi členskými státy (tj. na intra-unijní DPOI).

4.4.3 Vnější (extra-unijní) dimenze Dohody k Energetické chartě

V rámci této kapitoly je vhodné zmínit se alespoň v krátkosti o vnější (extra-unijní) dimenzi Dohody k Energetické chartě (ECT). Tato dimenze je odrazem skutečnosti, že stranami ECT jakožto mnohostranné mezinárodní smlouvy jsou jak všechny členské státy EU, tak některé třetí země. Na základě této dohody tedy mohou být mj. vedeny investiční spory investory z třetích zemí proti členskému státu EU a *vice versa*, investory z členských států EU proti třetím zemím, které jsou signatáři ECT. Není rovněž vyloučeno, že investiční spor bude veden investorem z třetí země přímo proti Unii samotné.

Lze konstatovat, že na rozdíl od dvoustranných DPOI členských států nevyvolává extra-unijní dimenze ECT srovnatelné problémy z pohledu kompatibility této dohody s právem EU. Hlavním důvodem je, že stranou ECT je rovněž EU samotná – z pohledu práva EU se jedná o smíšenou smlouvu. Ačkoli účast EU na mezinárodní smlouvě v obecné rovině nemůže zhojit jakýkoli druh případných rozporů takové smlouvy s právem EU, lze mít za to, že rozpory mezi DPOI členských států s třetími zeměmi a právem EU, o nichž byla řeč v rámci této kapitoly, jsou takové povahy, že v případě ECT je účast EU zhojí.

Zcela odpadá diskuse ohledně možných důsledků výlučné pravomoci Unie v oblasti přímých zahraničních investic. ECT je smíšená dohoda a paralelní účast Unie a členských států z pohledu vnějších pravomocí nevyvolává žádné potíže. Na ECT se tedy nevztahuje ani přechodný režim nařízení č. 1219/2012, neboť to vyplývá nejen z rozsahu jeho působnosti (dle článku 1 se nařízení vztahuje na dvoustranné dohody), ale vylučuje to i povaha věci.

Pokud jde o případné obsahové rozpory, i zde je situace ve srovnání s dvoustrannými DPOI uzavřenými členskými státy jiná. Zatímco například z hlediska možnosti Rady přijmout omezující opatření ve vztahu k pohybům kapitálu z a do třetích zemí nelze akceptovat, aby byla tato možnost jakkoli omezena mezinárodními závazky členských států vůči třetím zemím, z pohledu práva EU je naprosto v pořádku, pokud v tomto směru omezí sebe sama Unie formou uzavření mezinárodní smlouvy.⁹⁰⁷ Stejně tak z pohledu práva EU nelze shledávat problém v tom, pokud Unie a členské státy formou uzavření smíšené smlouvy s třetími zeměmi omezí své regulační pravomoci tím, že převezmou mezinárodní závazky garantující investorům z třetích zemí například řádné a spravedlivé zacházení nebo ochranu proti vyvlastnění.

⁹⁰⁷ Shodně např. *Elmansasberger, T.* Bilateral Investment Treaties and EU Law. *Common Market Law Review*. 2009, 46(2), s. 411-412. Někteří autoři to ovšem vidí jinak – srov. např. *Dimopoulos*, pozn. 878, s. 456-457; *Kleinheisterkamp, J.* Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty. *Journal of International Economic Law*. 2012, 15(1), s. 105-106.

V kontextu ECT je zajímavou i otázka rozdělení mezinárodní a finanční odpovědnosti za porušení práv investora z třetí země mezi Unii a členský stát, konkrétně zda se po účinnosti nařízení č. 912/2014 jeho režim použije i v případě investičních sporů zahájených investorem z třetí země proti EU nebo proti jejímu členskému státu. Aniž bychom se zde pouštěli do hlubších rozborů této otázky, postačí uvést, že lze jen obtížně hledat právní nebo praktický důvod, proč by tomu tak nemělo být. Režim zavedený uvedeným nařízením by se tak od jeho účinnosti měl uplatnit i na investiční spory vedené proti Unii, resp. proti členskému státu podle ECT investorem z třetí země.

Zcela odlišný příběh ovšem představuje intra-unijní dimenze ECT. O této problematice bude podrobně pojednáno v další kapitole.

V. INTRA-UNIJNÍ DOHODY O OCHRANĚ INVESTIC

5.1 INTRA-UNIJNÍ DPOI – MEZI POLITIKOU A PRÁVEM

5.1.1 *Žádoucí doplněk ochrany investorů nebo anomálie na vnitřním trhu?*

Vyvolávají-li DPOI, které členské státy uzavřely s třetími zeměmi, některé složité právní otázky, ještě mnohem složitější otázky jsou pak spojeny s těmi DPOI, které členské státy uzavřely mezi sebou navzájem (tzv. intra-unijní DPOI). Fenomén intra-unijních DPOI je záležitostí především poslední dekády. Původních 15 členských států mezi sebou navzájem DPOI neuzavíraly, patrně proto, že vzhledem ke svým relativně vyspělým vnitrostátním právním řádům a institucionálním systémům neshledávaly potřebu garantovat ochranu investorů spojenou se speciálními procedurálními mechanismy instrumenty mezinárodního práva.¹ Výjimku představují pouze dvě dvoustranné DPOI, které uzavřelo Německo jako členský stát s Řeckem a s Portugalskem, a to ještě předtím, než tyto státy vstoupily do ES. Tyto dvě smlouvy po dobu své existence nebyly základem žádné investiční arbitráže a patrně i proto nevyvolaly větší kontroverze.²

Předmětem zájmu se tyto dohody staly po velkém rozšíření EU v roce 2004, v rámci kterého se členy EU stalo mj. osm postkomunistických zemí střední a východní Evropy, ke kterým v roce 2007 přibýly další dvě. Tyto státy uzavíraly zejména v 90. letech v rámci přechodu na tržní hospodářství ve snaze přilákat kapitál z bohatších zemí množství dvoustranných dohod o ochraně investic s vyspělými zeměmi, zejména s tehdejšími členskými státy EU. V další vlně pak uzavřely řadu investičních dohod mezi sebou. Poté, co tyto státy vstoupily do EU, získaly tyto dohody jakožto mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy intra-unijní status. Uvádí se, že po dvou vlnách východního rozšíření EU v letech 2004 a 2007 vzrostl počet intra-unijních investičních dohod ze dvou na zhruba 190.

Otázky spojené s intra-unijními DPOI jsou poněkud jiného charakteru než otázky spojené s dohodami uzavřenými mezi členskými státy a třetími zeměmi, probírané v předchozí kapitole. U dohod s třetími státy byly předmětem zájmu jejich dílčí neslučitelnosti se závazky členských států s právem EU, přičemž v souvislosti se vstupem Lisabonské smlouvy v platnost vystoupila do popředí otázka důsledků nového rozdělení pravomocí mezi členské státy a EU pro jejich další existenci. Platnost a závaznost DPOI s třetími zeměmi ovšem nikdy zpochybněna nebyla, neboť pro příslušné třetí země jsou jakékoli účinky aplikace práva EU *res inter alios acta* a nemohou je bez dalšího zavazovat. U intra-unijních DPOI jsou všechny jejich smluvní strany zároveň členy EU, což mění situaci jak z pohledu mezinárodního práva, tak z pohledu závazků těchto států vyplývajících z práva EU. Právo EU je systémem založeným na mezinárodních smlouvách, a proto na vztah mezi intra-unijními DPOI a právem EU v zásadě lze pohlížet jako na vztah mezinárodních smluv mezi týmiž smluvními stranami. Z pohledu závazků členských

¹ Srov. např. *Wehland, H.* Intra-EU Investment Agreements And Arbitration: Is European Community Law An Obstacle? *International and Comparative Law Quarterly*. 2009, 58(2), s. 297.

² V nedávné době se objevily o připravované žalobě skupiny německých investorů proti Řecku v souvislosti s řešením řecké dluhové krize. Jejich záměr s největší pravděpodobností ztroskotal na tom, že staříčká DPOI mezi Německem a Řeckem, která vstoupila v platnost ještě v roce 1963, neobsahuje mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Viz: *Germans seek lawsuits over Greek debt swap*. *Financial Times*, 12. března 2012 [online]. Dostupné z: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/79ed422c-6c67-11e1-bd0c-00144feab49a.html#axzz3dhnX4YJe>

států z práva EU je důležité, že právo EU samo sebe označuje za „nový právní řád“, který má přednost nejen před vnitrostátními právními řády členských států, ale v zásadě i před závazky členských států z mezinárodních smluv uzavřených s jinými členskými státy.

Lze se domnívat, že pokud by intra-unijní DPOI obsahovaly pouze hmotněprávní úpravu, jejich vztah s právem EU by žádné větší kontroverze nevyvolal. Jen málokdo by zřejmě argumentoval, že by v rozporu s právem EU potenciálně mohl být například mezinárodní závazek členských států poskytovat investorům z jiného členského státu řádné a spravedlivé zacházení, nebo pravidlo, podle kterého lze investice vyvlastnit pouze z důvodu veřejného zájmu a za poskytnutí adekvátní náhrady, pokud by o aplikaci a interpretaci těchto pravidel rozhodovaly soudy členských států, jejichž povinností je přednostně aplikovat právo EU, a jejichž interpretace navíc podléhá korekci ze strany SDEU. Taková mezinárodněprávní úprava by ve vztahu k právu EU mohla být vnímána jako částečně duplicitní a částečně doplňková, každopádně by vzhledem ke své obecnosti, umožňující „flexibilní“ interpretaci, byla z pohledu práva EU neškodná.

Skutečným kamenem úrazu je v případě intra-unijních DPOI mechanismus řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem formou mezinárodní arbitráže. Jak bylo podrobněji rozebráno v Kapitole II, vztah mezi úpravou obsaženou v DPOI a pravidly práva EU je složitý a těžko uchopitelný, nicméně není pochyb o tom, že rozsah jejich působnosti se do značné míry překrývá a na množství faktických situací mohou současně dopadat jak pravidla vnitřního trhu či jiná pravidla práva EU, tak standardy zacházení podle DPOI. Skutečnost, že o prakticky neohraničitelném okruhu intra-unijních situací mohou závazným a konečným způsobem rozhodovat arbitrážní tribunály zřízené mezinárodními smlouvami mezi členskými státy, které jsou nezávislé nejen na orgánech hostitelského státu, ale zároveň stojí vně institucionálního systému EU, může minimálně z pohledu práva EU představovat poměrně závažný problém. Jedná se přitom o problém nikoli teoretický, ale především praktický, neboť intra-unijní DPOI byly a dodnes jsou základem mnoha investičních sporů. Podle typického scénáře těchto sporů investor z některého původního členského státu žaluje některý nový členský stát. Příkladem může být Česká republika, která doposud čelila 29 formálně zahájeným investičním arbitrážím, přičemž 25 z těchto sporů bylo založeno na DPOI uzavřených s jiným členským státem EU.³

Záhy po vstupu nových členských států do EU v roce 2004 nabraly diskuse ohledně právního statusu intra-unijních DPOI na intenzitě. V této době se poprvé vynořily otázky, zda jsou tyto dohody nadále vůbec platné, zda nejsou v rozporu s právem EU, a zda je jejich další existence vůbec žádoucí. V této souvislosti je příznačné, že intra-unijní DPOI se staly předmětem zájmu nejen z pohledu právního, ale i z pohledu politického. Investiční arbitráže podle intra-unijních dohod se staly praktickým problémem zejména pro nové členské státy. Skutečný přínos DPOI, který měl spočívat ve zvýšení atraktivity podnikatelského prostředí těchto států a z toho plynoucím zvýšením přílivu zahraničních investic, se po již v zásadě ukončenému procesu transformace těchto zemí a po jejich vstupu do EU stal poměrně diskutabilním. Naopak negativní finanční dopady prohraných arbitráží lze vyčíslit poměrně přesně. Některé nové členské státy proto začaly v investičních sporech podle intra-unijních DPOI hledat cesty, jak se jejich aplikaci vyhnout. Česká republika a Slovensko začaly po svém vstupu do EU v investičních sporech argumentovat, že intra-unijní DPOI již nejsou více platné, neboť byly v plném rozsahu nahrazeny právem EU, eventuálně že arbitrážní tribunály nemají pravomoc k projednání intra-unijních investičních sporů pro rozpor příslušné rozhodčí doložky s právem EU. Tyto námitky byly žalovanými státy uplatněny ve sporech *Eastern Sugar proti České*

³ Zdroj: UNCTAD Database of Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Dostupné z: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

republice,⁴ *Binder proti České republice*⁵ a *Eureko proti Slovensku*⁶. Zatím všechny arbitrážní tribunály ovšem jurisdikční námitky založené na argumentech o neslučitelnosti intra-unijních DPOI s právem EU odmítly. Zejména první dvě uvedená rozhodnutí mají pro vývoj problematiky stěžejní význam a budou podrobně rozebrána níže.

Zatímco postoj některých nových členských států (zejména České republiky a Slovenska) k intra-unijním investičním arbitrážím je odmítavý, zastánci investiční arbitráže v intra-unijním kontextu jsou zejména některé původní členské státy, jejichž investoři z ochrany poskytované intra-unijními DPOI těží. Zmínit lze především Nizozemsko, které je vzhledem ke své liberální daňové politice a k rozsáhlé síti dvoustranných DPOI vyhledávanou destinací pro zakládání holdingových struktur, jejichž prostřednictvím jsou kontrolovány investice v jiných zemích. Nizozemská vláda například ve sporu *Eureko proti Slovensku* otevřeně vystoupila s argumenty podporujícími platnost a aplikovatelnost DPOI mezi Slovenskem a Nizozemskem a odmítla jakékoli pochybnosti ohledně jurisdikce tribunálu. Mezi další aktivní podporovatele zachování existující intra-unijní ochrany investic se podle dostupných informací řadí například Belgie, Německo a Spojené Království.⁷

Specifickou pozici zaujímá Komise. Ta především intenzivně usiluje o převzetí invenční agendy od členských států. Intra-unijní DPOI, které jsou především pozůstatkem geopolitické situace Evropy 90. let 20. století, a které zakládají pravomoc arbitrážních tribunálů k řešení širokého spektra sporů mimo institucionální dosah EU, do její dnešní koncepce příliš nezapadají. Prvním známým případem, kdy Komise oficiálně vyjádřila svůj negativní postoj k těmto dohodám, byl dopis českému ministrovi financí ze dne 13. ledna 2006, který Česká republika použila pro podporu svých argumentů v investiční arbitráži *Eastern Sugar proti České republice*, a jehož obsah se tím, že jej tribunál citoval ve svém nálezu, stal veřejně známým. Základním sdělením Komise bylo, že ačkoli dle jejího názoru vstupem nových členských států do EU nedošlo k automatickému zániku intra-unijních DPOI, v rozsahu, v jakém se tyto dohody překrývají s právem EU, má právo EU automaticky přednost. Komise na těchto dohodách shledala problematickou zejména možnou diskriminaci investorů z jiných členských států, jakož i skutečnost, že pravidla práva EU a jeho účinky budou ve sporu posuzovány arbitrážním tribunálem, který je nemusí aplikovat správně. Proto vyjádřila názor, že platnost existujících intra-unijních investičních dohod by měla být jejich smluvními stranami ukončena, a to standardní mezinárodněprávní procedurou upravenou v těchto dohodách.⁸

V listopadu 2006 pak Komise zaslala Hospodářskému a finančnímu výboru Rady své sdělení ohledně intra-unijních DPOI, ve kterém se k těmto dohodám vyjádřila následovně:

V platnosti nadále zůstává zhruba 150 DPOI uzavřených mezi členskými státy. V rámci jednotného trhu již dohody tohoto druhu zjevně nejsou potřebné, a navíc jejich právní povaha po vstupu do EU není zcela jasná. Zdá se, že většina jejich obsahu byla vstupem příslušných členských států nahrazena komunitárním právem. Nicméně zůstává riziko, že rozhodčí instance, jež mohou mít sídlo mimo EU, budou vést řízení ve sporech mezi investory a státy, aniž by zohlednily, že většina ustanovení těchto DPOI byla nahrazena ustanoveními komunitárního práva. Investoři se mohou pokoušet praktikovat „forum shopping“ tím, že budou předkládat spory investičním tribunálům místo (nebo vedle) soudů členských států. Následkem

⁴ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, 27 March 2007.

⁵ *Binder v. Czech Republic*, Award on Jurisdiction, 6 June 2007.

⁶ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010.

⁷ *Olivet, C.* A test for European solidarity: The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties. Published by the Transnational Institute (TNI), January 2013. Dostupné z: http://www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf

⁸ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, odst. 119.

mohou být probíhající arbitráže, v rámci kterých nebudou relevantní otázky práva EU položeny SDEU, a jejichž potenciálním důsledkem bude nerovné zacházení mezi investory z různých členských států.

Za účelem předejití takové právní nejistotě a zbytečného rizika pro členské státy se členským státům důrazně doporučuje, aby si vzájemně vyměnily oznámení, kterými potvrdí, že tyto dohody jsou nadále neaplikovatelné, a rovněž formálně ukončí jejich platnost. Komise vyzývá Výbor k potvrzení tohoto přístupu a žádá členské státy, aby jí do 30. června 2007 sdělily, jaké kroky v tomto ohledu učinily, a které z jejich intra-unijních BIT pořád zbývá ukončit.⁹

Ve svém stanovisku poskytnutém v rámci další intra-unijní investiční arbitráže ve sporu *Eureko proti Slovensku* Komise označila intra-unijní investiční dohody za „anomálii na vnitřním trhu“ a uvedla, že všechny intra-unijní investiční dohody budou nakonec muset být ukončeny.¹⁰

Iniciativa Komise se ovšem u většiny členských států nesetkala s pozitivní odezvou. Hospodářský a finanční výbor Rady ve své výroční zprávě za rok 2008 konstatoval:

Většina členských států nesdílí obavy Komise týkající se rizik vyplývajících z arbitráží a diskriminačního zacházení s investory a převážná většina členských států si přeje zachovat existující dohody v platnosti.¹¹

Pozice států, které se zasazují o pokračující existenci intra-unijních DPOI, bývá zdůvodňována zejména vyšším standardem ochrany, který tyto dohody poskytují evropským investorům ve srovnání s právem EU, a který si tyto státy přejí zachovat i nadále.¹² Z neoficiálních zdrojů lze vyčíst, že pro některé členské státy bude ukončení platnosti existujících intra-unijních DPOI akceptovatelné pouze tehdy, pokud práva, která tyto dohody nabízejí nad rámec pravidel vnitřního trhu, tj. zejména právo na poskytnutí náhrady za vyvlastnění a přístup k mezinárodní arbitráži, budou zachována prostřednictvím legislativních opatření na úrovni EU.¹³

Na opačném pólu stojí státy jako Česká republika a Slovensko. Tyto státy již v intra-unijních investičních dohodách patrně nevidí přidanou hodnotu, která by vyvažovala finanční náklady investičních arbitráží, které jsou tyto státy nuceny vynakládat ve sporech s investory. Slovensko zatím postupuje pouze cestou napadání nepříznivých arbitrážních nálezů v rámci všech dostupných instancí. Slovensko se zatím odmítá dobrovolně podřídit arbitrážním nálezům vydaným ve sporu *Eureko/Achmea proti Slovensku*, neboť tvrdí, že rozhodnutí tribunálu odporují právu EU, a proto nejsou závazná. Česká republika naopak jako jediný členský stát (alespoň dle dostupných informací) vyslyšela výzvy Komise a podnikla aktivní kroky k ukončování existujících intra-unijních DPOI v souladu s mezinárodním právem.¹⁴ V červenci 2008 přijala vláda ČR usnesení, kterým schválila postup při ukončování platnosti DPOI, které Česká republika uzavřela s členskými státy Evropské unie, a zmocnila ministra zahraničí k jednání o ukončování platnosti těchto dohod, přednostně formou uzavření dohody o ukončení platnosti.¹⁵ Do dnešního dne se České republice podařilo takto sjednat dohody o ukončení platnosti šesti intra-unijních DPOI, a to s následujícími členskými státy: Dánsko, Estonsko,

⁹ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, odst. 126.

¹⁰ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 182

¹¹ 2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments. 17363/08, 17 December 2008.

¹² *Vis-Dunbar, D.* EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties. 10 února 2009 [online]. Dostupné z: <http://www.iisd.org/itn/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>

¹³ Srov. *Lavranos, N.* Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? Hague yearbook of international law. 2012, Vol. 24, s. 301.

¹⁴ Blíže viz *Fecák, T.* Czech Experience with Bilateral Investment Treaties: Somewhat Bitter Taste of Investment Protection. Czech Yearbook of International Law. 2011, Vol. 2, s. 254-256.

¹⁵ Usnesení vlády České republiky ze dne 9. července 2008 č. 853.

Irsko, Itálie, Malta a Slovinsko. Vzhledem k tomu, že poslední z těchto dohod (DPOI s Irskem) byla ukončena ještě v roce 2011, se lze domnívat, že další členské státy nemají o konsenzuální ukončení platnosti DPOI s Českou republikou zájem.

Potřeba řešit otázku intra-unijních DPOI členských států zesílila po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost. Výlučná pravomoc Unie v oblasti přímých zahraničních investic by se alespoň formálně existujících DPOI uzavřených mezi členskými státy týkat neměla, neboť se jedná pouze o změnu v rámci pravomocí vnějších. Rozšíření společné politiky o oblast přímých zahraničních investic nebylo provázáno žádným posílením pravomocí Unie regulovat vnitřní trh. Nezávislost intra-unijních DPOI na nové vnější pravomoci EU bývá zdůvodňována i tím, že pravomoc Unie se vztahuje pouze na zahraniční investice. Byť jsou přeshraniční investice mezi členskými státy zahraničními investicemi v tradičním smyslu slova, z pohledu Unie se o zahraniční investice nejedná. Na druhé straně nelze ovšem dost dobře tvrdit, že vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se z hlediska intra-unijních DPOI vůbec nic nezměnilo. Jen těžko může být z dlouhodobého pohledu obhajitelná a udržitelná situace, kdy Unie bude v rámci své výlučné vnější pravomoci uzavírat investiční dohody s třetími zeměmi, zatímco mezi některými z jejích členských států budou platit mezinárodní smlouvy stejného druhu se stejným, resp. srovnatelným obsahem. Bylo tedy možné očekávat, že Komise bude po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost ještě více a zejména efektivněji tlačit na rychlé ukončování platnosti těchto dohod.

Tyto předpoklady se ovšem zatím nenaplnily. Zatímco otázkami vnější pravomoci EU a dalšího osudu DPOI členských států s třetími zeměmi se Komise začala zabývat prakticky ihned po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost, otázce intra-unijních DPOI se Komise v oficiálních dokumentech a stanoviscích oblohou vyhýbala. V jejím přístupu lze vyzorovat spíše bezradnost či nechuť podnikat v této věci konkrétní aktivní kroky, které by nutně vedly ke konfliktu zejména s původními členskými státy. S napětím očekávané oficiální dokumenty vydané Komisí v létě 2010 (sdělení „Cesta k ucelené evropské investiční politice“ a návrh nařízení o přechodném režimu pro investiční dohody členských států s třetími zeměmi) se ve vztahu k intra-unijním DPOI omezily pouze na výslovné konstatování, že se na tuto kategorii dohod nevztahují.¹⁶ Opatrný postoj patrně souvisí s politickou citlivostí otázky. Komise v počátcích zejména potřebovala pevně uchopit a prosadit svoji novou vnější pravomoc a přílišné dráždění členských států s intra-unijními dohodami, jejichž právní status v rámci práva EU je nejasný, by se jí mohlo vrátit jako bumerang při prosazování svých představ o společné politice ve vztahu k třetím zemím. Ačkoli se tedy Komise při různých příležitostech (zejména v rámci svých vyjádření v rámci arbitrážních řízení) vymezovala vůči další existenci intra-unijních DPOI, nepodnikala vůči členským státům žádné formální kroky k vynucení ukončení jejich platnosti. Ke změně došlo teprve v červnu 2015, kdy Komise formálně vyzvala pět členských států (Rakousko, Nizozemsko, Rumunsko, Slovensko a Švédsko) k ukončení platnosti jejich existujících intra-unijních DPOI, čímž bylo zároveň zahájena první fáze řízení o porušení práva EU podle článku 258 SFEU.¹⁷

¹⁶ Viz Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů - Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice, KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010, s. 11. Viz též Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. KOM(2010)344 v konečném znění, 7. července 2010, bod 15 preambule.

¹⁷ *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*. Press release, 18. června 2015. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm

Zcela specifický je pak případ Dohody k Energetické chartě. Tato mnohostranná DPOI, jejímiž stranami jsou všechny členské státy EU a zároveň některé třetí země, má jak vnější (extra-unijní), tak intra-unijní aspekt. Smluvní stranou ECT je navíc i Evropská unie samotná. Zatímco extra-unijní aspekt ECT nevyvolává větší kontroverze (srov. část 4.4.3), z hlediska práva EU je potenciálně mnohem problematičtější intra-unijní aspekt, jemuž bude věnována bližší pozornost v rámci této kapitoly.

Jak by mělo být patrné již z výše uvedeného nástinu, současný status a budoucnost intra-unijních DPOI není jen otázkou právní, ale do velké míry závisí i na faktorech mimoprávních. Bitva o další osud těchto dohod je sice vedena právními argumenty, ale v jejím pozadí stojí konkrétní protichůdné politické a ekonomické zájmy jednotlivých aktérů. Tomu je uzpůsoben i obsah této kapitoly, neboť ucelený výklad problematiky nelze podat bez úvah na taková témata, jako je vhodnost či účelnost intra-unijních investičních arbitráží v širším kontextu evropské integrace, což ovšem nutně znamená větší subjektivitu prezentovaných názorů.

5.1.2 Právní otázky intra-unijních DPOI

Byť spory o budoucnost intra-unijních DPOI mají nepochybně významný politický kontext, názory poukazující zejména na problematičnost intra-unijních investičních arbitráží nelze považovat pouze za politickou hru, neboť tyto argumenty mají reálný právní základ. V části 2.4 byly obecně rozebrány některé problematické aspekty vzájemné interakce DPOI a práva EU, které mohou vést ke vzniku rozporů. Zde si připomeneme ty aspekty, které se speciálně týkají intra-unijních DPOI.

Potenciálně konfliktní vztah mezi intra-unijními DPOI a právem EU vyplývá z toho, že oba systémy mají zhruba podobný rozsah působnosti a okruh právních vztahů, na které jejich normy dopadají, se do značné míry překrývá. Oba systémy pravidel upravují přeshraniční investiční aktivity, přičemž unijním investorům přiznávají určitá práva vůči členskému státu, v němž je investice umístěna. Tato práva nejsou zcela shodná – v některých ohledech může investorovi poskytovat širší práva DPOI, v jiných zase právo EU. Skutečnost, že tyto dva systémy poskytují investorům různá práva v podobě různých standardů ochrany, sama o sobě tyto systémy nečiní inkompatibilními. Úroveň ochrany podle práva EU lze zjednodušeně považovat za určitý minimální standard, který jsou členské státy povinny respektovat – nic jim *a priori* nebrání, aby investorům poskytly širší práva nebo vyšší úroveň ochrany, pokud přitom budou respektovat určité limity, které jim v tomto ohledu kladou jejich závazky z práva EU. Pokud bude naopak úroveň ochrany investic podle DPOI nižší, není tím nijak zpochybněna možnost investorů domáhat se ochrany podle práva EU.¹⁸ Nicméně i přesto, že právo EU obecně nevylučuje možnost členských států poskytovat subjektům příznivější zacházení, obdobný rozsah působnosti obou systémů norem, jakož i specifický mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem podle intra-unijních DPOI, mohou vést k tomu, že mezi těmito systémy bude docházet ke konfliktům.

Za prvé, skutečnost, že intra-unijní DPOI byly uzavřeny na bilaterální bázi, a to pouze mezi některými členskými státy, vede k tomu, že širší práva jsou poskytována pouze investorům z některých členských států. Vůči investorům z jiných členských států tak intra-unijní DPOI působí diskriminačně – tito investoři jsou znevýhodněni, neboť se na ně nevztahují stejné materiální standardy ochrany jejich investic (například řádné a spravedlivé zacházení nebo podmínky pro vyvlastnění) a zároveň nemají přístup k investiční arbitráži. Intra-unijní DPOI

¹⁸ Srov. *Wehland*, pozn. 1, s. 310.

tak potenciálně mohou být v rozporu se zákazem diskriminace na základě státní příslušnosti, který je základním kamenem úpravy vnitřního trhu.

Za druhé, vzhledem k rozsahu, v jakém se pravidla obou systémů překrývají, mohou spory řešené podle intra-unijních DPOI často zahrnovat otázky práva EU. Investiční arbitráž jakožto mechanismus, který systematicky umožňuje řešení sporů dotýkajících se otázek práva EU před jinými fóry, může být z pohledu práva EU problematická. Na první pohled není zřejmé, jak má arbitrážní tribunál povoláný k řešení investičního sporu, který odvozuje svou pravomoc z mezinárodní smlouvy, aplikovat právo EU. Není zřejmé, zda se bude tribunál vůbec cítit vázán k aplikaci jeho norem, a pokud ano, jakým způsobem bude tyto normy interpretovat a aplikovat. Z pohledu práva EU tak investiční arbitráže mohou představovat potenciálně zásadní riziko pro jeho integritu a požadavek na jeho jednotnou aplikaci a interpretaci.

Architektura soudního systému v EU je tvořena soudy členských států a SDEU. Zatímco vynucování pravidel práva EU stojí především na soudech členských států, SDEU zajišťuje jejich jednotnou interpretaci. Lze říci, že SDEU má výlučnou pravomoc ke konečné a závazné interpretaci norem práva EU. Jednak pokud jde o řízení o předběžných otázkách, pokud před soudem členského státu, který rozhoduje v poslední instanci, vyvstane otázka týkající se výkladu Zakládajících smluv nebo platnosti a výkladu aktů přijatých orgány Unie, tento soud *musí* SDEU položit předběžnou otázku. Výjimka z tohoto pravidla je možná pouze na základě doktríny *acte clair*, tj. pokud odpověď na otázku jednoznačně vyplývá z předchozí judikatury.¹⁹ SDEU má dále pravomoc rozhodovat o žalobách podaných Komisí proti členskému státu ve věci porušení práva EU podle článku 258 SFEU (*infringement proceedings*). Výlučná pravomoc SDEU v uvedeném smyslu nezpůsobuje, že by soudy či tribunály odlišné od soudů členských států či SDEU vůbec nebyly oprávněny aplikovat či interpretovat právo EU, nebo že by řízení před takovými soudy či tribunály automaticky porušovalo právo EU. Potřeba interpretovat a aplikovat právo EU může (spíše nahodile) vyvstat například před soudem třetí země, který nemá možnost klást SDEU předběžné otázky. Tuto možnost nemají ani rozhodci v běžných rozhodčích řízeních (aniž by je to ovšem zbavovalo povinnosti aplikovat právo EU).²⁰ SDEU je ovšem poněkud háklivý na případy, kdy je pravomoc interpretovat a aplikovat právo EU odnímána soudům členských států ve prospěch jiných rozhodovacích orgánů systematicky, například na základě mezinárodních smluv uzavřených členskými státy, jak názorně demonstruje *Posudek 1/09*, podrobně rozebíraný dále.

Za třetí, zcela hmatatelné konflikty mezi právem EU a intra-unijními DPOI mohou nastat v případech, kdy opatření členského státu napadané v investiční arbitráži je důsledkem implementace práva EU ze strany tohoto státu. Lze si představit řadu situací, kdy členský stát v důsledku implementace pravidel práva EU nebo z důvodu nutnosti splnit požadavky opatření přijatých orgány Unie může porušovat práva, která investorovi přiznává intra-unijní DPOI. V praxi takové situace reálně nastaly, a to v případech, kdy nový členský stát před svým vstupem do EU poskytl některým investorům určité investiční pobídky, které byl později nucen zrušit z důvodu jejich rozporu s pravidly pro poskytování státních podpor platnými v právu EU. Ovšem vzhledem k tomu, že Evropská unie vystupuje jako aktivní regulátor, různé obdobné případy mohou nastat i v post-integračním kontextu v nejrůznějších oblastech regulace. Pokud arbitrážní tribunály nepřiznají závazkům členského státu z práva EU přednost před ustanoveními DPOI, nebo se nepřikloní k sebeomezujícímu přístupu, který by taková opatření vylučoval z jejich přezkumu, členský stát teoreticky může stát před skutečným konfliktem svých závazků a může být nucen si vybrat, zda bude respektovat práva investora přiznaná mu

¹⁹ Srov. blíže část 2.2.6

²⁰ Srov. blíže části 2.4.5 a 5.4.2.

intra-unijní DPOI (eventuálně potvrzená arbitrážním nálezem), nebo upřednostní své závazky vyplývající ze svého členství v EU.

Intra-unijní DPOI vyvolávají složité právní otázky, jejichž řešení není jednoznačné, a v konečném důsledku může záviset i na tom, z jaké perspektivy se na ně bude hledět. Stejnou situaci může teoreticky vidět jinak arbitrážní tribunál zřízený na základě intra-unijní DPOI, který je povolán především k její aplikaci, a jinak může situaci vidět SDEU, jehož prvořadým zájmem je podpora evropského integračního projektu a ochrana práva EU, které je v jeho pojetí autonomním právním řádem.²¹ Skutečnost, že různé subsystemy mezinárodního práva si mohou takovým způsobem konkurovat, není z pohledu jeho celkové integrity samozřejmě vůbec příznivá, nicméně to lze považovat za odraz fragmentovaného stavu, v jakém se mezinárodní právo aktuálně nachází. Tento problém popsala i ILC ve své zprávě k fragmentaci mezinárodního práva.²² Slovy M. Koskenniemiho, hlavního autora zprávy, upozornila na fakt, že vysoce specializovaná tvorba pravidel mezinárodního práva pokrývající různé oblasti lidské činnosti, spojená se zřizováním specializovaných rozhodovacích orgánů určených k aplikaci těchto pravidel, vede k tomu, že soudobé mezinárodní právo se fakticky rozděluje na vysoce specializovaná odvětví (Koskenniemi je poněkud pejorativně označuje pojmem „boxes“), které si nárokují relativní autonomii jak mezi sebou navzájem, tak vůči obecnému mezinárodnímu právu, které představuje základní obecný rámec, v němž tato odvětví existují.²³ Zatímco právo EU je prominentním příkladem takového přístupu, do určité míry to platí i o mezinárodním investičním právu. Tato skutečnost se odráží i ve „fragmentaci“ pohledů na různé otázky intra-unijních DPOI v literatuře. Paleta prezentovaných názorů je skutečně pestrá, přičemž závěry, ke kterým jednotliví autoři dospívají, jsou do značné míry předurčeny výchozí perspektivou, z jaké se na tyto dohody dívají.²⁴

V dalším textu se tedy pokusíme blíže podívat na to, jak se situace může jevit z pohledu mezinárodního práva i z pohledu práva EU, a co z toho v konečném důsledku vyplývá pro praxi.

²¹ Na odlišnou perspektivu, s jakou se na problematiku intra-unijních DPOI mohou dívat arbitrážní tribunály na jedné straně a SDEU na straně druhé, trefně upozorňuje *Bermann, G.* Navigating EU Law and the Law of International Arbitration. *Arbitration International*. 2012, 28(3), s. 435-440.

²² UN International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

²³ *ILC Report on Fragmentation*, pozn. 22, odst. 11-13. Podrobněji (a velmi kriticky) je tuto myšlenku autor zprávy rozvádí v *Koskenniemi, M.* Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education. *European Journal of Legal Studies*. 2007, 1(1).

²⁴ Pokud bychom chtěli pracovně a velmi zjednodušeně načrtnout „skálu“ prezentovaných názorů, na jednom pólu spektra bychom mohli umístit analýzy vycházející primárně z perspektivy práva EU, které shledávají intra-unijní DPOI jako inkompatibilní s právem EU a proto neaplikovatelné (např. *Hindelang, S.* Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012, 39(2), s. 179–206). Na opačném pólu se nachází příspěvky dívající se na problematiku primárně optikou mezinárodního práva a investičních arbitráží, které žádný konflikt mezi intra-unijními DPOI neshledávají (např. *Tietje, Ch.* Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts. In: *Tietje, Ch., Kraft, G., Lehmann, M.* (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011, Heft 104). Autoři stojící mezi těmito póly, kteří se snaží zohlednit pohled mezinárodního práva i práva EU, dospívají jak k závěru o inkompatibilitě a neaplikovatelnosti intra-unijních DPOI (*Dimopoulos, A.* The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review*. 2011, 48(1), s. 63-93.), tak i k závěru opačnému, podle kterého jsou intra-unijní DPOI s právem EU kompatibilní a jsou plně aplikovatelné (*Wehland*, pozn. 1; *Elmiansberger, T.* Bilateral Investment Treaties and EU Law. *Common Market Law Review*. 2009, 46(2), s. 383–429).

5.2 RŮZNÉ ASPEKTY INTERAKCE MEZI INTRA-UNIJNÍMI DPOI A PRÁVEM EU

V této části budou blíže rozebrány některé obecnější aspekty, které jsou nezbytné pro pochopení vztahu intra-unijních DPOI a práva EU a různých otázek s tímto vztahem spojených, a to v následujícím pořadí:

1. Předpokládajíc, že mezi intra-unijními DPOI a právem EU mohou vzniknout určité rozpory, podíváme se na to, jaká pravidla pro řešení těchto rozporů nabízí obecné mezinárodní právo. Základní rámec v tomto ohledu představují pravidla pro řešení rozporů mezi mezinárodními smlouvami obsažené ve Vídeňské úmluvě. Budeme zde vycházet ze situace, jíž odpovídají všechny existující intra-unijní DPOI. Všechny tyto dohody byly uzavřeny předtím, než alespoň jeden ze smluvních států vstoupil do EU. Z pohledu Vídeňské úmluvy se tedy jedná o situaci po sobě uzavřených mezinárodních smluv mezi stejnými stranami – dřívější smlouvu představuje DPOI a pozdější smlouvu představuje přístupová smlouva, kterou nový členský stát přistoupil k Zakládajícím smlouvám a převzal celé unijní *acquis*.
2. Dále se podíváme na to, jak se na mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy navzájem (tzv. *inter se* mezinárodní smlouvy) dívá právo EU.
3. Vedle dvoustranných intra-unijních DPOI jsou všechny členské státy stranami Dohody k Energetické chartě (ECT), mnohostranné mezinárodní smlouvy, která zakládá obdobný režim ochrany investic, včetně mechanismu řešení sporů formou investiční arbitráže. Ve srovnání s dvoustrannými intra-unijními DPOI se ECT vyznačuje řadou specifik, která budou rovněž přiblížena v rámci této části.
4. Arbitrážnímu tribunálu zřízenému podle intra-unijní DPOI může být předložen investiční spor, ve kterém může mít určitá otázka týkající se práva EU dopad do meritorního posouzení věci. Podíváme se tedy, jakou roli může právo EU mít v intra-unijní investiční arbitráži. Z pohledu arbitrážního tribunálu se jedná především o otázku použitelného práva.
5. Nelze vyloučit, že arbitrážní tribunál vydá v intra-unijním investičním sporu nález, který bude z různých důvodů v rozporu s právem EU. Podíváme se tedy na to, jaké existují na straně soudů členských států a SDEU reálné možnosti revize arbitrážních nálezů s ohledem na jejich soulad s právem EU.

5.2.1 Pohled mezinárodního práva – pravidla pro řešení konfliktu mezinárodních smluv

(i.) Intra-unijní DPOI a právo EU optikou konfliktu mezinárodních smluv

Právo EU, bez ohledu na svou proklamovanou *sui generis* povahu, je právním systémem založeným na mezinárodních smlouvách. Na případné rozpory mezi intra-unijními DPOI a právem EU je tak z pohledu mezinárodního práva nutno nahlížet optikou konfliktu mezinárodních smluv. Některá pravidla pro řešení konfliktů mezinárodních smluv byla kodifikována ve Vídeňské úmluvě o smluvním právu. Jako obzvláště důležitá se pro zkoumanou problematiku jeví ta ustanovení VÚ, která obsahují pravidla pro řešení rozporů mezi smlouvami, které byly uzavřeny po sobě (*successive treaties*) mezi týmiž stranami. Všechny dvoustranné DPOI, které mezi sebou uzavřely členské státy, byly uzavřeny a vstoupily v platnost předtím, než jedna či obě její smluvní strany vstoupily do EU. Příslušnou

dvoustrannou DPOI tak lze vnímat jako smlouvu dřívější, a přístupovou smlouvu, kterou nový členský stát přistoupil k Zakládajícím smlouvám, lze vnímat jako smlouvu pozdější.

Pravidla pro řešení rozporů mezi po sobě uzavřenými smlouvami mezi týmiž stranami obsahují především články 30, 41 a 59 VÚ. Článek 41 VÚ obsahuje úpravu podmínek, za kterých mohou některé strany mnohostranné smlouvy uzavřít dohodu pozměňující tuto mnohostrannou smlouvu pouze ve svých vzájemných vztazích (tj. podmínky pro *inter se* modifikaci mnohostranné smlouvy). Toto ustanovení by se stalo relevantním v případě, že by některé členské státy mezi sebou uzavřely dvoustrannou DPOI v době, kdy již oba státy byly členy EU (Zakládající smlouvy by představovaly dřívější mnohostrannou smlouvu a povstupová intra-unijní DPOI by představovala jejich *inter se* modifikaci). To ovšem není případ žádné existující dvoustranné intra-unijní DPOI, proto úvahy založené na ustanovení článku 41 VÚ necháme pro tuto chvíli stranou.

Články 30 a 59 VÚ obsahují pravidla pro řešení rozporů mezi po sobě uzavřenými mezinárodními smlouvami, přičemž smluvními stranami pozdější smlouvy jsou všechny strany smlouvy dřívější. Není přitom podstatné, že stranami pozdější smlouvy jsou i jiné státy. Tato ustanovení s ohledem na jejich působnost *ratione personae* lze aplikovat na situaci existujících intra-unijních DPOI. Obě tato ustanovení obsahují řešení rozporů mezinárodních smluv založené na pravidlu *lex posterior derogat legi priori*. Velmi obecně řečeno, v případě rozporu mezi po sobě uzavřenými mezinárodními smlouvami má přednost smlouva pozdější. Článek 59 VÚ upravuje situace, kdy dřívější smlouva jako taková zaniká uzavřením pozdější smlouvy upravující stejný předmět (aniž by to bylo pozdější smlouvou výslovně stanoveno), tj. dřívější smlouva je zcela nahrazena smlouvou pozdější. Pro takové úplné implicitní nahrazení dřívější smlouvy smlouvou novější jsou stanoveny poměrně přísné podmínky. Článek 30 VÚ naproti tomu upravuje pravidlo *lex posterior* pro řešení neslučitelnosti mezi jednotlivými ustanoveními dřívější a pozdější smlouvy. Základním pravidlem v těchto případech je, že ustanovení dřívější smlouvy se použijí pouze v tom rozsahu, v jakém jsou slučitelná s ustanoveními smlouvy pozdější.

Otázku řešení rozporu mezinárodních závazků ovšem nelze redukovat na uplatňování pravidla *lex posterior*, a to i přes jeho nesporný význam a ústřední postavení v systematické VÚ. Aplikace různých, zdánlivě konfliktních ustanovení pravidel mezinárodního práva, v konkrétních případech obnáší více, než jen zjištění, které pravidlo je datováno později, a jeho následné upřednostnění před pravidlem dřívějším. Vzhledem ke složitosti problematiky lze pouze poukázat na některé aspekty a pro podrobný rozbor je nutno odkázat na specializované zdroje.²⁵ V první řadě, k tomu, aby vůbec bylo možné uvažovat o aplikaci pravidla *lex posterior*, musí se jednat o skutečný rozpor mezi různými normami mezinárodního práva. Preferovanou technikou mezinárodního práva k předcházení konfliktům je harmonická interpretace zdánlivě neslučitelných norem. Pouze pokud dvě různá pravidla nelze rozumně interpretovat tak, aby mohla existovat ve vzájemném souladu, přichází na řadu techniky, na základě kterých se jedno z neslučitelných pravidel upřednostní.²⁶ Pravidla pro řešení konfliktů dále nemusí vyplývat pouze z obecného mezinárodního práva a jeho kodifikace ve VÚ. Různé mezinárodní smlouvy mohou obsahovat, a často také obsahují, zvláštní pravidla pro řešení konfliktů, které mohou mít přednost před pravidly obecného mezinárodního práva. Použitelnost zvláštních pravidel závisí

²⁵ Pro ucelenější rozbor srov. např. *ILC Report on Fragmentation*, pozn. 22. Z novějších monografických prací srov. např. *Pauwelyn, J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; nebo *Klabbers, J. Treaty Conflict and the European Union*. New York: Cambridge University Press, 2009.

²⁶ *Pauwelyn*, pozn. 25, s. 237 a násl. Autor zároveň upozorňuje na limity technik předcházení konfliktům norem.

na jejich obsahu a na konkrétní situaci. Strany si například v pozdější smlouvě mohou sjednat, v jakém rozsahu má být tato pozdější smlouva považována za slučitelnou se smlouvou dřívější. Problematictější se naopak jeví eventuální pravidlo smlouvy dřívější, která tuto smlouvu nadřazuje nad smlouvy uzavřené mezi jejími stranami později. Speciální pravidla ovšem zásadně nemohou mít účinky vůči třetím státům. Konečně i v případech existence skutečných rozporů mezi normami mezinárodního práva není pravidlo *lex posterior* výlučnou a univerzální metodou jejich řešení. Často se například uvádí, že v mezinárodním právu se může uplatnit i pravidlo *lex specialis derogat legi priori*. Pravidlo *lex specialis* ovšem není ve Vídeňské úmluvě kodifikováno a zejména jeho vztah k pravidlu *lex posterior* je poněkud nejasný.²⁷

Majíce na paměti výše uvedené obecné souvislosti, se nyní můžeme blíže podívat na ustanovení článků 30 a 59 VÚ. Z hlediska metodiky je vhodnější začít druhým z nich.

(ii.) Článek 59 odstavec 1 VÚ

Česká republika a Slovensko v intra-unijních investičních arbitrážích namítaly, že příslušná intra-unijní DPOI (v obou případech se jednalo o DPOI uzavřenou mezi ČSFR a Nizozemskem) zanikla okamžikem, kdy Česká republika, resp. Slovensko, vstoupily do EU.²⁸ Ačkoli přístupové smlouvy nových členských států neobsahují žádnou výslovnou zmínku o DPOI uzavřených přístupujícími státy a jejich platnost tedy nebyla ukončena výslovně, příslušné státy v řízeních tvrdily, že úprava intra-unijních DPOI byla v plném rozsahu nahrazena režimem, kterému intra-unijní investice podléhají v rámci práva EU. Právní oporu tohoto argumentu žalované státy našly v článku 59(1) VÚ, který zní následovně:

1. Smlouva se považuje za zaniklou, jestliže všechny její strany uzavřou pozdější smlouvu o témž předmětu a:
 - a) z pozdější smlouvy vyplývá nebo je jinak potvrzeno, že úmyslem stran bylo upravit daný předmět touto smlouvou; nebo
 - b) ustanovení pozdější smlouvy jsou natolik neslučitelná s ustanoveními smlouvy dřívější, že není možné provádět obě smlouvy současně.

Toto ustanovení upravuje možnost implicitního zániku mezinárodní smlouvy v důsledku uzavření smlouvy pozdější. Tento článek se nevztahuje na případy, kdy se strany smlouvy na zániku dřívější smlouvy dohodnou (třeba i v nepsané formě), neboť na tyto případy se vztahuje ustanovení článku 54(b) VÚ.²⁹ Článek 59(1) VÚ naproti tomu upravuje situace, kdy je pozdější smlouva zcela nahrazena smlouvou novější, aniž by se na tom ovšem strany novější smlouvy dohodly výslovně.

Článek 59(1) VÚ lze rozdělit na dvě navzájem související části. Aby vůbec aplikace tohoto ustanovení přicházela v úvahu, musí být splněny dvě podmínky obsažené v jeho první části: stranami pozdější smlouvy musí být všechny strany smlouvy dřívější a zároveň obě smlouvy se musí týkat stejného předmětu (k této podmínce viz dále). Ačkoli to článek 59(1) VÚ výslovně nestanoví, podle převažujícího výkladu toto ustanovení nemůže vést pouze k částečnému zrušení dřívější smlouvy – rozsah, ve kterém se úprava dřívější smlouvy překrývá s úpravou

²⁷ Srov. např. zprávu ILC, podle níž je možnost uplatnění pravidla *lex specialis* je nutno posoudit případ od případu a jeho vztah k pravidlu *lex posterior* není vztahem priority jednoho pravidla vůči druhému (*ILC Report on Fragmentation*, pozn. 22, odst. 119-122. Pauwelyn naproti tomu připouští uplatnění pravidla *lex specialis* pouze tam, kde konflikt norem nelze vyřešit za použití pravidla *lex posterior* (*Pauwelyn*, pozn. 25, s. 405 a násl.).

²⁸ Viz blíže část 5.3.

²⁹ *Giegerich T.* in Dörr, O., Schmalenbach, K. (eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. New York: Springer, 2012, s. 1013

smlouvy pozdější, by proto měl být značný.³⁰ V případě, že předmět dřívější smlouvy bude širší, vzájemný vztah smluv se posoudí podle článku 30 VÚ.

Jsou-li splněny výše uvedené podmínky, dřívější smlouva bude považována za zaniklou, je-li splněna jedna z alternativních podmínek podle písmene a) nebo b). Podmínka podle písmene a) předpokládá, že zánik původní smlouvy odpovídá úmyslu stran. Jelikož úmysl stran ukončit platnost původní smlouvy není v případech upravených článkem 59 VÚ vyjádřen výslovně, ale je pouze implicitní, bude nutno jej dovozovat výkladem. Podle písmene a) může tento úmysl vyplývat za prvé z pozdější smlouvy. Existence úmyslu tedy bude záviset na jejím výkladu. Druhou možností je, že tento úmysl bude potvrzen jinak – zde přicházejí v úvahu zdroje interpretace přípustné podle článků 31 a 32 VÚ obsažené mimo samotný text pozdější smlouvy, např. přípravné materiály, vyjádření stran a další okolnosti související s uzavřením pozdější smlouvy.³¹ Úmysl stran ke zrušení dřívější smlouvy by měl být vykládán restriktivně. Pokud o existenci takového úmyslu panují rozumné pochybnosti, příslušná podmínka článku 59(1) VÚ v tom případě není naplněna.³²

Alternativou k podmínce podle písmene a) je podmínka podle písmene b), která předpokládá, že ustanovení obou smluv jsou natolik neslučitelná, že nelze obě smlouvy provádět současně. Rovněž tato podmínka by měla být vykládána restriktivně. Článek 59 VÚ vyžaduje absolutní, resp. celkovou neslučitelnost obou smluv. Pokud bude dřívější smlouva s pozdější smlouvou neslučitelná jen částečně, tj. rozpor se bude týkat jen některých ustanovení dřívější smlouvy, vztah těchto smluv se bude řídit článkem 30 VÚ.³³

Celkově lze říci, že podmínky pro aplikaci článku 59(1) VÚ jsou striktní. Vyjma arbitrážních nálezů ve věcech intra-unijních DPOI k tomuto stanovení neexistuje téměř žádná rozhodovací praxe.³⁴

(iii.) Článek 30 VÚ

Existuje-li mezi po sobě uzavřenými smlouvami mezi týmiž stranami rozpor, který ovšem není natolik závažný, aby způsobil zánik dřívější smlouvy podle článku 59(1) VÚ, bude jej zpravidla nutné posoudit podle článku 30 VÚ, jehož znění je následující:

1. S výjimkou ustanovení článku 103 Charty Organizace spojených národů upravují se práva a závazky států, které jsou stranami po sobě uzavřených smluv týkajících se téhož předmětu, podle následujících odstavců.
2. Stanoví-li smlouva, že je podřízena smlouvě dřívější nebo pozdější, nebo že nemá být považována za neslučitelnou s touto druhou smlouvou, mají ustanovení této druhé smlouvy přednost.
3. Jsou-li všechny smluvní strany dřívější smlouvy též stranami smlouvy pozdější, aniž podle článku 59 dřívější smlouva zanikla nebo její provádění bylo přerušeno, provádí se dřívější smlouva pouze v tom rozsahu, v jakém jsou její ustanovení slučitelná s ustanoveními smlouvy pozdější.
4. Nejsou-li všechny smluvní strany pozdější smlouvy stranami smlouvy dřívější, platí, že ve vztazích
 - a) mezi státy, které jsou stranami obou smluv, se postupuje podle pravidla uvedeného v odstavci 3;

³⁰ Giegerich, pozn. 29, s. 1015.

³¹ Villiger, M. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 726; Giegerich, pozn. 29, s. 1017.

³² Giegerich, pozn. 29, s. 1018.

³³ Villiger, pozn. 31, s. 726; Giegerich, pozn. 29, s. 1019.

³⁴ Villiger, pozn. 31, s. 729; Giegerich, pozn. 29, s. 1012.

- b) 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.

5. Odstavec 4 se nevztahuje na článek 41, na jakoukoliv otázku zániku smlouvy nebo přerušení jejího provádění podle článku 60 nebo na jakoukoliv otázku odpovědnosti státu, která může pro stát vzniknout z uzavření nebo provádění smlouvy, jejíž ustanovení nejsou slučitelná s jeho závazky vůči jinému státu podle jiné smlouvy.

Článek 30 VÚ obsahuje více pravidel. Z pohledu po sobě uzavřených smluv mezi týmiž stranami je ovšem důležitý zejména odstavec 3 a odstavec 4 písmeno a). Uvedená ustanovení kodifikují pro případ konfliktů mezinárodních smluv pravidlo *lex posterior*. Pokud jsou některá ustanovení po sobě uzavřených smluv vzájemně neslučitelná, provádí se dřívější smlouva pouze v tom rozsahu, v jakém je slučitelná se smlouvou pozdější. Jinými slovy, v případě rozporů má přednost ustanovení smlouvy pozdější. Na rozdíl od článku 59(1) VÚ pravidlo *lex posterior* podle článku 30 VÚ nezpůsobuje zánik či neplatnost dřívější smlouvy či jejího jednotlivého ustanovení. Dřívější smlouva zůstává platná a aplikovatelná, aplikuje se ovšem pouze v tom rozsahu, v jakém je slučitelná s ustanoveními smlouvy pozdější.³⁵

Článek 30 VÚ (podobně jako článek 59 VÚ) v odstavci 1 vyžaduje, aby se po sobě uzavřené smlouvy týkaly stejného předmětu. K tomu, aby se uplatnilo pravidlo *lex posterior*, musí být všechny strany dřívější smlouvy zároveň stranami smlouvy pozdější. Odstavec 3 to stanoví pro případy, kdy jsou strany po sobě uzavřených smluv totožné. Odstavec 4 písmeno a) stanovuje stejné pravidlo pro situace, kdy je okruh stran později uzavřené smlouvy širší. To je právě případ dvoustranných intra-unijních DPOI – obě strany příslušné DPOI jsou zároveň stranami později uzavřené mnohostranné přístupové smlouvy. Uvedené situace je nutno odlišovat od případů, kdy některé strany dřívější mnohostranné smlouvy uzavřou pozdější smlouvu se stejným předmětem. Posouzení takových situací je složitější – jedná se o tzv. *inter se* modifikace mnohostranných smluv, které podléhají v první řadě článku 41 VÚ.³⁶

Článek 30 VÚ může být pro vztah intra-unijních DPOI a práva EU vysoce relevantní. Podmínky pro zánik dřívější smlouvy podle článku 59(1) VÚ jsou striktní a k jejich naplnění dojde pouze výjimečně. I kdyby vstup nových členských států do EU nevedl k implicitnímu zániku intra-unijních DPOI, není vyloučeno, že do rozporu s právem EU se mohou dostat některá jejich ustanovení. Potenciální rozpor, aktivující aplikaci pravidla *lex posterior* a vedoucí k neaplikaci některých ustanovení DPOI, se může projevit ve dvou rovinách: v rovině jurisdikční a v rovině práva použitelného na řešení sporu.

Pokud by se rozpor s právem EU týkal rozhodčí doložky obsažené v DPOI, mohlo by to vést k tomu, že ačkoli by příslušná intra-unijní DPOI jako taková nadále platně existovala, nebylo by na jejím základě možné založit jurisdikci arbitrážního tribunálu, a unijní investoři by tak již

³⁵ Oldendahl, K. In: Dörr, O., Schmalenbach, K. (eds.). Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary. New York: Springer, 2012, s. 514.

³⁶ Článek 41 VÚ zní následovně:

I. Dvě nebo více stran jedné mnohostranné smlouvy mohou uzavřít dohodu pozměňující smlouvu pouze ve svých vzájemných vztazích, jestliže:

a) smlouva připouští možnost takové změny;

b) smlouva takovou změnu nezakazuje a změna

i) není na újmu ani výkonu práv plynoucích ze smlouvy druhým stranám, ani na újmu plnění jejich závazků;

a

ii) nedotýká se ustanovení, jehož změna je neslučitelná s řádným plněním předmětu a účelu smlouvy jako celku.

nemohli své nároky proti členským státům uplatňovat v investičních arbitrážích, neboť rozhodčí doložka by byla neaplikovatelná podle článku 30 VÚ. Právě existenci takového rozporu namítaly Česká republika a Slovensko ve sporech podle intra-unijních DPOI. Druhá rovina, v níž nabývá článek 30 VÚ na významu, se týká materiálních pravidel DPOI a jejich aplikace v případě konkrétního investičního sporu. Jednání členského státu, které je vyžadováno právem EU, se někdy může dostat do rozporu s obecnými standardy ochrany investic, jako je řádné a spravedlivé zacházení. Investiční tribunál, který bude rozhodovat spor podle intra-unijní DPOI, bude v takovém případě stát před otázkou, kterému pravidlu (zda pravidlu vyplývajícího z práva EU nebo standardu ochrany podle DPOI) má dát přednost. Článek 30 VÚ tak může hrát roli z pohledu určení práva použitelného pro meritorní rozhodnutí investičního sporu (viz dále).

Úprava odstavců 3 a 4(a) článku 30 VÚ představuje reziduální úpravu. Strany po sobě uzavřených smluv si mohou ve vzájemných vztazích určit jiné pravidlo, kterým se bude vztah těchto smluv řídit. V odstavci 2 je uveden jeden možný příklad zvláštního pravidla, a to kdy jedna ze smluv stanoví, že je podřízena smlouvě dřívější, resp. smlouvě pozdější, což ovšem nebrání tomu, aby si smluvní strany dohodly pravidlo jiné. Rovněž tato skutečnost může být pro intra-unijní DPOI relevantní. Zakládající smlouvy sice neobsahují žádné ustanovení, které by výslovně řešilo otázku mezinárodních smluv uzavřených mezi členskými státy navzájem, k této otázce se ovšem několikrát vyjádřil SDEU (viz dále).

(iv.) *Týkají se DPOI a právo EU „stejného předmětu“?*

I když je problematika konfliktu mezinárodních smluv obecně dosti složitá, situace intra-unijních DPOI se na první pohled jeví být poměrně jednoduchá v tom, že lze identifikovat jednoznačné pravidlo, kterým by se jejich případné rozpory s právem EU měly řídit, kterým je pravidlo *lex posterior*. Podstata nejasností vztahu mezi intra-unijními DPOI a (primárním) právem EU nespočívá v určení pravidla pro řešení rozporů, ale v tom, (i) zda mezi těmito systémy pravidel rozpory vůbec existují a (ii) jakou mají tyto případné rozpory povahu, tj. zda se jedná o absolutní konflikt ve smyslu článku 59(1) VÚ, nebo o konflikt jurisdikcí, nebo zda přicházejí v úvahu pouze rozpory v rovině práva použitelného na investiční spor. Klíčovou je v tomto směru odpověď na otázku, co přesně znamená podmínka, aby se po sobě uzavřené smlouvy týkaly téhož předmětu, s čímž je pak spojená otázka, kdy je vůbec možné mluvit o existenci konfliktu mezinárodních smluv, který aktivuje pravidlo *lex posterior*.

Podmínka, aby se po sobě uzavřené mezinárodní smlouvy týkaly „téhož předmětu“, se objevuje jak v článku 30 VÚ, tak v článku 59 VÚ. Za nejrelevantnější lze patrně považovat výklad této podmínky, který poskytla ILC ve své zprávě k fragmentaci mezinárodního práva. ILC poukazuje na to, že používání kritéria stejného předmětu v kontextu řešení rozporů mezinárodních smluv může být poněkud zavádějící. Rozpory totiž mohou často vznikat právě mezi pravidly, která zdánlivě upravují zcela jiný předmět (pravidla smlouvy upravující mezinárodní obchod se například mohou dostat do rozporu se smlouvou týkající se ochrany životního prostředí). Kritérium „stejného předmětu“ proto spíše odpovídá situacím, kdy se na jednu skutkovou situaci mají uplatnit dva různé soubory pravidel:

Řešení otázky, zda se dvě smlouvy týkají „téhož předmětu“, spočívá ve zhodnocení, zda splnění povinnosti podle jedné smlouvy naruší (*affects*) splnění povinnosti podle smlouvy druhé. Toto narušení (*affecting*) může spočívat buďto v tom, že splnění jiné povinnosti je striktně bráněno, nebo v tom, že je předmět a účel této povinnosti jinak mařen (*undermined*).³⁷

³⁷ ILC Report on Fragmentation, pozn. 22, odst. 254.

Podle ILC v případě, že pokus o aplikaci dvou pravidel na stejnou skutkovou situaci povede k neslučitelným výsledkům, lze mít bezpečně za to, že se tato pravidla týkají téhož předmětu.³⁸ Uvedené pojetí kritéria stejného předmětu, alespoň pokud jde o článek 30 VÚ, není v literatuře nijak kontroverzní.³⁹ Obdobně jako v článku 30 VÚ by kritérium „stejného předmětu“ mělo být chápáno i pro účely článku 59(1) VÚ.⁴⁰ Rozdíl bude patrně pouze v rozsahu, v jakém mohou mezi dřívější a pozdější smlouvou vznikat rozpory.

To, zda jsou dřívější a pozdější smlouvy zcela nebo částečně neslučitelné, bude záviset především na jejich interpretaci. Metodologický návod k interpretaci mezinárodních smluv poskytují články 31 a 32 VÚ. V mezinárodním právu přitom platí poměrně silná presumpce proti existenci normativního konfliktu.⁴¹ Je-li to možné, zdánlivý rozpor norem by měl být odstraněn jejich souladnou interpretací.⁴² Není-li ovšem souladná interpretace dobře možná, jedná se o rozpor skutečný a je nutno vyřešit jej upřednostněním jedné z konfliktních norem.

5.2.2 Pohled práva EU – nadřazenost nad *inter se* mezinárodními smlouvami

Není žádným překvapením, že právo EU, které samo sebe deklarovalo za „nový právní řád“, se na mezinárodní smlouvy uzavírané členskými státy dívá poněkud jinak než obecné mezinárodní právo. Jediným ustanovením Zakládajících smluv, které výslovně upravuje jejich vztah k mezinárodním smlouvám členských států, je článek 351 SFEU. Ten se ovšem týká pouze smluv s třetími státy, a to jen pokud byly uzavřeny před vstupem příslušného členského státu do EU (viz blíže část 4.2.2). Zatímco předvstupové smlouvy s třetími státy mohou mít za určitých okolností přednost před závazky členského státu vyplývajícími z práva EU, SDEU dal velmi brzy najevo, že článek 351 SFEU na vzájemné vztahy mezi členskými státy aplikovat nelze. Vztah mezi unijním právním řádem a *inter se* mezinárodními smlouvami členských států se z pohledu práva EU řídí zásadou nadřazenosti práva EU. Závazky členských států vyplývající z práva EU tak budou mít vždy přednost před jejich závazky vyplývajícími z mezinárodních smluv, které členské státy uzavřely mezi sebou.

Ve vztahu k dřívějším mezinárodním smlouvám (tj. uzavřeným před vstupem některého z členských států do EU) toto pravidlo SDEU formuloval již v roce 1961 v rozsudku ve věci *Komise proti Itálii*, kde konstatoval, že „v záležitostech, které se řídí Smlouvou o založení EHS, má tato smlouva přednost před mezinárodními smlouvami uzavřenými mezi členskými státy před vstupem Smlouvy o založení EHS v platnost“.⁴³ Podle uvedeného rozhodnutí se (dnešní) článek 351 SFEU na vzájemné vztahy mezi členskými státy neuplatní ani v případě kdy se jedná o mnohostrannou smlouvu, jejímiž stranami jsou rovněž třetí státy (v daném případě šlo o aplikaci GATT v intra-komunitárním kontextu). V rozsudku *Matteucci*⁴⁴ SDEU vycházel ze zásady nadřazenosti práva EU i při posuzování závazků mezinárodní smlouvy mezi Belgií a Německem v oblasti kulturní spolupráce. Namítaný rozpor v daném případě spočíval v tom, že uvedená smlouva spojovala možnost přiznat určitá stipendia s kritériem státní příslušnosti žadatele, což mělo zasáhnout do práv stěžovatelky, francouzské občanky žijící a pracující v

³⁸ ILC Report on Fragmentation, pozn. 22, odst. 22-23.

³⁹ Srov. např. Pauwelyn, který uvádí, že pokud mezi normami existuje rozpor, tyto normy se nezbytně musí týkat téhož předmětu (Pauwelyn, pozn. 25, s. 365 a násled.). Oldendahl v komentáři k článku 30 uvádí, že koncept stejného předmětu je široký, nicméně pro účely aplikace článku 30 je důležité především to, zda lze příslušné normy považovat za neslučitelné (Oldendahl, pozn. 35, s. 510-512).

⁴⁰ Srov. Pauwelyn, pozn. 25, s. 284).

⁴¹ ILC Report on Fragmentation, pozn. 22, odst. 37.

⁴² Např. Villiger, pozn. 31, s. 402.

⁴³ Case 10/61, *Commission v Italy* [1962] ECR 1, s. 10.

⁴⁴ Case 235/87, *Annunziata Matteucci v. Communauté Française de Belgique and others* [1988], ECR 5589.

Belgii, na stejné zacházení podle kapitoly SFEU o volném pohybu pracovníků. V rámci řízení bylo ze strany členských států namítáno, že uvedená smlouva se týkala oblasti kultury, která stojí mimo předmět úpravy Zakládajících smluv, a že naplňování cílů legitimní bilaterální spolupráce členských států v této oblasti nemůže být zmařeno v důsledku vývoje práva EU. SDEU se ovšem s touto argumentací neztotožnil, když uvedl, že pokud může odepření přístupu ke stipendiím ohrozit právo pracovníků z jiných členských států na stejné zacházení, aplikace práva EU nemůže být vyloučena na základě toho, že by se dotkla implementace dohody o spolupráci v oblasti kultury mezi dvěma členskými státy.

Nadřazenost práva EU nad závazky členských států z *inter se* mezinárodních smluv uzavřených před vstupem jedné ze smluvních stran do EU vyplývá i z rozsudku *Exportur*.⁴⁵ V tomto případě se jednalo o spor španělské a francouzské společnosti o používání určitých regionálních označení, která byla na základě dvoustranné španělsko-francouzské smlouvy z roku 1973 vyhrazena pro španělské producenty. Aniž by SDEU věnoval příliš mnoho pozornosti analýze vztahu této smlouvy a práva EU, vyšel z předpokladu, že její ustanovení nelze aplikovat v případě, kdy by byla v rozporu s ustanoveními Smlouvy o založení ES. Generální advokát Lenz takový závěr odůvodnil zásadou přednosti (*primacy*) práva EU.⁴⁶ Ve zbytku rozsudku již soud analyzoval, zda ustanovení této smlouvy týkající se používání regionálních označení nejsou v rozporu s ustanoveními kapitoly SES o volném pohybu zboží. Soud tedy ustanovení této mezinárodní smlouvy posuzoval obdobným způsobem, jakým posuzuje soulad vnitrostátních právních řádů členských států s pravidly vnitřního trhu.⁴⁷

Doktrína nadřazenosti se uplatní i ve vztahu k mezinárodním smlouvám, které členské státy mezi sebou uzavřely až po vstupu obou smluvních stran do EU.⁴⁸ Právo EU členským státům obecně nebrání, aby mezi sebou uzavíraly mezinárodní smlouvy, a to i v oblastech, které spadají do nevýlučné (sdílené) pravomoci Unie.⁴⁹ Tato smluvní volnost členských států je ovšem omezena povinností dodržovat závazky z práva EU. Nadřazenost práva EU se ve vztahu k *inter se* mezinárodním smlouvám členských států projevuje stejně jako ve vztahu k pravidlům vnitrostátního práva.⁵⁰ Zásada nadřazenosti se neuplatní jen v případech, kdy by byla aplikace *inter se* mezinárodní smlouvy v rozporu se závazky členských států vyplývajícími ze Zakládajících smluv, ale i v případech rozporu se sekundární legislativou.⁵¹

⁴⁵ Case C-3/91, *Exportur SA v. LOR SA and Confiserie du Tech* [1992] ECR I-5529.

⁴⁶ Case C-3/91, *Exportur SA v. LOR SA and Confiserie du Tech*, Opinion of AG Lenz, 18 March 1992, odst. 11.

⁴⁷ Viz též *Klabbers*, pozn. 25, s. 130-131.

⁴⁸ Je potřeba upozornit, že z pohledu práva EU se poněkud odlišné právní problémy spojují s dvěma kategoriemi *inter se* mezinárodních smluv. První kategorií představují smlouvy, jejichž stranami jsou všechny členské státy. Druhou kategorií představují smlouvy, jejichž stranami jsou pouze některé členské státy. Pro podrobný rozbor viz *De Witte, B.* "Old Flexibility": International Agreements Between Member States of the EU. In: De Búrca, G., Scott, J. (eds.). *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?* Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000, s. 31-58; a *Schütze, R.* EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2007, Vol. 9, s. 387-440.

⁴⁹ Srov. *De Witte*, pozn. 48, s. 40. Ten uvádí, že „uzavírání *inter se* smluv je přípustné, a neboť opačný závěr by vedl k drastickému okleštění pravomocí členských států, které nelze předpokládat bez výslovné zmínky v zakládajících smlouvách.“ Tento závěr ostatně potvrzuje i smluvní praxe členských států.

⁵⁰ *De Witte*, pozn. 48, s. 47.

⁵¹ Srov. Case C-294/99, *Athinaiki Zithopiia AE v. Greece* [2001] ECR I-6797, odst. 32. SDEU zde dal přednost ustanovení směrnice č. 90/435/EHS před dvoustrannou dohodou o zamezení dvojího zdanění mezi Řeckem a Nizozemskem, když uvedl, že práva přiznaná ekonomickým subjektům na základě ustanovení článku 5(1) uvedené směrnice jsou bezpodmínečná a členský stát nemůže jejich respektování činit podmíněným na základě mezinárodní smlouvy uzavřené s jiným členským státem.

V abstraktní rovině nelze definitivně vymezit okruh případů, kdy se závazek členského státu podle *inter se* mezinárodní smlouvy bude (z pohledu práva EU) považovat za neslučitelný s pravidly práva EU. Nicméně lze zřejmě důvodně předpokládat, že SDEU nalezne rozpor mezi mezinárodní smlouvou uzavřenou mezi členskými státy a právem EU snadněji, než kdyby bylo postupováno striktně podle pravidel Vídeňské úmluvy a jejich výkladem v doktríně mezinárodního práva. K tomuto závěru vede empirická zkušenost, že SDEU se patrně nebude pokoušet o překlenutí zdánlivého rozporu pravidel tím, že by pravidla vyplývající z práva EU interpretoval restriktivním způsobem ve světle mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy. Možnosti metody souladné interpretace jsou v tomto případě omezenější. Jak je vidět na několika příkladech uvedených výše, ve vztahu k *inter se* mezinárodním smlouvám členských států SDEU uplatňuje stejný expanzionistický přístup jako ve vztahu k vnitrostátním právním řádům členských států.

Existence rozporu nemá z hlediska práva EU, podobně jako je tomu podle článku 30 VÚ, vliv na platnost inkompatibilní mezinárodní smlouvy. Konkrétní důsledky mohou být, v závislosti na povaze rozporu, různé. Na základě zásady loajální spolupráce zakotvené v článku 4(3) SEU je dovozováno, že členské státy jsou povinny přijmout všechna vhodná opatření k tomu, aby byl rozpor odstraněn.⁵² V některých případech, kdy bude rozpor spočívat v diskriminačních účincích mezinárodní smlouvy, může postačovat přiznání výhodnějšího zacházení příslušníkům všech členských států. Nicméně tam, kde podobná možnost nebude k dispozici, přednost práva EU povede k nepoužitelnosti mezinárodní smlouvy, resp. jejího příslušného inkompatibilního ustanovení. Zásada loajální spolupráce kromě toho vyžaduje, aby členské státy neslučitelnost odstranily změnou, nebo v případě nutnosti i ukončením platnosti příslušné mezinárodní smlouvy.⁵³

5.2.3 *Od konfliktu norem ke konfliktu pohledů – nakolik je pohled práva EU (ne)slučitelný s pohledem mezinárodního práva?*

Byť je pohled práva EU na mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy ve srovnání s obecným mezinárodním právem v mnoha ohledech specifický, pravidla pro řešení rozporů mezi *inter se* mezinárodními dohodami členských států a Zakládajícími smlouvami se na první pohled tolik neliší.⁵⁴ Pokud představuje smlouva uzavřená mezi členskými státy smlouvu dřívější, v případě rozporu by měla mít ustanovení Zakládajících smluv přednost, ať už na základě pravidla *lex posterior* kodifikovaného ve Vídeňské úmluvě, nebo podle doktríny nadřazenosti aplikované SDEU. Tím bývá vysvětlována i skutečnost, proč Smlouva o založení EHS zakotvila výslovné pravidlo pouze pro dřívější smlouvy uzavřené mezi členskými státy a třetími zeměmi (dnešní článek 351 SFEU). Pro mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy navzájem nebylo výslovné pravidlo potřebné, neboť Smlouva o založení EHS měla před konfliktními závazky z těchto smluv podle mezinárodního práva přednost.⁵⁵ Koncepce nadřazenosti Zakládajících smluv i nad *inter se* mezinárodními smlouvami uzavřenými po vstupu obou členských států do EU je z pohledu mezinárodního práva poněkud problematičtější. Tato situace se ovšem existujících dvoustranných intra-unijních DPOI netýká,

⁵² Srov. *Dimopoulos*, pozn. 24, s. 71; *De Witte*, pozn. 48, s. 51-52.

⁵³ *De Witte*, pozn. 48, s. 51-52.

⁵⁴ V této části záměrně nehovořím o právu EU, ale o Zakládajících smlouvách, abychom se pohybovali pouze v rámci smluvního práva. Prozatím pomineme otázku, zda mají mít přednost před *inter se* mezinárodními smlouvami členských států i sekundární prameny práva EU (zejména nařízení a směrnice). K této otázce se vrátíme v rámci diskuse o právu použitelném v investičním sporu.

⁵⁵ Srov. *Eeckhout*, P. *EU External Relations Law: Legal and Constitutional Foundations*. New York: Oxford University Press, 2004, s. 333; *Schütze*, pozn. 48, s. 390.

neboť všechny tyto dohody byly uzavřeny před vstupem alespoň jedné z jejich stran do EU. Řešení případných rozporů mezi existujícími intra-unijními DPOI a Zakládajícími smlouvami by se tak na první pohled mohlo zdát bezproblémové – jak podle mezinárodního práva, tak podle práva EU by v případě rozporů měly mít přednost Zakládající smlouvy.

Opravdové komplikace ovšem nastávají, začneme-li se zabývat otázkou, kdo a na základě jakého klíče určí, zda mezi intra-unijními DPOI a právem EU existuje rozpor, a jaké jsou jeho případné důsledky. Pokud mezi intra-unijními DPOI existuje zásadní rozpor, který by odůvodňoval buďto zánik DPOI jako celku, nebo neaplikovatelnost rozhodčích doložek, není takový rozpor patrný *prima facie* na základě prostého srovnání smluvních textů. Slovní znění ustanovení Zakládajících smluv ovšem o jejich skutečném obsahu a významu vypovídá jen málo, neboť ten vyplývá především z masy judikatury SDEU. Pro judikaturu SDEU je charakteristická autonomní a výrazně teleologická interpretace práva EU, která klade velký důraz především na dosahování cílů evropské integrace. Stejně tak obecné a vágně formulované standardy zacházení zakotvené v intra-unijních DPOI nalézají svůj obsah až v rozhodovací praxi arbitrážních tribunálů. Potenciální fundamentální rozpory mezi intra-unijními DPOI a unijním právním řádem tak nebudou pramenit ani tak ze slovního znění jednotlivých ustanovení, ale z jejich výkladu.

Není potřeba připomínat, že interpretace zakládajících smluv ze strany SDEU je pro všechny členské státy závazná a členské státy jsou povinny se jí řídit. V případě intra-unijních DPOI je ovšem situace specifická, neboť tyto dohody zakládají mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem prostřednictvím mezinárodního rozhodovacího orgánu, který je na hostitelském státu z povahy věci zcela nezávislý. Zahájení investiční arbitráže je v rukou jednotlivého zahraničního investora a členský stát, proti němuž je spor veden, mu v tom nemůže nijak zabránit. Arbitrážní tribunál sám rozhoduje o své jurisdikci, o právu použitelném na meritum sporu a sám jej rovněž aplikuje. I kdyby se členský stát domníval, že DPOI je v rozporu s právem EU, může tuto skutečnost pouze namítat jako účastník sporu. Dokud intra-unijní DPOI zůstávají formálně platné, posouzení těchto otázek náleží arbitrážnímu tribunálu.

Jak bylo uvedeno, pravidla pro řešení rozporů mezi intra-unijními DPOI a Zakládajícími smlouvami jsou v obecné rovině poměrně jasné a bez ohledu na perspektivu ukazují k přednostní aplikaci Zakládajících smluv. To, zda mezi těmito systémy existují rozpory, je ovšem především otázkou jejich interpretace. Jak má arbitrážní tribunál zřízený na základě intra-unijní DPOI interpretovat prameny práva EU? Je povinen přihlížet k doktrínám a pravidlům vytvořeným SDEU, i když dalece přesahují rámec možného gramatického výkladu smluvního textu? Je pro tribunál výklad Zakládajících smluv podaný SDEU závazný stejně jako pro členské státy, nebo si má tribunál ustanovení Zakládajících smluv podrobit vlastnímu výkladu? Pokud by byl pro něj výklad SDEU závazný, musí se jej držet za každých okolností, i kdyby na základě toho musel odmítnout vlastní jurisdikci nebo omezit materiální práva investora podle příslušné DPOI? A co když judikatura SDEU v dané věci neposkytuje odpověď, nebo v některé otázce ukazuje určitým směrem, ale správná odpověď na specifickou otázku řešenou v investiční arbitráži z ní nevyplývá jednoznačně? To jsou složité otázky, na které lze v obecné rovině odpovědět jen obtížně.

Obecné pravidlo výkladu mezinárodních smluv je obsaženo v článku 31 VÚ. Podle odstavce 1 musí být smlouva 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. Článek 31 VÚ zakládá jediné komplexní pravidlo interpretace, jehož integrálními součástmi jsou tři samostatné prvky: (i) dobrá víra, (ii) obvyklý význam, tedy výklad založený

na textu smlouvy, a (iii) celkový kontext, včetně předmětu a účelu smlouvy. ILC ve svém komentáři k článku 31 VÚ zdůraznila, že toto ustanovení zakládá jediné pravidlo, aniž by mezi jeho jednotlivými prvky byl vztah jakékoli hierarchie.⁵⁶

Je vhodné více si vysvětlit tu část interpretačního pravidla, které při interpretaci mezinárodní smlouvy ukládá zohlednit její celkovou souvislost neboli kontext. Některé elementy celkového kontextu smlouvy jsou blíže specifikovány v odstavcích 2 a 3 článku 31 VÚ. Jako důležitý se v tomto ohledu jeví zejména odstavec 3 bod b), podle něhož bude při výkladu smlouvy s celkovou souvislostí brán zřetel na jakoukoliv pozdější praxi při provádění smlouvy, která založila dohodu stran, týkající se jejího výkladu. Pozdější praxe při provádění smlouvy má pro její interpretaci zásadní význam, neboť představuje objektivní vyjádření chápání smluvních stran ohledně jejího obsahu a smyslu.⁵⁷ Je přitom nepochybné, že pokud mezinárodní smlouva svěří mezinárodní organizaci nebo jejímu orgánu určité funkce, podílí se na utváření pozdější praxe i sama tato organizace.⁵⁸ Tím spíše to musí platit v případech, kdy mezinárodní smlouva vytvoří soudní orgán, který je pověřen výkladem této smlouvy, který je navíc pro smluvní strany závazný, jako je tomu v případě SDEU. Výklad podaný tímto soudním orgánem je nutno považovat za aktuální chápání obsahu a významu mezinárodní smlouvy jejími stranami. Pokud tedy investiční tribunál zjistí, že je pro jeho rozhodnutí relevantní určitá otázka práva EU, ať už se jedná o posouzení vlastní jurisdikce nebo o meritorní rozhodování sporu, měl by nepochybně přihlížet i k judikatuře SDEU.

Na druhé straně má tento kontextuální přístup určité limity. Za prvé, kontextuální přístup představuje pouze jeden z prvků procesu interpretace mezinárodní smlouvy, pro něž navíc článek 31 VÚ nestanovuje nějaký předem daný závazný postup a mezi jednotlivými interpretačními pravidly nestanoví žádný vztah priority. Vhodnost toho kterého přístupu k interpretaci smlouvy bude v konkrétním případě záviset především na subjektivním posouzení různých okolností.⁵⁹ Za druhé, arbitrážní tribunál je povolán především k aplikaci příslušné DPOI v konkrétním investičním sporu. Určitá neochota k převzetí expanzivních a z pohledu obecného mezinárodního práva problematických konceptů práva EU (jako je například koncepce absolutní nadřazenosti práva EU nad vzájemnými mezinárodními závazky členských států, nebo pojetí exkluzivní jurisdikce SDEU v otázkách dotýkajících se práva EU), které by v konečném důsledku mohly zmařit účel investiční arbitráže a DPOI jako takových, se ze strany investičních tribunálů jeví jako pochopitelná. Za třetí, existence důvodů vyplývajících z práva EU, z nichž by eventuálně mohla plynout neslučitelnost intra-unijních DPOI se Zakládajícími smlouvami, v žádném případě není zjevná, o čemž svědčí i pestrá paleta názorů, které byly k tomuto tématu prezentovány v literatuře.

Jak bude argumentováno dále, rozhodnutí arbitrážních tribunálů ve sporech podle intra-unijních DPOI, kterými tyto tribunály potvrdily svou jurisdikci, lze z jejich pohledu považovat za logická a pochopitelná. Zároveň ovšem existuje riziko, že pokud budou obdobné otázky posuzovány SDEU, který se na věc bude dívat ze své vlastní perspektivy, výsledek může být diametrálně odlišný.

⁵⁶ UN International Law Commission. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966. Text adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966, s. 219, odst. 8.

⁵⁷ *ILC Commentary*, pozn. 56, s. 221, odst. 15.

⁵⁸ *Dörr, O.* In: *Dörr, O., Schmalenbach, K. (eds.). Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary.* New York: Springer, 2012, s. 558.

⁵⁹ V tomto smyslu *ILC Commentary*, pozn. 56, s. 218, odst. 4-5.

5.2.4 Dohoda k Energetické chartě – zvláštní a (skutečně) složitý případ

Výše nastíněné úvahy ohledně vztahu mezi dvoustrannými intra-unijními DPOI a právem EU a ohledně možnosti řešení případných rozporů zcela neplatí pro jednu velmi významnou dohodu týkající se ochrany zahraničních investic, kterou je Dohoda k Energetické chartě (ECT). ECT, kterou její signatáři podepsali v roce 1994, představuje mnohostrannou smlouvu, jejímiž stranami jsou všechny členské státy EU, některé třetí státy, a rovněž samotná Evropská unie. Z pohledu práva EU se tedy jedná o smíšenou smlouvu. Tato dohoda zakládá robustní režim post-investiční ochrany zahraničních investic zcela srovnatelný s tradičními DPOI, včetně závazného mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem, byť je tento režim sektorově omezený na investice v energetice. Vysvětlení proč členské státy společně s Unii tuto smlouvu uzavřely, je nutno hledat v geopolitických realitách první poloviny 90. let, spojených s rozpadem komunistického bloku, s koncem hluboké ideologické konfrontace a s přechodem bývalých socialistických států, včetně států sdružených ve Společenství nezávislých států (SNS), které byly mimořádně bohaté na energetické zdroje, na tržní ekonomiku. Tyto změny otevřely zcela nové možnosti pro hospodářskou spolupráci mezi východem a západem v oblasti energetiky, jejichž uskutečnitelnost ovšem narážela na zcela odlišnou úroveň právního a institucionálního rámce post-komunistických zemí střední a východní Evropy a SNS. ECT je tak nutno vnímat, s notnou dávkou zjednodušení, jako výsledek snahy o vytvoření multilaterálního právního rámce pro podporu přílivu západních investic do sektoru energetiky v těchto post-komunistických zemích a pro ochranu těchto investic před riziky vyplývajícími z místních slabě rozvinutých právních a institucionálních systémů, a to na základě modelu převzatého z klasických dvoustranných DPOI.⁶⁰ Kombinace požadavků západních zemí na dalekosáhlá privilegia a záruky pro jejich investory v zemích SNS s nutností zachovat ve smluvních vztazích reciprocitu vedla k tomu, že ECT vytvořila v oblasti energetiky nový multilaterální režim ochrany investic, který se, spíše mimoděk, uplatní i ve vzájemných vztazích mezi členskými státy EU.⁶¹ Již v době po přijetí ECT v roce 1994 někteří komentátoři upozorňovali na to, že vzhledem k zavedení mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem formou mezinárodní arbitráže na základě článku 26 ECT tento režim významně přesáhl rámec ochrany investic, který do té doby existoval ve vztazích západ-západ, ať už se jednalo o komunitární režim, nebo o pravidla přijatá na půdě OECD.⁶²

Ve srovnání s dvoustrannými DPOI uzavřenými členskými státy se vztah mezi ECT a právem EU vyznačuje řadou specifik, které činí z právní analýzy tohoto vztahu mimořádně náročný úkol.

Za prvé, ECT má intra-unijní i extra-unijní dimenzi. Jedná se o mnohostrannou mezinárodní smlouvu, jejímiž stranami jsou všechny členské státy EU a zároveň některé třetí země. Ve vztazích k třetím zemím může ECT vyvolávat otázky z hlediska kompatibility s právem EU srovnatelné s dvoustrannými DPOI členských států s třetími zeměmi, byť většinu potenciálních rozporů patrně zhojí skutečnost, že stranou této dohody je i Unie. V rovině intra-unijní ECT

⁶⁰ Srov. podrobně *Wälde, T.* International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries. *Journal of World Trade*. 1995, 29(5), s. 5-72; *Doré, J.* Negotiating Energy Charter Treaty. In: *Wälde, T.* (ed.). *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. Boston: Kluwer Law International, 1996, s. 137-155.

⁶¹ Je poněkud paradoxní, že Rusko, které bylo jedním z původních signatářů ECT v roce 1994, přičemž nepochybně především jeho účast na této dohodě měla naplnit její původní smysl, ECT nikdy neratifikovalo. V roce 2009 depozitáři dohody oficiálně informovalo, že již nemá v úmyslu stát se její stranou. Zdroj: <http://www.encharter.org/index.php?id=18>

⁶² *Wälde*, pozn. 60, s. 9-10.

naopak podobné otázky, jako dvoustranné intra-unijní DPOI. Jelikož stranami ECT jsou všechny členské státy, v případě ECT neexistuje problém z hlediska možné diskriminace mezi investory z různých členských států, který je inherentní pro dvoustranné intra-unijní DPOI. ECT ovšem stejně jako tyto DPOI umožňuje vedení investičních arbitrází ve sporech mezi investorem z jednoho členského státu proti jinému členskému státu, nebo dokonce i proti Unii, což vyvolává otázky, zda je ECT, a zejména rozhodčí doložka obsažená v jejím článku 26, ve vztazích mezi členskými státy aplikovatelná. Na rozdíl od některých jiných smíšených smluv uzavíraných společně Unii a členskými ovšem ECT neobsahuje tzv. „odpojovací doložku“ (*disconnection clause*), což je označení pro určitý typ ustanovení, která výslovně vylučují aplikaci smíšené mezinárodní smlouvy ve vztazích mezi členskými státy, a která Unie a členské státy používají zejména v dohodách uzavíraných na půdě Rady Evropy.⁶³ Z textu ECT tedy *prima facie* nevyplývá, že by se neměla uplatnit i v intra-unijním kontextu.

Za druhé, i intra-unijní rovina ECT je na rozdíl od dvoustranných intra-unijních DPOI z časového hlediska diferencovaná. Všechny členské státy EU ECT podepsaly a ratifikovaly mezi lety 1994 až 2001. Původní členské státy se tedy staly stranami ECT v době, kdy již byly členy EU. Ve vztazích mezi těmito státy představuje ECT vůči Zakládajícím smlouvám z pohledu mezinárodního práva *lex posterior*.⁶⁴ Ve vztazích mezi původními členskými státy a novými členskými státy, jakož i ve vztazích mezi novými členskými státy navzájem, naopak představuje ECT vůči Zakládajícím smlouvám *lex prior*. Pokud by se vztah práva EU a ECT měl řídit pravidly pro řešení rozporu mezinárodních smluv kodifikovanými ve Vídeňské úmluvě, bylo by patrně nutno tento vztah posoudit odlišně podle toho, o vztah kterých členských států by se v konkrétním případě jednalo.

Za třetí, i v intra-unijních vztazích zahrnujících nové členské státy, kdy Zakládající smlouvy představují z pohledu mezinárodního práva *lex posterior*, mohou v případě rozporů s právem EU platit jiná pravidla, než v případě dvoustranných intra-unijních DPOI. ECT je totiž mnohostranná úmluva, jejímiž stranami jsou kromě členských států i třetí země. Lze mít spíše za to, že v případech, kdy Zakládající smlouvy představují vůči ECT mezinárodní smlouvy pozdější, se vztah ECT a Zakládajících smluv nebude řídit článkem 30 VÚ, ale článkem 41 VÚ, který upravuje podmínky pro pozdější změny mnohostranných mezinárodních smluv s účinky pouze mezi některými smluvními stranami (v tomto případě by bylo možné hovořit o *inter se* modifikaci ECT ve vztazích mezi příslušnými členskými státy EU). V případech na které se vztahuje článek 41 VÚ, se pravidlo *lex posterior* uplatní jen při splnění určitých podmínek, jejichž účelem je zejména ochrana těch stran mnohostranné smlouvy, které se *inter se* modifikace smlouvy neúčastní. *Inter se* modifikace mezinárodní smlouvy je podle tohoto ustanovení přípustná tehdy, když dřívější smlouva možnost takové změny připouští (článek 41(1)(a) VÚ). ECT ovšem neobsahuje žádné ustanovení, které by takové změny výslovně umožňovalo. *Inter se* modifikace mezinárodní smlouvy je podle článku 41 VÚ ovšem přípustná i tehdy, pokud smlouva takovou změnu nezakazuje, a zároveň jsou splněny následující dvě podmínky: (i) změna není na újmu ani výkonu práv plynoucích ze smlouvy druhým stranám, ani na újmu plnění jejich závazků; a (ii) nedotýká se ustanovení, jehož změna je neslučitelná s řádným plněním předmětu a účelu smlouvy jako celku (článek 41(1)(b) VÚ). Bude-li mezi ECT a právem EU existovat rozpor, k upřednostnění práva EU na základě pravidla *lex posterior* by

⁶³ Podrobnosti k problematice odpojovacích doložek srov. například *Cremona, M.* Disconnection Clauses in EU Law and Practice. In: Hillion, Ch., Koutrakos, P. (eds.). *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*. Portland, Oregon: Hart, 2010, s. 160-186. Srov. též *ILC Report on Fragmentation*, pozn. 22, odst. 289-294.

⁶⁴ Je ovšem otázkou, zda se tato situace neobrátí v důsledku pozdějších revizí Zakládajících smluv Amsterodamskou smlouvou, Smlouvou z Nice a zejména Lisabonskou smlouvou.

nemělo dojít automaticky, ale mělo by podléhat poměrně obtížné analýze ve světle uvedeného ustanovení Vídeňské úmluvy.

Za čtvrté, ECT obsahuje vlastní pravidlo upravující její vztah k jiným mezinárodním smlouvám upravujícím stejný předmět. Článek 16 ECT s názvem „Vztah k jiným dohodám“ zní následovně:

Pokud dvě nebo více smluvních stran již dříve uzavřely mezinárodní dohodu nebo následně uzavřou mezinárodní dohodu, jejíž podmínky se v jakémkoliv případě týkají předmětu části III nebo V této dohody,

(1) žádné ustanovení části III nebo V této dohody nelze vykládat jako odchylku od ustanovení této jiné dohody nebo od jakéhokoli práva na řešení sporu, které se k nim podle takové dohody vztahuje, a

(2) žádné ustanovení této jiné dohody nelze vykládat jako odchylku od ustanovení části III nebo V této dohody nebo od jakéhokoli práva na řešení sporu, které se k nim vztahuje podle této dohody,

jsou-li tato ustanovení příznivější pro investora nebo investici.

Článek 16 ECT tedy předpokládá, že v případě, kdy jiná mezinárodní smlouva rovněž upravuje režim ochrany investic v energetice, použije se úprava, která je pro investora výhodnější, přičemž toto pravidlo platí jak pro smlouvy dřívější, tak pro smlouvy pozdější. Doslovně vzato, toto ustanovení lze chápat i tak, že jiná mezinárodní smlouva nesmí snižovat standard ochrany investic podle ECT a nesmí omezovat právo zahraničních investorů na zahájení a vedení investičního sporu proti jiné smluvní straně. Možnost jakékoli *inter se* modifikace režimu podle ECT ve vztazích mezi členskými státy EU, která by se negativně dotkla práv investorů, se v uvedeném světle jeví jako mimořádně problematická.

Za páté, smluvní stranou ECT nejsou jen členské státy, ale i Unie, což má velmi významné praktické důsledky. Účast Unie na této dohodě sama o sobě nemůže zhojit veškeré její případné rozpory s právem EU. Navíc pouhou skutečnost, že Unie je stranou této dohody, nelze vykládat jako potvrzení jejího souladu s právem EU, neboť k definitivnímu rozhodnutí je v tomto ohledu příslušný pouze SDEU, nikoli orgány Unie, které rozhodly o přistoupení k ECT. Na druhé straně nelze popřít, že účast EU na investiční dohodě zakládající možnost investičních arbitráží do určité míry otupuje argumenty o neslučitelnosti tohoto mechanismu řešení sporů s právem EU. Přesto možnost intra-unijních investičních arbitráží podle ECT z pohledu práva EU naráží na podobné problémy, jako investiční arbitráže podle intra-unijních DPOI, což dala poměrně jasně najevo i Komise ve svých stanoviscích předložených v intra-unijních investičních arbitrážích zahájených na základě ECT. Na druhé straně Komise zřejmě nemůže mít, na rozdíl od dvoustranných intra-unijních DPOI, žádný skutečný zájem na ukončení či zpochybnování platnosti ECT. Proto musí své argumenty ve vztahu k intra-unijní dimenzi ECT volit velmi pečlivě. Smíšená povaha ECT dále otevírá možnost, že za porušení práv investora může nést odpovědnost kromě členských států i samotná Unie, zejména pokud bude porušení práv investora důsledkem jednání jejích orgánů. Komise tuto možnost předvíдалa. Na základě jejího sdělení k řešení sporů podle ECT může investor před zahájením sporu požádat Komisi a dotčený členský stát o určení, který z těchto subjektů nese za tvrzené porušení odpovědnost, a má tedy stát na straně žalovaného. Zatímco možnost odpovědnosti Unie podle ECT za porušení práv investorů z třetích zemí nevyvolává kontroverze, o poznání problematictější je představa, že by se mezinárodní odpovědnosti Unie podle ECT mohli v investičních arbitrážích domáhat i unijní investoři.

Za šesté, Společenství sehrálo při zrodu ECT klíčovou roli, když ke sjednání a uzavření ECT došlo zejména z její iniciativy a při jednáních o Komise vystupovala velmi aktivně.⁶⁵ V arbitráži *Electrabel proti Maďarsku* byla ECT dokonce označena za „myšlenkové dítě“ (*brainchild*) Evropské unie.⁶⁶ Důsledkem není jen z pohledu EU zcela jiná hodnota ECT ve srovnání s dvoustrannými intra-unijními DPOI, které Komise označuje za „anomálii na vnitřním trhu“.⁶⁷ V intra-unijních investičních sporech podle ECT bylo argumentováno, že historie ECT a role, kterou při jejím sjednání sehrálo Společenství, odůvodňuje specifický přístup k její interpretaci, totiž že ECT by měla být v maximálním možném rozsahu interpretována harmonicky s právem EU. Lze předznamenat, že tento neortodoxní argument našel v mimořádně důležitém rozhodnutí ve věci *Electrabel proti Maďarsku* překvapivě příznivou odezvu ze strany arbitrážního tribunálu.

Podrobnější abstraktní analýza výše uvedených zvláštností a jejich důsledků pro vztah mezi ECT a právem EU by nejen přesahovala rámec této práce, ale zřejmě by i postrádala větší praktický význam. Mnoha uvedenými aspekty se velmi podrobně zabýval arbitrážní nálezný ve věci *Electrabel proti Maďarsku*. O intra-unijní dimenzi ECT proto bude proto dále pojednáno především skrze rozbor uvedeného rozhodnutí.

5.2.5 Povinnost arbitrážního tribunálu aplikovat právo EU

(i.) Právo použitelné v investiční arbitráži

Problematika práva použitelného v investičním sporu mezi investorem a hostitelským státem založeným na DPOI patří mezi složitější otázky mezinárodního investičního práva. Tato otázka historicky prošla určitým vývojem a nadále je předmětem poměrně velkých kontroverzí. Na tomto místě lze poskytnout pouze zjednodušený přehled, který může posloužit jako základní východisko pro další analýzu, který ovšem uvedenou problematiku zdaleka nevyčerpává.

V souvislosti s použitelným právem je nutno rozlišovat, zda je řeč o pravidlech upravujících procesní stránku sporu, nebo o pravidla upravující materiální (hmotněprávní) stránku sporu, tedy ta, podle nichž tribunál rozhoduje o věci samé. Poněkud specifickou otázkou pak představuje přípustnost vzneseného nároku (*admissibility*) a existence jurisdikce tribunálu k řešení investičního sporu.

Pokud jde o procesní pravidla, rozhodující je, před jakým fórem je konkrétní spor řešen. Většina stávajících DPOI poskytuje v tomto ohledu investorům možnost volby. Hostitelský stát může být zpravidla žalován v arbitráži podle Úmluvy ICSID. Úmluva ICSID společně s dalšími prováděcími instrumenty představují z procesního hlediska delokalizovaný a uzavřený systém, který v procesní rovině vylučuje působení pravidel vnitrostátního práva. Většina DPOI rovněž umožňuje řešení sporů v řízeních *ad hoc* podle pravidel UNCITRAL či podle jiných rozhodčích pravidel. V takovém případě se procesní stránka sporu řídí především zvolenými pravidly, arbitráž je ovšem zároveň zasazena do právního rámce státu, v němž má arbitrážní tribunál své sídlo (*lex loci arbitri*).

Při posuzování přípustnosti uplatněného nároku a jurisdikce tribunálu se vychází z konstrukce rozhodčí smlouvy, resp. souhlasu k arbitráži (*consent to arbitrate*). V případech arbitráží založených na DPOI je tento souhlas stran sporu představován jednostrannou otevřenou

⁶⁵ Srov. zdroje uvedené v pozn. 60.

⁶⁶ *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, odst. 4.131.

⁶⁷ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010, odst. 177.

nabídkou hostitelského státu obsaženou v příslušné DPOI. Tato nabídka inkorporuje obsah příslušné DPOI a určuje rozsah souhlasu hostitelského státu s řešením sporu formou arbitráže. Tribunál v rámci rozhodování o přípustnosti a jurisdikci musí například posoudit, zda se jedná o spor z investice a zda je nárok uplatněn zahraničním investorem podle příslušné DPOI apod. Rozhodčí smlouva se považuje za uzavřenou jejím konkludentním přijetím investorem druhé smluvní strany ve formě žádosti o zahájení arbitrážního řízení. Lze považovat za obecně akceptované, že tato rozhodčí smlouva se řídí mezinárodním právem.⁶⁸ Výchozím bodem pro posouzení jurisdikce budou samozřejmě výslovná ustanovení DPOI a eventuálně Úmluvy ICSID, jedná-li se o spory zahájené na jejím základě, což ovšem nevyklučuje aplikaci jiných pravidel mezinárodního práva na otázky, které nejsou příslušnou DPOI a Úmluvou ICSID upraveny. Jiná pravidla mezinárodního práva mohou mít eventuálně dopad i na posouzení otázky, zda byla jednostranná nabídka státu v době její akceptace investorem platná a účinná.

Nejkomplikovanější otázky se spojují s určením práva rozhodného pro meritum investičního sporu. V obecné rovině přichází v úvahu použití tří souborů pravidel. V první řadě je to samotná DPOI, která obsahuje standardy zacházení se zahraniční investicí ze strany hostitelského státu. Vzhledem k tomu, že DPOI neexistují v právním vakuu, ale jedná se o instrumenty mezinárodního práva, další možný zdroj pravidel představuje mezinárodní právo. Konečně vzhledem k tomu, že diagonální investiční spory mají základ v konkrétních ekonomických aktivitách zahraničního investora, které se zpravidla odehrávají v určitém právním prostředí, nelze opomíjet ani vlastní vnitrostátní právo hostitelského státu.

Základní východisko je nutno hledat v předpisech upravujících řízení, které určují, jak má při identifikaci použitelného práva postupovat arbitrážní tribunál. Různé procesní předpisy, kterými se investiční arbitráž může řídit, ovšem otázku použitelného práva neupravují zcela jednotně. Článek 42(1) Úmluvy ICSID stanovuje:

Soud rozhodne spor v souladu s takovými právními pravidly, na nichž se strany dohodnou. Není-li takové dohody, použije soud právo smluvního státu, který je stranou ve sporu (včetně jeho norem kolizních) a takové předpisy mezinárodního práva, které mohou být použity.

Rozhodčí pravidla UNCITRAL (1976), které se nejčastěji uplatní v investičních arbitrážích *ad hoc*, obsahují pravidlo pro určení rozhodného práva v článku 33(1):

Rozhodčí tribunál použije práva, které strany zvolily jako rozhodné pro úpravu jejich právního vztahu. Jestliže strany právo nezvolí, použije rozhodčí soud právo rozhodné podle kolizních norem, které považuje za použitelné.⁶⁹

Společným znakem obou ustanovení je na první pohled priorita vůle stran. Arbitrážní tribunál je povinen při řešení sporu přednostně aplikovat takové právo, jaké si strany sporu zvolí. Volba rozhodného práva může být obsažena především v textu příslušné DPOI, která vymezuje rozsah a obsah souhlasu stran sporu s řešením sporu formou arbitráže. Přístup jednotlivých DPOI k otázce použitelného práva se vyznačuje velkou různorodostí. Zatímco některé dohody obsahují výslovné ustanovení, které lze považovat za volbu práva, jiné dohody (uvádí se dokonce, že většina) k otázce použitelného práva mlčí. Některé DPOI instruuji tribunál k aplikaci ustanovení příslušné DPOI a zároveň pravidel mezinárodního práva. Příkladem je článek 26(6) ECT:

⁶⁸ Srov. Douglas, Z. The International Law of Investment Claims. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 76.

⁶⁹ Revidovaná verze Rozhodčích pravidel UNCITRAL z roku 2010 obsahuje podobné pravidlo v článku 35(1), ovšem již bez výslovné zmínky o kolizních normách.

Soud zřízený v souladu s článkem 4 rozhoduje o sporných otázkách podle této dohody a použitelných pravidel a zásad mezinárodního práva.

Jiné DPOI obsahují širší katalog zdrojů použitelného práva, který kromě mezinárodního práva zahrnuje zpravidla i právo hostitelského státu. Příkladem je DPOI uzavřená mezi ČSFR a Nizozemskem (která po rozpadu ČSFR platí pro Českou republiku i pro Slovensko jakožto nástupnické státy), která v článku 8(6) stanoví:

Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona (v anglické verzi *on the basis of law*) a přihlédne zejména, nikoliv však výlučně:

- k platnému právu smluvní strany, o kterou se jedná;
- k ustanovením této Dohody a jiných příslušných dohod uzavřených mezi smluvními stranami;
- k ustanovením zvláštních dohod, které se týkají investic;
- k obecným zásadám mezinárodního práva.

Uvedená klauzule československo-nizozemské DPOI je zajímavá i tím, že tribunálu ukládá pouze „přihlédnout“ k vyjmenovaným zdrojům použitelného práva, jejichž výčet je navíc zjevně demonstrativní.⁷⁰ Většina pozdějších DPOI uzavíraných Českou republikou obsahuje obdobný výčet, ovšem zároveň stanoví, že rozhodčí tribunál k nim přihlédne ve vyjmenovaném pořadí.⁷¹

Jak je tedy patrné, určení práva rozhodného pro řešení konkrétního sporu mezi investorem a státem v podstatné míře závisí na znění příslušné DPOI, ale i na tom, před jakým fórem je spor rozhodován, a jakákoli generalizace v tomto směru obnáší riziko přílišného zjednodušení. Přesto lze ovšem v rozhodovací praxi arbitrážních tribunálů a v doktrinárním výkladu pozorovat určité tendence k obecnému a systematičtějšímu přístupu k této otázce.

Obecně lze konstatovat, že právo aplikované tribunálem na řešení investičního sporu bude vždy zahrnovat materiální pravidla obsažená v samotné DPOI. Investoři v investičních arbitrážích uplatňují nároky vyplývající z porušení standardů zacházení obsažených v příslušné dohodě a tribunál bude ve světle těchto standardů posuzovat sporné zacházení poskytnuté hostitelským státem. Tím ovšem výčet pramenů použitelného práva nekončí. V investičních arbitrážích jsou spory mezi investorem a hostitelským státem „internacionalizovány“ – hovoří se i o implicitní volbě mezinárodního práva, kterou obnáší zahájení sporu podle DPOI, bez ohledu na to, zda dohoda obsahuje výslovnou volbu práva či nikoli.⁷² Ustanovení DPOI by měla být jistým, nikoli však jediným zdrojem použitelného práva. Již v historicky prvním nálezu vydaném v investičním sporu zahájeném na základě DPOI tribunál konstatoval, že „dvoustranná dohoda o ochraně investic nepředstavuje uzavřený (*self-contained*) právní systém..., ale musí být vnímána v širším právním kontextu, v rámci kterého jsou integrovány i jiné prameny

⁷⁰ Výklad článku 8(6) česko-nizozemské DPOI vyvolal kontroverze ve sporu *CME proti České republice*, kde tribunál svou vázanost uvedeným ustanovením vyložil velmi volně a ve výsledku české právo a jeho možný vliv na nároky uplatňované žalobcem víceméně ignoroval. Velmi fundovanou kritiku přístupu tribunálu k problematice použitelného práva srov. Douglas, Z. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*. 2003, 74(1), s. 202-205.

⁷¹ Stojí za zmínku, že většina pozdějších DPOI uzavíraných Českou republikou obsahuje stejný výčet zdrojů použitelného práva jako DPOI s Nizozemskem, ovšem zároveň stanoví, že rozhodčí tribunál k nim přihlédne v uvedeném pořadí. Jako první v pořadí jsou uvedena ustanovení DPOI, právo hostitelského státu je uvedeno na druhém místě. Srov. např. článek 8(3) DPOI mezi Českou republikou a Gruzii.

⁷² Srov. Schreuer, Ch., Malintoppi, L., Reinisch, A. a Sinclair, A. The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 578.

prostřednictvím implicitní inkorporace, nebo přímým odkazem na některá doplňková pravidla, ať již mají povahu pravidel mezinárodního nebo vnitrostátního práva.⁷³

Konkrétní role dalších dvou možných zdrojů použitelného práva, a to mezinárodního práva (mimo ustanovení příslušné DPOI) a vnitrostátního práva hostitelského státu, v investičním sporu, je ovšem méně jednoznačná.

DPOI jsou instrumentem mezinárodního práva, které představuje širší právní rámec těchto dohod. Zatímco jednání státu bude primárně posuzováno podle ustanovení DPOI, mezinárodním právem se bude řídit posouzení takových otázek, jako je vznik, rozsah, změna, zánik, interpretace či účinky těchto ustanovení, jakož i práv a povinností z nich vyplývajících.⁷⁴ V rozsahu, v jakém nejsou tyto otázky upraveny v DPOI, budou v investičním sporu relevantní například pravidla obecného mezinárodního práva týkající se odpovědnosti států, státní příslušnosti fyzických a právnických osob, vyvlastnění apod. Jelikož DPOI nejsou izolovány od ostatního mezinárodního práva, investiční tribunál by měl brát zřetel nejen na pravidla obecného mezinárodního práva, ale i na jiné (smluvní) mezinárodní závazky hostitelského státu, zejména pokud se mohou dostat do rozporu se standardy ochrany podle DPOI. V dřívější rozhodovací praxi se investiční tribunály v případech, v nichž hostitelské státy namítaly konflikt se svými závazky z jiných mezinárodních smluv, s těmito argumenty vypořádávaly spíše na *ad hoc* bázi, přičemž takové námitky byly zpravidla z různých důvodů odmítnuty.⁷⁵ V rozhodnutích týkajících se intra-unijních DPOI ovšem tribunály přistoupily k analýze potenciálního konfliktu DPOI s jinými mezinárodními smlouvami mnohem systematičtěji, opírajíc se především o příslušná pravidla Vídeňské úmluvy (viz dále).

Velice kontroverzní zůstává otázka použitelnosti vnitrostátního práva hostitelského státu. Na jedné straně je notorií, že stát se nemůže dovolávat ustanovení svého vnitrostátního práva jako důvodu pro neplnění svých závazků podle mezinárodního práva.⁷⁶ Na druhé straně má investiční arbitráž oproti řešení mezinárodněprávních sporů mezi státy řadu specifik, ať už jde o strany sporu, povahu chráněných práv a uplatňovaných nároků, základ jurisdikce, prostředky nápravy apod. Někdy to bývá vyjádřeno tak, že investiční arbitráž má hybridní základy a nelze ji ztotožňovat ani s čistě mezinárodněprávními ani soukromoprávními mechanismy řešení sporů.⁷⁷ Tato povaha se projevuje i v otázce použitelného práva. Právo hostitelského státu nemůže být zcela ignorováno, například proto, že je to primárně vnitrostátní právo, které určuje, zda investor nabyl majetková práva, která představují investici chráněnou příslušnou DPOI.⁷⁸

Otázka role vnitrostátního práva v investiční arbitráži prošla určitým vývojem. Původní nazírání bylo formováno především zněním „reziduálního“ ustanovení článku 42(1) Úmluvy ICSID, které by se v investičních arbitrážích teoreticky mělo uplatnit vždy, pokud absentuje specifičtější volba rozhodného práva. Uvedené ustanovení tribunály zjevně instruuje k aplikaci práva hostitelského státu vedle mezinárodního práva, ne-li přednostně před ním. V rozhodovací

⁷³ *Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka*, Award, 27 June 1990, odst. 21.

⁷⁴ Srov. *Banifatemi, Y.* The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration. In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 206-210.

⁷⁵ Srov. *Hirsch, M.* Relationship Between Investment Treaties and Other Treaties. In: Muchlinski, P., Ortino, F. Schreuer, Ch. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 154-181.

⁷⁶ Srov. článek 27 VÚ, který představuje kodifikaci obyčejového pravidla.

⁷⁷ Srov. *Douglas*, pozn. 70. Srov. též *Schreuer, Ch.* The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment disputes, s. 1. Dostupné z: http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf

⁷⁸ Srov. podrobně *Douglas*, pozn. 70, s. 194 a násl.

praxi tribunálů i v doktríně zpočátku převládla teorie doplňkové a korektivní funkce mezinárodního práva vůči právu vnitrostátnímu.⁷⁹ Tato teorie ovšem odpovídá spíše převládající arbitrážní praxi v době do 90. let minulého století, kdy byly podle Úmluvy ICSID řešeny výhradně spory založené na smlouvách uzavřených mezi investorem a státem obsahujících rozhodčí doložku ve prospěch Střediska (*contract claims*). Tento model je ovšem považován za nevhodný pro spory založené na mezinárodních smlouvách (*treaty claims*), kdy investor nenamítá porušení soukromoprávní smlouvy uzavřené mezi ním a hostitelským státem, ale porušení svých práv přiznaných mu příslušnou DPOI.⁸⁰ Ačkoli praxe tribunálů není zdaleka jednotná, některá novější rozhodnutí naznačují, že právo hostitelského státu, ačkoli obecně nemůže omluvit porušení práv investora podle DPOI, je nutno uplatňovat kontextuálně pro řešení některých předběžných či souvisejících otázek, na nichž stojí konečné rozhodnutí věci. Lze to ilustrovat například na nálezu *ad hoc* komise ve věci *Vivendi proti Argentíně*:

Zda došlo k porušení DPOI a zda došlo k porušení smlouvy (*contract*) jsou dvě různé otázky. Každý z těchto nároků bude posouzen za použití příslušného použitelného práva – v případě DPOI mezinárodního práva, v případě koncesní smlouvy právem, kterým se řídí tato smlouva, tedy právem provincie Tucumán.⁸¹

Kontextuální přístup při určení práva rozhodného pro řešení investičního sporu ještě názorněji dokumentuje nálezn *ad hoc* komise ve věci *MTD proti Chile*:

Nárok uplatněný MTD se týká „tvrzeného porušení jakéhokoli práva přiznaného nebo založeného touto Dohodou, týkajícího se investice příslušného investora“ (článek 6(1)(ii) DPOI), a tedy právem použitelným pro posouzení tohoto nároku a jakékoli obrany proti němu je DPOI a mezinárodní právo jakožto příslušné právo DPOI (*proper law of the BIT*). Žalovaný trvá na tom, přičemž žalobci s tím neprojeví svůj nesouhlas, že tribunál musí aplikovat mezinárodní právo jako celek, a ne pouze izolovaná ustanovení DPOI.

Jak bylo uvedeno výše, *lex causae* tohoto sporu založeného na porušení DPOI je mezinárodní právo. Tribunály ustanovené podle DPOI ovšem budou často nuceny aplikovat právo hostitelského státu, což je potvrzeno článkem 42(1) Úmluvy ICSID. Zda je v tomto případě použitelné právo odvozeno z druhé věty článku 42(1) nehraje roli: tribunál měl aplikovat chilské právo na ty otázky, které byly nezbytné pro jeho rozhodnutí, a pro které představovalo chilské právo rozhodné právo. Zároveň důsledky vyplývající z některých problematických otázek chilského práva pro nárok žalobce podle DPOI měly být posouzeny podle mezinárodního práva. Zkrátka, obojí právo bylo relevantní.⁸²

Nejpřijatelnější přístup, prezentovaný i dvěma nálezy citovanými výše, tedy spočívá v identifikaci různých otázek týkajících se investičního sporu a nalezení správného právního kontextu, v jehož rámci mají být řešeny. Tribunál pak bude aplikovat na některé z těchto otázek mezinárodní právo a na některé bude aplikovat právo hostitelského státu. Při výběru pramene použitelného práva není nadán naprostou volností, ale je vázán povinností identifikovat příslušný kontext, ve kterém jednotlivé prameny použitelného práva naleznou své uplatnění.⁸³ Státy obecně nemohou odvrátit nároky uplatňované investory podle DPOI dovoláváním se svého vnitrostátního práva. Nicméně některé otázky související s uplatněným nárokem, jako například otázku, zda investorovi skutečně a platně vzniklo majetkové právo, které představuje chráněnou investici, nelze uspokojivě vyřešit jinak, než aplikací práva hostitelského státu.⁸⁴ Je

⁷⁹ Srov. Schreuer, pozn. 77, s. 12 a násl.

⁸⁰ Spiermann, O. Applicable Law. In: Muchlinski, P., Ortino, F. Schreuer, Ch. (eds.). The Oxford Handbook of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2008, s. 107 a násl.

⁸¹ *Compañía de Aguas del Aconquija, & CGE v Argentina*, Decision on Annulment, 3 July 2002, odst. 96.

⁸² *MTD v Chile*, Decision on Annulment, 21 March 2007, odst. 61 a 72.

⁸³ Schreuer, pozn. 77, s. 22.

⁸⁴ Srov. Douglas, pozn. 70, s. 194 a násl. Ve své pozdějším monografickém díle se tento autor pokusil zformulovat obecně platná pravidla, kterými by se tribunály měly řídit při posuzování investičních nároků. Přes nepochybný

ovšem nutno upozornit, že v tuto chvíli by ovšem bylo velkou troufalostí konstatovat, že uvedený přístup odpovídá ustálené rozhodovací praxi arbitrážních tribunálů.

(ii.) *Role práva EU v investiční arbitráži*

Pro tuto chvíli ponecháme stranou úvahy o tom, jaký může mít právo EU teoreticky vliv na jurisdikci tribunálu. Tato otázka by vystoupila do popředí tehdy, pokud by v rozporu s právem EU byla samotná rozhodčí doložka obsažená v DPOI. Jak bude blíže rozebráno dále, arbitrážní tribunály tuto konstrukci v dosavadních nálezech *unisono* odmítly. Na tomto místě navážeme na předchozí výklad o právu použitelném v investičním sporu a blíže se podíváme na to, zda a v jakém směru by měl tribunál v intra-unijní investiční arbitráži aplikovat právo EU, či k němu alespoň přihlížet při rozhodování o meritu sporu. Unijní právní řád a jeho pravidla mohou být v tomto ohledu relevantní z několika hledisek. Za prvé právo EU je systémem založeným na mezinárodních smlouvách a představuje tedy součást mezinárodního práva. Za druhé, v důsledku doktríny přímého účinku se pravidla práva EU stávají automaticky součástí právních řádů členských států a z pohledu investičního tribunálu se tedy jedná o součást práva hostitelského státu. Za třetí, právo EU může být v investiční arbitráži relevantní i jako fakt.

Pokud jde o mezinárodněprávní povahu práva EU, ta byla některými autory v souvislosti s jeho použitelností v intra-unijních investičních arbitrážích zpochybněna.⁸⁵ Na základě toho, že právo EU představuje právní řád *sui generis*, bylo argumentováno, že právo EU nemůže být pro účely určení použitelného práva tribunálem považováno za součást mezinárodního práva, ale v mezinárodněprávním kontextu by s ním mělo být zacházeno pouze jako se součástí vnitrostátních právních řádů členských států.⁸⁶ Jakkoli může judikatura SDEU k podobným úvahám svádět,⁸⁷ je nutno mít za to, že ani proklamace sebe sama za „nový právní řád“, ani bezpodmínečná inkorporace do právních řádů členských států spojená s doktrínami přímého účinku a nadřazenosti, nezabavují Základající smlouvy povahy pramene mezinárodního práva. Primární právo EU je nutno vnímat jako subsystém mezinárodního práva, byť vysoce vyvinutý a v mnoha ohledech velmi specifický.⁸⁸

Zatímco označení Základajících smluv jako pramene mezinárodního práva i pro účely investiční arbitráže lze považovat za relativně jasné, problematičtější je taková kategorizace u

teoretický přínos tohoto přístupu zůstává těchto celkem 54 pravidel prozatím spíše akademickou aspirací než odrazem převládající rozhodovací praxe. Srov. *Douglas*, pozn. 68.

⁸⁵ Srov. *Roe, T., Happold, M., Dingemans, J.* Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty. New York: Cambridge University Press, 2011, s. 95-97; *Tietje, Ch.* Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts. In: *Tietje, Ch., Kraft, G., Lehmann, M.* (Hrsg.). Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011, Heft 104, s. 7-12.

⁸⁶ Podrobnou argumentaci nabízí zejména *Tietje*, pozn. 85.

⁸⁷ Proklamace sebe sama za nový právní řád mezinárodního práva v rozsudku *Van Gen den Loos* je notoricky známá. Nejdál ovšem patrně zašel Generální advokát Maduro ve svém stanovisku ve věci *Kadi*, kde k povaze práva EU uvedl následující

To nás přivádí k otázce, jak musí být popsán vztah mezi mezinárodním právním řádem a právním řádem Společenství. Logickým výchozím bodem diskuse by samozřejmě měl být zásadní rozsudek Van Gend en Loos, ve kterém Soudní dvůr potvrdil autonomii právního řádu Společenství. Soudní dvůr rozhodl, že Smlouva není pouze dohodou mezi státy, ale i dohodou uzavřenou lidem Evropy (peoples of Europe). Měl za to, že Smlouva zavedla „nový právní řád“, který se váže na existující právní řád mezinárodního práva veřejného, ale zároveň se od něho odlišuje. Jinak řečeno, Smlouva vytvořila vnitřní (municipal) právní řád trans-nacionálních dimenzí, jehož tvoří „základní ústavní listinu“

Joined cases C-402/05 and C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*, Opinion of AG Maduro, 16 January 2008, odst. 21.

⁸⁸ *Burgstaller, M.* European Law and Investment Treaties. *Journal of International Arbitration*. 2009, 26(2), s. 192.

sekundárních pramenů práva EU, jako jsou nařízení, směrnice či rozhodnutí orgánů Unie. Z pohledu mezinárodního práva se jedná o akty mezinárodní organizace. Názory na právní povahu aktů mezinárodních organizací přitom nejsou v nauce mezinárodního práva jednotné. Na tuto skutečnost poukázala i ILC ve svém komentáři k návrhu článků o odpovědnosti mezinárodních organizací, když v tomto směru identifikovala minimálně čtyři teorie, které aktům mezinárodních organizací přisuzují více či méně odlišné mezinárodněprávní účinky.⁸⁹ Mezinárodní soudní dvůr přiznal mezinárodněprávní povahu aktům stálých, ale i *ad hoc* orgánů zřízených v rámci OSN.⁹⁰ Klasickým zdůvodněním je, že tyto akty odvozují svou závaznost a právní sílu od mezinárodní smlouvy, kterou byla zřízena příslušná mezinárodní organizace, a která jejím orgánům přiznává právo takové akty vydávat – případný konflikt s jinými normami mezinárodního práva by se pak posoudil stejně, jako kdyby šlo o konflikt se zřizující smlouvou uvedené mezinárodní organizace (eventuálně s jinou mezinárodní smlouvou přijatou na půdě této organizace).⁹¹ Otevřenou ovšem zůstává otázka, zda všechny akty či pravidla mezinárodních organizací a všechny povinnosti z nich vyplývající vytváří mezinárodněprávní závazky. Vzhledem k rozmanitosti, jakou se mohou různé akty mezinárodních organizací vyznačovat, si ani ILC netroufla poskytnout jednoznačnou odpověď.⁹²

Velmi specifická povaha unijního právního řádu vede některé autory k tomu, že z pohledu mezinárodněprávních účinků rozlišují mezi primárními a sekundárními prameny práva EU. Klabbers například uvádí, že je realističtější považovat sekundární právo (mluví přitom specificky o směrnících) pouze za součást vnitrostátního práva. Dává je přitom do protikladu k rozhodnutím přijatým v rámci OSN či WTO, jejichž účinky jsou limitovány na právní sféru těchto organizací, a které nemají bez dalšího účinky v právních rádech členských států, aniž by došlo k jejich vnitrostátní recepci. To je odlišuje od pramenů práva EU, které jednotlivcům stanovují práva a povinnosti přímo a nezávisle na legislativě členských států. Z pohledu právních řádů členských států mají směrnice stejný (eventuálně vyšší) status jako vnitrostátní právo – rozdíl je pouze v původu těchto norem. Klabberse zajímá především řešení konfliktů mezi *inter se* mezinárodními smlouvami a sekundárním právem – na takovou situaci je podle něj vhodnější hledět jako na konflikt mezinárodní smlouvy a vnitrostátního práva.⁹³ Další argumenty přidávají například Pache a Bielitz, kteří (aniž by se přímo zabývali otázkou mezinárodněprávní povahy sekundárního práva) odmítají, že by sekundární právo mělo mít přednost před závazky členských států z *inter se* mezinárodních smluv na základě pravidla *lex posterior*, neboť to podle nich naráží na problémy z hlediska identity původce norem, i

⁸⁹ První z uvedených názorů považuje akty organizace za součást mezinárodního práva. Druhý názor je naopak za součást mezinárodního práva nepovažuje. Třetí názor, vycházející z judikatury SDEU, považuje akty některých integračních organizací (zejména EU) za zvláštní případ právního řádu odlišného od mezinárodního práva. Konečně čtvrtý názor se snaží rozlišovat akty mezinárodních organizací podle jejich pramene a předmětu. Srov. UN International Law Commission. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011. Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session in 2011, s. 32. Srov. též Šturma, P. Odpovědnost mezinárodních organizací. Některé poznámky k návrhu článků komise pro mezinárodní právo. Právník. 2011, 150(6), a reference tam uvedené.

⁹⁰ V poradním posudku ve věci *Deklarace nezávislosti Kosova* Mezinárodní soudní dvůr přiznal mezinárodněprávní povahu rozhodnutím dočasné mise OSN v Kosovu, která byla zřízena rezolucí Rady bezpečnosti OSN. Podle soudu byly právní účinky příslušného rozhodnutí (Ústavní rámec) odvozeny z rezoluce Rady bezpečnosti a v konečném důsledku z Charty OSN. Uvedené rozhodnutí proto mělo mezinárodněprávní povahu. Srov. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403, odst. 87-93.

⁹¹ Např. *Pauwelyn*, pozn. 25, s. 144-147. Tento autor se primárně zabývá konfliktem norem ve vztahu k pravidlům WTO. I on ovšem upozorňuje, že je nutno rozlišovat mezi rozhodnutími týkajícími se vnitřní správy mezinárodní organizace a rozhodnutími, která přímo zakládají nebo se dotýkají práv a povinností členských států.

⁹² *ILC Commentary*, pozn. 89, s. 33.

⁹³ *Klabbers*, pozn. 25, s. 194-198. Je vhodné zmínit, že autor se v této souvislosti výslovně zabývá jen *inter se* mezinárodními smlouvami uzavřenými po vstupu členského státu do EU (*posterior treaties*).

z hlediska důvodu závaznosti. Pokud jde o důvod závaznosti (*Geltungsgrund*), ten u pramenů sekundárního práva vyplývá spíše než z klasických kategorií mezinárodního práva (v případě mezinárodních smluv se jedná zejména o zásadu *pacta sunt servanda*) ze specifické, autonomní povahy unijního právního řádu, jehož charakteristikami je nadstátnost, přímý účinek, nadřazenost a rozhodování na většinovém principu. Sekundární právo se od mezinárodních smluv členských států dále odlišuje i v osobě jeho původce. Unijního zákonodárce (*Gemeinschaftsgesetzgeber*), kterého představuje především Rada společně s Parlamentem, který je tedy představován orgány Unie, je nutno odlišovat od členských států, které jsou stranami příslušné mezinárodní smlouvy. Podle uvedených autorů proto zůstávají závazky členských států z *inter se* mezinárodních smluv pravidly sekundárního práva EU nedotčeny.⁹⁴

K použitelnosti pravidel unijního právního řádu se zatím nejkomplexněji vyjádřil arbitrážní tribunál ve věci *Electrabel proti Maďarsku*, intra-unijním investičním sporu podle ECT (nálezný je podrobně rozebírán níže). Tribunál poté, co konstatoval, že právo EU je systémem založeným na mezinárodních smlouvách, uvedl, že právo EU je nutno považovat za součást mezinárodního práva jako celek. Výslovně přitom v tomto ohledu odmítl rozlišovat mezi Zakládajícími smlouvami a mezi jinými prameny unijního právního řádu (*droit dérivé*) a konstatoval, že veškerá pravidla práva EU tvoří součást regionálního systému mezinárodního práva a proto mají mezinárodněprávní povahu.⁹⁵ V daném případě šlo o posouzení případných mezinárodněprávních účinků rozhodnutí Komise vydaného v řízení podle článku 88(2) SES (dnes článek 108(2) SFEU), v němž Komise rozhodla, že určité povinnosti stanovené v dlouhodobých smlouvách o prodeji elektřiny uzavřených mezi Maďarskem s některými výrobci elektřiny představovaly zakázanou státní podporu ve smyslu článku 87(1) SES (dnes článek 107(1) SFEU). Tribunál k právní povaze uvedeného rozhodnutí Komise uvedl, že by bylo umělé označit článek 107 SFEU (zakazující státní podpory) za pravidlo mezinárodního práva a nepřiznat stejný status nezbytné implementaci tohoto pravidla ze strany Komise jakožto orgánu, který není orgánem členského státu, a který byl zřízen toutéž mezinárodní smlouvou. Rozhodnutí Komise jsou dle tribunálu nezbytná k tomu, aby se pravidlo o státních podporách obsažené ve SFEU přetavilo v konkrétní povinnosti členských států.⁹⁶ Ačkoli tento nálezný poměrně jasným jazykem naznačuje, že mezi pravidly primárního a sekundárního práva EU by z hlediska jejich použitelnosti v investiční arbitráži neměl být rozdíl, je otázkou, nakolik lze jeho odůvodnění uplatnit na jiné předpisy Unie. Posuzované rozhodnutí Komise totiž přímo implementovalo článek 107 SFEU a lze říci, že tomuto ustanovení dodávalo skutečný obsah. Není zcela zřejmé, zda lze totéž říci například i o harmonizačních směrnicih přijímaných na základě článku 114 SFEU, podle kterého mohou Parlament a Rada přijmout opatření ke sbližování ustanovení právních a správních předpisů členských států, jejichž účelem je vytvoření a fungování vnitřního trhu. U těchto předpisů je jejich návaznost na práva a povinnosti členských států vyplývající ze Zakládajících smluv mnohem vzdálenější – naopak, svým předmětem úpravy mají mnohem blíže k vnitrostátní právní úpravě.

Vedle své povahy jako prameny mezinárodního práva představují právo EU a jeho pravidla rovněž součást práva hostitelského státu. Skutečné účinky práva EU v investiční arbitráži zůstávají poněkud nejasné i v této rovině. Předně, s právem hostitelského státu je v různých arbitrážních nálezech nakládáno nejednotně. Některé tribunály aplikují právo hostitelského státu jako součást použitelného práva, jiné k němu přihlížejí jako k faktu, zatímco v dalších nálezech je zcela přehlíženo. Další nejasnost se spojuje s otázkou, zda skutečnost, že je právo

⁹⁴ *Pache, E., Bielitz, J.* Das Verhältnis der EG zu den völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedstaaten. *Europarecht*. 2006, Heft 3, s. 333-334.

⁹⁵ *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, odst. 4.122.

⁹⁶ Tamtéž, odst. 4.123.

EU součástí práva hostitelského státu, zároveň vylučuje, aby na něj bylo nahlíženo jako na součást práva mezinárodního. To byl zjevně postoj tribunálu ve sporu *AES Summit proti Maďarsku*, který poté, co konstatoval, že pravidla práva EU upravující hospodářskou soutěž představují jednak mezinárodněprávní režim a zároveň jsou i součástí právních řádů členských států, následně bez bližšího vysvětlení uvedl, že tato pravidla bude při svém rozhodování považovat za fakt, majíc vždy na zřeteli, že stát nemůže omluvit namítané porušení svých mezinárodních závazků tím, že se bude dovolávat svého vnitrostátního práva.⁹⁷ K jinému závěru dospěl tribunál ve věci *Electrabel proti Maďarsku* – podle tohoto rozhodnutí skutečnost, že právo EU je zároveň aplikováno v rámci právního řádu členského státu, jej nezabavuje jeho mezinárodněprávní povahy.⁹⁸ Lze dodat, že zajímavé situace by v tomto ohledu mohly nastat v případech, kdy by na straně žalované stála sama Unie, což v intra-unijním kontextu teoreticky přichází v úvahu u sporů podle ECT, již je Unie sama smluvní stranou.⁹⁹

Požadavky práva EU mohou mít v investiční arbitráži význam i jako relevantní fakt, který tribunál zohlední při posuzování jednání hostitelského státu, například z toho hlediska, zda je toto jednání možné ve světle standardu řádného a spravedlivého zacházení považovat za racionální či přiměřené, nebo zda mohla na straně zahraničního investora vzniknout určitá legitimní očekávání, na která se vztahuje ochrana podle DPOI. Takto tribunály přistupovaly k právu EU zejména při posuzování určitých jednání kandidátských zemí v kontextu jejich příprav na vstup do EU. V částečném nálezu ve věci *Saluka proti České republice* například tribunál v krátkosti diskutoval vliv očekávaného vstupu České republiky do EU na oprávněnost zpříšňování bankovní regulace ze strany ČNB. Podle tribunálu v roce 1998, kdy došlo ke zřízení investice, již byl takový vývoj, vynucený nutností přizpůsobit režim bankovní regulace normám práva EU, předvídatelný. Žalobce tudíž nemohl legitimně očekávat, že ČNB nezavede přísnější regulaci, a tudíž že právní rámec jeho investice do akcií IPB zůstane nezměněn.¹⁰⁰

Zatímco kontext vstupu hostitelského státu do EU představoval ve výše uvedeném sporu jen okrajovou záležitost, ve sporu *Micula proti Rumunsku* byla tato okolnost zcela klíčová. Namítané porušení rumunsko-švédské DPOI ze strany Rumunska zde spočívalo ve zrušení investičních pobídek poskytnutých žalobcům (pobídky spočívaly v daňových a celních úlevách, jakož i v poskytnutí dotací). Zrušení těchto pobídek přitom prokazatelně představovalo podmínku vstupu Rumunska do EU. I v tomto případě hrálo právo EU roli (pouze) jako relevantní fakt. Ačkoli se to na první pohled může jevit jinak, v tomto případě se nejednalo o intra-unijní investiční arbitráž v pravém slova smyslu – konečný nález sice byl vydán teprve v prosinci 2013, spor se ovšem týkal skutkových okolností, k nimž došlo ještě před vstupem Rumunska do EU (investiční pobídky byly zrušeny v roce 2005, s účinností zhruba 2 měsíce před uzavřením přístupové smlouvy, a arbitráž byla zahájena ještě před vstupem Rumunska do EU). V rozhodné době byla zdrojem právních povinností Rumunska ve vztahu k EU pouze asociační dohoda, nicméně bylo evidentní, že Rumunsko přistoupilo ke zrušení pobídek pouze z důvodu tlaku ze strany Komise v rámci přístupových jednání. Tribunál zahájil svou analýzu otázky použitelného práva právě zdůrazněním této časové souvislosti, ačkoli z relevantní pasáže nálezu je patrné, že tribunál by nebyl připraven upřednostnit závazky Rumunska podle práva EU před právy investora podle DPOI ani za jiných okolností.¹⁰¹ Ve vztahu k relevanci práva

⁹⁷ *AES Summit v. Hungary*, Award, 23 September 2010, odst. 7.7.6.

⁹⁸ *Electrabel v. Hungary*, odst. 4.124.

⁹⁹ Je otázkou, jak by se k takovému případu postavil arbitrážní tribunál a, pokud by uznal svou jurisdikci, jakým způsobem by aplikoval právo EU. V dosavadních intra-unijních sporech podle ECT majících přesahy do práva EU se tribunály těmto otázkám dokázaly vyhnout tím, že striktně oddělily požadavky práva EU od jednání členského státu při jejich tvrzené implementaci, které následně posoudily ve světle ECT. Viz blíže část 5.3.

¹⁰⁰ *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, odst. 357-358.

¹⁰¹ *Micula v. Romania*, Final Award, 11 December 2013, odst. 319-320. V pojetí tribunálu by patrně situace nebyla

EU tribunál uvedl, že po faktické stránce je při interpretaci DPOI nutno jako jeden z faktorů vzít v úvahu i celkový kontext vstupu Rumunska do EU. Okolnosti vstupu do EU, jakož i příslušná ustanovení práva EU, mohly dle tribunálu hrát roli při určení, zda Rumunsko porušilo některé své povinnosti podle DPOI, a to zejména v rámci posouzení, zda bylo jednání Rumunska přiměřené, a zda byla očekávání žalobců legitimní.¹⁰² Stojí za pozornost, že ačkoli v rámci meritorního posouzení sporu tribunál shledal, že zrušení pobídek Rumunskem představovalo ve světle přístupových jednání s EU z podstatné části přiměřené jednání sledující racionální politické cíle, nic to nezměnilo na výsledném rozhodnutí, že Rumunsko porušilo právo žalobců na řádné a spravedlivé zacházení podle DPOI (zejména zmařením jejich legitimních očekávání), načež přiznal žalobcům vysoké finanční odškodnění.

V rámci této diskuse je vhodné připomenout, že ať už mohou být úvahy o roli práva EU v investiční arbitráži a o použitelnosti jiných norem mimo samotnou DPOI jakékoli, z pohledu práva EU je situace více než jasná. V případě jakýchkoli rozporů s intra-unijní DPOI mají pravidla práva EU vždy přednost.

Lze tedy shrnout, že pokud bude jednání členského státu napadené v investiční arbitráži výsledkem implementace práva EU, teorie a praxe investičních arbitráží neposkytují zcela jednoznačnou odpověď na to, (i) zda bude investiční tribunál považovat právo EU za součást použitelného práva, (ii) zda jej bude v celém rozsahu považovat za součást použitelného práva jakožto pramene mezinárodněprávní povahy, (iii) jakým způsobem jej bude aplikovat a (iv) zda v případě konfliktu upřednostní závazky členského státu podle DPOI nebo podle práva EU. Teoreticky by závazky podle práva EU měly v rovině použitelného práva převážit nad ustanoveními DPOI, ať už na základě pravidla *lex posterior*, nebo na základě inherentního pravidla práva EU, kterým je zásada nadřazenosti. Nicméně vezmeme-li v potaz odlišnou perspektivu, z jaké se věc dívají arbitrážní tribunály na jedné straně a SDEU na straně, v praxi je velká pravděpodobnost, že přístup arbitrážního tribunálu k aplikaci práva EU a způsob jeho aplikace na skutkový stav bude jiný, než by vyžadovala zásada nadřazenosti práva EU v pojetí SDEU. Arbitrážní tribunál může odepřít normám práva EU plný účinek tím, že právo EU nebude vůbec považovat za relevantní pramen použitelného práva, nebo tím, že popře existenci rozporu mezi právem EU a DPOI, nebo tím, že v případě rozporu jednoduše upřednostní DPOI, která pro něj představuje primární zdroj použitelného práva. V dosavadní praxi investičních sporů zahrnujících otázku práva EU lze identifikovat náznaky všech tří přístupů, které ve výsledku vedou k upřednostnění ustanovení DPOI před závazky členských států vyplývajících z práva EU. Členské státy tak mohou stát před skutečným konfliktem závazků, kdy se budou muset rozhodnout, zda splní svůj závazek podle DPOI (a ve fázi výkonu nálezu i podle Úmluvy ICSID), nebo jejich závazky podle práva EU, s nimiž může být vydaný arbitrážní nález v rozporu. Jelikož respektování nadřazenosti práva EU ze strany arbitrážních tribunálů a přiznání plného účinku jeho normám nelze mít v intra-unijních investičních arbitrážích za zaručené, pochybnosti o kompatibilitě tohoto mechanismu řešení sporů s právem EU se z tohoto pohledu jeví jako opodstatněné.

V literatuře byly naznačeny některé způsoby možného řešení konfliktů mezi právem EU a intra-unijními DPOI v rovině meritorního rozhodování sporů, aniž by tím byla ohrožena samotná

příliš odlišná, ani kdyby ke zrušení pobídek došlo teprve po vstupu Rumunska do EU z důvodu jejich neslučitelnosti s pravidly pro poskytování státních podpor. Jak tribunál, výslovně uvedl, „nelze předpokládat, že uzavřením přístupové smlouvy nebo v důsledku vstupu do EU měly Rumunsko, Švédsko nebo EU v úmyslu změnit či modifikovat DPOI či omezit její použitelnost“.

¹⁰² *Micula v. Romania*, Final Award, odst. 327-328.

jurisdikce tribunálů, či respektování a výkon arbitrážních nálezů ze strany členských států.¹⁰³ Tato řešení jsou vesměs založena na technice souladné interpretace a je jim společný implicitní předpoklad, že tribunály budou v menší či větší míře respektovat přednost závazků členských států vyplývajících z práva EU před ustanoveními intra-unijních DPOI. Zásada nadřazenosti z pohledu práva EU brání tomu, aby byla jeho pravidla vykládána restriktivně za účelem jejich harmonické interpretace s *inter se* mezinárodními smlouvami členských států. Trvale udržitelné koexistence obou systémů tak lze realističtěji dosáhnout spíše tím, že v rozsahu, v jakém se mohou dotýkat unijních pravidel a opatření, budou restriktivnímu výkladu podléhat příslušná ustanovení DPOI. Vedle možnosti, že možná harmonická interpretace bude hledána *ad hoc* dle okolností konkrétního investičního sporu, byla navržena i řešení, která se tento přístup pokouší nějakým způsobem institucionalizovat. Komise ve sporu *Electrabel proti Maďarsku*, intra-unijním sporu podle ECT, například argumentovala, že u opatření Unie by měla obecně platit presumpce jejich souladu s ECT a přezkum takových opatření ze strany arbitrážních tribunálů by z tohoto důvodu měl být vyloučen. Takové řešení má blízko k doktríně ekvivalentní ochrany uplatňované Evropským soudem pro lidská práva, vycházející z rozsudku *Bosphorus*.¹⁰⁴ Na základě této doktríny štrasburský soud upouští od věcného přezkumu opatření EU a předchází tak možným konfliktům s jeho lucemburským protějškem. Je samozřejmě otázkou, nakolik je tato poněkud kontroverzní sebeomezující koncepce přenositelná do mezinárodního investičního práva. Jiným systematickým řešením, v němž někteří autoři vidí logické východisko pro intra-unijní arbitráže, je připustit možnost arbitrážních tribunálů klást SDEU předběžné otázky ohledně výkladu práva EU. Tato myšlenka je blíže rozebrána dále.

5.2.6 Možnosti revize arbitrážních nálezů z hlediska jejich souladu s právem EU

Jak by mělo vyplývat z předchozích částí této práce, není vyloučeno, že investiční tribunál vydá v intra-unijním investičním sporu nález, který bude v rozporu s právem EU. Povaha rozporu může být různá. Pokud by se rozpor týkal přípustnosti investiční arbitráže jako takové, lze soudit, že v důsledku působení práva EU jakožto *lex posterior* by investiční tribunál, který nález vydal, vůbec neměl pravomoc rozhodovat spor mezi investorem a členským státem. Řečeno terminologií rozhodčího řízení, strany sporu v takovém případě neudělily platný souhlas s rozhodčím řízením, neboť jednostranná nabídka státu obsažená v DPOI je pro rozpor s právem EU neaplikovatelná (zda tomu tak skutečně je či není, bude předmětem rozboru v dalších částech této práce). Poněkud odlišnou kategorií budou představovat případy, kdy nebude zpochybněna pravomoc tribunálu jako taková, ovšem vydaný nález bude v obsahovém rozporu s právem EU. Obsahový rozpor může nastat v situacích, kdy tribunál bude nesprávně aplikovat právo EU, nebo jej nebude aplikovat vůbec, popřípadě dá před jeho ustanoveními přednost jiným pravidlům.

Je tedy namístě zabývat se otázkou, jaké jsou důsledky rozporu arbitrážního nálezu s právem EU a jaké jsou procesní možnosti obrany neúspěšné strany (lze předpokládat, že se bude typicky jednat o členský stát EU) v případě, že byl takový nález vydán. V nejobecnější rovině přicházejí v úvahu dva základní způsoby, jak se může neúspěšná strana bránit proti vydanému arbitrážnímu nálezu:

- (i) přezkum nálezu jiným orgánem v rámci řízení o zrušení nálezu (eventuálně o jeho změně), přičemž tímto orgánem může být v závislosti na aplikovaných procesních

¹⁰³ Srov. např. *Bermann*, pozn. 21, s. 424 a násl., *Elimansberger*, pozn. 24, s. 413 a násl., *Burgstaller*, pozn. 88, s. 192-193.

¹⁰⁴ *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, App. No. 45036/98 (ECHR, 30 June 2005).

pravidlech buď specializovaný orgán povoláný k revizi arbitrážních nálezů, nebo vnitrostátní soud; a

- (ii.) přezkum nálezu v rámci řízení o uznání a výkonu nálezu na území určitého státu, přičemž orgánem příslušným k takovému přezkumu (je-li vůbec přípustný) je vnitrostátní soud státu, v němž se o uznání a výkon žádá.

Možnosti revize nálezu vydaného v investiční arbitráži se budou značně lišit v závislosti na fóru, a to podle toho, zda se bude jednat o řízení vedené před Střediskem podle Úmluvy ICSID, nebo o rozhodčí řízení *ad hoc* vedené podle pravidel UNCITRAL (eventuálně o řízení vedené podle rozhodčích pravidel některé rozhodčí instituce). Rozdíly v možnostech revize nálezů odrážejí koncepční specifika Úmluvy ICSID, která byla vytvořena specificky pro řešení sporů mezi investory a státy.

Úmluva ICSID vytváří systém, který je z procesního pohledu uzavřený (*self-contained*), což lze zjednodušeně vyjádřit tak, že obsahuje úplnou (vyčerpávající) procesní úpravu, a zároveň delokalizovaný, tj. není zasazen do právního řádu žádného konkrétního státu a nemá tedy své fórum v klasickém smyslu.¹⁰⁵ Uzavřenost a delokalizace řízení podle Úmluvy ICSID je na rozdíl od jiných forem rozhodčího řízení umožněna tím, že se jedná o systém založený na mezinárodní smlouvě. Řízení podléhá pouze Úmluvě ICSID a z ní vycházejících předpisů a je zcela nezávislé na jakýchkoli vnitrostátních právních předpisech platných v místě jeho konání či jinde. Revize nálezů je možná jen způsoby předpokládanými Úmluvou ICSID a jakýkoli přezkum nálezů vnitrostátními soudy je vyloučen. Úmluva ICSID rovněž stanovuje podmínky pro výkon nálezu.

Naproti tomu rozhodčí řízení *ad hoc* podle pravidel UNCITRAL (jakož rozhodčí řízení podle jiných pravidel) je z procesního hlediska srovnatelné s klasickým soukromým rozhodčím řízením. Zde je mezinárodní smlouvou (DPOI) založen pomyslný souhlas stran s řešením sporu v arbitráži (resp. jednostranná nabídka státu, která může být akceptována způsobilým investorem), přičemž pravomoc tribunálu, jakož i volba pravidel, kterými se řízení řídí, je dovozena od této dohody stran sporu. Takové řízení má své fórum, které toto řízení lokalizuje do určitého státu, a kterým bude zpravidla místo určené stranami sporu jako místo konání řízení.¹⁰⁶ V tomto případě fórum rozhoduje o právu, kterým se řídí rozhodčí řízení po procesní stránce (*lex arbitri*) – tímto právem bude právo státu, ve kterém se nachází místo konání rozhodčího řízení.¹⁰⁷ Rozhodčí řízení podléhá dozoru soudů v místě jeho konání a rozhodčí nález podléhá revizi způsoby, které umožňuje *lex arbitri*. Zpravidla se bude jednat o řízení o zrušení nálezu před příslušným vnitrostátním soudem. Výkon rozhodčího nálezu se bude řídit právem platným v místě, kde bude o výkon požádáno. Právo tohoto státu bude rozhodovat o tom, z jakých důvodů lze výkon nálezu odepřít. Ve 149 zemích světa se výkon cizích rozhodčích nálezů řídí Úmluvou o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z roku 1958 (Newyorská úmluva). Velký počet signatářských států činí režim uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezů fakticky univerzálním (byť se v některých ohledech může výklad a aplikace

¹⁰⁵ Reed, L., Paulsson, J., Blackaby, N. Guide to ICSID arbitration. 2nd ed. Austin: Kluwer law international, 2011, s. 14.

¹⁰⁶ Nebudeme zde brát v úvahu teoretickou, v praxi málo pravděpodobnou možnost, že se na řízení uplatní předpisy jiného státu, než je stát sídla tribunálu. K určení „státní příslušnosti“ rozhodčího řízení viz blíže např. Rubino-Sammartano, M. International Arbitration Law and Practice. 2. rev. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 29 a násl.

¹⁰⁷ Více k určení fóra v mezinárodním rozhodčím řízení a k jeho významu viz např. Rozehnalová, N. Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem I a II. Bulletin advokacie, Praha: Česká advokátní komora, 2005, Roč. 2005, č. 4, s. 16-23 a č. 5, s. 12-16.

Newyorské úmluvy v jednotlivých státech lišit). Výkon rozhodčího nálezu tedy mohou příslušné orgány ve státě výkonu odepřít z důvodů stanovených Newyorskou úmluvou.

Na rozdíl od řízení podle Úmluvy ICSID v případě investičních arbitrází konaných mimo její režim tedy přichází v úvahu revize nálezů ze strany vnitrostátních soudů, a to jak ve stadiu řízení o zrušení nálezu podle *lex arbitri*, tak ve fázi výkonu nálezu. Zároveň se v těchto řízeních otevírá určitý, byť značně omezený, prostor pro přezkoumání souladu nálezu s vnitrostátním právem. Stejný režim se uplatní i v řízení před *ICSID Additional Facility*, otevřeném pro státy, které nejsou signatáři Úmluvy ICSID. Řízení před *ICSID Additional Facility* vychází z procesních pravidel založených na Úmluvě ICSID a umožňuje využívat institucionální zázemí střediska, z procesního hlediska ovšem není delokalizováno a vydané nálezy podléhají stejnému režimu jako nálezy vydané v jiných rozhodčích řízeních.

(i.) Řízení podle Úmluvy ICSID

Zrušení nálezu. Na rozhodčí řízení podle Úmluvy ICSID nemá vnitrostátní právo místa, kde je toto řízení vedeno, žádný vliv.¹⁰⁸ Žádné *lex arbitri* mimo Úmluvy ICSID a na ní navazujících předpisů vydaných střediskem zde neexistuje. Rozhodčí nálezy lze přezkoumávat výlučně v rámci režimu Úmluvy ICSID – článek 53(1) Úmluvy výslovně stanovuje, že rozhodčí nález bude pro strany závazný a nebude předmětem jakéhokoli jiného opravného prostředku, s výjimkou těch, které jsou uvedeny v Úmluvě ICSID.

Možnost vést řízení o zrušení nálezu je zakotvena v článku 52 Úmluvy ICSID.¹⁰⁹ Rozsah přezkumu podle článku 52 Úmluvy ICSID je velmi omezený a toto řízení nelze považovat za obdobu řízení o odvolání.¹¹⁰ K přezkumu nálezů je povolán tříčlenný výbor *ad hoc*, který je jmenován předsedou Správní rady střediska ze seznamu rozhodců. Výboru nepřísluší přezkoumávat nález po věcné stránce.¹¹¹ Přezkum je spíše zaměřen na ověření legitimacy procesu, v rámci kterého došlo k vydání rozhodnutí.¹¹² Důvody zrušení, které jsou taxativně vyjmenovány v článku 52 odst. 1 Úmluvy ICSID, jsou následující: (i) tribunál nebyl řádně vytvořen, (ii) tribunál zjevně překročil svou pravomoc, (iii) na straně člena tribunálu došlo ke korupci, (iv) došlo k závažnému porušení základních procesních pravidel, nebo (v) v rozhodčím nálezu nebyly uvedeny důvody, na kterých je založen.

Pokud by byla žádost o zrušení nálezu založena na námitkách souvisejících s porušením práva EU, jediným důvodem, který bude přicházet v úvahu, bude důvod uvedený pod bodem (ii) (zjevné překročení pravomoci). Není pochyb o tom, že překročení pravomoci zahrnuje i situace, kdy tribunál vůbec neměl pravomoc rozhodovat spor, například proto že nebyl dán platný souhlas stran k předložení sporu středisku, jak vyžaduje článek 25(1) Úmluvy ICSID. Pokud by tedy například rozhodčí doložka obsažená v příslušné DPOI byla i z pohledu mezinárodního práva neplatná nebo neaplikovatelná z důvodu jejího rozporu s právem EU, mohlo by to představovat důvod pro zrušení nálezu. Pravděpodobnost, že by výbor z tohoto důvodu rozhodl o zrušení nálezu, ovšem není velká. Překročení pravomocí je důvodem pro zrušení nálezu pouze

¹⁰⁸ *Reed, Paulsson, Blackaby*, pozn. 105, s. 14.

¹⁰⁹ Kromě řízení o zrušení je ještě možný přezkum podle článku 51 Úmluvy ICSID. Ten se ovšem týká jen případů, kdy jsou zjištěny nové podstatné skutečnosti, které v době vydání nálezu nebyly známy.

¹¹⁰ Srov. podrobně *Yannaca-Small, K.* *Annulment of ICSID Awards: Limited Scope But is There Potential?* In: *Yannaca-Small, K.* (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 603-634.

¹¹¹ *Reed, Paulsson, Blackaby*, pozn. 105, s. 162.

¹¹² *Dolzer, R., Schreuer, Ch.* *Principles of International Investment Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 302.

tehdy, je-li toto překročení zřejmé (*manifest excess of powers*). Dle doktríny u tohoto důvodu pro zrušení nálezu nejde ani tak o závažnost překročení, ale o to, jak snadno může být toto překročení rozpoznatelné. V tomto smyslu se překročení pravomocí považuje za zřejmé, pokud může být zjištěno s malým úsilím a bez hluboké analýzy.¹¹³ Ať už jsou důvody, pro které by rozhodčí doložky obsažené v intra-unijních DPOI mohly být označeny za inkompatibilní s právem EU, jakékoli, v žádném případě je nelze považovat za zřejmé. Minimálně do doby, než o otázce přípustnosti investičních arbitráží rozhodne SDEU, se možnost, že by výbor *ad hoc* z tohoto důvodu v řízení podle 52(1) Úmluvy ICSID zrušil vydaný nález, jeví jako velmi nepravděpodobná.

Jelikož v řízení o zrušení nálezu není přezkoumávána věcná správnost nálezu, je rovněž jen málo pravděpodobné, že by v tomto řízení mohl být zhojen obsahový rozpor nálezu s právem EU. Za překročení pravomoci by mohl být považován případ, kdy tribunál neaplikoval na spor to právo, které aplikovat měl. Naopak nesprávná aplikace správně identifikovaného práva za důvod pro zrušení nálezu považována není.¹¹⁴

Závěrem je nutno poznamenat, že řízení o zrušení nálezu podle Úmluvy ICSID směřuje k nápravě pochybení v rámci uzavřeného systému Úmluvy ICSID. Do přezkumu nálezu nejsou vpuštěny vnitrostátní soudy ani jiné orgány stojící vně systému, a není připuštěna ani možnost prosazení pravidel stojících mimo rámec práva použitelného na příslušný spor (což je u běžného rozhodčího řízení možné zejména formou výhrady veřejného pořádku). Možnost účinné revize arbitrážních nálezů z hlediska jejich souladu s právem EU je mnohem pravděpodobnější v rámci řízení nezaložených na úmluvě ICSID.

Výkon nálezu. Zvláštní povaha rozhodčího řízení založeného na Úmluvě ICSID se projevuje i v úpravě uznávání a výkonu rozhodčích nálezů. Ve srovnání s Newyorskou úmluvou je režim Úmluvy ICSID k vykonatelnosti arbitrážních nálezů ještě vstřícnější. Klíčovými jsou ustanovení článku 53 a 54 Úmluvy ICSID. Podle článku 53(1) bude každá strana dodržovat a plnit podmínky rozhodčího nálezu. Podle článku 54(1) každý smluvní stát uzná rozhodčí nález vydaný podle Úmluvy ICSID jako závazný a bude na svém území vymáhat plnění peněžních závazků uložených v rozhodčím nálezu, jakoby to bylo konečné rozhodnutí soudu v tomto státě. Tato ustanovení zakládají striktní povinnost soudů smluvních stran k uznání a výkonu vydaných nálezů. Vzhledem k uzavřené povaze režimu Úmluvy ICSID se zde žádné důvody pro odepření výkonu nálezu, jaké zná například Newyorská úmluva, neuplatní. Výkonu arbitrážního nálezu vydaného v řízení před Střediskem se tedy před vnitrostátními soudy nelze bránit ani s poukazem na výhradu veřejného pořádku.¹¹⁵ K odstranění jakýchkoli případných vad

¹¹³ Komentář k Úmluvě ICSID o vysvětluje následovně (záměrně ponecháno v anglickém originálu): „*In accordance with its dictionary meaning, “manifest” may mean “plain”, “clear”, “obvious”, “evident” and easily understood or recognized by the mind. Therefore, the manifest nature of an excess of powers is not necessarily an indication of its gravity. Rather, it relates to the ease with which it is perceived. On this view, the word relates not to the seriousness of the excess or the fundamental nature of the rule that has been violated but rather to the cognitive process that makes it apparent. An excess of powers is manifest if it can be discerned with little effort and without deeper analysis.* Srov. Schreuer et al., pozn. 72, s. 938.

¹¹⁴ Dolzer, Schreuer, pozn. 112, s. 305.

¹¹⁵ I přesto vykonatelnost nálezů vydaných v režimu úmluvy ICSID nemusí být automatická a bezpodmínečná. Cestu pro výjimečné odmítnutí výkonu nálezu otevírá článek 54 (3) Úmluvy ICSID, dle něhož se výkon rozhodčího nálezu bude řídit zákony týkajícími se výkonu soudního rozhodnutí platných ve státě, na jehož území se o takový výkon žádá. Výkon nálezu tedy bude možné odepřít z těch důvodů, z jakých lze odepřít výkon konečného soudního rozhodnutí vydaného v tomto státě. Dále je nutno upozornit na článek 55 Úmluvy ICSID, který, dle něhož není vyloučeno uplatnění pravidel vztahující se k imunitě a k vynětí vizích států z výkonu rozhodnutí.

rozhodčího nálezu slouží výhradně řízení o zrušení nálezu podle článku 52 Úmluvy ICSID.¹¹⁶ Závazek smluvních států uznat a vykonat rozhodčí nálezy má mezinárodněprávní povahu. Případné odepření výkonu nálezu by tedy představovalo porušení Úmluvy ICSID ze strany příslušného smluvního státu.

I přesto nelze definitivně říci, že by měl rozhodčí nález vydaný v režimu Úmluvy ICSID, který by byl v přímém rozporu s právem EU, garantovatelnou vykonatelnost na území členských států EU. Uznáním a výkonem takového nálezu by totiž členský stát mohl porušit své závazky vyplývající ze Zakládajících smluv. Soud členského státu rozhodující o výkonu tak může být postaven do situace, kdy si bude muset vybrat, zda poruší závazky státu podle Úmluvy ICSID nebo jeho závazky podle práva EU. Lze předpokládat, že v případě takového konfliktu by soud členského státu spíše inklinoval k přiznání plného účinku právu EU, nebo že by v tomto smyslu položil předběžnou otázku SDEU.¹¹⁷ Lze ovšem rovněž poznamenat, že v případech, kdy investor bude žádat o výkon nálezu mimo EU, jsou jakékoli podobné úvahy bezpředmětné.

(ii.) *Řízení podle pravidel UNCITRAL a jiné investiční arbitráže*

Zrušení nálezu. Možnosti obrany proti rozhodčímu nálezu vydanému v řízení *ad hoc* podle pravidel UNCITRAL (nebo v jiné formě soukromého rozhodčího řízení), závisí od práva státu, který pro dané řízení představuje fórum. Způsoby obrany, jakož i důvody, pro které lze nález napadnout, tak lze s určitostí popsat pouze ve vztahu ke konkrétnímu místu konání rozhodčího řízení. Na druhé straně mezinárodní rozhodčí řízení je do značné míry internacionalizováno a jeho právní úprava ve většině zemí vykazuje shodné prvky, alespoň co se základních principů týče. Vnitrostátní úprava rozhodčího řízení mnoha států vychází ze vzorového zákona UNCITRAL,¹¹⁸ který lze považovat za obecné vyjádření mezinárodně akceptovaných standardů. Dle vzorového zákona UNCITRAL, jakož i podle většiny vnitrostátních právních řádů, může strana sporu řešeného před rozhodci požádat o zrušení rozhodčího nálezu u vnitrostátního soudu příslušného dle místa konání rozhodčího řízení.

V prvním kroku je nutno zodpovědět na otázku, zda jsou vnitrostátní soudy skutečně oprávněny přezkoumávat i nálezy tribunálů vydané v investičních sporech mezi investory a státy založených na DPOI. Jak totiž bylo poukázáno v části 2.4.5, investiční arbitráže se ve srovnání s běžným soukromým rozhodčím řízením vyznačují mnoha specifiky, přičemž nelze zejména přehlédnout významný mezinárodněprávní aspekt těchto sporů, ať už se jedná o jurisdikci tribunálu založenou na rozhodčí doložce v příslušné DPOI, právo použitelné na vztah mezi stranami apod. Dosavadní praxe vnitrostátních soudů se ovšem zjevně sjednotila v přístupu, podle kterého nálezy vydané v řízeních nezaložených na Úmluvě ICSID skutečně podléhají přezkumu vnitrostátními soudy za stejných podmínek, jako nálezy vydané v jiných rozhodčích řízeních.¹¹⁹ Z doposud zaznamenaných případů vyplývá, že vnitrostátní soudy různých států neodmítají svou pravomoc k přezkoumávání nálezu vydaných arbitrážními tribunály, a tyto nálezy přezkoumávají dle kritérií *lex arbitri* jako jakékoli jiné rozhodčí nálezy.¹²⁰

¹¹⁶ Srov. např. *Reinisch, A.* Enforcement of Investment Awards. In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 691.

¹¹⁷ Viz též *Elimansberger*, pozn. 24, s. 536.

¹¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985). V roce 2006 byla přijata jeho revidovaná verze.

¹¹⁹ *McLachlan, C., Shore, L. a Weiniger, M.* International Investment Arbitration: Substantive Principles. New York: Oxford University Press, 2007, s. 65

¹²⁰ Srov. *Hobér, K., Eliasson, N.* Review of Investment Treaty Awards by Municipal Courts. In: Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford

Důvody, pro které lze žádat zrušení rozhodčího nálezu, jsou dle většiny právních řádů ovšem značně omezené, což je dáno základním principem rozhodčího řízení, podle kterého je rozhodčí nález zásadně konečný a pro strany závazný. Budeme-li vycházet ze vzorového zákona UNCITRAL, důvody pro zrušení rozhodčího nálezu lze zjednodušeně seskupit do následujících kategorií: (i) nedostatek pravomoci tribunálu, (ii) závažné procesní nedostatky, (iii) nearbitrabilita sporu a (iv) rozpor s veřejným pořádkem. Z hlediska potenciálních rozporů rozhodčího nálezu s právem EU přichází v úvahu především aplikace důvodů podle bodů (i) a (iv) uvedeného výčtu.¹²¹

Za nedostatek jurisdikce lze označit případy, kdy rozhodčí smlouva není platná, nebo kdy rozhodci překročili své pravomoci vyplývající z rozhodčí smlouvy. Z tohoto důvodu by zrušení přicházelo v úvahu tehdy, kdy by rozhodčí doložka sjednaná v příslušné DPOI byla neplatná či neaplikovatelná například z důvodu jejího rozporu s právem EU jakožto *lex posterior*. Jako další možný důvod, na základě kterého se lze domáhat zrušení nálezu odporujícího právu EU, se jeví být rozpor s veřejným pořádkem příslušného státu. Tento důvod by spíše směřoval do věcné roviny, kdy nález by svým obsahem byl neslučitelný s pravidly práva EU, které tvoří součást veřejného pořádku příslušného státu. Otázka, zda mohou být pravidla práva EU považována za součást veřejného pořádku členského státu a za jakých podmínek mohou odůvodnit zrušení nálezu, budou rozebrány níže.

Jakkoli se přístup vnitrostátních soudů k možnosti zrušení rozhodčího nálezu a míra jejich ingerence může v jednotlivých zemích více či méně lišit, z praktického hlediska bude nesporně důležité především to, zda se místo rozhodčího řízení bude nacházet uvnitř či vně EU, a tím pádem zda bude o zrušení nálezu rozhodovat soud členského státu, nebo soud třetí země. Soudy členských států mají povinnost aplikovat právo EU, a to v souladu s doktrínami vytvořenými SDEU (včetně přednosti práva EU před některými mezinárodními závazky členských států, či koncepce unijního veřejného pořádku) a pravděpodobnost, že vezmou v potaz relevantní aspekty související s právem EU (i takové, které jsou z pohledu mezinárodního práva problematické), je samozřejmě mnohem vyšší.¹²² V rámci přezkumu arbitrážních nálezů mohou soudy členských států EU rovněž položit předběžnou otázku SDEU. Je velmi pravděpodobné, že právě touto cestou dostane SDEU v dohledné době příležitost, aby se ze svého pohledu vyjádřil k otázkám intra-unijních DPOI ve vztahu k právu EU, a to konkrétně v rámci řízení o zrušení nálezů vydaných v investičním sporu *Achmea/Eureko proti Slovensku*, které aktuálně probíhají před německými soudy (viz dále).

Naopak, pro soud třetí země bude právo EU pouze jeden z pramenů mezinárodního práva, jejichž aplikace na posuzovaný spor může přicházet v úvahu, a zároveň jeden z pramenů vnitrostátního právního řádu hostitelské země. Lze soudit, že soud třetí země bude mít podstatně méně důvodů k tomu, aby právu EU přiznával výsadní postavení v rámci systému mezinárodního práva, nebo k tomu, aby jeho pravidlům přiznal povahu veřejného pořádku fóra. Pravděpodobnost úspěchu námitek proti arbitrážnímu nálezu založených na jeho rozporu s právem EU v řízení o jeho zrušení lze v případech, kdy se bude fórum nacházet mimo území EU, zřejmě považovat za podstatně nižší.

University Press, 2010, s. 635-671. Jinou otázkou je, zda jsou vnitrostátní soudy *vhodným* fórem pro přezkoumávání nálezů vydaných v investičních arbitrážích.

¹²¹ Body (ii) a (iii) lze vyloučit proto, že případné procesní nedostatky při konstituování a postupu tribunálu nejsou z pohledu práva EU důležité. Arbitrabilita investičního sporu vyplývá přímo z příslušné DPOI.

¹²² Vedle různých jiných zjevných důvodů lze poukázat mj. na to, že soudy členských států jsou vázány povinností loajality podle článku 4(3) SEU.

Uznání a výkon nálezů. Uznávání a výkon cizích rozhodčích nálezů je v širokém celosvětovém měřítku unifikován Newyorskou úmluvou. Režim, který úmluva zavádí, je k výkonu cizích rozhodčích nálezů vstřícný. Výkon rozhodčího nálezů lze odmítnout jen z taxativně vyjmenovaných důvodů, které v zásadě kopírují důvody zrušení rozhodčího nálezů podle vzorového zákona UNCITRAL (viz výše). Dle článku V. Newyorské úmluvy lze uznání a výkon cizího rozhodčího nálezů odepřít důvodů (zjednodušeně) (i) nedostatku jurisdikce tribunálu rozhodovat spor, (ii) závažných procesních nedostatků, (iii) nearbitrability sporu, nebo (iv) rozporu s veřejným pořádkem. Z pohledu případného rozporu s právem EU mohou být relevantní především důvody podle bodu (i) v případě, že by samotná rozhodčí doložka v DPOI nebyla platná nebo účinná, a podle bodu (iv) v případech, kdy by rozpor s právem EU dosahoval intenzity rozporu s veřejným pořádkem ve státě, ve kterém je o výkonu nálezů žádáno. V této souvislosti lze v zásadě odkázat na to, co bylo řečeno výše ohledně zrušení nálezů.

Při úvahách o vykonatelnosti nálezů je ovšem ještě pečlivěji nutno zohlednit otázku příslušnosti soudu. Zatímco k řízení o zrušení nálezů je příslušný soud podle fóra, které je pro každé řízení jen jedno, a které je dáno místem konání rozhodčího řízení, o uznání a výkonu rozhodčího nálezů rozhoduje soud (eventuálně jiný orgán) toho státu, ve kterém oprávněná strana (lze předpokládat, že v případě investičních sporů se bude zpravidla jednat o investora) o výkon žádá. Z praktického pohledu jsou ve fázi výkonu možnosti investora širší, neboť o výkon nálezů může žádat v kterémkoli státě, kde má povinný (tj. hostitelský stát) nějaký majetek, který lze postihnout výkonem. V případě výkonu nálezů proti členskému státu na území EU je reálné, že se soud členského státu, ve kterém se o výkon žádá, bude vážně zabývat námitkami povinného hostitelského státu založenými na rozporu nálezů s právem EU, neboť je povinností soudu členského státu aplikovat právo EU a přiznat mu plný účinek. Tomuto riziku se ovšem investor může poměrně snadno vyhnout tím, že požádá o výkon rozhodnutí v zemi, která není členským státem EU. Ve fázi výkonu rozhodnutí ještě více platí, že soud třetí země nebude mít mnoho důvodů odepřít výkon nálezů z důvodu zvláštního postavení, které právo EU samo sobě přiznává. Teorie i praxe mezinárodního rozhodčího řízení se navíc shodují v tom, že odmítnutí výkonu rozhodčího nálezů v jednom státě oprávněné straně nebrání, aby žádala o výkon nálezů v dalších státech. Investor tedy může žádat o výkon nálezů opakovaně v různých zemích, dokud se nenajde taková, kde se svým nárokem bude úspěšný (za předpokladu, že v příslušné třetí zemi se nachází postižitelný majetek hostitelského státu).

(iii.) Unijní veřejný pořádek – doktrína Eco Swiss a její slabiny

Jak je z výše uvedeného přehledu patrné, důvody, pro které je možné žádat zrušení arbitrážního nálezů nebo odmítnutí jeho výkonu, jsou značně omezené. Z pohledu práva EU zasluhuje pozornost především otázka případného rozporu arbitrážního nálezů s veřejným pořádkem. V investičních arbitrážích nezaložených na Úmluvě ICSID představuje rozpor s veřejným pořádkem zpravidla jediný důvod, který dohlížejícímu soudu umožňuje přezkoumávat nález po věcné stránce. Naproti tomu pro řízení podle Úmluvy ICSID mají úvahy o aplikaci výhrady veřejného pořádku spíše limitovaný význam. Přezkum nálezů v rámci systému Úmluvy ICSID je založen na jinak formulovaných důvodech, které se nespojují s veřejným pořádkem jakéhokoli konkrétního státu, a odmítnutí výkonu rozhodnutí vnitrostátními soudy není obecně připuštěno.

Výhrada veřejného pořádku představuje tradiční výjimku z pravidla, že rozhodčí nálezy by měly být konečné a vykonatelné. Jedná se o institut, který vyjadřuje určitý kompromis mezi zájmem na efektivnosti rozhodčího řízení na jedné straně a ochranou základních principů

právního řádu státu na straně druhé, a který státům ponechává alespoň určitou možnost kontroly nad rozhodčími nálezy a nad účinky, které jim na svém území přiznají. Vzhledem k nemožnosti postihnout všechny možné situace, kdy rozhodčí nález, který svou závaznost čerpá především ze soukromoprávní dohody stran sporu, z pohledu obecných zájmů již překročí hranici toho, co lze v dané společnosti považovat za akceptovatelné, je koncept veřejného pořádku jen vágní a v žádném případě jej nelze považovat za jednotný, neboť představa o obsahu veřejného pořádku může být napříč státy, a zejména napříč různými kulturami, velmi odlišná.

Až do relativně nedávné doby nebylo zřejmé, zda mohou součást veřejného pořádku členských států EU představovat i některá pravidla unijního právního řádu. Doktrína unijního (dříve komunitárního) veřejného pořádku vychází z rozsudku SDEU ve věci *Eco Swiss* z roku 1999.¹²³ V tomto rozhodnutí soud dospěl k závěru, že ustanovení článku 101 SFEU (zakazující kartelové dohody mezi podniky) je pro plnění úkolů Unie a zejména pro řádné fungování vnitřního trhu natolik zásadní, že je nutno jej považovat za otázku veřejného pořádku, a že pokud právo členského státu ukládá vnitrostátnímu soudu zrušit rozhodčí nález pro rozpor s veřejným pořádkem, je povinností tohoto soudu zrušit takový rozhodčí nález, který odporuje zákazu uloženému v článku 101 SFEU. Na podobné rozhodnutí odborná obec čekala dlouhou dobu. Již v rozhodnutí ve věci *Nordsee*, kde SDEU poprvé vyloučil možnost rozhodčích soudů klást mu předběžné otázky, totiž zároveň naznačil, že odpovědnost za respektování práva EU v rozhodčím řízení leží na soudech členských států:

Komunitární právo musí být dodržováno na území všech členských států; strany smlouvy nejsou oprávněny činit z něj výjimky [...] pokud jsou v rozhodčím řízení vzneseny otázky týkající se komunitárního práva, je na soudech členských států, aby tyto otázky posoudily buďto v rámci spolupráce s rozhodčími tribunály [...], nebo v rámci přezkumu rozhodčích nálezů – tento přezkum může být více či méně extenzivní v závislosti na okolnostech, a který mohou provádět v rámci řízení o odvolání nebo námitkách, v rámci žádosti o výkon, nebo v rámci jiného řízení přípustného v rámci příslušné vnitrostátní úpravy [...] Je na těchto soudech, aby případně posoudily, zda je nutné položit předběžnou otázku podle článku [...] SFEU pro účely interpretace nebo posouzení platnosti ustanovení komunitárního práva, která mají použít při výkonu těchto pomocných nebo dozorčích funkcí.¹²⁴

Nemožnost rozhodčích tribunálů klást předběžné otázky tedy měla být vyvážena pomocnou a dozorčí rolí soudů v rozhodčím řízení, v rámci níž měly být odstraněny případné nedostatky při aplikaci práva EU v rozhodčím řízení. Až do rozhodnutí ve věci *Eco Swiss* ovšem nebylo přesně známo, na jakém základě má příslušný soud členského státu dosáhnout požadovaného výsledku. V případě *Eco Swiss* rozhodovaly nizozemské soudy o zrušení rozhodčího nálezu, kterým bylo rozhodnuto o neplatnosti výpovědi licenční smlouvy jednou z jejích stran. Až v rámci řízení o zrušení nálezu před nizozemským soudem neúspěšná strana poprvé vznesla námitku, že příslušná licenční smlouva byla neplatná pro porušení ustanovení o zákazu kartelových dohod (dnes obsažené v článku 101 SFEU). Nizozemské procesní právo umožňovalo zrušení nálezu jen výjimečně a z omezeného okruhu důvodů, přičemž v předmětném případě přicházelo v úvahu jen zrušení z důvodu rozporu s veřejným pořádkem nebo s dobrými mravy. Nizozemský soud přitom v rámci své předběžné otázky uvedl, že dle nizozemského práva by porušení vnitrostátních pravidel hospodářské soutěže nepředstavovalo důvod pro zrušení rozhodčího nálezu pro rozpor s veřejným pořádkem. V rámci předběžné otázky se tedy SDEU dotázal, zda je za této situace, kdy vydaný rozhodčí nález dle jeho názoru skutečně odporuje článku 101 SFEU, povinen vyhovět návrhu na jeho zrušení.

¹²³ Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

¹²⁴ Case 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG* [1982] ECR 1095, ost. 14-15

SDEU ve svém rozsudku výslovně uznal, že je v zájmu efektivity rozhodčího řízení, aby byl rozsah přezkumu rozhodčích nálezů omezen a aby zrušení nálezu nebo odmítnutí jeho uznání bylo možné jen za výjimečných okolností. Nicméně konstatoval, že článek 101 SFEU představuje zásadní ustanovení, které je klíčové pro řádné fungování vnitřního trhu. Z toho dovodil, že pokud vnitrostátní procesní pravidlo vyžaduje, aby soud zrušil rozhodčí nález v případě, kdy rozhodčí nález odporuje vnitrostátnímu veřejnému pořádku, musí nález zrušit i tehdy, pokud odporuje zákazu obsaženému v článku 101 SFEU. Podle názoru soudu je tento závěr rovněž konformní s Newyorskou úmluvou, neboť ustanovení článku 101 SFEU lze podřadit pod pojem veřejného pořádku ve smyslu článku V(2)(b) Newyorské úmluvy.

V judikatuře SDEU se tak vykryštovala koncepce vztahu k rozhodčímu řízení, kterou lze zjednodušeně popsat následovně. Rozhodčí soudy nejsou soudy členských států, a proto nemohou klást předběžné otázky SDEU. Právo EU ovšem musí být dodržováno v celém svém rozsahu a strany smlouvy se jeho aplikací nemohou vyhnout tím, že si pro případ vzniku sporů sjednají rozhodčí doložku. Zabezpečit respektování práva EU i v rámci rozhodčího řízení je úkolem soudů členských států v rámci výkonu jejich pomocných či dozorčích funkcí. Dojde-li k vydání rozhodčího nálezu, který je v rozporu s právem EU, má být náprava sjednána v rámci řízení o jeho zrušení, přičemž soud se může opřít o výhradu veřejného pořádku, za jehož součást lze považovat i (některá) ustanovení práva EU.

Tato koncepce ovšem vyvolává několik problematických otázek, jak ve vztahu k rozhodčímu řízení obecně, tak i ohledně její použitelnosti pro investiční arbitráž. Specialisté na rozhodčí řízení upozorňují především na to, že takto široce pojímaná výhrada veřejného pořádku ohrožuje obecně uznávaný základní princip rozhodčího řízení, kterým je zásadní finalita rozhodčího nálezu s účinky *res iudicata*. Ve všech významných jurisdikcích je přezkum rozhodčích nálezů možný jen z omezeného okruhu důvodů, přičemž obecně se uznává, že nálezy by zásadně již neměly být přezkoumávány po věcné stránce (*on merits*).¹²⁵ Výhrada veřejného pořádku představuje výjimku, která slouží jako „záchranná brzda“, jež má zabezpečit, že budou respektovány ty nejdůležitější hodnoty fóra, na nichž je nutno trvat. Je přítom na jednotlivých jurisdikcích, aby pojem veřejného pořádku naplnily svým „národním“ obsahem.¹²⁶ Ve většině relevantních jurisdikcí je pojem veřejného pořádku vykládán velmi restriktivně.¹²⁷

SDEU odsunul prosazování respektování práva EU v rozhodčím řízení až do fáze soudního přezkumu nálezu. Jelikož je ovšem zrušení nálezu možné jen výjimečně z úzce specifikovaných důvodů, je skutečný dohled nad aplikací práva EU v rozhodčím řízení možný jen za cenu

¹²⁵ Srov. např. *Moses, M.* The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. New York: Cambridge University Press, 2008, s. 193 a násl.

¹²⁶ Je přítom nutno upozornit, že v kontextu Newyorské úmluvy existuje v doktríně silná tendence rozlišovat mezi veřejným pořádkem národním a veřejným pořádkem mezinárodním, jakožto kategorii užší (zjednodušeně řečeno rozpor s domácím veřejným pořádkem nutně nemusí znamenat rozpor s mezinárodním veřejným pořádkem). Uplatňování mezinárodního veřejného pořádku je považováno za vhodnější ve vztazích s přeshraničním prvkem, jako je zejména výkon cizích rozhodčích nálezů.

¹²⁷ Stručně k problematice veřejného pořádku ve smyslu Newyorské úmluvy viz např. *Van den Berg, A.* New York Convention of 1958: Annotated List of Topics, s. 53 a násl. Dostupné z: http://www.newyorkconvention.org/userfiles/documenten/pdf-algemeen/720_list-of-topics-descriptions-29-sep-2013.pdf. Podrobněji viz dvě zprávy vypracované *International Law Association*: Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration; a Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. New Delhi Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration. Velmi podrobně pak *Bělohávek, A.* Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo: komentář. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2008, s. 348-641.

extenzivního pojetí unijního veřejného pořádku. Příkladem je samotný rozsudek *Eco Swiss*, kdy nizozemský soud v rámci předběžné otázky uvedl, že porušení vnitrostátních pravidel hospodářské soutěže by výhradu veřejného pořádku ve fázi řízení o zrušení nálezu neaktivovalo. Jde-li ovšem o unijní veřejný pořádek, SDEU trvá na tom, že článek 101 SFEU zakazující kartelové dohody, je jeho součástí. Logicky se pak nabízí otázka, co všechno kromě zákazu kartelových dohod (resp. širší kategorie pravidel ochrany hospodářské soutěže) lze považovat za součást unijního veřejného pořádku. Z rozsudků jako *Mostaza Claro*¹²⁸ a *Asturcom*¹²⁹ se dovozuje, že do této kategorie by měla spadat například pravidla ochrany spotřebitele.¹³⁰ Ojedinele se lze setkat s názorem, že veškeré přímo použitelné normy práva EU je nutno považovat za součást unijního veřejného pořádku.¹³¹ Jiní autoři poukazují na nutnost vysoce kontextuálního přístupu odpovídajícího specifické a výjimečné povaze výhrady veřejného pořádku.¹³² Více světla do této otázky může přinést až nová judikatura.

Ještě větší otazníky ovšem vyvolává aplikace výhrady unijního veřejného pořádku ve vztahu k investičním arbitrážím, a to jak z pohledu možnosti efektivně zajistit respektování práva EU arbitrážními tribunály, tak i hlediska principiálního, zda má uplatňování výhrady veřejného pořádku v investiční arbitráži vůbec místo.

Co se týče první otázky, je nutno konstatovat, že existence jakéhokoli efektivního dohledu soudů členských států nad investičními arbitrážemi je spíše iluzí. Jak již bylo rozebráno výše, to, zda soudy v rámci EU vůbec dostanou příležitost zabývat se vydaným arbitrážním nálezem proti členskému státu, závisí spíše na nahodilých faktorech, resp. faktorech, které má pod kontrolou investor, a v mnoha případech bude takový přezkum zcela vyloučen. V případě investičních arbitráží tak dohled soudů členského státu EU spíše může potenciálně „znepříjemnit“ řízení těm investorům, kteří zahájí řízení podle jiných pravidel než podle Úmluvy ICSID, a kteří budou souhlasit s konáním rozhodčího řízení na území EU, než aby zabezpečil plné respektování práva EU na území členských států, jak si to představoval SDEU v rozsudku *Nordsee*.

Druhá otázka je koncepčnější a souvisí se zvláštní povahou investiční arbitráže, která je svým druhem přezkumu aktů státu ve sféře veřejného práva. Soukromé rozhodčí řízení je založeno na autonomii vůle stran sporu, které se mohou dohodnout na řešení svého soukromoprávního sporu touto formou, přičemž stát jejich dohodu respektuje a vydanému nálezem v rámci svého právního řádu přiznává závaznost a vynutitelnost. Povaha investičních arbitráží je ovšem jiná. V investiční arbitráži stojí na straně žalované vždy stát. Předmětem přezkumu v investiční arbitráži jsou zpravidla veřejnoprávní akty státu, ať již normativní nebo individuální, které jsou projevem výkonu suverénní moci. Nálezy vydané v investičních arbitrážích se často budou dotýkat veřejných zájmů, přičemž výjimkou nejsou spory, které se dotýkají často velmi citlivých politických otázek. Není rovněž vyloučeno, že předmětem přezkumu jednání hostitelského státu, který je členským státem EU, budou opatření přijatá na úrovni EU, resp. jejich implementace příslušným státem.

¹²⁸ Case C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421.

¹²⁹ Case C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL. v. Cristina Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-9579.

¹³⁰ Srov. např. *Bermann*, pozn. 21, s. 415 a násl.

¹³¹ *Brulard, Y., Quintin, Y.* European Community Law and Arbitration: National Versus Community Public Policy. *Journal of International Arbitration*. 2011, 18(5), s. 533–547.

¹³² Srov. např. *Prechal, S., Shelkopyas, N.* National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to *Eco Swiss* and Beyond. *European Review of Private Law*. 2004, 12(5), s. 589–611.

Je pak otázkou, jaké uplatnění může mít v rámci tohoto mechanismu řešení sporů výhrada veřejného pořádku, ať už se jedná o veřejný pořádek hostitelského státu, veřejný pořádek fóra, nebo unijní veřejný pořádek. Skutečnost, že na straně žalované, resp. povinné, stojí stát, a předmětem sporu jsou zpravidla jeho akty veřejnoprávní povahy, potenciálně vtahuje do hry úvahy o veřejném pořádku hostitelského státu prakticky v jakémkoli investičním sporu. To bude platit tím spíše, bude-li mít posuzované jednání původ v právu EU a vnitrostátní soud členského státu bude při přezkoumávání rozhodčího nálezu vázán expanzivní doktrínou unijního veřejného pořádku. Jedna ze základních axiom mezinárodního práva říká, že státy nemohou omluvit porušení svých mezinárodních závazků ustanoveními svého vnitrostátního práva. Jak je ovšem s tímto postulátem slučitelná možnost zrušit rozhodčí nález vydaný v investiční arbitráži nebo odepřít jeho výkon pro rozpor s vnitrostátním nebo unijním veřejným pořádkem? Anž bychom nastíněné složité otázky podrobovali hlubšímu rozboru, který by přesahoval rámec této práce, lze připomenout, že uvedený aspekt měli jistě na mysli i tvůrci Úmluvy ICSID, která je určena výhradně pro řešení sporů mezi investory a státy, a která lépe odpovídá zvláštní povaze těchto sporů.¹³³

Závěrem lze pouze konstatovat, že uplatňování koncepce unijního veřejného pořádku může v některých případech vést ke zrušení arbitrážního nálezu soudem nebo k jeho nevykonatelnosti na území členských států pro jeho rozpor s právem EU. Jak upozorňují někteří autoři, to by měl být dostatečný podnět k tomu, aby investiční tribunály braly otázky spojené s aplikací práva EU vážně.¹³⁴ V žádném případě se ovšem nejedná o univerzální mechanismus, který by byl způsobilý efektivně a v širokém měřítku zabezpečit respektování práva EU v investičních arbitrážích. Brání tomu zejména důvody praktické, neboť možnost soudů členských států přezkoumat rozhodčí nález vydaný arbitrážním tribunálem bude záviset na spíše nahodilých faktorech a v mnoha případech, zejména u arbitráží podle Úmluvy ICSID, bude takový přezkum úplně vyloučen. Proti širokému uplatňování institutu výhrady veřejného pořádku k prosazování norem unijního původu v investiční arbitráži lze ovšem vznášet i námitky právně-teoretické, když povaha tohoto institutu, jakož i specifika investiční arbitráže, spíše velí uplatňovat tuto výhradu jen za skutečně výjimečných okolností.

5.3 INTRA-UNIJNÍ DPOI Z POHLEDU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA – KLÍČOVÁ ROZHODNUTÍ ARBITRÁŽNÍCH TRIBUNÁLŮ

5.3.1 *Intra-unijní DPOI jsou platné a použitelné (Eastern Sugar proti České republice)*

Spor se věcně týkal režimu přidělování kvót na produkci cukru jednotlivým domácím výrobcům. Aby vůbec evropští producenti cukru mohli přežít v konkurenci levného dovozu ze zahraničí, je odvětví produkce cukru v Evropské unii předmětem tuhé regulace, kdy jsou jednotlivým zemím přidělovány výrobní kvóty, které tyto státy následně přerozdělují mezi jednotlivé výrobce. Poměrně liberální režim platný v České republice v 90. letech byl v rámci příprav na její vstup do EU postupně nahrazován režimem, který měl umožnit plynulý přechod na legislativu platnou v EU. Česká republika si ovšem při implementaci nového režimu nepočínala konzistentně. Poté, co Ústavní soud zrušil první dvě nařízení vlády regulující trh s cukrem, změnila vláda svým třetím nařízením systém přidělování kvót mezi výrobce takovým

¹³³ K problematice imperativních norem v investiční arbitráži srov. *Bjorklund, A.* Mandatory rules of law and investment arbitration. *American Review of International Arbitration*. 2007, Vol. 18, s. 175.

¹³⁴ *Elimansberger, T.* pozn. 24, s. 426 a násl.

způsobem, že společnost Eastern Sugar, vlastněná nizozemskou mateřskou společností, o podstatnou část své kvóty přišla.

Ačkoli všechna nařízení české vlády, která společnost Eastern Sugar v arbitráži napadala, byla přijata ještě před vstupem České republiky do EU, spor byl zahájen až v době, kdy už byla Česká republika členským státem. Této skutečnosti se Česká republika v řízení pokusila využít a namítala, že po jejím vstupu do EU již rozhodčí tribunál ustavený na základě intra-unijní DPOI nemá pravomoc spor rozhodnout, neboť režim této dohody byl plně nahrazen právem EU. Částečný tribunál, v němž se tribunál vypořádal s jurisdikčními námitkami ČR, byl vydán dne 27. března 2007.¹³⁵

(i.) *Argumentace České republiky*

Česká republika ve sporu netvrdila (a ani tvrdit nemohla), že by DPOI s Nizozemskem byla ukončena výslovně, ovšem namítala, že od okamžiku jejího vstupu do EU (tj. od 1. dubna 2004) již byla dále neaplikovatelná. ČR argumentovala, že v rámci EU, jejíž věcná působnost se od vzniku Evropského společenství uhlí a oceli rozšířila do mnoha dalších oblastí, zahrnujíc i společnou zemědělskou politiku a specifický režim svobody investic, není více místa pro dvoustranné DPOI. ČR se dále odvolávala na článek 59 VÚ. Podle ČR představují DPOI a právo EU dva navzájem si konkurující právní rámce, které se vztahují na stejný předmět (*same subject matter*), neboť oba upravují oprávnění subjektů investovat prostředky na území jiného státu a volně nakládat s výnosy. Dle ČR bylo společným úmyslem České republiky a Nizozemska jako smluvních stran přístupové dohody, aby se nizozemské investice v ČR řídily právem EU. Přitom odkázala na článek 118 asociační dohody, který stanovil, že dohoda se nedotýká práv zaručených dřívějšími dohodami „*dokud podle této dohody nebude dosaženo rovnocenných práv*“, čehož mělo být dosaženo právě vstupem ČR do EU. Rovněž poukázala na rozsudek SDEU ve věci *Komise proti Itálii*,¹³⁶ podle kterého členský stát nemůže vykonávat práva přiznána dřívější mezinárodní smlouvou v rozsahu, ve kterém je takový výkon v rozporu s právem EU. Podle ČR režim investic v rámci práva EU poskytuje investorům stejná práva jako DPOI, a proto tento režim příslušnou DPOI nahradil okamžikem vstupu ČR do EU.

I kdyby DPOI vstupem České republiky do EU nezanikla, ČR argumentovala, že její aplikace by zakládala porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace a navíc by představovala i porušení zásady vzájemné důvěry (*mutual trust*) mezi členskými státy, z níž vyplývá, že společnost Eastern Sugar měla spor řešit prostřednictvím žaloby podané u českého soudu.

Z těchto důvodů ČR namítala, že DPOI s Nizozemskem již nebyla použitelná a tribunál neměl jurisdikci k řešení sporu. Subsidiárně požadovala, aby tribunál položil předběžnou otázku SDEU.

(ii.) *Dopis Komise a reakce tribunálu*

Komise, na rozdíl od pozdějších intra-unijních arbitráží, neposkytla tribunálu své stanovisko přímo. Česká republika ovšem v řízení na podporu svých argumentů předložila dopis zástupce Komise adresovaný náměstkovi ministra financí ČR. Komise se v něm vyjádřila ke třem okruhům otázek.

¹³⁵ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, 27 March 2007.

¹³⁶ Case 10/61, *Commission v. Italy* [1962] ECR 1.

Komise v první řadě vyloučila, že by se na mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy vztahovalo ustanovení článku 351 SFEU (bývalý článek 307 SES). Tyto smlouvy tudíž nemohou převážet nad právem EU. Pokud jde o skutečnosti, které nastaly po vstupu obou smluvních stran do EU, DPOI není více použitelná v záležitostech, které spadají do pravomoci EU – dle Komise by tak použitelnost DPOI přicházela v úvahu pouze v rámci úpravy některých reziduálních záležitostí, jako je diplomatické zastoupení, vyvlastnění a eventuálně podpora investic. Naopak, ustanovení SFEU (dříve SES) a sekundární legislativa (i ta přijatá v budoucnu) má automaticky přednost před ustanoveními DPOI, která jsou s touto úpravou v rozporu. Aplikace DPOI navíc zakládá příznivější zacházení poskytované investicím a investorům mezi smluvními stranami, a tudíž vede k diskriminaci vůči ostatním členským státům, což je v rozporu s příslušnými ustanoveními SFEU. Podle Komise by proto platnost intra-unijních DPOI měla být v rozsahu, v jakém její úprava spadá pod pravomoc Unie, ukončena.

Komise ovšem upozornila, že přednost unijního *acquis* neznamená, že by k zániku intra-unijních DPOI došlo automaticky, nebo že by se veškerá jejich ustanovení stala automaticky nepoužitelnými. Aniž by byla dotčena přednost práva EU, při ukončení platnosti těchto dohod je nutno postupovat striktně v souladu s jejími ustanoveními, přičemž ukončení platnosti nemůže mít retroaktivní účinek.

Komise se specificky vyjádřila i k mechanismu řešení sporů podle DPOI. Podle ní i přesto, že právo EU má ode dne vstupu nového členského státu do EU přednost, může přechodná situace až do doby, než bude platnost DPOI formálně ukončena, vést ke složitým interpretačním otázkám ohledně jurisdikce. Komise upozornila na článek 344 SFEU (bývalý článek 292 SES), podle kterého členské státy mezi sebou nemohou ve svých vztazích využívat mechanismus řešení sporů podle DPOI v rozsahu, v jakém příslušný spor spadá pod pravomoc Unie. Pokud jde o spory mezi investory a státy, situace je složitější. Od okamžiku vstupu nového členského státu do EU by spor měl být rozhodnut podle práva EU. Podle Komise ovšem lze připustit, že pokud se spor týká okolností, jež nastaly před vstupem tohoto členského státu do EU, investor by mohl využít mechanismus řešení sporů podle DPOI. Přednost práva EU by v takovém případě měl vzít v úvahu arbitrážní tribunál. Nelze přitom vyloučit, že tribunál dospěje k jiným závěrům, než k jakým dospěla Komise. Aby se předešlo právním problémům spojeným s arbitrážním řízením, platnost DPOI mezi členskými státy by měla být ukončena. Komise ovšem zopakovala, že k tomu může dojít pouze způsobem, který tyto dohody předpokládají.

Tribunál k předloženému dopisu Komise uvedl, že je z podstatné části diplomatický a nejednoznačný, a že Komise sama nevylučuje možnost odlišné interpretaci jinými rozhodovacími orgány. Dále poukázal na to, že Komise proti členským státům nezahájila řízení ve věci porušení práva EU, což by podle něj představovalo logický krok, pokud by argumenty ČR byly správné. Stanovisko Komise tribunál v každém případě nepovažoval za závazné a uvedl, že by pro něj mohlo mít význam jen z hlediska přesvědčivosti uvedených argumentů, pokud by bylo jasné. Podle tribunálu ovšem stanovisko Komise jasné nebylo.

(iii.) *Analýza tribunálu k otázce jurisdikce*

Tribunál v další části nálezu sám posoudil, zda mohl mít vstup ČR do EU vliv na jeho jurisdikci. Všechny argumenty České republiky přitom odmítl a svou jurisdikci k řešení sporu potvrdil.

Nejdříve konstatoval, že ke zrušení DPOI nedošlo výslovně ani asociační dohodou, ani přístupovou smlouvou. Podle něj by bylo velmi zvláštní, pokud by tak důležitá otázka, jakou je ochrana investic, byla v rámci přístupových jednání opomenuta. Asociačními dohodami ani

přístupovou smlouvou proto nedošlo k výslovnému nahrazení DPOI. Ani samotná DPOI neobsahovala žádné ustanovení, z něhož by vyplývalo, že její platnost bude ukončena, pokud se obě strany stanou členy jedné regionální integrační organizace. Podmínky ukončení platnosti dohody stanovuje článek 13 DPOI, který předpokládá, že smluvní strana, která si přeje platnost dohody ukončit, doručí oznámení v tomto smyslu druhé smluvní straně. K takovému oznámení ke dni vydání nálezu nedošlo ani ze strany ČR, ani ze strany Nizozemska.

Dále se tribunál zabýval otázkou, zda k ukončení platnosti DPOI mohlo dojít implicitně. Tento argument ČR označil za novum, přičemž poukázal na to, že oba smluvní státy veřejně vedly DPOI v seznamu jejich platných mezinárodních smluv, a že tato dohoda sloužila jako základ jiných investičních sporů, v nichž ČR obdobný argument nevznesla. Vzhledem k tomu, že vliv vstupu ČR do EU na DPOI není upraven jinými, více specifickými pravidly, musí být tato otázka posouzena ve světle Vídeňské úmluvy. Zaměřil se přitom především na článek 59 VÚ. Přitom dospěl k závěru, že podmínky tohoto ustanovení pro implicitní zrušení mezinárodní smlouvy uzavřením jiné mezinárodní smlouvy v daném případě splněny nebyly.

Za prvé, tribunál se neztotožnil s argumentem, že by „Smlouva o EU“, jakožto smlouva pozdější, a DPOI, jakožto smlouva dřívější, upravovaly stejný předmět. Jakkoli se i úprava práva EU vztahuje na přeshraniční investice, podle tribunálu nelze říci, že by se oba právní systémy týkaly naprosto shodného předmětu (*the same precise subject matter*). Právo EU zaručuje volný pohyb kapitálu a umožňuje investorům z jiných členských států investovat v hostitelské zemi za stejných podmínek, jako domácím investorům. Naproti tomu DPOI zakládá povinnost hostitelského státu poskytovat investorovi řádné a spravedlivé zacházení v průběhu existence investice v hostitelském státě, zakazuje vyvlastnění, zaručuje plnou ochranu a bezpečnost apod. DPOI navíc poskytuje investorům zvláštní procesní ochranu ve formě „smíšené“ nebo „diagonální“ arbitráže, která představuje nejdůležitější součást dohod o ochraně investic a představuje nejlepší záruku toho, že investice bude chráněna proti nenáležitému zacházení ze strany hostitelského státu. Právo EU takovou záruku neobsahuje.

Za druhé, Česká republika neprokázala, že nahrazení DPOI „Smlouvou o EU“ bylo společným úmyslem ČR a Nizozemska.

Za třetí, tribunál nepovažoval DPOI a „Smlouvu o EU“ za inkompatibilní. Dle tribunálu jsou volný pohyb kapitálu a ochrana investic dvě různé, ovšem vzájemně komplementární věci. Pokud „Smlouva o EU“ poskytuje více práv než DPOI, všichni „členové EU“ (*EU parties*), včetně Nizozemska a nizozemských investorů, se mohou těchto práv domáhat. Pokud DPOI přiznává Nizozemsku a nizozemským investorům práva, které jiné členské státy a investoři z těchto členských států nemají, bude na těchto státech a na těchto investorech, aby se domáhali stejných práv. Ovšem skutečnost, že jsou tato práva nerovná, je dle tribunálu nečiní inkompatibilními. Tribunál rovněž odmítl argument, že by investiční arbitráže odporovaly zásadě vzájemné důvěry mezi členskými státy, konkrétně důvěry v soudní systémy členských států, což zdůvodnil tím, že rozhodčí řízení je vyňato z působnosti nařízení Brusel I.

Z uvedených důvodů proto dle tribunálu vstupem ČR do EU nedošlo k automatickému nahrazení DPOI právem EU. Na podporu tohoto závěru uvedl i některé další důvody, které by podle něj tak jako tak musely vést k potvrzení jeho jurisdikce.

Jednak poukázal na ustanovení článku 13(3) DPOI, které zakládá 15ti-letou ochrannou dobu pro existující investice v případě ukončení platnosti dohody, která se podle něj vztahovala na jakýkoli případ ukončení platnosti DPOI, tedy i na eventuální implicitní ukončení z důvodu

vstupu České republiky do EU. Dále poukázal na to, že posuzovaný spor mezi jeho stranami vznikl ještě před vstupem ČR do EU, a tudíž by nemohl být ovlivněn ani pozdějším ukončením platnosti DPOI.

Tribunál konečně odmítl možnost, že by platnost DPOI mohla být ukončena částečně na základě článku 30 VÚ. Jako důvod uvedl, že právo EU neumožňuje investorům žalovat hostitelský stát přímo, což podle něj vyvrací argument České republiky o stejné úrovni ochrany.

Tribunál rovněž odmítl návrh ČR, aby ohledně posouzení důsledků vstupu ČR do EU pro platnost a použitelnost DPOI položil předběžnou otázku SDEU. Poukázal přitom na judikaturu SDEU, podle které možnost klást předběžné otázky náleží pouze soudům členských států a nikoli rozhodčím tribunálům. Tribunál odmítl argument České republiky, že tato judikatura se vztahuje pouze na taková rozhodčí řízení, která pro strany sporu nejsou povinná. Podle tribunálu nic jako povinné rozhodčí řízení neexistuje. Strany podle něj disponují volností dohodnout se na řešení svých sporů formou rozhodčího řízení; pokud se na takové formě řešení sporů dohodnou, jsou takovou dohodou samozřejmě vázány. I předmětnou investiční arbitráž považoval tribunál za arbitráž dobrovolnou, když dohodu stran zde představuje DPOI jakožto nabídka České republiky a oznámení investora jakožto akceptace této nabídky. Nadto poznamenal, že tak jako tak nevidí žádný důvod položit předběžnou otázku SDEU v případě, kdy odpověď na otázku není složitá (*sic*).

(iv.) Použitelné právo a meritorní posouzení sporu

Při posouzení meritorní stránky sporu nehrálo právo EU významnou roli (dlužno dodat, že oprávněně). Za prvé, spor vycházel ze skutkových okolností, k nimž došlo před vstupem České republiky do EU. Za druhé, ačkoli sporná legislativa ve velmi obecné rovině sledovala aproximaci českého režimu přidělování cukerných kvót unijním standardům, konkrétní aspekty přijatých opatření, které byly předmětem námitek investora, v žádném případě nevyplývaly z požadavků práva EU.

Tribunál se výslovně nevyjádřil k tomu, zda považuje právo EU za součást použitelného práva, když pouze uvedl, že použitelným právem je mezinárodní právo, a že v určitém rozsahu (v jakém neodporuje mezinárodnímu právu a v jakém je pro posouzení případu relevantní) může vzít při rozhodování v úvahu i české právo. Nicméně z pohledu tribunálu byla relevantní i okolnost očekávaného vstupu České republiky do EU, která byla obecně známá. Podle tribunálu musel žalobce v roce 2000 očekávat, že do té doby liberální režim produkce cukru platný v ČR bude postupně nahrazen protekcionistickou regulací obdobného charakteru, jaká platila v tehdejších členských státech EU. Opatření zavedená Českou republikou byla ovšem nepřiměřená a diskriminační a indicie navíc nasvědčovaly tomu, že byla namířena právě vůči žalobci. Tribunál proto konstatoval porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení podle DPOI a přiznal žalobci náhradu.

5.3.2 Potvrzení nastaveného kurzu (Eureko proti Slovensku)

Spor mezi nizozemskou společností Eureko a Slovenskem se věcně týkal změny pravidel v oblasti veřejného zdravotního pojištění na Slovensku po výměně vlád v roce 2006, po níž došlo k radikální změně přístupu Slovenska k soukromým zdravotním pojišťovnám. Společnost Eureko, akcionář jedné z těchto pojišťoven, spatřovala v provedených změnách porušení DPOI

uzavřené mezi Nizozemskem a ČSFR ze strany Slovenska.¹³⁷ Ještě před zahájením investičního sporu podala společnost Eureko stížnost Komisi pro porušení práva EU ze strany Slovenska. Na základě této stížnosti zahájila Komise vůči Slovensku řízení pro porušení práva EU (*infringement proceedings*) podle článku 258 SFEU (bývalý článek 226 SES). Krátce poté společnost Eureko notifikovala Slovensko o existenci sporu podle DPOI.

Předmětem mezitímního nálezu tribunálu bylo v souladu s dohodou stran sporu jen rozhodnutí o jurisdikci a o případném přerušení řízení.¹³⁸ Tribunál posuzoval jen otázku, zda má vstup Slovenska do EU vliv na platnost a aplikovatelnost DPOI a na pravomoc tribunálu věcně projednat spor vzniklý na základě domnělého porušení této dohody. Slovensko uplatnilo obdobné jurisdikční námitky, s jakými byl konfrontován tribunál ve věci *Eastern Sugar*, který obdobnou situaci vyřešil v neprospěch hostitelského státu a odmítl, že by členství obou smluvních států v EU mělo vliv na jeho pravomoc projednat spor podle DPOI. Tribunál ve věci *Eureko* tuto linii potvrdil. Mezitímní nálezy v této věci ovšem vyžaduje zvýšenou pozornost minimálně ze dvou důvodů. Za prvé, na rozdíl od případu *Eastern Sugar* zde skutkový stav zakládající údajné porušení investiční dohody nastal až po vstupu hostitelského státu do EU. Tento rozdíl mohl mít na konečný verdikt určitý vliv. Za druhé, odůvodnění rozhodnutí *Eastern Sugar* lze hodnotit jako poněkud kusé a zkratkovité, což lze připsat novosti jurisdikčních námitek uplatněných Českou republikou. V mezidobí se ovšem problematika intra-unijních DPOI a jejich specifických „nuancí“ dostala do povědomí odborné veřejnosti. Tribunál vzal situaci vážně a jurisdikční námitce Slovenska založené na tvrzené neaplikovatelnosti DPOI věnoval celý mezitímní nálezy o délce 78 stran. Rozhodnutí tribunálu a jeho odůvodnění má pro problematiku intra-unijních DPOI zásadní význam, a proto je vhodná podrobná rekapitulace jeho klíčových částí.

(i.) *Argumentace Slovenska*

Slovensko, podobně jako Česká republika v arbitráži *Eastern Sugar*, vzneslo námitky proti jurisdikci tribunálu, které byly založeny na tvrzených důsledcích jeho vstupu do EU. V tomto případě ovšem byla příslušná argumentace hostitelského státu, alespoň podle jejího shrnutí v částečném nálezu, mnohem propracovanější. Slovensko tvrdilo, že ode dne jeho vstupu do EU se vztah mezi SR a Nizozemskem řídil Smlouvou o založení ES. Vstupem do EU se Slovensko stalo účastníkem specifického právního systému, který ve srovnání s DPOI vytváří mnohem složitější, dalekosáhlejší a propracovanější rámec ochrany investic a základních práv. SES a DPOI podle Slovenska nemohou být aplikovány paralelně a použitelnost DPOI je proto vyloučena.

Jurisdikční námitky Slovenska byly postaveny na čtyřech hlavních bodech: (i) z pohledu mezinárodního práva DPOI zanikla přístupem Slovenska k SES na základě článku 59 VÚ; (ii)

¹³⁷ V Slovenské republice existuje od roku 1994 systém veřejného zdravotního pojištění, v rámci kterého může zdravotní pojištění poskytovat více státních nebo soukromých subjektů. V roce 2004 prošel tento systém zásadní reformou, která jej liberalizovala a zavedla do něj vícero tržních prvků. Žalobce, nizozemská společnost Eureko B.V. na základě těchto opatření vstoupila v roce 2006 na slovenský trh zdravotního pojištění prostřednictvím založení dceřiné společnosti Union zdravotná poisťovňa, a.s. Do ledna 2007 získala na slovenském trhu zdravotního pojištění podíl kolem 8,5 procenta. V roce 2006 vyhrála parlamentní volby na Slovensku strana SMER sociálna demokracia. Nová vláda zavedla opatření, které restriktivním způsobem změnilo reformu z roku 2004. Jedním z opatření bylo omezení možnosti tvorby zisku zdravotními pojišťovnami, resp. použití vygenerovaných prostředků. Společnost Eureko v těchto opatřeních spatřovalo nepřímé vyvlastnění, které bylo v rozporu s článkem 5 investiční dohody. Dále rovněž namítalo porušení (i) spravedlivého a rovnoprávného zacházení, včetně zákazu diskriminace (čl. 3 odst. 1), (ii) plné ochrany a bezpečnosti (čl. 3 odst. 2), a (iii) volného převodu zisku a dividend (čl. 4). Celková výše požadované náhrady přesahovala 100 milionů EUR.

¹³⁸ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010.

z pohledu mezinárodního práva je od přístupu Slovenska k SES rozhodčí doložka v DPOI nepoužitelná na základě článku 30 VÚ; (iii) z pohledu práva EU (které tvoří součást slovenského práva a je tudíž zahrnuto mezi zdroje použitelného práva podle DPOI) tribunál nemá jurisdikci, neboť rozhodčí doložka je v rozporu se SES, se zásadou autonomie práva EU a se zásadou nadřazenosti práva EU; a (iv) z pohledu německého práva (jakožto *lex loci arbitri*) tribunál nemá jurisdikci, neboť spor není arbitrabilní.

a. Zánik DPOI v podle článku 59 VÚ

DPOI a SES se týkají stejného předmětu. Slovensko argumentovalo, že úprava obou smluv se vztahuje na stejnou kategorii investorů (občany smluvních států a právnické osoby založené podle práva smluvních států) a investic (Slovensko poukázalo na zavedené pojetí investic v právu EU podle Směrnice č. 88/361/EEC a judikatury SDEU), slouží stejnému účelu (rozšíření a posílení vzájemných ekonomických vztahů, podpora pohybu kapitálu a hospodářský rozvoj smluvních států, a zároveň garance spravedlivého zacházení), obsahuje stejné standardy ochrany a zároveň poskytuje srovnatelné prostředky nápravy.

Pokud jde o standardy ochrany investic, Slovensko argumentovalo, že SES obsahuje obdobnou úpravu ve všech následujících oblastech pokrytých DPOI: podpora a přístup investic (články 2 a 3 SES),¹³⁹ rovné zacházení a zákaz diskriminace (články 12 a 43 SES a Listina základních práv EU),¹⁴⁰ volné převody plateb (článek 56 SES),¹⁴¹ plná ochrana a bezpečnost (pravidla vnitřního trhu, která zahrnují ochranu investic před fyzickými zásahy a jinými opatřeními, která mohou odradit investory z jiných členských států), a ochrana majetkových práv (v rámci svobody usazování, volného pohybu kapitálu a článku 17 EÚLP).¹⁴² Pokud jde o prostředky nápravy, Slovensko poukázalo na to, že investoři mají možnost domáhat se svých práv přiznaných právem EU přímo před soudy členských států, přičemž do systému procedurální ochrany je zapojen i SDEU prostřednictvím řízení o předběžné otázce. Dále poukázalo na to, že i podle práva EU investorovi vzniká nárok na náhradu škody proti členskému státu, jak bylo uznáno v rozsudku *Francovich*.¹⁴³

S poukazem mj. na stanovisko ILC ve zprávě k fragmentaci mezinárodního práva Slovensko dále argumentovalo, že požadavek článku 59 VÚ, aby se po sobě následující smlouvy týkaly stejného předmětu, nelze vykládat tak, že tyto smlouvy musí upravovat naprosto shodný předmět. Podle Slovenska pokud určité jednání vyvolává současnou aplikaci obou dotčených smluv, pak se tyto smlouvy týkají stejného předmětu.

Nahrazení DPOI SES bylo úmyslem smluvních stran. Slovensko uvedlo, že hlavním cílem DPOI bylo dopomoci Slovensku k členství v EU a k vytvoření obchodní platformy, na jejímž základě by investoři z členských států mohli na Slovensku investovat, aniž by se museli obávat nejistoty spojené s nedostatečným právním rámcem pro zahraniční investice. Nicméně se vstupem Slovenska do EU se tato obchodní platforma stala obsoletní. Podle Slovenska již přístupová smlouva samotná poskytuje důkaz o tom, že společným úmyslem Slovenska a

¹³⁹ Článek 2 SES byl věcně nahrazen článkem 3 SFEU. Článek 3(1) SFEU byl věcně nahrazen články 3 až 6 SFEU. Článku 3(2) SFEU dnes odpovídá článek 8 SFEU.

¹⁴⁰ Článku 12 SES dnes odpovídá článek 18 SFEU a článku 43 SES odpovídá článek 49 SFEU.

¹⁴¹ Dnes článek 63 SFEU

¹⁴² Argumentace Slovenska se zdá být poněkud neúplná ohledně standardu řádného a spravedlivého zacházení, u něž ve svém srovnávacím Smlouvy o založení ES poukázala pouze na zákaz diskriminace. Právě v neexistenci ekvivalentu standardu řádného a spravedlivého zacházení ve Smlouvě o založení ES tribunál spatřoval jeden z hlavních důvodů, proč se obě smlouvy netýkají stejného předmětu.

¹⁴³ Joined Cases C-6/90 and 9/90 *Francovich and Bonifaci v Republic of Italy* [1991] ECR I-5357.

Nizozemska bylo, aby se jejich vzájemné vztahy (včetně těch upravených DPOI) nadále řídily právem EU. Jiné metody interpretace úmyslu smluvních stran (včetně aktuálního stanoviska nizozemské strany) označilo Slovensko v tomto směru za irelevantní. Tento společný úmysl stran je mimo jiné nezbytným důsledkem základních charakteristik práva EU, včetně nadřazenosti a přímého účinku. K zániku dřívější smlouvy na základě článku 59 VÚ dle Slovenska dochází *ex lege*, bez ohledu na notifikační procedury.

Ustanovení SES a DPOI jsou natolik neslučitelná, že není možné provádět obě smlouvy současně. I kdyby nebyl prokázán společný úmysl Slovenska a Nizozemska k nahrazení DPOI, podle Slovenska byly v každém případě naplněny podmínky článku 59(1)(b) VÚ. Rozpor ve smyslu tohoto ustanovení podle Slovenska nastává tehdy, pokud závazky podle obou smluv nelze plnit současně. Slovensko poukázalo na následující rozpory mezi DPOI a právem EU. Za prvé, ustanovení o volném pohybu plateb a ustanovení o ochraně investic podle DPOI jsou inkompatibilní s ustanoveními SES, která umožňují výjimky z volného pohybu kapitálu. Za druhé, ustanovení DPOI o vyvlastnění jsou inkompatibilní s úpravou vyvlastnění a náhrady škody podle práva EU, neboť právo EU umožňuje omezit majetková práva, pokud je to nezbytné v obecném zájmu. Za třetí, rozhodčí doložka obsažená v DPOI je v rozporu s výlučnou pravomocí SDEU interpretovat právo EU a zároveň je diskriminační vůči investorům z jiných členských států. Slovensko v tomto směru zejména argumentovalo, že pokud bude tribunál rozhodovat o otázkách práva EU, aniž by měl možnost položit předběžnou otázku SDEU, bude tím ohrožena jednotná aplikace práva EU. Zatímco není pochyb o tom, že tribunál by měl aplikovat právo EU, zároveň mu v tom brání skutečnost, že není schopen zajistit jeho jednotnou aplikaci a interpretaci, což je úkolem SDEU.

b. Nepoužitelnost rozhodčí doložky DPOI podle článku 30 VÚ

I pokud by DPOI nezanikla na základě článku 59 VÚ, rozhodčí doložka v DPOI je podle Slovenska neslučitelná se SES podle článku 30 VÚ, který nevyžaduje prokázání úmyslu stran, ani neslučitelnost mezinárodních smluv v celém jejich rozsahu. Slovensko v tomto směru zopakovalo, že žalobce ve sporu namítá porušení ustanovení DPOI, které byly nahrazeny právem EU a spor se tím pádem řídí právem EU. Tribunál ovšem podle Slovenska nemá pravomoc aplikovat a interpretovat právo EU

c. Inkompatibilita DPOI a nedostatek pravomoci tribunálu z pohledu práva EU

Slovensko dále argumentovalo, že tribunál nemá jurisdikci z pohledu práva EU, které jakožto součást slovenského právního řádu (tj. práva hostitelského státu) představuje jeden ze zdrojů práva použitelného na investiční spor podle článku 8(6) DPOI. Slovensko poukázalo na zásadu nadřazenosti práva EU nad jinými pravidly. Následně znovu zopakovalo, že předmětný spor se řídí právem EU. Právo EU má dle judikatury SDEU přednost nejen před vnitrostátními právními řády, ale i před mezinárodními smlouvami, které mezi sebou uzavřely členské státy. V důsledku nadřazenosti a přímého účinku práva EU není paralelní aplikace obou systémů pravidel možná. K rozhodnutí sporu, který se řídí právem EU, nemá podle Slovenska tribunál pravomoc.

d. Inkompatibilita z pohledu německého práva

Alternativní základ pro závěr o neexistenci jurisdikce tribunálu podle Slovenska poskytuje i německé právo jako *lex loci arbitri*. Jelikož právo EU je integrální součástí německého právního řádu, i v tomto směru se uplatní argumentace, že právo EU vylučuje jurisdikci

tribunálu v oblastech pokrytých příslušnou DPOI. Spor je podle Slovenska ve smyslu německých procesních předpisů nearbitrabilní.

e. Položení předběžné otázky SDEU a přerušování řízení

Slovensko konečně alternativně navrhuje, aby tribunál položil předběžnou otázku SDEU a aby do doby, než o ní SDEU rozhodne, řízení přerušil.

(ii.) *Stanovisko nizozemské vlády*

V rámci řízení si tribunál vyžádal stanovisko nizozemské vlády k otázkám, zda je DPOI mezi Slovenskem a Nizozemskem platná a zda má tribunál jurisdikci k rozhodnutí sporu.

Nizozemská vláda ve svém písemném stanovisku oponovala názorům Komise prezentovaným v dopisu citovaném tribunálem ve věci *Eastern Sugar*. Efektivní přednost unijního *acquis* dle nizozemské vlády neznamena automatický zánik DPOI, ani neaplikovatelnost všech jejích ustanovení. Bez ohledu na nadřazenost práva EU, zánik DPOI by musela předcházet striktně stanovená procedura, kterou tato dohoda předpokládá, přičemž ukončení platnosti dohody nemůže mít retroaktivní účinky. Podmínky pro zánik smlouvy podle článku 54 VÚ zde nebyly splněny. DPOI podle nizozemské vlády zůstává nadále v platnosti a není žádný důvod pochybovat o existenci jurisdikce tribunálu. Článek 8 DPOI, který zakládá způsob řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem formou mezinárodní arbitráže, zůstává plně aplikovatelný. Otázky týkající se práva EU podle nizozemské vlády nemohou ovlivnit jurisdikci tribunálu. Ten by měl svou jurisdikci plně přijmout a předložený spor rozhodnout.

V obecnější rovině nizozemská vláda uvedla, že si je vědoma probíhajícího vývoje v otázkách vztahů DPOI členských států a práva EU s tím, že způsob, jakým EU bude vykonávat svou novou vnější pravomoc a s tím spojená otázka dalšího osudu DPOI členských států, je předmětem diskusí. S ohledem na to považuje nizozemská vláda za nevhodné předvídat nebo dokonce předurčovat řešení otázky statusu intra-unijních DPOI v řízení před arbitrážním tribunálem. Podle nizozemské vlády má zcela zásadní význam především právní jistota jak na straně smluvních států, tak na straně investorů. Vyvolávání jakýchkoli pochybností ohledně platnosti existujících DPOI by bylo zbytečné a škodlivé a narušilo by práva a legitimní očekávání investorů, kteří se na tyto dohody spoléhají.

(iii.) *Stanovisko Komise*

Slovensko navrhuje, aby se jurisdikční fáze řízení účastnila jako *amicus curiae* i Evropská unie zastoupena Komisí. Tribunál této žádosti vyhověl a umožnil Komisi předložit její procesní stanovisko.

Rozdíl mezi extra-unijními a intra-unijními DPOI. Komise ve svém stanovisku nejdříve poukázala na odlišné problémy, které se týkají DPOI mezi členskými státy a třetími zeměmi na jedné straně a intra-unijními DPOI na straně druhé. Zatímco v prvně uvedeném případě se aktuální problémy týkají otázek spojených s pravomocemi a kompatibilitou těchto dohod s určitými ustanoveními SES, problémy spojené s intra-unijními DPOI, které Komise označila za „anomálii na vnitřním trhu“, jsou jiného charakteru. Skutečnost, že se úprava intra-unijních DPOI přinejmenším částečně překrývá s úpravou vnitřního trhu EU, podle Komise vyvolává otázku přípustnosti jejich další existence.

Komise poukázala na výlučnou pravomoc SDEU k rozhodování o žalobách proti členskému státu týkajících se porušení práva EU a dále k rozhodování o předběžných otázkách položených mu soudy členských států. Dále poukázala na to, že členské státy se ve smyslu rozsudku SDEU ve věci *MOX Plant*¹⁴⁴ nemohou uchýlovat k jiným mechanismům řešení sporů, než jaké předpokládají Zakládající smlouvy. Mechanismus řešení sporů mezi smluvními státy podle DPOI je proto podle Komise v rozporu s článkem 344 SFEU. Pokud jde o mechanismus řešení sporů mezi investorem a členským státem, Komise poukázala na to, že podle práva EU se investoři musí se svými nároky obracet buďto na soudy členských států (které mohou klást předběžné otázky SDEU), nebo na Komisi. Argumenty ve prospěch zachování investičních arbitráží podle intra-unijních DPOI jsou podle Komise z pohledu práva EU nepřesvědčivé.

Komise poukázala na to, že podle zásady nadřazenosti mají pravidla práva EU přednost před mezinárodními smlouvami uzavřenými mezi členskými státy. V případě rozporů tak musí převážet právo EU. Tyto rozpory nelze řešit tak, že pravidla práva EU budou interpretována a aplikována ve světle DPOI. Skutečnost, že se soukromý subjekt odvolává na mezinárodní smlouvu, nemůže odůvodnit porušení práva EU. To platí i pro možnost využití mechanismu řešení sporů, který je v rozporu se soudním systémem EU. Ustanovení DPOI, která jsou v rozporu s právem EU, se v důsledku toho nestávají neplatnými, nicméně v rozsahu tohoto rozporu je nelze použít. Podle Komise je navíc nutno dospět ke stejnému závěru i tehdy, pokud bude vztah mezi intra-unijními DPOI a právem EU posouzen podle Vídeňské úmluvy a jejího pravidla *lex posterior*. Komise rovněž poukázala na to, že její přetrvávající výhrady k intra-unijním DPOI jsou všem členským státům dostatečně známy, a že všechny tyto dohody budou nakonec muset být ukončeny.

Otázka diskriminace. Komise upozornila na závažný potenciál pro diskriminaci mezi investory z různých členských států, která je v rozporu s právem EU. Zároveň odmítla, že by tento problém mohl být odstraněn pozitivním způsobem, tedy rozšířením poskytovaných výhod na všechny investory. Taková myšlenka je dle Komise neakceptovatelná z perspektivy institucionální struktury EU a je odrazem neporozumění soudního systému EU, který se striktně vymezuje proti „outsourcingu“ řešení sporů týkajících se práva EU ve prospěch jiných rozhodovacích orgánů.

Konkurující soudní a rozhodčí mechanismy. Podle Komise by rozšíření možnosti zahájit arbitráž na všechny investory nezbytně vedlo k podpoře konkurujících rozhodovacích mechanismů a jevům jako je *forum shopping*, a dále by zvyšovalo riziko fragmentace mezinárodního práva. Tyto mechanismy navíc představují odraz nedůvěry v soudy členských států, která nemá v rozšířené EU, založené na principu vzájemné důvěry mezi členskými státy a na rozvoji příznivého investičního prostředí, místo.

Ukončení DPOI je žádoucí, nedošlo k němu ovšem automaticky na základě článku 59 VÚ. Zatímco je Komise přesvědčena, že členské státy by měly platnost DPOI ukončit, k jejímu ukončení nedošlo implicitně podle článku 59 VÚ. To ovšem nemění nic na tom, že právo EU má přednost, a že soukromé subjekty se nemohou dovolávat inkompatibilních ustanovení uvedené dohody.

Některá ustanovení DPOI jsou nepoužitelná na základě článku 30(3) VÚ. I když DPOI nebyla dle Komise zrušena jako celek, její ustanovení, která jsou v rozporu s právem EU, nelze použít. Tribunál je povinen přihlížet k právu EU na základě článku 8(6) DPOI.¹⁴⁵ Tribunál nemůže

¹⁴⁴ Case C-459/03, *Commission v. Ireland* [2006] ECR I-4635.

¹⁴⁵ Článek 8(6) DPOI mezi ČSFR a Nizozemskem zní:

použit neslučitelná ustanovení DPOI jak z pohledu vnitřního pravidla práva EU pro řešení rozporů (kterým je zásada nadřazenosti), tak i z pohledu mezinárodního práva. Obě podmínky článku 30(3) VÚ – totiž aby se smlouvy týkaly téhož předmětu a zároveň aby byly neslučitelné, jsou zde podle Komise splněny.

Pokud jde o otázku stejného předmětu, Komise kritizovala přístup tribunálu ve věci *Eastern Sugar* a poukázala na výklad ILC, podle kterého postačuje, aby se po sobě následující smlouvy vyznačovaly podobným či srovnatelným stupněm obecnosti, přičemž jejich paralelní aplikace může vést ke vzájemně neslučitelným výsledkům. Jak DPOI, tak SES, se nepochybně vyznačují podobným účelem. Při srovnání různých ustanovení obou smluv týkajících se před-investiční i post-investiční fáze je podle Komise nutno dospět k závěru, že obě smlouvy se týkají téhož předmětu ve smyslu článku 30 VÚ.

I když podle Komise v tomto případě nelze mluvit o neslučitelnosti ve smyslu článku 59(1)(b) VÚ, podle ní jsou s právem EU neslučitelná některá ustanovení DPOI ve smyslu článku 30(3) VÚ. Mezi ustanoveními, která vyvolávají zásadní otázky ohledně jejich kompatibility s právem EU, dle Komise vyčnívají ustanovení umožňující investiční arbitráž mezi investorem a státem (článek 8 DPOI) a mezi smluvními státy (článek 10 DPOI). Tato ustanovení jsou dle Komise v rozporu s pravidly práva EU zakládajícími výlučnou pravomoc soudů EU pro rozhodování sporů zahrnujících otázky práva EU, která se týká i takových sporů, které se dotýkají práva EU pouze částečně. Komise proto vyjádřila svou výhradu (*reservation*) k pravomoci tribunálu projednat předložený spor.

Přerušení řízení do doby, než vydá rozhodnutí SDEU. Komise vyjádřila obavu z toho, že pokud bude tribunál pokračovat v řízení, dospěje k jiným závěrům, než k jakým dospěje Komise, nebo eventuálně SDEU v probíhajícím řízení o porušení práva EU iniciovaném investorem. Představa dvou konfliktních rozhodnutí týkajících se práva EU je dle Komise krajně nežádoucí. Navíc dle Komise existuje riziko, že tribunál vydá nález, který nebude v souladu s právem EU. Takový nález dle Komise nemůže být v členských státech vykonán. Komise proto navrhla, aby tribunál přerušil řízení z následujících důvodů: (i) právo EU tvoří součást použitelného práva podle článku 8(6) DPOI, přičemž žalobce sám se na právo EU odvolává; (ii) právo EU jakožto součást použitelného práva obsahuje zásadu, podle níž jsou k řešení sporů mezi osobami podřízenými právu EU zahrnující otázky práva EU výlučně příslušné soudy EU; (iii) Komise již proti Slovensku zahájila na základě podnětu žalobce řízení o porušení práva EU; a (iv) tribunál by měl zohlednit i „vzájemný respekt a uznání“ (*mutual respect and comity*), které představují součásti obecných zásad právních použitelných na základě článku 8(6) DPOI.

(iv.) *Analýza tribunálu*

Tribunál nejdříve zdůraznil povahu své jurisdikce. Ta podle něj vyplývá ze souhlasu (*consent*) stran, který byl založen ve dvou fázích. První fáze má původ v DPOI mezi Nizozemskem a Slovenskem, která v článku 8(6) ve smyslu mezinárodního práva obsahuje nabídku, kterou může investor přijmout. V této první fázi se jedná o souhlas Slovenska a Nizozemska, který musí být vykládán v souladu s mezinárodním právem, zvláště s Vídeňskou úmluvou. Druhou fází představuje přijetí této nabídky investorem v podobě zahájení arbitrážního řízení. Pokud

Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona [v anglické verzi on the basis of law] a přihlédně zejména, nikoliv však výlučně:

- k platnému právu smluvní strany, o kterou se jedná;
- k ustanovením této Dohody a jiných příslušných dohod uzavřených mezi smluvními stranami;
- k ustanovením zvláštních dohod, které se týkají investic;
- k obecným zásadám mezinárodního práva.

jsou i ostatní podmínky stanovené DPOI pro zahájení řízení splněny, tribunál má *prima facie* jurisdikci k rozhodnutí sporu. Na tuto druhou fázi souhlasu se vztahuje jak mezinárodní právo, tak i německé právo jakožto *lex loci arbitri* pro rozhodčí řízení podle pravidel UNCITRAL s místem konání na území Německa. Tribunál svou pravomoc nemůže odvozovat z práva EU jako takového; jeho jurisdikce je založena na souhlasu stran sporu v souladu s DPOI a s německým právem. Zatímco mezi členskými státy (včetně Nizozemska a Slovenska) operuje právo EU jako součást mezinárodního práva, mezi stranami sporu (žalobcem a Slovenskem) operuje právo EU jako součást německého práva jakožto *lex loci arbitri*. Souhlas stran a z něj odvozená jurisdikce může být omezena DPOI samotnou, ale též mezinárodním právem a německým právem, které inkorporují ustanovení práva EU. Tribunál tedy připustil, že souhlas stran může být podmíněn pravidly, která se nacházejí mimo text samotné DPOI.

Tribunál dále zdůraznil, že správným východiskovým rámcem pro analýzu jurisdikčních námitek Slovenska musí být v první řadě právní rámec toho instrumentu, z něhož tribunál odvozuje *prima facie* svojí jurisdikci. Perspektiva tribunálu se musí (na rozdíl třeba od perspektivy SDEU) odvíjet od instrumentu a od právního řádu, v němž má svůj původ souhlas stran (v jeho první fázi). Tímto rámcem je mezinárodní právo, které zahrnuje použitelná pravidla práva EU. Ať už mohou být důsledky aplikace práva EU jakékoli, tyto důsledky musí tribunál aplikovat v rámci pravidel mezinárodního práva, a ne v rozporu s nimi.

a. Zánik DPOI podle článku 59 VÚ

Tribunál odmítl argumentaci Slovenska, že DPOI byla ukončena podle článku 59 VÚ. K tomuto závěru dospěl ze tří hlavních důvodů: (i) pro zánik DPOI nebyly splněny procedurální podmínky podle článku 65 VÚ; (ii) DPOI a právo EU se netýkají téhož předmětu ve smyslu článku 59 VÚ; a (iii) procesní úroveň ochrany podle DPOI a podle práva EU nelze považovat za rovnocennou.

K zániku DPOI nedošlo, neboť nebyly splněny procedurální podmínky podle článku 65 VÚ. Podle tribunálu Vídeňská úmluva neumožňuje automatický zánik mezinárodních smluv *ex lege* (s výjimkou rozporu s kogentními pravidly mezinárodního práva). Neplatnost či zánik smlouvy musí být uplatněny v rámci procedury předepsané článkem 65 VÚ, který předpokládá oznámení takového požadavku ostatním stranám smlouvy. Článek 65(5) VÚ sice umožňuje, aby takové oznámení bylo zasláno jako odpověď druhé straně, která požaduje plnění smlouvy nebo se dovolává jejího porušení. V tomto případě se ovšem porušení DPOI podle tribunálu nedovolává druhá smluvní strana (Nizozemsko). Otázkou, zda by postačovalo, aby Slovensko svoje oznámení učinilo v odpovědi na žádost o zahájení arbitráže ze strany investora, se dle tribunálu není třeba zabývat, neboť v každém případě nejsou splněny ani ostatní podmínky článku 59 VÚ.

DPOI a právo EU se netýkají téhož předmětu. Tribunál uvedl, že je nutno odlišovat pojetí „stejného předmětu“ podle článku 30 VÚ a podle článku 59 VÚ, neboť pojetí vzájemných přesahů mezinárodních smluv je v těchto ustanoveních zjevně rozdílné. Článek 59 VÚ se týká ukončení celé smlouvy. Článek 30 VÚ se naproti tomu týká vztahu priority mezi jednotlivými ustanoveními dřívější a pozdější smlouvy týkající se téhož předmětu. Rozsah překrývání se musí být podle článku 59 VÚ zjevně širší než podle článku 30 VÚ. Z pohledu článku 30 VÚ je rozhodující, zda jsou dvě smlouvy vzájemně slučitelné. Z pohledu článku 59 VÚ je rozhodující, zda jsou navzájem natolik neslučitelné, že tyto dvě smlouvy není možné provádět současně. Zatímco článek 30 VÚ může být uplatněn i při sebemenším rozporu, článek 59 VÚ vyžaduje širší neslučitelnost mezinárodních smluv.

Podle tribunálu není nezbytné, aby byl rozsah úpravy obou smluv ve všech ohledech stejný, ale musí zde existovat více než jen drobné a nahodilé překrývání se jejich předmětu. V každém případě je dále nezbytné, aby byla splněna jedna z dalších podmínek, a to buď (a) aby z pozdější smlouvy vyplývalo nebo bylo jinak potvrzeno, že úmyslem stran bylo upravit daný předmět pozdější smlouvou, nebo (b) aby byla ustanovení smluv týkajících se téhož předmětu natolik neslučitelná, že současné provádění obou smluv je vyloučeno. Podle tribunálu ovšem ani jedna z uvedených podmínek v daném případě splněna není.

Nahrazení DPOI právem EU nebylo úmyslem smluvních stran. DPOI poskytuje investorům širší práva, která ovšem nejsou s právem EU neslučitelná. Pokud jde o úmysl stran, bylo sice jasně potvrzeno, že úmyslem Slovenska a Nizozemska bylo, aby se jejich vztahy řídily právem EU, podle tribunálu neexistuje ovšem žádný důkaz o tom, že by bylo zároveň jejich úmyslem, aby ustanovení práva EU vedly k zániku celé DPOI. Nic v textu příslušných smluv o EU takovému závěru nenasvědčuje a takový úmysl nebyl potvrzen ani na základě jiných důkazů. Tribunál dále uvedl, že DPOI zakládá rozsáhlá práva a povinnosti, která nejsou v právu EU ani duplikována, ani s ním nejsou v rozporu. Ochrana poskytovaná investorům podle DPOI je, alespoň potenciálně, širší, než ochrana poskytovaná právem EU (nebo právem kteréhokoli členského státu). I to podle tribunálu svědčí o tom, že úmysl stran k úplnému nahrazení DPOI právem EU dovozovat nelze. Tribunál tento závěr dále rozvinul analýzou standardů ochrany investic podle DPOI.

Pokud jde o vztah mezi ustanoveními DPOI a práva EU, která zaručují volné převody plateb, situaci je zde nutno odlišovat od případů inkompatibility extra-unijních DPOI řešených v judikatuře SDEU, které se týkaly vztahů k třetím státům. Tribunál sice uznal, že úprava práva EU a intra-unijních DPOI se v tomto ohledu může poněkud duplikovat – to ovšem nemůže být rozhodující pro posouzení jeho jurisdikce, neboť jiná ustanovení DPOI v právu EU duplikována nejsou.

Tribunál dále odmítl, že by standard řádného a spravedlivého zacházení byl plně pokryt zákazem diskriminace. Slovensko podle něj netvrdilo, že by v právu EU existovala nějaká jiná zásada, která by výslovně zakazovala zacházení, které není řádné a spravedlivé. Tribunál neshledal, že by taková zásada, nezávislá na konceptech nediskriminace, proporcionality, legitimních očekávání a práva na spravedlivý proces, v právu EU existovala. Jak uvedl, zacházení může být nespravedlivé, i když je uplatňováno vůči všem stejně, bez ohledu na jejich státní příslušnost či jiné rozlišující vlastnosti. Nelze proto dovozovat, že by úprava práva EU byla v tomto ohledu natolik úplná a jednoznačná, aby prokazovala implicitní úmysl stran nahradit standard řádného a spravedlivého zacházení, který je ústředním prvkem DPOI, užšími a volněji definovanými právy přiznanými právem EU. U standardu řádného a spravedlivého zacházení proto podle tribunálu není splněna ani jedna z podmínek článku 59(1)(a) a (b) VÚ.

Již samotné zjištění ohledně standardu řádného a spravedlivého zacházení by podle tribunálu stačilo k tomu, aby odmítl tvrzení Slovenska, že jakékoli případné nároky investora podle DPOI jsou plně pokryty právem EU. Nicméně ke stejným závěrům lze dle tribunálu dospět i u dalších materiálních standardů podle DPOI. Standard plné ochrany a bezpečnosti není dle tribunálu plně pokryt právy vyplývajícími ze svobody usazování, neboť tento standard investici chrání po celou dobu její existence a bez ohledu na to, zda bylo namítané zacházení diskriminační nebo ne. Různá práva vyplývající ze svobody usazování dle tribunálu nepokrývají veškeré případy, na něž se může vztahovat plná ochrana a bezpečnost podle DPOI. Totéž platí o ochraně proti vyvlastnění, která není v žádném případě pokryta svobodou usazování, ale ani článkem

17 Listiny základních práv EU. Koncept vyvlastnění podle DPOI je širší, neboť se vztahuje i na různé formy nepřímého vyvlastnění, a širší je i předmětem jeho ochrany, kterým jsou „aktiva“ (*assets*) a „investice“, ve srovnání s úžeji pojímaným „majetkem“ ve smyslu Listiny.

Vzhledem k tomu, že právo EU nezakládá tak široká oprávnění investorů jako DPOI, nelze ani říct, že by z textu Zakládajících smluv implicitně vyplývalo, že společným úmyslem Slovenska a Nizozemska bylo nahradit DPOI úpravou těchto smluv. Rovněž podle tribunálu nelze říct, že by ustanovení DPOI byla s právem EU neslučitelná. Právo na řádné a spravedlivé zacházení, plnou ochranu a bezpečnost a ochrana proti vyvlastnění přesahují rámec ochrany práva EU – podle tribunálu přitom není žádný důvod k tomu, aby se tato práva nemohla uplatnit vedle ochrany poskytované právem EU.

Tribunál dále poukázal na to, že možnost investora zahájit proti hostitelskému státu arbitráž podle pravidel UNCITRAL nelze srovnávat s právem uplatňovat své nároky před soudem hostitelského státu. Tribunál dále uvedl, že *locus standi* investora podle DPOI, s její širokou definicí „nepřímých“ investic může jen těžko najít odpovídající protipól v procesních úpravách členských států.

Možná diskriminace jiných investorů nemá vliv na jurisdikci tribunálu. Tribunál uznal, že práva investorů, na něž se vztahuje ochrana podle DPOI, mohou být v konečném důsledku širší než práva investorů z jiných členských států, což může vést k porušení zákazu diskriminace podle práva EU. To ovšem podle tribunálu není důvodem pro zrušení širších práv žalobce podle DPOI. Tím méně to může být důvodem k tomu, aby byl souhlas stran s řešením sporu formou arbitráže považován za neplatný či jinak neúčinný. Navíc podle tribunálu neexistuje žádný důvod, právní ani praktický, aby investorům z jiných členských států nebyla přiznána srovnatelná práva, jaká poskytuje stát některým zahraničním investorům podle DPOI. Tribunál uvedl, že jistě není jeho úkolem, aby investorovi odepřel práva, která mu poskytuje platná mezinárodní smlouva, a aby chránil stát jako stranu sporu před možností, že se jednoho dne rozhodne provádět tuto smlouvu způsobem, který může porušovat jeho povinnosti z jiné mezinárodní smlouvy.

c. Nepoužitelnost DPOI podle článku 30 VÚ

Tribunál rovněž odmítl argument Slovenska, že některá ustanovení DPOI jsou z důvodu své neslučitelnosti s právem EU nepoužitelná na základě článku 30 VÚ. Uvedl, že o neslučitelnosti smluv nelze hovořit v situaci, kdy Slovensko může splnit své povinnosti podle DPOI, aniž by současně porušilo právo EU. Na tento závěr nemá podle tribunálu žádný vliv ani zásada nadřazenosti, ani zásada přímého účinku práva EU. Navíc je podle tribunálu obtížné pochopit, jak by mohl článek 30 VÚ zbavit tribunál jurisdikce založené na souhlasu stran, odvozeném z článku 8 DPOI, a to i v případě, kdyby mezi právem EU a DPOI skutečně nastal nějaký rozpor. Takový rozpor by totiž byl otázkou účinků práva EU jakožto práva použitelného na investiční spor a posouzení této otázky by bylo věcí meritorního rozhodování, nikoli jurisdikce.

Jedinou výjimku by představoval případ, kdy by byl v rozporu s právem EU samotný článek 8 DPOI, který zakládá možnost arbitráže mezi investorem a státem. Podle tribunálu ovšem v právu EU neexistuje žádné pravidlo, které by zakazovalo arbitráž mezi investorem a státem. Naopak, „transnacionální arbitráž“ je podle tribunálu zcela běžná napříč Uníí, a to včetně arbitráží mezi investory a státy, přičemž i SDEU se několikrát vyjádřil k tomu, jak má být v arbitráži zacházeno s právem EU (například z hlediska veřejného pořádku). Podle tribunálu nelze tvrdit, že všechna rozhodčí řízení zahrnující jakoukoli otázku práva EU jsou vedena

v rozporu s právem EU. Pokud jde o rozsudek SDEU ve věci *MOX Plant*, ať už mohou být jeho důsledky pro článek 10 DPOI, zakládající mechanismus řešení sporů mezi smluvními státy, jakékoli, toto rozhodnutí se netýká sporů podle článku 8 DPOI, který neupravuje mechanismus řešení sporů mezi smluvními státy, ale sporů mezi investorem a státem. Nelze se domnívat, že jakýkoli spor mezi členským státem a jednotlivcem musí skončit u SDEU, nebo že by měl SDEU jurisdikci k rozhodování všech takových případů. Argument o tom, že článek 8 DPOI je v rozporu s právem EU, je proto dle tribunálu neudržitelný.

d. Nepoužitelnost DPOI podle práva EU

Tribunál dále adresoval argument, podle kterého měl postrádat jurisdikci, neboť z pohledu práva EU má právo EU přímý účinek a přednost jak před vnitrostátním právem, tak před mezinárodními smlouvami, a protože pouze SDEU může interpretovat právo EU. Rovněž tento argument tribunál odmítl.

Právo EU může mít podle tribunálu na řešený případ vliv jako součást použitelného práva podle článku 8(6) DPOI, nebo jako součást německého práva jakožto *lex loci arbitri*. To je podle tribunálu ovšem otázka pro meritorní fázi sporu, nikoli pro rozhodnutí o jurisdikci. Jediným důvodem (nad rámec argumentů týkajících se článků 30 a 59 VÚ), který by jej teoreticky mohl zbavit jurisdikce na základě statusu práva EU, by mohlo být, pokud by tribunál na jedné straně musel vzít v úvahu a aplikovat právo EU, ale zároveň by mu v tom zcela bránil souhlas stran sporu vyplývající z článku 8 DPOI nebo z německého práva. I kdyby ovšem bylo možné předpokládat, že tribunál bude muset v meritorní fázi adresovat některé otázky práva EU, takový závěr je podle něj neudržitelný. Není pravdou, že by tribunál nesměl vzít v úvahu a aplikovat právo EU – právě naopak, tribunál má povinnost jej aplikovat v rozsahu, v jakém představuje součást použitelného práva, ať už na základě článku 8(6) DPOI, na základě německého práva, nebo z jiného důvodu.

Argument, že SDEU má „interpretační monopol“, a že tribunál kvůli tomu není oprávněn vzít v úvahu a aplikovat právo EU, je nesprávný. SDEU podle tribunálu nemá žádný takový monopol. Soudy a tribunály napříč EU interpretují a aplikují právo EU na denní bázi. SDEU má pouze monopol na konečnou a závaznou interpretaci práva EU. Tribunál navíc poukázal na skutečnost, že ani soudy členských států rozhodující v posledních instancích nejsou vždy povinny dotazovat se SDEU na interpretaci práva EU, a to na základě doktríny *acte clair*. Skutečnost, že před tribunálem může ve fázi meritorního rozhodování vyvstat potřeba vzít v úvahu a aplikovat ustanovení práva EU, jej nezabavuje jurisdikce.

e. Vztah tribunálu k orgánům EU

Tribunál konečně zaujal stanovisko ke svému vztahu k orgánům EU a k žádosti o přerušení řízení. Zde se podrobněji vyjádřil i k otázce role práva EU při meritorním rozhodování sporu. Podle něj přichází v úvahu (aniž by předvídal další vývoj řízení), že právo EU může být na základě článku 8(6) DPOI relevantní jako součást použitelného práva, a to včetně jeho doktrín jako jsou zásady nadřazenosti, přednosti či přímého účinku. Otázka obsahu práva EU a jeho role v předmětném sporu má ovšem podle tribunálu být adresována až ve fázi meritorního rozhodování. Na druhé straně tribunál připomněl, že jeho jurisdikce je dána především k rozhodnutí o tvrzených porušeních DPOI. Tribunál nemá jurisdikci rozhodnout o tvrzených porušeních práva EU. Konkrétní vliv tohoto jasného ohraničení jeho jurisdikce na předmětný spor se ovšem stane zřejmým až v rámci meritorního rozhodování. Přitom však není pochyb, že jeho jurisdikce je tomto případu dána, a že tribunál jí může a má vykonat.

Tribunál dále zvážil, zda by bylo vhodné toto řízení přerušit do doby, než Komise a/nebo SDEU dospějí k rozhodnutí v řízení o porušení práva EU. V této souvislosti usoudil, že předmět obou řízení není spolu natolik provázaný, aby bylo arbitrážní řízení nutné přerušit již v tuto chvíli. Pokud se ovšem v pozdější fázi stane zjevným, že uvedená řízení spolu natolik souvisí, to mohlo vést k procedurálním defektům či k neefektivnosti, tribunál otázku možného přerušení řízení přehodnotí.

(v.) *Další průběh sporu*

Konečný náleze ve věci byl vydán dne 7. prosince 2012.¹⁴⁶ V něm tribunál posoudil některé další jurisdikční námitky Slovenska a meritorní stránku sporu, přičemž rozhodl, že opatření Slovenska spočívající v zákazu tvorby zisku zdravotními pojišťovnami a v zákazu převodů pojistného portfolia představovala porušení článku 3 (řádné a spravedlivé zacházení) a článku 4 (volné převody plateb) slovensko-nizozemské DPOI a přiznal investorovi odškodnění ve výši přesahující 22 milionů EUR a náhradu nákladů řízení. Slovensko ovšem přiznanou částku odmítlo uznat, když náleze slovy předsedy vlády R. Fica označilo za „nepravomocné rozhodnutí“.¹⁴⁷ Jak mezitímní, tak konečný náleze, napadlo před německými soudy, přičemž příslušná řízení o zrušení nálezů doposud nebyla ukončena. Podle dostupných informací společnost Achmea podala návrh na výkon nálezů v Lucembursku, přičemž lucemburský soud v květnu 2013 zablokoval na účtech Slovenska v lucemburských bankách částku 30 milionů EUR.¹⁴⁸ Další informace o průběhu řízení o výkonu nálezů nebyly zveřejněny.

5.3.3 *Použitelnost ECT mezi členskými státy a role práva EU (Electrabel proti Mad'arsku)*

(i.) *Úvod*

V předchozích dvou nálezích byl vztah práva EU a intra-unijních DPOI řešen spíše v abstraktní rovině, aniž by za daných skutkových okolností hrozil reálný konflikt mezi závazky členského státu podle práva EU a ochranou práv investorů podle DPOI. Po vstupu nových členských států ze střední a východní Evropy do EU v letech 2004 a 2007 se ovšem objevily případy, v nichž byl potenciální střet těchto dvou systémů mnohem hmatatelnější. Typicky se jednalo o případy, kdy příslušný členský stát poskytl ještě před svým vstupem do EU zahraničnímu investorovi v podobě investičních pobídek určité výhody, které se ovšem po vstupu tohoto státu do EU (eventuálně v souvislosti s přípravou na jeho vstup) staly problematickými z pohledu unijních pravidel upravujících ochranu hospodářské soutěže a poskytování státních podpor, či s pravidly některých sektorových politik Unie (například v oblasti energetiky). Nový členský stát tak čelil potenciálně konfliktním závazkům, kdy na jedné straně stál individuální investor chráněný standardy ochrany investic podle příslušné DPOI, a na druhé straně stály požadavky práva EU, zakazující nedovolené státní podpory či vyžadující liberalizaci v určitých odvětvích. Tento scénář představoval základ skutkového stavu v několika případech, které projednávaly buďto arbitrážní tribunály, nebo SDEU.

Jeden z těchto případů byl posuzován SDEU ve věci *Komise proti Slovensku*, kdy splnění povinnosti Slovenska k liberalizaci provozu elektrizační přenosové soustavy vyplývající

¹⁴⁶ *Achmea (formerly known as "Eureko") v. Slovakia*, Final Award, 7 December 2012.

¹⁴⁷ *Fico neuznal prehru v arbitráži, milióny platiť nechce*. SME, 9. prosince 2012 [online], dostupné z: <http://ekonomika.sme.sk/c/6632481/fico-neuznal-prehru-v-arbitrazi-miliony-platit-nechce.html>

¹⁴⁸ *Pre zisk Unionu zablokovali štátne účty*. SME 23. května 2013 [online], dostupné z: <http://ekonomika.sme.sk/c/6810358/pre-zisk-unionu-zablokovali-statne-ucty.html>

z unijní legislativy mohlo potenciálně vyústit v porušení práv investora podle slovensko-švýcarské DPOI. V tomto případě dal SDEU přednost závazkům Slovenska z příslušné mezinárodní smlouvy, neboť se na ni jakožto na smlouvu mezi členským státem a třetí zemí vztahovala ochrana podle článku 351 SFEU (viz blíže rozbor tohoto rozhodnutí v části 4.3.3). Další podobné případy byly řešeny v intra-unijním kontextu arbitrážními tribunály ustanovenými podle Úmluvy ICSID. Do této kategorie spadá arbitráž ve věci *Micula proti Rumunsku* podle rumunsko-švédské DPOI a dva spory vedené investory z členských států (Spojené království, resp. Belgie) proti Maďarsku podle Dohody k Energetické chartě: *AES Summit proti Maďarsku* a *Electrabel proti Maďarsku*.

Skutkový základ dvou posledně jmenovaných případů byl velmi podobný, přičemž jeho původ sahá do privatizace maďarských elektráren v 90. letech 20. století. Aby byly tyto investice pro zahraniční investory atraktivní, byl budoucí výkup elektřiny vyrobené v elektrárnách, do nichž vstoupil zahraniční investor, garantován dlouhodobými smlouvami uzavřenými mezi privatizovanými společnostmi a státem ovládanou distribuční společností. Tyto smlouvy obsahovaly vzorec, podle kterého byly určovány výkupní ceny. Poté, co Maďarsko vstoupilo do EU, se tato ujednání stala problematickými z hlediska pravidel EU pro poskytování státních podpor a Komise v této věci zahájila vyšetřování. Paralelně s tím probíhaly v Maďarsku na politické úrovni diskuse o tom, že zisky výrobců elektřiny garantované dlouhodobými cenovými ujednáními jsou příliš vysoké a vedou k vysokým cenám elektřiny pro spotřebitele. Výsledkem těchto procesů byly administrativní změny, na základě kterých došlo v rozporu s dlouhodobými kontrakty uzavřenými s příslušnými výrobci k výrazným úpravám výkupních cen elektřiny. Zahraniční investoři, kteří kromě pořizovací ceny investovali do renovace elektráren značné prostředky, zahájili proti Maďarsku investiční arbitráže podle Úmluvy ICSID, v nichž namítali porušení svých práv podle Dohody k Energetické chartě.

Tyto arbitráže vyvolaly zásadní otázky ohledně vztahu ECT a práva EU, který je ještě komplikovanější, než je tomu u dvoustranných intra-unijních DPOI. Vyvolané otázky byly navíc ještě citlivější, než tomu bylo ve výše rozebíraných arbitrážích, neboť jednání Maďarska napadené zahraničními investory bylo *prima facie* alespoň zčásti motivováno, pokud ne přímo vynuceno, povinnostmi Maďarska vyplývajícími z pravidel práva EU týkajících se státních podpor. Maďarsko tak potenciálně čelilo konfliktním závazkům podle práva EU a podle ECT. Klíčovou se v těchto sporech stala otázka, do jaké míry je arbitrážní tribunál při posuzování jednání členského státu podle ECT povinen přihlížet k závazkům žalovaného státu vyplývajícím z práva EU. Řešené otázky vztahu mezi právem EU a DPOI se zde oproti předchozím arbitrážím koncentrovaly do roviny použitelného práva. Rozhodnutí ve věci *Electrabel proti Maďarsku* ohromuje šíří a podrobností své analýzy a jeho rozboru bude dále věnován podstatný prostor. Nejdříve je ale vhodné ve stručnosti zmínit, jak se s nastolenými otázkami vypořádal tribunál ve věci *AES Summit proti Maďarsku*.

V případě *AES Summit proti Maďarsku*¹⁴⁹ spočíval skutkový základ tvrzeného nároku žalobce, britské společnosti, v tom, že Maďarsko na základě dvou vyhlášek Ministerstva hospodářství a dopravy z přelomu let 2006 a 2007 administrativním způsobem stanovilo výkupní cenu elektřiny, která byla podstatně nižší, než cena dojednaná mezi dceřinou společností investora a státem kontrolovanou distribuční společností v dlouhodobé smlouvě z roku 2001, která měla platit až do roku 2016. K administrativní úpravě výkupních cen došlo v době, kdy Komise vedla vyšetřování ohledně nedovolených státních podpor ze strany Maďarska poskytovaných výrobcům elektřiny, spočívajících právě v cenových ujednáních majících původ

¹⁴⁹ *AES Summit v. Hungary*, Awerd, 23 September 2010.

v privatizačním procesu. Maďarsko nenamítalo, že by tribunál neměl jurisdikci k rozhodnutí sporu. V rovině práva použitelného na meritum sporu ovšem argumentovalo, že ECT musí být interpretována harmonicky s pravidly práva EU upravujícími ochranu hospodářské soutěže. Mezi těmito dvěma systémy pravidel nebyl dle Maďarska žádný skutečný rozpor – žalobci nemohlo svědčit legitimní očekávání, že Maďarsko bude ignorovat požadavky práva EU na minimalizaci nebo odstranění zakázaných státních podpor. Maďarsko se, alespoň dle shrnutí jeho postoje v arbitrážním nálezu, s žalobcem shodlo na tom, že použitelné právo v daném sporu představovala ECT, a že právo EU mělo být zohledněno jako fakt. V tomto směru ovšem argumentovalo, že při interpretaci ECT musí být uplatněn historický výklad, který s ohledem na její vývoj bude brát zřetel na zásady práva EU.

Tribunál vycházel především z ustanovení článku 26(6) ECT, podle kterého představovala pramen práva použitelného v předmětném sporu ECT společně se zásadami mezinárodního práva. K interpretaci ECT poznamenal, že i když článek 32 VÚ umožňuje uplatnění historického výkladu, jedná se pouze o doplňkovou metodu interpretace. Tribunál dále uvedl, že unijní režim ochrany hospodářské soutěže má dvojí povahu: na jedné straně se jedná o mezinárodněprávní režim, na druhé straně je součástí vnitrostátních právních řádů, přičemž v mezinárodní arbitráži je vnitrostátní právo považováno za fakt. Z těchto dvou rovin tribunál bez bližšího vysvětlení upřednostnil tu druhou, když uvedl, že unijní pravidla ochrany hospodářské soutěže bude považovat za fakt, vždy majíc na zřeteli, že stát nemůže omluvit namítané porušení svých mezinárodních závazků tím, že se bude dovolávat svého vnitrostátního práva. Tribunál se dále krátce vyjádřil k použitelnosti článku 16 ECT, které upravuje vztah ECT k jiným mezinárodním smlouvám. Toto ustanovení by dle tribunálu muselo být analyzováno pouze tehdy, pokud by ECT obsahovala ustanovení, která by byla v rozporu s právem EU. Posuzovaný spor se dle tribunálu ovšem netýkal rozporu mezi právem EU a ECT, ale souladu či nesouladu jednání Maďarska s ECT, které musí být posouzeno ve světle ECT. Otázka, zda Maďarsko bylo, mohlo být, či zda se mohlo cítit ke svému jednání zavázáno právem EU, je pouze jedním z prvků, které má tribunál vzít v úvahu při posuzování racionality, přiměřenosti, svévolnosti a transparentnosti napadaných opatření Maďarska. Tribunál tedy svou analýzu otázky použitelného práva shrnul tak, že jednání Maďarska bude posouzeno podle ECT, která představuje použitelné právo, přičemž k právu EU bude přihlížet jako k relevantnímu faktu. V rámci meritorního posouzení nároku žalobce pak konstatoval, že dokud Komise nevydala rozhodnutí ve věci nedovolených státních podpor, Maďarsko nemělo právní povinnost jednat v souladu s tím, o čemž si myslelo, že by mohlo být výsledkem rozhodnutí Komise, a již s předstihem začít omezovat potenciální nedovolené státní podpory. Tribunál navíc shledal, že zavedení administrativního určování cen elektřiny ze strany Maďarska nebylo motivováno tlakem Komise, ale spíše vnitropolitickými důvody.¹⁵⁰ Lze doplnit, že ačkoli tribunál v zásadě nevyhověl námitkám Maďarska založeným na vztahu ECT a práva EU, nároky žalobce v plném rozsahu odmítl z jiných důvodů.¹⁵¹

Ačkoli v případě *AES Summit proti Maďarsku* žalobce nedosáhl ani částečného úspěchu, způsob, jakým tribunál přistupoval k právu EU, vyvolal obavy, že jiné skutkové okolnosti mohou pokojně vést k odpovědnosti členských států za porušení práv investorů podle ECT i

¹⁵⁰ V tomto směru se názor většiny představované dvěma rozhodci odlišoval od názoru rozhodkyně B. Stern, podle níž motivy Maďarska k přijetí cenové regulace nelze oddělovat od negativního postoje Komise ke smlouvám o nákupu elektřiny. Podle ní bylo jasně prokázáno, že rozhodnutí ke znovuzavedení cenové regulace bylo racionální reakcí na komplexní soubor legitimních politických obav. Stojí za pozornost, že prof. Stern byla členem tribunálu i ve sporu *Electrabel proti Maďarsku*, analyzovaném dále.

¹⁵¹ Tribunál především konstatoval, že regulace nadměrných zisků, která v tomto případě představovala hlavní motivaci Maďarska, představovala zcela legitimní a racionální politický cíl, opatření přijatá Maďarskem nelze považovat za svévolná či nepřiměřená.

tehdy, kdy jednání členského státu bude důsledkem implementace jeho závazků vyplývajících z práva EU.¹⁵² Tato obava může být umocněna i faktem, že ve sporech ve věci *AES Summit proti Maďarsku* a *Electrabel proti Maďarsku*, které se oba primárně týkaly smluvních závazků hostitelského státu vůči zahraničnímu investorovi, tribunály nemohly aplikovat tzv. *umbrella clause* obsaženou v poslední větě článku 10(1) ECT,¹⁵³ neboť Maďarsko (jako jediný členský stát EU) k uplatňování tohoto ustanovení v investičních arbitrážích učinilo při svém podpisu ECT výhradu.¹⁵⁴ V obou sporech poskytla v řízení své stanovisko i Komise. Tribunál ve věci *AES Summit proti Maďarsku* sice stanovisko Komise v nálezu zmínil, ale jeho obsah blíže nespécifikoval, ani jej jinak nezpřístupnil, a v textu nálezu s obsahem tohoto stanoviska dále nepracoval.

Zcela odlišný přístup zvolil tribunál ve věci *Electrabel proti Maďarsku*,¹⁵⁵ který stanovisko Komise v nálezu podrobně sumarizoval, přičemž argumenty a námitkami Komise se v rámci svého zdůvodnění obsáhle zabýval, a ve výsledku přisoudil právu EU v investiční arbitráži mnohem velkorysejší roli, než tribunál ve věci *AES Summit proti Maďarsku*. Skutkové okolnosti byly v tomto případě velmi podobné, s drobným, ovšem poměrně podstatným rozdílem. Komise již v tomto případě skutečně vydala rozhodnutí, ve kterém konstatovala, že ujednání o výkupu elektřiny ve smlouvách s některými výrobci (včetně dceřině společnosti žalobce) představovala nedovolenou státní podporu, a uložila Maďarsku, aby poskytování této podpory ukončilo.¹⁵⁶ V návaznosti na toto rozhodnutí Maďarsko přijalo zákon, kterým umožnilo předčasné ukončení příslušných smluv s výrobcí elektřiny. Právě předčasné ukončení smlouvy o nákupu elektřiny s dceřinou společností žalobce na základě uvedeného zákona představovalo ve sporu *Electrabel proti Maďarsku* (vedle administrativní cenové regulace) jedno z namítaných porušení práv žalobce podle ECT ze strany Maďarska (v nálezu je tento nárok uplatněný žalobcem označován jako *PPA Termination Claim*). Možný konflikt mezi povinnostmi Maďarska podle ECT a podle práva EU tak byl v tomto případě mnohem zřetelnější. Tribunál v tomto případě přistoupil k mnohem podrobnější a vyváženější analýze vztahu ECT a práva EU. Základní strategie, která mu umožnila překlenout zdánlivý rozpor, byla ovšem podobná, jakou zvolil tribunál ve věci *AES Summit* – tribunál striktně oddělil otázku požadavků práva EU na poskytování státních podpor, které byly v tomto případě materializovány v rozhodnutí Komise, od způsobu implementace tohoto rozhodnutí ze strany Maďarska, který nezávisle na rozhodnutí Komise podléhal přezkumu s ohledem na soulad se standardy ochrany zahraničních investic podle ECT.

(ii.) *Použitelné právo*

Vztah práva EU a ECT je v nálezu ve věci *Electrabel proti Maďarsku* je rozebírán především z hlediska použitelného práva. Otázce role práva EU v předmětném sporu věnoval tribunál enormní prostor (celkem 64 stran). V rámci této části se tribunál zabýval i otázkou možného rozporu rozhodčí doložky obsažené v článku 26 ECT s právem EU, čímž se analýza části IV nálezu do značné míry překrývá s navazující částí V, v níž se tribunál zabýval existencí vlastní jurisdikce.

¹⁵² Srov. *Kleinheisterkamp J. Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty*. *Journal of International Economic Law*. 2012, 15(1), s. 92.

¹⁵³ Poslední věta článku 10(1) ECT zní následovně: *Každá smluvní strana bude dodržovat všechny závazky, které přijala ve vztahu k investorovi nebo investici investora kterékoli jiné smluvní strany.*

¹⁵⁴ Srov. Příloha IA Dohody k Energetické chartě.

¹⁵⁵ *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012.

¹⁵⁶ Rozhodnutí 2009/609/ES ze dne 4. června 2008.

Dříve, než přistoupil k rozboru argumentů stran sporu a Komise, cítil tribunál potřebu jasně odlišit projednávaný případ od dalších sporů vedených podle dvoustranných intra-unijních DPOI (včetně arbitráží *Eastern Sugar proti České republice* a *Eureko proti Slovensku*) a uvedl tři hlavní důvody, proč se podle něj aktuální kontroverze ohledně intra-unijních DPOI předmětného sporu příliš netýkají. Za prvé, žalobce své nároky neopíral o jakoukoli jinou mezinárodní smlouvu než ECT (společně s Úmluvou ICSID) a žalobce své nároky neopíral ani o maďarské právo ani o právo EU. Za druhé, žalobce v arbitráži nenapadal rozhodnutí Komise vydaná podle práva EU, kterými byla jeho práva založená na předvstupových investičních pobídkách ze strany Maďarska označena za nedovolenou státní podporu. A za třetí, Evropská unie je smluvní stranou ECT.

Zejména druhý a třetí z výše uvedených důvodů se v kontextu řešeného sporu jeví jako klíčové. Tribunál na různých místech nálezu opakovaně zdůraznil, že žalobce ve sporu nenapadá rozhodnutí Komise ve věci nedovolené státní podpory, ale způsob, jakým bylo toto rozhodnutí provedeno ze strany Maďarska. Tribunál tyto dvě otázky striktně oddělil jak v rámci úvah o použitelném právu, tak v rámci svého posouzení věci samé. U rozhodnutí Komise (z důvodů dále uvedených) presumoval jeho soulad s ECT a zabýval se pouze následným jednáním ze strany Maďarska. Tribunál tak učinil vše proto, aby zamezil možnosti přímé konfrontace mezi jakýmkoli prameny práva EU a standardy ochrany investic podle ECT.

V obecné rovině ovšem největší odlišnost oproti výše uvedeným případům spočívá v tom, že na rozdíl od dvoustranných intra-unijních DPOI je stranou ECT vedle členských států i Evropská unie. Tribunál připomněl, že na základě článku 216(2) SFEU je ECT z pohledu práva EU závazná pro orgány Unie i pro členské státy, což ve svém podání výslovně uznala i Komise.

Tribunál tak předběžně konstatoval, že možné zdroje použitelného práva v předmětném sporu zahrnují mezinárodní právo, maďarské právo a právo EU. Právo EU přitom může působit na třech možných úrovních: jako mezinárodní právo, jako zvláštní právní řád odlišný jak od vnitrostátního práva členských států, tak od mezinárodního práva, a konečně jako součást maďarského práva.

a. Stanovisko Maďarska

Maďarsko, na rozdíl od Komise, nezpochybňovalo pravomoc tribunálu k projednání a k rozhodnutí sporu. Jak vyplývá ze shrnutí jeho procesních stanovisek v odůvodnění nálezu, Maďarsko v první řadě argumentovalo, že právo EU představuje součást práva použitelného pro řešení sporu, a přímo ovlivňuje způsob, jakým mají být standardy ochrany investic podle ECT interpretovány a aplikovány. Za prvé, právo EU je svou povahou mezinárodní právo, jeho pravidla tedy představují součást aplikovatelných zásad a ustanovení mezinárodního práva ve smyslu článku 26(6) ECT. Za druhé, právo EU je relevantní rovněž jako fakt. Tribunál musí při svém rozhodování přihlížet k právu EU při zjišťování existence a rozsahu majetkových práv žalobce (neboť právo EU je součástí maďarského práva), dále musí vzít požadavky práva EU v úvahu při posuzování, zda na straně žalobce mohla existovat legitimní očekávání, a zda lze napadené jednání Maďarska považovat za racionální. Za třetí, ustanovení ECT dle Maďarska nemohou absolutně převážit nad pravidly práva EU. Článek 16 ECT je v tomto směru irelevantní, neboť toto ustanovení se vztahuje pouze na smlouvy, které se týkají stejného předmětu, a též proto, že SES, jakožto pozdější smlouva uzavřená mezi týmiž stranami, obsahuje vlastní pravidlo pro řešení rozporů (zásadu nadřazenosti práva EU), které převáží nad pravidlem stanoveným v ECT jakožto smlouvě dřívější.

Argumentace Maďarska byla postavena především na tvrzení, že mezi ECT a právem EU neexistuje žádný rozpor, neboť tyto dva systémy mohou být interpretovány harmonicky. Konkrétně standardy ochrany podle ECT mohou a mají být interpretovány v souladu s právem EU a s jeho pravidly upravujícími hospodářskou soutěž a poskytování státních podpor. Maďarsko přitom poukazovalo na klíčovou roli Společenství při přípravě textu ECT a na to, že jedním z deklarovaných cílů ECT je i podpora hospodářské soutěže v oblasti energetiky. Maďarsko vyslovilo názor, že pravidla Vídeňské úmluvy vyžadují harmonickou interpretaci mezinárodních smluv, přičemž poukazovalo především na článek 32 VÚ, který výslovně umožňuje použití doplňkových prostředků výkladu. Podle Maďarska by bylo zjevně absurdní a nepřiměřené, pokud by ECT měla být vykládána způsobem, který by od členského státu vyžadoval jednání porušující jeho závazky podle SES, zejména ty zaměřené na podporu hospodářské soutěže, která je rovněž jedním ze základních cílů ECT.

Vedle toho, že je právo EU součástí mezinárodního práva, je relevantní též jako fakt, což má dle Maďarska dalekosáhlé důsledky pro posouzení jeho jednání. Rozhodnutí Komise ve věci porušení pravidel pro poskytování státních podpor je velmi důležité pro jakékoli posuzování jednání Maďarska ve světle standardů ECT, například co se týče racionality, možné libovůle a dobré víry na straně Maďarska, existence důležitého veřejného zájmu, či zbytkové hodnoty žalobcovy investice.

b. Stanovisko Komise

Komise se ve svém stanovisku vyjádřila k pravidlům práva EU pro státní podpory, přičemž konstatovala, že předmětná rozhodnutí Komise ve věci nedovolených státních podpor byla pro Maďarsko závazná. Dále se Komise vyjádřila k jurisdikci tribunálu a poskytla svůj pohled na ECT, přičemž uvedla, že toto stanovisko poskytuje jako „zástupce Evropského společenství jakožto smluvní strany ECT“.

Komise uvedla, že Společenství bylo rozhodující hybnou silou stojící za přijetím Energetické charty v roce 1991 a hrálo klíčovou roli při následném sjednávání ECT, podepsané v roce 1994, k níž se Společenství připojilo v roce 1997, a která je dle článku 216(2) SFEU závazná pro orgány Unie a pro členské státy. Komise výslovně uvedla, že žádné opatření přijaté orgány EU nesmí být v rozporu s mezinárodními závazky Unie. Komise dále poukázala na významné právní a institucionální propojení mezi ECT a právem EU a na to, že na základě článku 1(3) ECT je Unie smluvní stranou, která je oprávněna přijímat rozhodnutí závazná pro některé jiné smluvní strany, a to i ve věcech, na něž se vztahuje ECT.¹⁵⁷

Podle Komise tribunál ustanovený podle Úmluvy ICSID neměl jurisdikci k posuzování nároků žalobce vyplývajících z ukončení smlouvy o nákupu elektřiny (*PPA Termination Claim*). Jak Komise uvedla, článek 26(6) ECT vyžaduje aplikaci práva EU, neboť právo EU je součástí mezinárodního práva. Komise se pokusila o konstruování paralely mezi ochranou investorů podle ECT a systémem ochrany lidských práv podle EÚLP, když poukázala na to, že podle judikatury ESLP poskytuje právo EU rovnocennou ochranu lidských práv, co se týče hmotněprávních záruk i mechanismu kontroly jejich dodržování, v důsledku čehož považuje ESLP opatření orgánů Unie, která jsou v souladu s právem EU, zároveň za slučitelná s EÚLP. Podle Komise by měl stejným způsobem postupovat i arbitrážní tribunál: opatření členského

¹⁵⁷ Plné znění článku 1(3) ECT je následující:

"Organizaci pro regionální hospodářskou integraci" se rozumí organizace založená státy, na kterou tyto státy přenesly pravomoci v určitých věcech, z nichž některé jsou upraveny touto smlouvou, včetně pravomoci přijímat rozhodnutí, která jsou pro ně ve vztahu k těmto věcem závazná.

státu, jímž tento stát zabezpečuje dodržení svých povinností, které pro něj vyplývají z pravidel EU pro státní podpory, nemůže být považováno za porušení ECT, pokud lze ochranu práv investorů podle práva EU považovat za rovnocennou s ochranou vyplývající s příslušných standardů zacházení podle ECT. Komise ve svém stanovisku obšírným způsobem zdůvodňovala, proč je nutno hmotněprávní a procesní ochranu práv investorů podle práva EU považovat za rovnocennou. Vzhledem k tomu, že ustanovení článků 10 ECT (stanovující standardy zacházení) a 13 ECT (pravidla pro vyvlastnění) jsou pravidly EU o státních podporách plně respektována a doplněna efektivním mechanismem soudního přezkumu, platí podle Komise presumpce, že provádění pravidel EU o státních podporách nemůže být v rozporu s ECT.

Pro případ, že by se tribunál neztotožnil s výše uvedenou interpretací článku 26 ECT, Komise argumentovala, že tribunál musí interpretovat ECT a právo EU ve vzájemné harmonii, přičemž taková harmonická interpretace byla v předmětném případě možná. Komise svůj argument opřela o článek 31(1) VÚ, který vyžaduje, aby tribunál při interpretaci ECT vzal v úvahu celkový kontext, který zahrnuje významná propojení a specifickou úlohu, kterou Společenství sehrálo při sjednávání ECT, a dále o článek 31(1)(c) VÚ, který vyžaduje, aby byl při interpretaci smlouvy brán zřetel na každé příslušné pravidlo mezinárodního práva použitelné ve vztazích mezi stranami.

Pokud by mezi ECT a právem EU nastal jakýkoli rozpor, musí mít dle Komise přednost právo EU. Článek 16 ECT lze aplikovat pouze v rozsahu, v jakém je slučitelný s přístupovou smlouvou, na základě které Maďarsko vstoupilo do EU (a tím pádem s právem EU), na základě jejíhož článku 2 se podle Komise všechny členské státy, včetně Belgie a Maďarska, dohodly na tom, že rozpory mezi ECT a právem EU v jejich vzájemných vztazích nebudou řešeny podle pravidla obsaženého v článku 16 ECT, ale na základě zásady nadřazenosti práva EU. Komise dále upozornila, že jakékoli rozhodnutí, kterým by tribunál žalobci přiznal náhradu za zrušení nedovolené státní podpory, by bylo v důsledku nadřazenosti práva EU nevykonatelné.

c. Analýza tribunálu

Tribunál vzal argumenty Maďarska a Komise týkající se role práva EU a jeho vztahu k ECT vážně a této otázce věnoval mimořádně obsáhlou a podrobnou analýzu. V ní se pokusil o integrující přístup, který poměrně ostře kontrastuje s předchozím nálezem ve věci *AES Summit*, týkajícím se skutkově i právně velmi podobné situace, v němž bylo ovšem právo EU degradováno do role pouhého faktu. Je zejména nutno ocenit, že v nálezu ve věci *Electrabel* se tribunál nevyhýbal ani těm nejsložitějším a nejkontroverznějším právním otázkám, přičemž jeho zjevnou snahou bylo najít vyvážené, a i z pohledu práva EU udržitelné, řešení.

Arbitráž podle Úmluvy ICSID se řídí mezinárodním právem. Podle článku 26 ECT a článku 42 Úmluvy ICSID je tribunál povinen aplikovat ECT a „použitelná pravidla a principy mezinárodního práva“. Tribunál proto rozhoduje v kontextu mezinárodního práva a nikoli v kontextu vnitrostátním či regionálním. To je umocněno delokalizovanou povahou arbitráže podle Úmluvy ICSID, pro kterou neexistuje *lex loci arbitri*, a která se řídí výlučně mezinárodním právem. V rámci této arbitráže proto nelze brát zřetel na argumenty Komise, které jsou založené na hierarchii pravidel z pohledu právního řádu EU, jak je tento aplikován v rámci EU. Na druhé straně tribunál ovšem vzal v úvahu, že v sázce jsou dvě významné a potenciálně protichůdné hodnoty: na jedné straně stojí materiální a procesní ochrana práv zahraničního investora, na druhé straně stojí ekonomická integrace členských států v rámci Unie, která je založena na principu právního státu (*rule of law*). Bylo proto úkolem tribunálu,

aby se přičinil o nalezení správné právní rovnováhy mezi těmito hodnotami. Součástí tohoto procesu je identifikace použitelných pravidel a principů mezinárodního práva, a zejména vyřešení otázky, zda a do jaké míry tvoří součást těchto pravidel a principů právo EU, a to jak v rovině jurisdikční, tak v rovině meritorního rozhodování. Tribunál uvedl, že musí brát v úvahu velmi reálné praktické důsledky jakéhokoli rozhodnutí vydaného v řízení podle ECT, které by od Maďarska vyžadovalo jednání odporující právu EU.

Právo EU jako celek má povahu mezinárodního práva. Tribunál poukázal na to, že právo EU představuje právní řád *sui generis*, který vykazuje rozdílnou povahu v závislosti na tom, z jakého pohledu je analyzován. Ačkoli právo EU nepochybně představuje součást maďarského práva, tribunál odmítl, že by tím byla jeho role v investiční arbitráži vyčerpána. Právo EU je nutno vnímat především jako součást mezinárodního práva, neboť je založeno na mezinárodních smlouvách, které nepochybně představují instrumenty mezinárodního práva. Mezinárodněprávní charakter je navíc nutno přiznat všem pravidlům práva EU, bez rozlišení na Zakládající smlouvy a na prameny z nich odvozené. Podle tribunálu by bylo umělé označit například článek 107 SFEU (zakazující státní podpory) za pravidlo mezinárodního práva a přitom nepřiznat stejný status nezbytné implementaci tohoto pravidla ze strany Komise jakožto orgánu, který není orgánem členského státu, a který byl zřízen toutéž mezinárodní smlouvou. Skutečnost, že právo EU je zároveň uplatňováno v rámci vnitrostátních právních řádů, jej nezbavuje jeho mezinárodněprávního charakteru, a je přitom nerozhodné, zda je jeho účinek ve vnitrostátním právním řádu přímý nebo nepřímý. Dle tribunálu neexistuje žádný zásadní rozdíl mezi povahou mezinárodního práva a práva EU, který by odůvodňoval jeho odlišné uplatňování v investiční arbitráži. Tribunál dále uvedl, že v rozsahu, ve kterém by právo EU nebylo aplikováno jako mezinárodní právo, bylo by aplikováno jako součást právního řádu hostitelského státu, tedy jako fakt.

ECT má být vykládána, pokud možno, v souladu s právem EU. Tribunál dále analyzoval vztah mezi ECT a právem EU a jeho zvláštnosti. Zde v první řadě odmítl, že by v mezinárodním právu existovala obecná zásada, podle níž by různé mezinárodní smlouvy měly být interpretovány ve vzájemné harmonii. To podle tribunálu může představovat žádoucí výsledek, nikoli ovšem prostředek k jeho dosažení. Tribunál nicméně uznal, že u ECT je situace poněkud specifická. Vzhledem ke své historii a textu by ECT měla být, pokud možno, vykládána v souladu s právem EU, a to ze tří důležitých právních důvodů.

Za prvé, souladná interpretace je odůvodněna historickou genezí ECT. Tribunál poukázal na to, že EU měla na stvoření ECT rozhodující podíl. ECT byla do značné míry produktem vnější ekonomické a energetické politiky EU. Nedávalo by smysl, aby Evropská unie prosazovala vznik ECT a přistoupila k ní, pokud by to znamenalo, že na sebe bere závazky inkompatibilní s právem EU. Historická geneze ECT dle tribunálu vytváří presumpci, že mezi ECT a právem EU neexistuje rozpor. Takový výklad lze založit na článku 32 VÚ. Nic na tom nemění ani fakt, že Maďarsko vstoupilo do EU až v roce 2004, tedy až poté, co přistoupilo k ECT. ECT byla uzavřena v době, kdy mezi tehdejšími členskými státy EU (včetně Belgie) již dávno platila SES. Vzhledem k tomu je třeba presumovat, že pokud opačný závěr jasně nevyplývá z jazykového výkladu ani pro něj nesvědčí jiné závažné důkazy, uzavření ECT bylo v souladu s právem EU.

Za druhé, tribunál poukázal na to, že ECT a SFEU sdílejí společný obecný cíl, kterým je zamezení jednání narušujícímu hospodářskou soutěž, jehož naplnění sledují i pravidla SFEU upravující státní podpory. U ECT tento cíl jednoznačně vyplývá z jejího článku 6.¹⁵⁸ Na straně

¹⁵⁸ Tribunál citoval první dva odstavce článku 6 ECT:

(1) Každá smluvní strana usiluje o odstranění narušení trhu a překážek hospodářské soutěže v hospodářské činnosti

zahraničních investorů v členských státech EU mohlo jen stěží vzniknout jakékoli legitimní očekávání, že ECT bude v každém případě chránit jejich investice před účinky pravidel práva EU dopadajících na nesoutěžní chování.

Za třetí, z ECT lze dovodit implicitní uznání skutečnosti, že rozhodnutí Komise jsou právně závazná pro všechny členské státy, které jsou stranami ECT, což vyplývá především z jejího článku 1(3).¹⁵⁹ Na straně investorů nemohlo vzniknout legitimní očekávání, pokud jde o důsledky implementace rozhodnutí Komise členskými státy. Možný zásah do investic v důsledku implementace závazných rozhodnutí Komise dle tribunálu byl a zůstává inherentní právnímu rámci ECT.

Výklad rozhodčí doložky obsažené v článku 26 ECT není potřebné uvedeným způsobem harmonizovat, neboť mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem není v rozporu s právem EU. Velký prostor věnoval tribunál analýze možného rozporu rozhodčí doložky obsažené v článku 26 ECT s namítanou výlučnou jurisdikcí SDEU v otázkách interpretace práva EU, přičemž byl v tomto směru ochoten zabývat se do hloubky i perspektivou práva EU. Dospěl ovšem k závěru, že mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem podle ECT není s právem EU v rozporu. Jak uvedl, obavy Komise směřovaly k ochraně monopolu SDEU k interpretaci práva EU, který představuje strážce unijního právního řádu. Podle tohoto pohledu musí být finální rozhodování o obsahu a významu práva EU svěřeno specializovanému unijnímu soudu, přičemž existence arbitrážních tribunálů může ohrozit jednotnou aplikaci jeho pravidel. Tento monopol SDEU má vyplývat z článku 344 SFEU, který soudnímu dvoru svěřuje výlučnou jurisdikci ve sporech mezi členskými státy ve věcech aplikace práva EU. Tribunál ovšem měl za obecně známé, a ze strany SDEU uznané, že tato výlučná jurisdikce nebrání početným jiným soudům a rozhodčím tribunálům, aby aplikovaly právo EU, a to jak v rámci Evropské unie, tak mimo ní. Toto tvrzení podepřel následujícími argumenty.

Za prvé, pokud se jedná o soudy členských států, ty disponují v rámci rozhodování, zda položit SDEU předběžnou otázku, určitou mírou diskrece. Týká se to dokonce i soudů poslední instance, které se mohou opřít o doktrínu *acte clair*. Jinými slovy, v rámci Evropské unie neexistuje systém automatické reference či převzetí věci ze strany SDEU jakmile se ve sporu řešeném před soudem členského státu objeví nějaká otázka práva EU, což zároveň ponechává prostor pro rozdílnou aplikaci a interpretaci jeho pravidel. Za druhé, pokud se otázka práva EU objeví před soudem třetího státu, nemá tento soud vůbec možnost položit SDEU předběžnou otázku. Zde tedy rovněž nastává pravděpodobnost, že bude právo EU interpretováno a aplikováno různě. Za třetí, jak bylo rozhodnuto v případě *MOX Plant*,¹⁶⁰ článek 267 SFEU brání arbitrážím mezi členskými státy. Podle tribunálu lze ovšem pochybovat o tom, zda by toto rozhodnutí SDEU bránilo například Mezinárodnímu soudnímu dvoru, aby rozhodl o otázce týkající se práva EU, pokud by před ním byla vznesena v rámci sporu, jehož by se účastnily dva nebo více členských států. Tribunál nadto připomněl, že účastníky zde projednávaného sporu nejsou dva členské státy. Za čtvrté, v Zakládajících smlouvách není žádné jiné ustanovení obdobné článku 344 SFEU, které by se týkalo rozhodčího řízení mezi soukromými osobami, které jsou státními příslušníky členských států, nebo diagonálního mechanismu řešení sporů, jako je arbitráž mezi investorem a státem založená na Úmluvě ICSID či na jiných

v odvětví energetiky.

(2) Každá smluvní strana zajistí, aby v rámci své pravomoci měla a uplatňovala právní předpisy nezbytné a vhodné k reakci na jednostranné jednání a jednání ve vzájemné shodě narušující hospodářskou soutěž v hospodářské činnosti v odvětví energetiky.

¹⁵⁹ Viz pozn. 157.

¹⁶⁰ Case C-459/03, *Commission v. Ireland* [2006] ECR I-4635.

mezinárodněprávních instrumentech. Na taková řízení se podle tribunálu článek 344 SFEU nevztahuje.

Pokud jde o rozhodčí řízení mezi soukromými osobami, taková řízení jsou v rámci Evropské unie běžná a neporušují interpretační monopol SDEU, jak názorně ilustruje rozsudek SDEU ve věci *Eco Swiss*.¹⁶¹ Tribunál sice vzal na vědomí, že jedním z důvodů, proč SDEU v uvedeném případě neshledal rozhodčí řízení inkompatibilním s právem EU, bylo, že rozhodčí nález podléhal přezkumu nizozemských soudů, které mohly samy požádat SDEU o interpretaci dle článku 234 SFEU. Tribunál též poukázal na judikaturu SDEU, podle které rozhodčí soudy nejsou oprávněny samy klást předběžné otázky SDEU. Tato judikatura se netýká jen rozhodčích soudů se sídlem v rámci EU, ale musí se nutně vztahovat i na ty se sídlem mimo EU. To je případ i předmětného řízení vedeného podle Úmluvy ICSID, která byla inkorporována do právního řádu Maďarska a téměř všech ostatních členských států. Tato arbitráž podle tribunálu nepodléhá článku 344 SFEU a nemůže být v rozporu s právem EU. V právu EU neexistuje žádné pravidlo, výslovné ani implicitní, podle kterého by taková mezinárodní arbitráž byla v rozporu s právem EU.

Podle tribunálu byl uvedený závěr potvrzen rozhodnutím SDEU v *Posudku 1/09*,¹⁶² podle kterého se na patentový soud zřízený posuzovanou mezinárodní úmluvou článek 344 SFEU nevztahoval, neboť jak shledal SDEU, toto ustanovení dopadá jen na spory mezi členskými státy, nikoli na spory mezi jednotlivci, jejichž řešením byl pověřen patentový soud. Tribunálu neuniklo, že v *Posudku 1/09* bylo vytvoření patentového soudu i přesto shledáno jako inkompatibilní s právem EU, neboť porušovalo monopol SDEU k vydávání rozhodnutí o zásadních otázkách práva EU. Tribunál byl ovšem toho názoru, že v předmětné arbitráži nebylo potřebné zabývat se uvedeným rozhodnutím blíže, neboť je podle něj zřejmé, že rozhodnutí SDEU ohledně patentového soudu se nevztahovalo na řešení sporů v rámci soukromé či diagonální arbitráže.¹⁶³

Tribunál dále poukázal na skutečnost, že sama Komise tím, že jménem Evropské unie podepsala ECT, akceptovala možnost vedení mezinárodních arbitráží bez jakéhokoli rozlišení či výhrady, což jen přisvědčuje jeho závěrům. Obavy Komise mohou pramenit ze zdánlivé nemožnosti kontroly arbitrážních nálezů z pohledu určení použitelného práva a jurisdikce. Podle tribunálu ovšem tyto obavy postrádají právní základ, neboť zde zůstává možnost zajistit jednotnou aplikaci práva EU v následných řízeních proti členskému státu, a to bez ohledu na jakoukoli arbitráž podle Úmluvy ICSID. Touto možností je podle něj řízení o porušení povinnosti členského státu podle článku 260 SFEU, jenž Komisi umožňuje žalovat členský stát, který výkonem vadného arbitrážního nálezu bude jednat v rozporu s právem EU. Dle tribunálu tak i v případech, kdy jsou v investiční arbitráži řešeny otázky práva EU, a arbitrážní nález je členským státem dobrovolně proveden či je proti němu nuceně vykonán, zůstává SDEU zachovány možnosti, jak plnit svou roli konečného strážce práva EU, a to jak ve vztahu k investičním arbitrážím podle Úmluvy ICSID, tak ve vztahu k arbitrážím založeným na jiných instrumentech.¹⁶⁴ Tribunál ovšem opětovně zdůraznil především skutečnost, že Evropská unie podpisem ECT souhlasila s tím, že sama může být na straně žalované v investiční arbitráži, a

¹⁶¹ Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

¹⁶² Opinion 1/09 [2011] ECR I-1137.

¹⁶³ Je nutno upozornit, že jakkoli se tribunál snažil o vyčerpávající a přesvědčivou analýzu, z pohledu práva EU představuje toto „odbytí“ *Posudku 1/09* jako irelevantního pro jakékoli rozhodčí řízení zřejmě nejslabší článek jeho nálezu.

¹⁶⁴ Tato konstrukce tribunálu představuje jednu z mála částí jeho analýzy, kterou lze považovat za opravdu nepřesvědčivou.

nemůže tím pádem řádně argumentovat, že investiční arbitráž není přístupná pro investory uplatňující nároky proti členským státům. Dále poukázal na to, že právo EU bylo interpretováno a aplikováno několika jinými tribunály, aniž by to na straně Evropské unie způsobilo nepřekonatelné problémy.¹⁶⁵

Tribunál tedy uzavřel, že nenalezl žádné pravidlo či zásadu práva EU, které by mu bránilo plnit svou funkci v arbitrážním řízení podle článku 26 ECT. Podle tribunálu neexistuje žádný rozpor mezi ECT a právem EU pokud jde o zásady mezinárodního práva platné pro rozhodčí smlouvu mezi stranami podle ECT a Úmluvy ISCID, nebo pro věc samou.

Odpovědnost EU nepřichází v úvahu vzhledem k povaze nároku uplatněného investorem. Tribunál zopakoval, že mezi ECT a právem EU neexistuje materiální rozpor a pokud by takový rozpor existoval, ECT by měla být vykládána v harmonii s právem EU. ECT uznává pravomoc EU jako regionální integrační organizace přijímat rozhodnutí závazná pro členské státy. Dále připomněl, že žalobce v řízení nenapadá skutečnost, že Maďarsko implementovalo závazné rozhodnutí Komise, ale způsob, jakým jej Maďarsko implementovalo v rámci mezí své diskrece, kterou mu právo EU v tomto ohledu poskytovalo. Podle tribunálu v předmětném řízení jde o jednání Maďarska při implementaci uvedeného rozhodnutí Komise; toto jednání má být posouzeno ve světle ECT. To znamená, že k žádnému praktickému rozporu mezi ECT a právem EU v souvislosti s rozhodnutím Komise v tomto případě dojít nemůže. Rovněž to znamená, že ECT žalobce nechrání před implementací závazného rozhodnutí Komise vydaného podle práva EU jako takovou.

Tato analýza ponechává otevřenou otázku možné odpovědnosti Evropské unie podle ECT za rozhodnutí Komise, která porušují práva investorů podle ECT. Komise ve svém podání argumentovala, že odpovědnost za odepření nedovolené státní podpory leží na Unii a žalobce v souvislosti s nároky vyplývajícími z ukončení smlouvy o nákupu elektřiny (*PPA Termination Claim*) žaloval nesprávný subjekt (Maďarsko místo Unie). Tribunál poznamenal, že analýza Komise by sice byla správná, ovšem pouze v případě, že by se spor týkal odpovědnosti Evropské unie podle ECT za rozhodnutí Komise. To ovšem tribunálu zjevně neodpovídá tomu, o co v řešeném případě jde: EU není v řízení žalovanou stranou; žalobce nevznáší žádné stížnosti proti EU ani proti Komisi; nenapadá platnost rozhodnutí Komise a nevznáší nároky podle práva EU. Žalovaný uplatňuje pouze nároky související s určitými opatřeními Maďarska, z nichž některé jsou důsledkem rozhodnutí Komise, zatímco jiné nijak nesouvisí ani s rozhodnutím Komise, ani s právem EU.

V případě rozporů mezi ECT a právem EU má přednost právo EU. Článek 16 ECT ani článek 351 SFEU nejsou na vztah mezi ECT a právem EU použitelné. Tribunál opětovně konstatoval, že dva posuzované právní řády nejsou ve faktickém rozporu ani si jinak neodporují. Ze „zdvořilosti“ (*as a courtesy*) k propracované a obsáhlé argumentaci předložené stranami i Komisí ovšem posoudil, zda pro případ, že by aplikace těchto dvou systémů pravidel vedla k odlišným výsledkům, existuje pravidlo, které by mezi těmito prameny použitelného práva stanovilo nějakou hierarchii.

Tribunál nejdříve poukázal na různá pravidla, která mají umožnit řešení rozporů mezi různými pravidly týkajícími se stejného předmětu, jako jsou zásady *lex posterior* nebo *lex specialis*. Vzhledem k obtížné aplikaci těchto pravidel ovšem mezinárodní smlouvy často obsahují vlastní pravidla pro řešení případných rozporů s jinými smlouvami. V případě ECT a práva EU jsou

¹⁶⁵ Tribunál citoval arbitrážní nález ve věci *Maffezini proti Španělsku* podle Španělsko-Argentinské DPOI, v němž tribunál za účelem analýzy rozsahu práv investora aplikoval Směrnici č. 85/337/EHS.

taková pravidla obsažena v článku 16 ECT, resp. v článku 351 SFEU. Tribunál dospěl k závěru (opětovně zdůrazňujíc, že investiční arbitráž není inkompatibilní s právem EU), že článek 16 ECT se na vztah mezi ECT a právem EU neuplatní, neboť ECT a právo EU, ačkoli sdílejí mnoho společného, se podle tribunálu netýkají téhož předmětu. Dále se zabýval otázkou, zda se na tento vztah může uplatnit článek 351 SFEU. Po poněkud obsírnější analýze konstatoval, že toto ustanovení chrání pouze práva třetích států a jejich státních příslušníků vyplývající z mezinárodních smluv členských států uzavřených před jejich vstupem do EU, a nemůže být interpretováno tak, že by chránilo práva členských států a jejich státních příslušníků. Z tohoto ustanovení a z jeho výkladu v judikatuře SDEU vyplývá, že existence inkompatibilních práv členských států a jejich státních příslušníků ze smluv uzavřených před vstupem do EU je vyloučena. Pokud by tedy mezi ECT a právem EU přes veškeré úsilí o harmonickou interpretaci existoval rozpor, právo EU by mělo přednost před neslučitelnými hmotněprávními standardy ochrany investic podle ECT a ECT by v případě nároků státního příslušníka členského státu uplatněného proti jinému členskému státu nemohla být aplikována způsobem neslučitelným s právem EU. Ke stejnému výsledku by podle tribunálu bylo nutno dospět na základě článku 30 VÚ. Ať už bude vztah ECT a práva EU analyzován z jakéhokoli pohledu, v případě rozporu by podle tribunálu mělo přednost právo EU. Tento závěr je ovšem podmíněn existencí rozporu, který, jak tribunál opětovně uvedl, v případě projednávaného sporu neexistuje.

(iii.) *Jurisdikce*

Maďarsko ve svých procesních podáních akceptovalo jurisdikci tribunálu k řešení sporu a uvedlo, že se s námitkami Komise ztotožňuje jen v rozsahu, v jakém se týkají merita sporu. Tribunál se i přesto rozhodl jurisdikčními námitkami Komise, jejíž stanovisko otevírá potenciálně dalekosáhlé otázky, zabývat. Jak konstatoval, ve stanovisku Komise se její argumenty týkající se jurisdikce a použitelného práva do značné míry prolínaly. Mnoho odpovědí tak vyplývá již z jeho analýzy tribunálu k otázce použitelného práva.

a. Stanovisko Komise

Komise argumentovala, že tribunál nemá jurisdikci k projednání nároku žalobce v souvislosti s ukončením smlouvy o nákupu elektřiny (*PPA Termination Claim*), k jejímuž ukončení Maďarsko přistoupilo proto, aby splnilo rozhodnutí Komise ve věci nedovolené státní podpory. Komise naopak patrně nevznesla jurisdikční námitky týkající se dalších nároků uplatněných žalobcem, za které podle Komise mělo Maďarsko nést plnou odpovědnost, neboť jeho jednání, na nichž byly založeny tyto ostatní nároky, nebylo ani nařízeno ani předepsáno Komisí nebo pravidly práva EU v oblasti státních podpor.

Pokud jde o *PPA Termination Claim*, Komise uvedla, že v intra-unijním sporu by tribunál neměl mít jurisdikci k projednání nároků uplatněných investorem z členského státu, které se týkají záležitostí spadajících pod pravomoc Unie, a které mohou vést k odpovědnosti Unie podle ECT. V tomto případě se totiž podle Komise nejedná o spor mezi jednou smluvní stranou (Maďarskem) a investorem druhé smluvní strany (kterým byl žalobce z členského státu EU) ve smyslu článku 26(1) ECT. Podle Komise mělo být na základě ECT a obecného mezinárodního práva opatření, které je předmětem sporu, přičítáno Evropské unii, a nikoli Maďarsku. To vyplývá především z rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy. Komise poukázala na specifickou proceduru, která vyplývá z prohlášení Společenství učiněného ve smyslu článku 26(3)(b)(ii) ECT, které investorům umožňuje zjistit, zda uplatněný nárok spadá do pravomoci Unie nebo členského státu, a který z těchto subjektů má vystupovat na straně žalované.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Final Act of the European Energy Charter Conference - Statement submitted by the European Communities to

Pokud by žalobce tuto možnost využil, Komise a Maďarsko by vůči němu společně prohlásily, do čí kompetence příslušný spor spadá, a který subjekt má stát na straně žalované. Tím, že žalobce tuto možnost nevyužil, riskoval, že svůj nárok uplatní proti nesprávnému subjektu a před nesprávným fórem.

Tím, že žalobce uplatnil svůj nárok proti Maďarsku, nejenže zvolil nesprávného žalovaného, ale uplatnil nárok i před nesprávným fórem. Část V. ECT se vztahuje na řešení sporů mezi investorem jedné smluvní strany a jinou smluvní stranou. Z článku 26(1) ECT je zřejmé, že investor jedné smluvní strany nemůže zahájit mezinárodní arbitráž, v níž bude napadat opatření přijatá tou samou smluvní stranou. Tato možnost je přístupná pouze investorům jiných smluvních stran. Podle Komise vzhledem k historii ECT jistě nebylo úmyslem Evropské unie a jejích členských států, aby zpřístupnily investorům z EU alternativní fórum pro přezkum opatření přičitatelných Unii. Takový výklad by Unii stavěl do značné nevýhody oproti jiným smluvním stranám a vedl by k absurdnímu důsledku: unijní investoři by měli přístup k dalšímu fóru k napadání opatření Unie, zatímco všechny ostatní smluvní strany by investiční arbitráž zpřístupnily pouze zahraničním investorům. Uvedená interpretace článku 26(1) ECT je podle Komise posílena specifickou povahou Evropské unie, která byla výslovně uznána článkem 1(3) ECT. ECT vnímá Unii jako jeden právní prostor, což je potvrzeno též v jejím článku 1(10).¹⁶⁷

Komise dále upozornila, že SFEU zavazuje členské státy, aby neoslabovaly unijní právní řád tím, že budou předkládat spory týkající se práva EU tribunálům stojícím vně institucionálního systému Unie. V EU neexistuje obava ze strukturální podjatosti unijních soudů při přezkumu opatření Unie (Komise přitom naznačila, že investiční arbitráž slouží právě k rozptýlení podezření z podjatosti vnitrostátních soudů při přezkumu opatření téhož státu); právě naopak, v rámci Unie panuje silná důvěra v unijní soudy, což je vyjádřeno v mnoha ustanoveních práva EU, například v článku 344 SFEU. Z uvedených důvodů proto není rozumné předpokládat, že Unie a její členské státy uzavřením ECT poskytly jejich vlastním investorům možnost napadat opatření Unie v mezinárodní arbitráži. Článek 26(1) ECT takovou možnost vyhrazuje pouze investorům z třetích zemí.

Tribunál proto dle Komise neměl jurisdikci k projednání nároků souvisejících s ukončením smlouvy o nákupu elektřiny (*PPA Termination Claim*), neboť tento nárok spadá do pravomoci Unie, přičemž byl ovšem vznesen investorem z EU, kterého nelze kvalifikovat jako zahraničního investora. Správným fórem pro projednání tohoto nároku byly podle Komise soudy Unie.

b. Analýza tribunálu

Ve srovnání s analýzou otázky použitelného práva se tribunál výše uvedenými jurisdikčními námitkami Komise zabýval relativně stručně, přičemž je odmítl ze tří důvodů.

Za prvé, tribunál odkázal na svou analýzu ohledně použitelného práva a zopakoval, že v posuzovaném případě neexistuje žádný relevantní rozpor mezi právem EU, ECT a Úmluvou ICSID, a to ani ve vztahu k meritorní stránce sporu, ani ve vztahu k jurisdikci tribunálu.

the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty. OJ L 380, 31.12.1994, s. 3–23. Uvedené prohlášení je citováno v části 3.5.2 této práce.

¹⁶⁷ Článek 1(10) druhý pododstavec ECT zní následovně: *Z hlediska organizace pro regionální hospodářskou integraci, která je smluvní stranou, se územím rozumí území členských států takové organizace vymezené ustanoveními v aktu o zřízení této organizace.* .

Za druhé, tribunál zdůraznil, že na rozdíl od toho, co Komise prezentovala ve svém stanovisku, se v posuzovaném případě nejednalo o situaci, kdy by unijní investor zahájil před mezinárodním arbitrážním tribunálem spor proti Unii a napadal v něm opatření Unie. Nárok uplatněný žalobcem je omezen na to, zda vlastní jednání Maďarska při ukončení smlouvy o nákupu elektřiny představovalo porušení ECT. Žalobce v daném případě nezpochyboval platnost rozhodnutí Komise ve věci nedovolené státní podpory, ani nenapadal jiný akt Komise či jiného orgánu Unie, ani nesledoval přičítání mezinárodní odpovědnosti za jakýkoli akt Evropské unie Maďarsku. Podle tribunálu nárok, který žalobce uplatnil pouze proti Maďarsku podle ECT, byl uplatněn vůči správnému subjektu, a nemohl být uplatněn proti Evropské unii. Arbitráž podle Úmluvy ICSID není nesprávným fórem pro řešení sporu mezi těmito stranami – jedná se o nárok uplatněný v arbitráži podle Úmluvy ICSID podle článku 26(4)(a)(i) ECT. Podle tribunálu na základě článku 26 ECT tento nárok nemohl být uplatněn proti Evropské unii. Tribunál uvedl, že i tento druhý důvod sám o sobě postačuje k vypořádání jurisdikčních námitek Komise, které se zřejmě zakládají na významném nedorozumění ohledně obsahu nároku uplatněného žalobcem. Dále uvedl, že se nebude v rámci tohoto nálezu zabývat otázkou, jaká by byla situace, kdyby žalobce v arbitráži napadal opatření Unie, např. rozhodnutí Komise ve věci nedovolené státní podpory.

Za třetí, tribunál byl zřízen podle ECT a Úmluvy ICSID. Z pohledu mezinárodního práva byl zřízen na základě souhlasu stran podle článku 26 Úmluvy ICSID. Tribunál připomněl, že účinky uvedeného ustanovení, podle kterého tento souhlas vylučuje jiné prostředky nápravy. Tvrzení Komise, že jediná správná cesta k uplatnění nároku žalobce by vedla pouze přes unijní soudy, ať už se mělo jednat o maďarské soudy nebo o SDEU, nepředstavovalo pro tribunál náležitou odpověď.

Tribunál tedy uzavřel, že měl jurisdikci k rozhodnutí sporu mezi stranami v jeho úplnosti, včetně nároků vyplývajících z ukončení smlouvy o nákupu elektřiny (*PPA Termination Claim*).

(iv.) *Rozhodnutí ve věci samé*

Pro úplnost je vhodné alespoň ve stručnosti uvést, jak tribunál rozhodl o nároku žalobce ve věci samé. Tribunál většinu nároků uplatněných žalobcem zamítl. Ohledně nároku žalobce v souvislosti s ukončením smlouvy o nákupu elektřiny (*PPA Termination Claim*) ovšem ponechal rozhodnutí, zda by jednání Maďarska nemohlo představovat porušení standardu řádného a spravedlivého zacházení podle ECT, otevřeně pro další řízení.

V rámci této části se tribunál nejdříve zabýval otázkou, zda rozhodnutí Komise ve věci nedovolené státní podpory skutečně Maďarsku ukládalo, aby uvedenou smlouvu předčasně ukončilo. Po obsáhlejší analýze, ve které zohlednil nejen výrokovou část rozhodnutí Komise, ale vyložil jej i ve smyslu příslušné judikatury SDEU, dospěl k závěru, že Maďarsko bylo k ukončení této smlouvy podle práva EU skutečně povinno. Jak dále uvedl, primární otázkou ve sporu nebylo, zda rozhodnutí Komise Maďarsku ukládalo ukončit smlouvu o nákupu elektřiny nebo ne, ale zda bylo toto rozhodnutí ze strany Maďarska interpretováno iracionálně nebo svévolně, v rozporu se standardem řádného a spravedlivého zacházení podle ECT. V této souvislosti shledal, že jednání Maďarska, které dospělo ke stejné interpretaci rozhodnutí Komise jako tribunál, nelze považovat za nepřiměřené, a už vůbec ne za iracionální či svévolné.

V souvislosti s uvedeným nárokem žalobce ovšem vyvstala další otázka, a to otázka náhrady tzv. ztracených neboli uvízlých nákladů žalobce (*stranded costs*), které představují, zjednodušeně řečeno, rozdíl mezi vynaloženými investičními náklady a příjmy, které investor (resp. jeho dceřiná společnost) vygeneroval až do ukončení smlouvy o nákupu elektřiny.

Tribunál konstatoval, že z pohledu práva EU nebyla náhrada těchto nákladů ani vyžadována, ovšem za splnění určitých podmínek nebyla ani zakázána. Opatření, které Maďarsko přijalo v návaznosti na rozhodnutí Komise, předpokládalo, že část těchto nákladů měla být investorovi uhrazena formou zápočtu proti povinnosti investora k vrácení nedovolené státní podpory, v době vydání nálezu ovšem nebyly přesné parametry tohoto vyrovnání známy, neboť závisely na konečných propočtech podle stavu k finálnímu ukončení platnosti smlouvy o nákupu elektřiny, ke kterému mělo dojít až k 31. prosinci 2015. Tribunál proto nebyl schopen posoudit, zda toto schéma je či není v souladu se standardem řádného a spravedlivého zacházení, a vyhradil si pravomoc rozhodnout o této otázce v pozdější fázi řízení po uvedeném datu.

5.3.4 Komentář k rozhodnutím tribunálů

Arbitrážní nálezy podrobně rozebrané v této části nejsou jedinými rozhodnutími v intra-unijních investičních sporech. Tyto nálezy ovšem zasluhují velkou pozornost, protože tribunály se v nich zabývaly různými aspekty vztahu intra-unijních DPOI a práva EU nejpodrobněji a právě u těchto nálezů existuje předpoklad, že ovlivní i přístup jiných tribunálů k řešeným otázkám. Při analýze jednotlivých rozhodnutí lze pozorovat určité obecnější tendence. V argumentaci účastníků i tribunálů lze s postupem času vnímat vývoj směrem k mnohem preciznějšímu a přesnějšímu uchopení jednotlivých aspektů složité problematiky vztahu práva EU a intra-unijních DPOI. To je pochopitelné. Počátkem roku 2007, kdy byl vydán náleze ve věci *Eastern Sugar*, mohly znít námitky proti jurisdikci tribunálu založené na působení práva EU pro arbitrážní specialisty vskutku bizarně. V mezidobí se ovšem tato problematika stala předmětem obsáhlých diskusí nejen na politické úrovni, ale i v odborné literatuře, a argumenty jednotlivých myšlenkových proudů byly postupem času precizovány. Oproti pionýrskému rozhodnutí *Eastern Sugar*, v němž se arbitrážní tribunál s takovými námitkami setkal poprvé, což se projevilo i na úrovni odůvodnění nálezu, které se oproti pozdějším nálezům vyznačuje nejen stručností, ale i řadou zřejmých nepřesností, je argumentace tribunálů v nálezích *Eureko* a *Electrabel* mnohem podrobnější a směřuje k podstatě problémů. S tím úzce souvisí i některé další tendence. Tribunály si zjevně začaly uvědomovat důležitost problematiky a skutečnost, že na jejich rozhodnutích a přesvědčivosti jejich zdůvodnění může záviset další osud intra-unijních DPOI. Svědčí o tom enormní prostor, jaký je v nálezích *Eureko* a *Electrabel* věnován námitkám založeným na působení práva EU. Ostatně i tribunály samy poukázaly na mimořádný význam řešených otázek¹⁶⁸ a na to, že při jejich rozhodování byly v sázce potenciálně konfliktní hodnoty, které byly při jejich rozhodování v sázce.¹⁶⁹

V nejobecnější rovině lze ze tří rozebíraných rozhodnutí abstrahovat následující zobecňující závěry, které lze vzhledem k autoritě tribunálu označit za pohled mezinárodního investičního práva na intra-unijní DPOI:

- Vstupem nových členských států do EU nedošlo k automatickému zániku intra-unijních DPOI v důsledku jejich nahrazení přístupovými smlouvami, jimiž nové členské státy přistoupily k Zakládajícím smlouvám a tím pádem převzaly celé unijní *acquis*, ve smyslu článku 59 VÚ. Intra-unijní DPOI tak nadále představují platné a použitelné mezinárodní smlouvy. Argumentaci žalovaných států založenou na článku 59 VÚ tribunály rázně odmítly, přičemž si daly záležet na tom, aby vyvrátily splnění všech podmínek stanovených uvedeným ustanovením pro dřívější zánik mezinárodní smlouvy (samozřejmě vyjma identity smluvních stran).

¹⁶⁸ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, odst. 62.

¹⁶⁹ *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, odst. 4.113.

- Z pohledu arbitrážních tribunálů není jejich jurisdikce k rozhodování intra-unijních investičních sporů ohrožena ani aplikací článku 30 VÚ, který zakládá možnost částečné nepoužitelnosti dřívější mezinárodní smlouvy. Jurisdikce tribunálů by mohla být ohrožena pouze v případě, že by samotná rozhodčí doložka DPOI byla v rozporu s právem EU. Podle tribunálů ovšem mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem podle intra-unijních DPOI v rozporu s právem EU není.
- Otázku role práva EU jako součásti práva použitelného na meritorní stránku intra-unijních investičních sporů zatím nelze považovat za zcela uzavřenou. Různý přístup tribunálů k této otázce do značné míry odráží zatím ne zcela ujasněný přístup k otázce práva použitelného v investiční arbitráži vůbec, ale i skutečnost, že různé DPOI upravují otázku použitelného práva různě. Přestože některé nálezy nepřikládaly právu EU význam nad rámec toho, že se může jednat o relevantní fakt, postupně lze sledovat větší ochotu tribunálů přiznat právu EU v rovině meritorního rozhodování významnější roli. Tribunál ve věci *Eureko* ve svém mezitímním nálezu vyslovil předběžný závěr, že ve fázi meritorního rozhodování může vyvstat potřeba přihlížet i k právu EU, které považoval za relevantní jakožto součást mezinárodního práva a rovněž jako součást práva hostitelského státu. Konečný nálezy v této věci ovšem není průkazný, neboť po věcné stránce v daném případě skutečný konflikt mezi právem EU a právy investora nehrozil. Tribunál ve věci *Electrabel* jednoznačně, a na základě obsáhlé argumentace, přiznal právu EU status použitelného práva především z toho titulu, že se jedná o součást mezinárodního práva. Pozoruhodné je, že tribunál tento status přiznal právu EU jako celku, tedy včetně sekundární legislativy a jiných rozhodnutí orgánů EU (v daném případě individuální rozhodnutí Komise ve věci nedovolené státní podpory). Je nutno zdůraznit, že závěry tribunálu v tomto směru (na rozdíl od některých jiných závěrů uvedeného nálezu) nejsou vázány na specifika ECT, a není důvod, aby se neuplatnily i v investičních sporech podle dvoustranných intra-unijních DPOI. Převládající doktrína i arbitrážní praxe směřuje k tomu, že mezinárodní právo představuje součást práva použitelného v investičním sporu podle DPOI, a to v zásadě bez ohledu na volbu stran. Aplikace práva EU jakožto součásti mezinárodního práva platného mezi smluvními stranami DPOI, které jsou zároveň členskými státy EU, by proto měla v obecné rovině přicházet v úvahu v každém intra-unijním investičním sporu.
- Tribunály se doposud víceméně vyhýbaly odpovědi na otázku, jaké má být řešení situací, kdy mezi pravidly práva EU a příslušnou DPOI nastane skutečný rozpor a některé z konfliktních pravidel bude muset být upřednostněno. Základní strategií tribunálů totiž bylo především kategorické popírání existence jakéhokoli rozporu, což jim umožnilo nerušenou aplikaci ustanovení DPOI (je otázkou, nakolik může být takový přístup uspokojivý z pohledu práva EU). Nicméně je zároveň patrné, že tribunály jsou na případné rozpory ochotny hledět systematicky optikou konfliktu mezinárodních smluv a takové rozpory řešit primárně použitím pravidel Vídeňské úmluvy. V případě dvoustranných DPOI by tento přístup měl vést k upřednostnění pravidel práva EU na základě zásady *lex posterior* podle článku 30 VÚ, eventuálně na základě zásady nadřazenosti práva EU, bude-li tato zásada uznána za pravidlo pro řešení rozporů mezi smlouvami obsažené (byť nepsané) v Zakládajících smlouvách jakožto smlouvách pozdějších. Je poněkud paradoxní, že tento postup výslovně potvrdil (nikoli ovšem za účelem řešení „skutečného“ rozporu, ale jak uvedl tribunál, pouze ze zdvořilosti k obsáhlé argumentaci účastníků) tribunál ve věci *Electrabel*, ve které se spor nezakládal na dvoustranné intra-unijní DPOI, ale na ECT. V případě ECT totiž vstupují do hry další pravidla pro řešení případných rozporů, zejména

článek 41 VÚ, který tribunál zcela opomněl, a článek 16 ECT, který tribunál nepovažoval za relevantní, přičemž jeho zdůvodnění, podle kterého se ECT a právo EU se netýkají téhož předmětu, nelze považovat za zcela přesvědčivé.

- V otázce role práva EU v investiční arbitráži zašel samozřejmě nejdál tribunál ve věci *Electrabel*, který mu v investičních sporech podle ECT dokonce přiznal zcela specifické postavení, které vede až k presumpci souladu opatření orgánů Unie s ECT. Přezkumu tribunálů ve světle ECT ovšem podléhají opatření členských států při implementaci práva EU a rozhodnutí jejich orgánů, pokud ohledně způsobu implementace disponují určitou mírou diskrece. Ve výsledku se tedy jedná o podobný postoj, jaký vůči opatřením Evropské unie zaujal ESLP v rozsudku *Bosphorus*. Tribunál svůj přístup založil na specifikách ECT, především na skutečnosti, že Unie je stranou této dohody, a že při jejím sjednávání sehrála klíčovou roli. Je otázkou, nakolik bude možné tento velkorysý přístup „exportovat“ do investičních sporů podle dvoustranných intra-unijních DPOI, které se takovými specifiky nevyznačují. Lze spíše předpokládat, že tribunály v těchto sporech nebudou ochotny přebírat koncepce *a priori* presumující soulad opatření majících původ v právu EU s intra-unijními DPOI. Je též nutno upozornit, že tribunál ve věci *Electrabel* si takový přístup mohl dovolit proto, že investor napadal pouze jednání Maďarska a soulad samotného rozhodnutí Komise s ECT nerozporoval. To tribunálu umožnilo striktně oddělit mezinárodní odpovědnost Maďarska od případné mezinárodní odpovědnosti Unie. Je přitom nutné upozornit na to, že možnost případné mezinárodní odpovědnosti samotné Unie podle ECT vůči unijním investorům, ponechal tribunál otevřenou. Taková možnost, která by fakticky umožňovala zahájení investiční arbitráže „domácím“ investorem, by se z pohledu mezinárodního investičního práva jevila jako paradoxní, zatímco z pohledu práva EU by byla zcela jistě neakceptovatelná.

Lze konstatovat, že odůvodnění tribunálů (zejména pokud jde o pozdější nálezy ve věcech *Eureko* a *Electrabel*) celkově vyznívají poměrně přesvědčivě. Nicméně vůči některým dílčím závěrům, k nimž tribunály dospěly, lze učinit určité polemické poznámky.

V první řadě je zřejmě nutno souhlasit s tím, že vstupem nových členských států do EU nedošlo k automatickému zániku intra-unijních DPOI podle článku 59 VÚ. To ostatně ve svých stanoviscích opakovaně vyloučila i Komise, jejíž pohled na tyto dohody je jinak velmi kritický. Jak bylo v obecné rovině rozebráno v části 5.2.1, podmínky pro aplikaci článku 59 VÚ jsou přísné a k jejich naplnění dojde jen zřídka. Analýza tribunálů ovšem přesto vyvolává určité rozpaky svým důrazným trváním na tom, že intra-unijní DPOI a právo EU se netýkají téhož předmětu. K tomuto závěru tribunály dospěly na základě toho, že v právu EU nenalezly pravidla ochrany investic přesně odpovídající standardům řádného a spravedlivého zacházení či pravidlům vyvlastnění upravených DPOI, a zejména mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem obdobný investičním arbitrážím, který by byl zcela nezávislý na hostitelském státu. V pojetí tribunálů by aplikace článku 59 VÚ zřejmě přicházela v úvahu pouze tehdy, pokud by pozdější smlouva obsahovala v zásadě totožnou úpravu se smlouvou dřívější, konkrétněji řečeno, pokud by smluvní strany mezi sebou uzavřely jinou dohodu o ochraně investic zahrnující minimálně takové standardy ochrany, jaké obsahovala smlouva předchozí. Lze ovšem vznést námitku, že takový přístup k podmínce, aby po sobě uzavřené smlouvy upravovaly stejný předmět, není správný. Uvedené pojetí „stejněho předmětu“ kritizovala mj. ILC ve své zprávě k fragmentaci mezinárodního práva.¹⁷⁰ Pod „stejným předmětem“ nelze chápat naprosto shodnou právní úpravu, ale spíše skutečnost, že dva soubory

¹⁷⁰ Viz blíže část 5.2.1.

pravidel adresují stejné skutkové situace, přičemž eventuálně (nikoli) nutně mohou tato pravidla směřovat k jinému řešení (tehdy mezi pravidly vzniká rozpor). Je pravdou, že ILC se otázkou stejného předmětu zabývala primárně v souvislosti s článkem 30(3) VÚ, není ovšem patrný důvod k tomu, aby byl shodný termín, který Vídeňská úmluva používá v článku 59, vykládán odlišně. Rozdíl lze považovat spíše za kvantitativní – zatímco podle článku 30 VÚ postačí, aby se stejného předmětu týkala pouze některá konkrétní ustanovení po sobě uzavřených smluv, podle článku 59 VÚ bude muset být tato podmínka splněna ve vztahu k podstatné části dřívější smlouvy.

Podíváme-li se blíže na úpravu DPOI a úpravu investic v právu EU, jako přesvědčivější se jeví závěr, že jakkoli se tyto úpravy v podrobnostech liší, přesto se týkají stejného předmětu ve smyslu Vídeňské úmluvy. Přitom lze odkázat na komparativní analýzu v kapitole II. Pomineme-li některé velmi specifické formy zahrnuté do definice investic podle DPOI, nemůže být pochyb o tom, že právní úprava vnitřního trhu, zejména kapitoly SFEU o právu usazování a volném pohybu kapitálu, se vztahují na zahraniční investice ve smyslu DPOI, zahrnujíc jak přímé, tak portfoliové investice. Je pravdou, že primárním předmětem zájmu úpravy vnitřního trhu je liberalizace a zajištění volného pohybu osob a kapitálu, což v terminologii investičního práva odpovídá spíše tzv. před-investiční fázi, zatímco těžiště DPOI spočívá především v ochraně již zřízených investic. Uplatňování svobody usazování a volného pohybu kapitálu se ovšem v žádném případě neomezuje na takto úzce pojímanou před-investiční fázi, ale ukládá členským státům rozsáhlé povinnosti i ve fázi post-investiční, a to zejména velmi extenzivním pojetím omezení neboli překážek vnitřního trhu, mimořádně přísným testem proporcionality, ale i uplatňováním obecných zásad práva EU. Materiální ochrana investic podle práva EU jistě není zcela rovnocenná se standardy intra-unijních DPOI. To ovšem neznamená, že by se SFEU týkala jiného předmětu. Právo EU rovněž obsahuje vlastní procesní úpravu pro vynucování svých pravidel. Skutečnost, že tato úprava ve značné míře spoléhá na soudy členských států, znamená, že se jedná o úpravu koncepčně odlišnou od DPOI, nikoli že by se DPOI a SFEU týkaly jiného předmětu.¹⁷¹ Lze tedy shrnout, že jak právo EU, tak intra-unijní DPOI upravují obdobný předmět, kterým jsou přeshraniční investiční aktivity, přičemž zužují prostor pro omezení a zásahy do těchto aktivit ze strany států. Úpravu práva EU lze přitom považovat za propracovanější a sofistikovanější, což vyplývá z toho, že sleduje širší integrační cíle.

To, že se intra-unijní DPOI a právo EU týkají téhož předmětu, samozřejmě neznamená, že jsou naplněny další podmínky článku 59 VÚ. Lze souhlasit s tím, že právě tyto další podmínky nebyly v případě intra-unijních DPOI naplněny, a proto nedošlo k jejich nahrazení právem EU. Tribunály správně dospěly k závěru, že úmysl členských států k nahrazení intra-unijních DPOI úpravou práva EU jasně nevyplývá ani z textu dotčených smluv, ani nebyl nad rozumnou pochybnost potvrzen jinak. Právě naopak, je evidentní, že různé členské státy měly, a nadále mají, na tuto otázku zcela odlišný pohled. Rovněž nelze mít za to, že intra-unijní DPOI a SFEU jsou neslučitelné do té míry, že by bylo jejich současné provádění zcela vyloučeno. Lze v zásadě souhlasit s tribunály, že materiální standardy ochrany investic podle DPOI se *a priori* nevylučují s ochranou poskytovanou právem EU, a že mohou představovat její doplněk, eventuálně přípustný „nadstandard“. Rovněž ani eventuální neslučitelnost mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem, jejíž existenci tribunály odmítly, nebude sama o sobě postačovat k uplatnění článku 59 VÚ.

¹⁷¹ Je pravdou, že reálnou představu o právní úpravě vnitřního trhu nelze získat jen z textu SFEU a z jejího jazykového výkladu, neboť tato úprava je založená především na robustné a komplikované masě judikatury SDEU. S názorem, že právo EU se týká téhož předmětu jako DPOI, se proto logicky lze setkat u těch autorů, kteří se primárně primárně zabývají právem EU.

Konečný závěr, ke kterému tribunály dospěly ohledně možné aplikace článku 59 VÚ, tedy lze považovat za správný. Jakkoli v tomto ohledu jejich problematické chápání „stejného předmětu“, v konečném důsledku nehraje roli. K méně uspokojivým výsledkům ovšem takové chápání povede, pokud bude požadavek, aby smlouvy upravovaly „stejný předmět“, obdobným způsobem vykládán i v jiných kontextech, například při aplikaci článku 30 VÚ. Názor, že na případné rozpory intra-unijních DPOI a práva EU nelze použít pravidlo *lex posterior* z důvodu, že tyto systémy pravidel se netýkají stejného předmětu, se objevil v literatuře,¹⁷² a není zcela jisté, zda z obdobné úvahy nevycházel i tribunál ve věci *Eastern Sugar*.¹⁷³ Takové názory je nutno považovat za nesprávné.¹⁷⁴ Rovněž lze vyslovit pochybnosti ohledně závěru tribunálu ve věci *Electrabel*, který z tohoto důvodu odmítl aplikovat na vztah práva EU a ECT pravidlo obsažené v článku 16 ECT, což se jeví být v přímém rozporu s účelem tohoto ustanovení.

Jako důležitější než článek 59 VÚ, jehož aplikace přichází v úvahu jen zcela výjimečně, se z pohledu intra-unijních DPOI jeví článek 30 VÚ, který zakládá důvody pro částečnou nepoužitelnost dřívější mezinárodní smlouvy. Výsadní místo zajímá v tomto ohledu samozřejmě rozhodčí doložka, neboť v případě její nepoužitelnosti by se z intra-unijních DPOI staly bezzubé, spíše deklaratorní mezinárodní smlouvy, které by se z pohledu investorů staly nezajímavými. Možnost investičních arbitrází mezi unijními investory a členskými státy alespoň z pohledu práva EU vyvolává vskutku závažné otázky, ať už se jedná o problémy diskriminace na základě státní příslušnosti, dále o otázku možného obcházení soudů členských států a SDEU, a rovněž z pohledu aplikace práva EU v investiční arbitráži. Tribunály tyto otázky adresovaly především ze své vlastní perspektivy, což je pochopitelné, i když tribunál ve věci *Electrabel* věnoval značný prostor i analýze pohledu práva EU skrze judikaturu SDEU.

Pokud jde o otázku diskriminace, je nutno říci, že se jedná o problém reálný. DPOI vskutku diskriminují mezi různými investory na základě kritérií pro určení státní příslušnosti a vytváří tak na vnitřním trhu skupiny nerovných subjektů (této otázce ještě bude věnována pozornost). Argument, že diskriminace má být řešena rozšířením výhod (tj. rozšířením možnosti zahájit arbitráž proti členskému státu) na všechny investory, představuje přitažlivou právně-formalistickou zkratku, která sice umožňuje vypořádat se s diskriminací na papíře, kterou ovšem v případě intra-unijních investičních arbitrází nelze považovat za reálné řešení. Na druhé straně lze zcela souhlasit tím, co naznačil tribunál v nálezu ve věci *Eureka* – diskriminace je problém, který si EU a členské státy samy musí vyřešit samy. Řešení tohoto problému nelze přenášet na arbitrážní tribunály a požadovat po nich, aby ve prospěch hostitelského státu odepřely investorovi právo na zahájení arbitráže, a tímto způsobem „zajistily“ stejná práva pro všechny investory. Lze též připomenout, že ECT na rozdíl od dvoustranných DPOI problémy s diskriminací nezpůsobuje, neboť jejími stranami jsou všechny členské státy.

Zcela pochopitelný, byť z pohledu práva EU zřejmě méně přesvědčivý, je přístup tribunálů k otázce jejich konkurující jurisdikce. Arbitrážní tribunály jsou zřízeny na základě DPOI a aplikace těchto dohod je jejich hlavním úkolem. Nelze od nich reálně očekávat, že se své jurisdikce vzdají na základě nejasně artikulovaných doktrín SDEU založených na vlastní výlučnosti, které lze z pohledu mezinárodního práva považovat za sporné. Je pravdou, že v konkrétní argumentaci tribunálů se poněkud odráží jejich institucionální předpojatost, zejména přespřílišným zdůrazňováním konsenzuálního základu své jurisdikce. Tato argumentace začíná být poněkud odtržená od reality ve chvíli, kdy tribunál přestane vnímat

¹⁷² Elimansberger, pozn. 24, s. 425.

¹⁷³ Srov. ne zcela srozumitelné odmítnutí aplikace článku 30 VÚ na rozhodčí doložku DPOI v odstavci 180 nálezu.

¹⁷⁴ Lze připomenout stanovisko ILC, podle kterého jakmile mezi normami mezinárodního práva vznikne rozpor, lze bezpečně tvrdit, že se tyto normy týkají stejného předmětu.

rozdíl mezi investiční arbitráží a běžným soukromým rozhodčím řízením, jak to učinil tribunál ve věci *Eureko*, který si vypomohl konstatováním, že „transnacionální“ arbitráž je v EU naprosto běžná, načež konstatoval, že argument o neslučitelnosti rozhodčí doložky s právem EU je neudržitelný.¹⁷⁵ To nelze považovat za příliš šťastné uchopení problému. Příléhavější a přesvědčivější je v tomto ohledu analýza tribunálu ve věci *Electrabel*, který poměrně přesně pojmenoval obavy, které se z pohledu práva EU vztahují k investičním arbitrážím, a pečlivě, s přihlédnutím k judikatuře SDEU, se je snažil vyvrátit, což se mu i vcelku dařilo, dokud nenarazil na problém, s nímž se mohl argumentačně vypořádat jen obtížně. Tento problém představuje *Posudek 1/09*, v němž SDEU shledal, že vytvoření evropského patentového soudu, k němuž měli mít přímý přístup jednotlivci, by bylo v rozporu s právem EU, zejména s výlučnou pravomocí SDEU rozhodovat o důležitých otázkách práva EU. Toto rozhodnutí značně otupilo do té doby převládající argument, že neslučitelnost s právem EU se může týkat pouze mezistátních mechanismů řešení sporů, a nikoli těch, ke kterým mají přístup jednotlivci. Tribunál se s tímto problémem vypořádal pouze tak, že se jeho řešení vyhnul, když uvedl, že uvedené rozhodnutí není nutné rozebírat blíže, neboť podle tribunálu bylo zřejmé, že SDEU zde jeho závěry neměl v úmyslu vztahovat na mechanismy řešení sporů formou soukromého či diagonálního rozhodčího řízení. V tomto místě lze spatřovat potenciálně nejslabší článek jinak poměrně přesvědčivé analýzy tribunálu.

O nálezu ve věci *Electrabel* je vhodné zmínit se ještě blíže. Příznivci investičních arbitráží bude zřejmě nadstandardně vstřícný přístup tribunálu k právu EU, který patrně omezuje práva investorů podle ECT, vnímán negativně. Tribunál konstrukci presumpce souladu opatření orgánů EU s ECT tuto dohodu v intra-unijním kontextu fakticky podřídil právu EU. Proti historickému výkladu ECT v podání tribunálu lze z pohledu mezinárodního práva vznést řadu námitek. Lze ovšem mít za to, že tímto přístupem tribunál ve věci *Electrabel* udělal pro budoucnost ECT a intra-unijních investičních arbitrážích mnohem více, než pokud by prosazoval konzervativní linii, a svůj úkol by viděl pouze v ochraně práv investorů, bez vnímání širších souvislostí. Intra-unijní investiční arbitráže se v posledních letech dostaly pod značný tlak a s nadsázkou lze říci, že bojují o přežití. Ačkoli se Komise přes opakované hrozby doposud neodhodlala k zahájení řízení o porušení práva EU proti členským státům, které odmítají ukončit platnost svých intra-unijních DPOI, a je otázkou, zda k tomu vůbec někdy přistoupí, lze předpokládat, že problematika intra-unijních investičních arbitráží se jednoho dne stejně dostane před SDEU.¹⁷⁶ Nelze předpokládat, že soudní dvůr bude mít pro tento mechanismus řešení sporů mezi investory a členskými státy v ryze intra-unijním kontextu příliš velké pochopení, a to zejména pokud dospěje k závěru, že intra-unijní arbitráže ohrožují integritu práva EU. V otevřené konfrontaci se SDEU nemohou investiční tribunály v dlouhodobém horizontu vyhrát. Pokud mají intra-unijní arbitráže přežít, tribunálům zřejmě nezůstává jiná možnost, než se přizpůsobit expanzivním požadavkům práva EU (byť ani to v konečném důsledku nemusí stačit). Tribunál ve věci *Electrabel* pro to udělal maximum. Ponechal si sice jurisdikci pro posuzování jednání členských států z hlediska souladu s ECT, dal ovšem najevo, že do záležitostí práva EU se míchat nebude a na opatření Unie bude hledět z uctivé vzdálenosti a, bude-li to nutné, závazky členských států vyplývající z jejich členství v EU upřednostní před právy investora podle ECT.¹⁷⁷ Lze mít za to, že tribunál tímto přístupem vytvořil solidní základy pro dlouhodobou koexistenci intra-unijních arbitráží podle ECT s jurisdikcí SDEU.

¹⁷⁵ K analýze povahy investiční arbitráže a k jejímu odlišení od soukromého rozhodčího řízení srov. část 2.4.5.

¹⁷⁶ Nejblíže k tomu je v řízeních o zrušení nálezů vydaných ve sporu *Eureko/Achmea proti Slovensku*, které Slovensko napadlo před německými soudy (viz blíže část 5.5.1).

¹⁷⁷ Není potřeba zdůrazňovat, že tento přístup se může týkat pouze intra-unijní dimenze ECT a ve vztazích s třetími zeměmi (extra-unijní dimenze ECT) nemá místo.

Jiné tribunály rozhodující intra-unijní spory podle ECT zřejmě nebudou moci nálezt ve věci *Electrabel* vzhledem k jeho obsáhlé argumentaci, aspirující na formulaci obecných principů vztahu mezi ECT a právem EU, ignorovat. Je otázkou, zda z něj něco převezmou tribunály řešící spory podle dvoustranných DPOI. Odůvodnění tohoto nálezu je totiž postaveno na zdůrazňovaných specifikách ECT a není snadno přenositelné do jiného kontextu. Rovněž lze očekávat, že představa podobného podřízení dvoustranných intra-unijních DPOI právu EU nebude pro jiné tribunály příliš lákavá, jak lze názorně demonstrovat na nedávno vydaném konečném nálezu ve věci *Micula proti Rumunsku*. Tribunál ve svém nálezu s právem EU nakládal jako s faktem a otevřeně upřednostnil práva investorů podle rumunsko-švédské DPOI. Tento přístup lze sice v daném případě vzhledem k jeho okolnostem považovat za správný, neboť skutkové okolnosti případu měly původ v době před uzavřením přístupové smlouvy a i samotné řízení bylo zahájeno ještě před vstupem Rumunska do EU. Z nálezu, a zejména z analýzy otázky použitelného práva, lze ovšem mezi řádky vyčíst, že pohled tribunálu na právo EU by zřejmě nebyl jiný ani v případě, že by se vše uvedené odehrálo v post-integračním kontextu, neboť „tribunál nemůže předpokládat, že na základě uzavření přístupové smlouvy nebo na základě vstupu Rumunska do EU Rumunsko, Švédsko nebo EU zamýšlely změnit či modifikovat DPOI nebo jinak omezit její použitelnost (*amend, modify or otherwise detract from the application of the BIT*)“.¹⁷⁸

5.4 INTRA-UNIJSNÍ DPOI Z POHLEDU PRÁVA EU

V této části se podíváme na některé problematické aspekty intra-unijních DPOI z perspektivy práva EU. Ambicí není činit konkluzivní závěry ohledně kompatibility těchto dohod s právem EU, ale spíše naznačit, jakými úvahami by se při takovém rozhodování mohl řídit SDEU. Pozornost bude věnována třem okruhům potenciálních rozporů: (i) možnému rozporu intra-unijních DPOI se zákazem diskriminace na základě státní příslušnosti, dále (ii) potenciálnímu ohrožení autonomie práva EU a konfliktu jurisdikce arbitrážních tribunálů s výlučným postavením SDEU, a konečně (iii) otázce zda může mít na kompatibilitu intra-unijních investičních arbitráží s právem EU vliv zásada vzájemné důvěry mezi členskými státy, která se postupně krystalizuje v oblastech justiční spolupráce mezi členskými státy v civilních, ale i trestních věcech. Budeme se též zabývat otázkou, jaké by byly důsledky případné inkompatibility intra-unijních DPOI s právem EU a naznačíme, jaký vývoj lze v otázce dalšího osudu intra-unijních DPOI očekávat v nejbližších letech.

5.4.1 Diskriminace na základě státní příslušnosti

Důsledkem bilaterální povahy intra-unijních DPOI (pomineme-li ECT) je, že příslušná práva z nich vyplývající jsou poskytována pouze některým unijním investorům, tj. pouze ve vztazích mezi členskými státy, které příslušnou DPOI uzavřely. Jelikož zdaleka ne všechny členské státy mezi sebou uzavřely DPOI (což se týká zejména vzájemných vztahů mezi původními 15 členskými státy), velká skupina unijních investorů přímý přístup k takovým právním nemá. Vzniká tak otázka, zda existující intra-unijní DPOI nejsou v rozporu se zákazem diskriminace na základě státní příslušnosti podle práva EU. Problém potenciální diskriminace se týká nejen materiálních standardů ochrany přiznávaných DPOI, ale zejména procesních prostředků ochrany v podobě přístupu investorů k investiční arbitráži. Rozdílné zacházení vyplývající z bilaterální povahy DPOI se projevuje ve dvou rovinách. Za prvé, hostitelský členský stát přiznává zahraničním investorům více práv než investorům domácím, což představuje jinak

¹⁷⁸ *Micula v. Romania*, Final Award, odst. 321.

poněkud zřídka je, kdy zahraniční subjekty jsou zvýhodněny oproti subjektům domácím, což je dáno zvláštní povahou a účelem DPOI. Za druhé, hostitelský členský stát poskytuje rozdílné zacházení investorům z různých jiných členských států. Jinými slovy členský stát A, který uzavřel DPOI s členským státem B, nikoli ovšem s členským státem C, potenciálně diskriminuje investory z členského státu C. Tento modelový případ otevírá otázku, zda zákaz diskriminace podle práva EU obnáší kromě národního zacházení i povinnost členských států poskytovat stejné zacházení odpovídající doložce nejvyšších výhod (*most favoured nation*).

Jak postřehl B. De Witte, diskriminace na základě státní příslušnosti se může jevit jako téměř inherentní důsledek existence mezinárodních smluv, jejichž účastníky jsou pouze některé členské státy, zatímco jiné nikoli. Jedním dechem ovšem dodává, že není přiléhavé všechny mezinárodní smlouvy, jejichž účastníky jsou jen některé členské státy, paušálně označit za diskriminační, a že je nutno odlišovat užší politickou spolupráci mezi některými členskými státy od problému diskriminace v právně-technickém smyslu, který vyvolávají mezinárodní smlouvy přiznávající určité výhody státním příslušníkům nebo rezidentům smluvních států.¹⁷⁹ Takové problémy se v judikatuře SDEU objevily například v souvislosti s dohodami o spolupráci v oblasti kultury a vzdělávání, s dohodami o letecké přepravě, ale zejména v souvislosti s dohodami o zamezení dvojího zdanění. Příslušná rozhodnutí mohou poskytnout určité indicie, jak by bylo ze strany SDEU posuzováno rozdílné zacházení poskytované unijním investorům na základě intra-unijních DPOI. Nicméně je nutno předeslat, že dosavadní judikatura SDEU v otázkách diskriminace vyplývající z dvoustranných mezinárodních smluv členských států vede k rozporuplným závěrům.

V již výše zmiňovaném rozsudku *Matteucci*¹⁸⁰ šlo o aplikaci belgicko-německé dohody o kulturní spolupráci. Slečna Matteucci, italská občanka s trvalým pobytem v Belgii, požádala o stipendium pro specializovanou výuku v Německu, které bylo poskytováno na základě zmíněné dohody. Belgické úřady ovšem odmítly její přihlášku postoupit příslušným německým úřadům s poukazem na to, že dohoda se vztahovala pouze na občany jejích smluvních států. SDEU ovšem shledal, že slečna Matteucci jakožto pracovník, který je státním příslušníkem členského státu na území jiného členského státu, měla na základě příslušné sekundární legislativy právo na stejné zacházení ohledně všech sociálních výhod, jako pracovníci tuzemští. Skutečnost, že příslušná výhoda byla poskytována na základě dvoustranné mezinárodní smlouvy mezi Belgií a Německem, v tomto případě nehrála roli. Jak uvedl, aplikace unijního práva nesmí být vyloučena na základě toho, že by ovlivnila implementaci dohody o kulturní spolupráci mezi dvěma členskými státy.¹⁸¹ Dvoustranná dohoda, která vyhrazuje možnost získání stipendia pouze státním příslušníkům dvou členských států, které jsou jejími stranami, podle soudu nemůže zabránit uplatnění zásady stejného zacházení s tuzemskými a s unijními pracovníky usazenými na území jednoho z těchto členských států.¹⁸²

Rozsudek ve věci *Saint-Gobain*¹⁸³ se týkal rozdílného daňového režimu, kterému v Německu podléhaly pobočky společností z jiných členských států (*branches*) (v tomto případě místní pobočka francouzské společnosti) ve srovnání s německými společnostmi, včetně dceřiných společností zahraničních společností založených podle německého práva (*subsidiaries*). Jeden z rozdílů v zacházení mezi pobočkami a lokálně inkorporovanými společnostmi spočíval

¹⁷⁹ De Witte, pozn. 48, s. 48-49.

¹⁸⁰ Case 235/87, *Annunziata Matteucci v. Communauté française de Belgique et al.* [1988] ECR 5589.

¹⁸¹ Case 235/87 *Matteucci*, odst. 14.

¹⁸² Case 235/87 *Matteucci*, odst. 23.

¹⁸³ Case C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v Finanzamt Aachen-Innenstadt* [1999] ECR I-6161.

v možnosti osvobození od daně z dividend přiznané na základě dohod o zamezení dvojího zdanění, které Německo uzavřelo s USA, resp. se Švýcarskem, tj. třetími zeměmi. SDEU dospěl k závěru, že svoboda usazování podle SFEU vyžaduje, aby členské státy poskytovaly místním pobočkám společností z jiných členských států stejné zacházení, jako domácím společnostem. Rozdílné zacházení v tomto ohledu představuje nedovolenou diskriminaci i v případě, že je založeno na dvoustranné dohodě mezi členským státem a třetí zemí. Soud výslovně odmítl argument, že jednostranné rozšíření výhod Německem na pobočky zahraničních společností by narušilo vyváženost a reciprocitu (*balance and reciprocity*) dvoustranných dohod o zamezení dvojího zdanění s USA a Švýcarskem – takové rozšíření by se podle soudu žádným způsobem nedotklo práv těchto nečlenských zemí, ani by jim neuložilo nové povinnosti.¹⁸⁴

V případě *Gottardo*¹⁸⁵ italské úřady odmítly přiznat paní Gottardo, francouzské občance, která postupně pracovala v Itálii, ve Švýcarsku a ve Francii, nárok na italský starobní důchod, protože součet doby odpracované v Itálii a ve Francii nenaplňoval minimum stanovené italskými předpisy pro přiznání důchodu. Nicméně pokud by se na paní Gottardo uplatnilo příslušné ustanovení o započítávání odpracované doby podle dvoustranné mezinárodní smlouvy uzavřené mezi Itálií a Švýcarskem (která se ovšem vztahovala pouze na občany jejich smluvních států), tedy pokud by za jinak stejných okolností šlo o italského občana, italské úřady by musely započíst i dobu, kterou paní Gottardo odpracovala ve Švýcarsku, a nárok na starobní důchod by jí vznikl. Soud tak řešil otázku, zda v situaci, kdy by příslušné úřady členského státu započítaly příslušná odpracovaná období na základě dvoustranné smlouvy s třetím státem, a jednalo-li by se o státního příslušníka tohoto členského státu, tak musí učinit i v případě příslušníka jiného členského státu, a to na základě ustanovení SFEU o zákazu diskriminace. Soud na tuto otázku odpověděl kladně – zásada stejného zacházení vyžaduje, aby členský stát poskytl příslušníkům jiných členských států stejné výhody, jaké náleží jeho vlastním státním příslušníkům podle dvoustranné mezinárodní smlouvy s třetí zemí, ledaže pro opačný postup existuje objektivní zdůvodnění.¹⁸⁶ Objektivním důvodem by dle soudu mohla být nutnost zachovat vyváženost a reciprocitu příslušné mezinárodní smlouvy – zde ovšem, obdobně jako v případě *Saint-Gobain*, soud dospěl k závěru, že rozšíření výhod by nijak negativně neovlivnilo práva Švýcarska z příslušné mezinárodní smlouvy ani by Švýcarsku neukládalo žádné nové povinnosti.¹⁸⁷

Diskriminace na základě státní příslušnosti se týkala i série rozsudků ve věci dvoustranných mezinárodních smluv o letecké přepravě, které některé členské státy uzavřely s USA (tzv. případy *Open Skies*). Dohody *Open Skies* obsahovaly klauzuli, podle které mohly USA odejmout, pozastavit nebo omezit licence udělené leteckým operátorům druhé smluvní strany, kteří nebyli kontrolováni občany této smluvní strany. Uvedeným ustanovením tedy mohli být negativně dotčeni letečtí operátoři usazení v členském státě, kteří byli kontrolováni občany jiných členských států. Naopak, operátoři usazení v příslušném členském státě kontrolováni občany téhož členského státu uvedeným ustanovením dotčeni nebyli. Podle SDEU tato klauzule v dohodách *Open Skies* zakládala diskriminaci, neboť bránila jiným unijním leteckým operátorům požívat stejné výhody, jaké požívali operátoři příslušného členského státu, který uzavřel dvoustrannou dohodu s USA.¹⁸⁸ Soud přitom výslovně zdůraznil, že původem diskriminace není potenciální jednání ze strany USA, ale samotné ustanovení dohody *Open*

¹⁸⁴ Case C-307/97 *Saint-Gobain*, odst. 60.

¹⁸⁵ Case C-55/00 *Elide Gottardo v Istituto nazionale della previdenza sociale* [2002] ECR I-413.

¹⁸⁶ C-55/00 *Gottardo*, odst. 34.

¹⁸⁷ C-55/00 *Gottardo*, odst. 36-37.

¹⁸⁸ Case C-471/98, *Commission v Belgium* [2002] ECR I-9681, odst. 137-140.

Skies, která USA umožňuje jednat uvedeným způsobem, a které proto bylo shledáno jako odporující svobodě usazování.¹⁸⁹

Uvedená rozhodnutí mají v nejobecnějších rysech společné to, že se v nich jedná o aplikaci zásady národního zacházení, která členskými státy ukládá rozšířit výhody poskytované vlastním státním příslušníkům na základě dvoustranných mezinárodních smluv s jinými státy. Z těchto rozhodnutí vyplývá, že pokud členský stát A poskytuje určité výhody svým vlastním státním příslušníkům na základě dvoustranné dohody se státem B (může se jednat o členský stát nebo o třetí zemi), musí stejné výhody vyplývající z této dohody přiznat příslušníkům členského státu C, ovšem pouze za předpokladu, že tento příslušník členského státu C vykonal na území členského státu A některou ze základních svobod (typicky právo usazení). Výjimka z takto koncipovaného zákazu diskriminace je sice možná na základě objektivního zdůvodnění, které může spočívat v nutnosti zachovat vyváženost a reciprocitu dané mezinárodní smlouvy, soud ovšem tuto výjimku posuzuje přísně. Tato rovina diskriminace se může týkat i intra-unijních DPOI, byť z praktického hlediska spíše okrajově. Typově se jedná o situace, kdy příslušník členského státu B vykoná v členském státě A svobodu usazení (např. formou založení společnosti podle práva státu A) – v případě, že příslušná společnost zřídí investici ve státě C, pak by mu měla být ve státě C poskytnuta ochrana podle DPOI uzavřené mezi státem A a C za stejných podmínek, jako státním příslušníkům členského státu A (za což podle práva EU odpovídá stát A). Pokud bude svoboda usazování vykonána formou založení společnosti podle práva státu A (což bude zřejmě většina případů), k diskriminaci zpravidla nedojde, neboť většina DPOI používá pro určování státní příslušnosti právnických osob kritérium inkorporace – z pohledu DPOI se tedy bude jednat o investora ze státu A. Problémy z hlediska diskriminace mohou nastat tehdy, pokud je svoboda usazování vykonána jinou formou než založením společnosti – například založením pobočky, nebo pokud se bude jednat o investora – fyzickou osobu. Zde se může nepřiznání práv takovému investorovi podle DPOI uzavřené mezi státy A a C ve světle výše uvedených rozsudků dostat do rozporu se zákazem diskriminace. Potíže mohou rovněž nastat, obsahuje-li příslušná DPOI tzv. „*denial of benefits clause*“ na základě které si smluvní strany vyhrazují právo odeprít výhody poskytované příslušnou DPOI entitám, které jsou kontrolovány příslušníky hostitelského státu nebo třetího státu, a které nemají dostatečné vazby ke státu své inkorporace.¹⁹⁰

Výše popsaná rovina nahlíží na problém diskriminace z perspektivy domovského státu investora. Z praktického pohledu se ovšem ve vztahu k intra-unijním DPOI jako mnohem významnější jeví rovina jiná, a to perspektiva hostitelského státu, který je zároveň členskými státy EU. V členském státě A, který s členskými státy B uzavřel DPOI, je poskytována mezinárodní ochrana podle této dohody investorům z členského státu B, nikoli ovšem investorům z členského státu C, s nímž členský stát A DPOI neuzavřel. Představuje tato skutečnost diskriminaci na základě státní příslušnosti ze strany členského státu A, která je právem EU zakázána? Řešení obnáší odpověď na otázku, zda právo EU kromě pravidla odpovídající doložce národního zacházení (*national treatment*), které představuje jednu z jeho fundamentálních zásad, obsahuje i pravidlo odpovídající doložce nejvyšších výhod (*most favoured nation*), které by členskými státy ukládalo poskytovat stejné zacházení příslušníkům různých jiných členských států. Tato otázka dlouho zaměstnávala a zaměstnává především daňové specialisty, a to v souvislosti se sítí existujících intra-unijních dvoustranných dohod o zamezení dvojího zdanění, která dodnes vyvolává značné kontroverze.¹⁹¹

¹⁸⁹ C-471/98, *Commission v Belgium*, odst. 141-142.

¹⁹⁰ Denial of benefits clause je obsažena například v článku 17 odst. 1 ECT.

¹⁹¹ Indikativně srov. např. *Kofler, G., Schindler, C.* „Dancing with Mr D”: The ECJ’s Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the “D” Case. *European Taxation*. 2005, 45(12), s. 530-540; *Van Thiel, S.* The Direct Income

V oblasti zamezení dvojího zdanění se SDEU k uvedené otázce vyjádřil v rozsudku ve věci *D.*¹⁹², který byl rozebírán již v části 2.2.4, nicméně vzhledem k jeho významu je vhodné jeho obsah rekapitulovat i na tomto místě. Pan D., německý daňový rezident, který v Nizozemsku vlastnil nemovitosti podléhající zde zdanění, namítal, že mu Nizozemsko neumožnilo uplatnit z uvedené daně slevy a odpočty, které umožňovalo belgickým rezidentům na základě smlouvy o zamezení dvojího zdanění uzavřené mezi Nizozemskem a Belgií. Pan D. namítal, že se tím Nizozemsko dopustilo zakázané diskriminace ve smyslu článku 63 SFEU. Ve svém rozhodnutí o předběžné otázce SDEU nejdříve připomněl, že při absenci společných pravidel mají členské státy volnost upravit v rámci smluv o zamezení dvojího zdanění hraniční určovatele za účelem rozdělení daňových pravomocí, ovšem rozdíl mezi zacházením se státními příslušníky dvou smluvních států vycházející z takového rozdělení nemůže založit diskriminaci odporující ustanovením SFEU. Následně se zabýval otázkou, zda byla situace pana D. srovnatelná se situací jiných (v tomto případě belgických) daňových rezidentů požívajících v Nizozemsku výhody zvláštního zacházení na základě smlouvy o zamezení dvojího zdanění. Soud, možná poněkud překvapivě, dospěl k závěru, že nikoli, a to s následujícím odůvodněním:

Skutečnost, že tato vzájemná práva a závazky [přiznaná dohodou o zamezení dvojího zdanění] se uplatní pouze na osoby s bydlištěm v jednom ze dvou smluvních členských států, je inherentním důsledkem smluv o zamezení dvojího zdanění. Z toho vyplývá, že poplatník s bydlištěm v Belgii se, co se týče daně z nemovitého majetku nacházejícího se v Nizozemsku, nenachází ve shodné situaci, jako poplatník s bydlištěm mimo Belgie. Pravidlo, jako je pravidlo obsažené v čl. 25 odst. 3 belgicko-nizozemské smlouvy, není možné analyzovat jako výhodu oddělitelnou od zbytku smlouvy, nýbrž ve skutečnosti jako její integrální součást přispívající k její celkové vyváženosti.¹⁹³

Soud tedy odmítl rozšířit práva přiznaná smlouvou o zamezení dvojího zdanění na státní příslušníky jiných členských států s ohledem na „celkovou vyváženost“ (*overall balance*) mezinárodní smlouvy založenou na „vzájemných právech a závazcích“ (*reciprocal rights and obligations*). Zdůvodnění soudu bylo v literatuře podrobena ostré kritice pro svou kruhovou argumentaci, pro nedostatečné odlišení mezi rozdílným zacházením vyplývajícím z rozdělení pravomocí mezi daňové úřady členských států na straně jedné a konkrétními výhodami poskytovanými jednotlivcům na straně druhé, jakož i pro skutečnost, že soud tím fakticky postavil dohody o zamezení dvojího zdanění nad základní zásady práva EU.¹⁹⁴ Nicméně uvedená argumentace byla potvrzena i v dalším rozhodnutí SDEU ve věci *Test Claimants in Class IV*.¹⁹⁵ Abychom mohli posoudit, do jaké míry mohou být tato rozhodnutí relevantní pro intra-unijní DPOI, je nutno se podívat na některé klíčové okolnosti blíže.

Nejdříve je nutno zdůraznit, že SDEU výslovně neodmítl existenci povinnosti členských států poskytovat zacházení odpovídající doložce nejvyšších výhod. Soud pouze neshledal, že by se německý a belgický daňový rezident ve vztahu k majetkové dani uplatňované ze strany Nizozemska nacházeli v objektivně srovnatelné situaci (*comparable situation*). Uvedený závěr zdůvodnil tím, že působnost dvoustranné smlouvy o zamezení dvojího zdanění je omezena na osoby v ní uvedené, a že vzájemná práva a povinnosti touto smlouvou založené se uplatní jen

Tax Case Law of the European Court of Justice: Past Trends and Future Developments. Tax Law Review. 2009, Vol. 62., s. 143-192; nebo *De Groot, I. Member States Must Apply Most Favoured Nation Treatment Under EU Law*. Intertax. 2014, 42(6/7), s. 405-415, a zdroje tam uvedené.

¹⁹² Case C-376/03, *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*. [2003] ECR I-15013.

¹⁹³ C-376/03 *D.*, odst. 61-62.

¹⁹⁴ Srov. *Kofler, Schindler*, pozn. 191, s. 535 a násl.; *Van Thiel*, pozn. 191, s. 149 a násl.

¹⁹⁵ Case C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-11673.

na rezidenty příslušných dvou smluvních států. To je dle soudu „inherentním důsledkem smluv o zamezení dvojího zdanění“. Zdůvodnění, že daňoví rezidenti se nenacházejí ve srovnatelné situaci, pouze na základě existence dvoustranné dohody o zamezení dvojího zdanění, bylo v literatuře kritizováno jako argumentace v kruhu.¹⁹⁶ V literatuře bylo dále poukázáno na to, že není jasné, proč soud v rozsudku *Saint-Gobain* shledal, že německá pobočka francouzské společnosti a jiné německé společnosti byly ve vztahu k aplikaci dohody o zamezení dvojího zdanění ve srovnatelné situaci, zatímco v rozsudku *D.* dospěl ve vztahu k německým a belgickým daňovými rezidentům k závěru opačnému.¹⁹⁷ V rozsudku *D.* soud pouze konstatoval, že dvoustranné smlouvy o zamezení dvojího zdanění zakládají práva, která jsou ze své povahy vzájemná, a proto jednotlivé výhody nemohou být posuzovány odděleně od zbytku smlouvy, ale jako integrální součást smlouvy, která přispívá k její celkové vyváženosti. Analýza soudu zde ovšem končí – soud se nezabýval otázkou, zda příslušné ustanovení, jehož aplikace se domáhal pan D., skutečně takovou vzájemnou povahu má. Tento přístup poněkud kontrastuje s pozdějším rozhodnutím ve věci *Test Claimants in Class IV*. Zde soud, řešíc obdobnou otázku ve vztahu k možnosti uplatnit slevu na dani z dividend podle některých dohod o zamezení dvojího zdanění uzavřených Spojeným Královstvím, nejdříve odkázal na odůvodnění rozsudku *D.*, podle kterého je působnost dvoustranné smlouvy omezena na osoby v ní uvedené. Následně se ovšem výslovně zabýval otázkou, zda právo na uplatnění slevy na dani představuje výhodu, která je oddělitelná od zbytku dvoustranné dohody, nebo zda představuje její integrální součást, která slouží k její celkové vyváženosti, přičemž kombinací řady argumentů dospěl k závěru, že příslušné ustanovení od zbytku dohody oddělit nelze.¹⁹⁸ Soud tedy i v tomto případě dospěl k závěru, že daňoví rezidenti z různých členských států nejsou ve vztahu k dani z dividend uplatňované Spojeným královstvím ve srovnatelné situaci.

Byť argumentaci o vzájemnosti a celkové vyváženosti dvoustranných smluv zřejmě lze užít i v případě intra-unijních DPOI, bylo by zřejmě předčasné bez dalšího aplikovat závěry rozsudků ve věcech *D.* a *Test Claimants in Class IV*, zejména proto, že aplikace práva EU na oblast přímých daní se vyznačuje řadou specifik (srov. též část 2.2.4). V době vydání uvedených rozhodnutí SES v článku 293 (který již Lisabonská smlouva nepřebírala) výslovně předpokládala, že členské státy zahájí mezi sebou v případě potřeby jednání s cílem zajistit ve prospěch svých státních příslušníků zamezení dvojího zdanění uvnitř Společenství. Jak SDEU opakovaně konstatoval, v rámci Společenství nebyl přijat žádný sjednocující nebo harmonizační předpis směřující k zamezení dvojího zdanění, a že v tomto ohledu ani členské státy dosud neuzavřely na základě článku 293 SES žádnou mnohostrannou smlouvu, a vzhledem k absenci jiných předpisů Společenství nebo smluv zahrnujících všechny členské státy uzavřely členské státy mezi sebou řadu dvoustranných smluv.¹⁹⁹ Uzavírání dohod o zamezení dvojího zdanění, které měly zamezit nerovnostem vyplývajícím z existence různých daňových systémů členských států, SES výslovně předpokládala. Je též vhodné zmínit, že rozsudek *D.* je pokládán za součást judikatury, kterou SDEU změnil svůj kurz v oblasti přímých daní směrem, který je vůči členským státům vstřícnější, čímž se přímé daně v rámci pravidel vnitřního trhu vyčlenily jako poněkud svébytná oblast. Někteří autoři dokonce výslovně uvádějí, že popření povinnosti členských států poskytovat zacházení podle nejvyšších výhod, vycházející z rozsudku *D.*, se týká pouze oblasti přímých daní.²⁰⁰ Je tedy velkou otázkou, zda lze tento přístup zobecňovat a rozšiřovat jej na jiné oblasti.

¹⁹⁶ Kofler, Schindler, pozn. 191, s. 537.

¹⁹⁷ De Groot, pozn. 190.

¹⁹⁸ C-374/04, *Test Claimants in Class IV*, odst. 83-91.

¹⁹⁹ Např. C-376/03 *D.*, odst. 49-53.

²⁰⁰ Van Thiel, pozn. 191, s. 149 a násl.

Na základě výše uvedeného tedy lze konstatovat, že potenciální rozpor intra-unijních DPOI se zákazem diskriminace podle práva EU může nastat u některých „exportních“ situací (tj. kdy se jedná o diskriminaci z perspektivy domovského státu investora), ale, což je důležitější, přestože judikatura týkající se dohod o zamezení dvojího zdanění na první pohled nasvědčuje opaku, nelze vyloučit, že zákaz diskriminace bude porušen i z hlediska „importního“ (tj. z perspektivy hostitelského státu). Podle všeho to bude záviset především na řešení, zda se budou investoři z různých členských států z pohledu SDEU nacházet ve vztahu ke své investici v jiném členském státě ve srovnatelné situaci, a do jaké míry lze brát ohled na „vzájemnost a vyváženost“ práv přiznaných příslušnou intra-unijní DPOI. Je nutno přihlídnout i k tomu, že zatímco dvoustranné DPOI vyplňují prostor, který zatím zůstává právem EU neobsazen, DPOI naopak vytváří systém, který je vůči právu EU do značné míry konkurenční, a pro obdobně benevolentní přístup ke zřejmé diskriminaci, kterou intra-unijní DPOI nepochybně obnášejí, se argumenty hledají obtížněji.

Další otázka, kterou je nutno se zabývat, se týká případných důsledků diskriminace z pohledu práva EU. Poměrně často bývá argumentováno, že ani případná diskriminace unijních investorů vyplývající z intra-unijních DPOI nezpůsobuje neslučitelnost těchto dohod s právem EU. Tato argumentace vychází z předpokladu, že pokud intra-unijní DPOI zakládají rozdílné zacházení, které je v rozporu s právem EU, diskriminace nemá být odstraněna „negativně“, tj. odnětím práv zvýhodněným subjektům, ale „pozitivně“, tj. rozšířením těchto práv na všechny subjekty.²⁰¹ Podle této teorie je tedy na unijních investorech, na které se ochrana intra-unijních DPOI nevztahuje, aby se domáhali stejných práv. Jak například uvedl arbitrážní tribunál v mezitímním nálezu ve věci *Eureko proti Slovensku*,

neexistuje žádný důvod, právní ani praktický, proč by členský stát EU nemohl přiznat investorům všech ostatních členských států stejná práva, jaká se zavázal poskytovat investorům druhého členského státu EU, který je smluvní stranou příslušné DPOI, nebo také investorům z třetích zemí, které nejsou členskými státy EU.²⁰²

Přes jednoznačně vyznívající konstatování tribunálu i části autorů se ovšem věc při bližším zkoumání jeví poněkud složitější.

Jak vyplývá mimo jiné i z výše uvedeného přehledu judikatury SDEU, řešení diskriminace opravdu ve většině případů spočívá v rozšíření výhod na všechny subjekty, které se nacházejí ve stejném postavení. Je přitom zpravidla na těchto subjektech, aby se domáhaly svých práv. Tato technika má ovšem své limity. Lze mít za to, že rozšíření výhod musí být vůbec v možnostech dotčeného členského státu, a musí být způsobilé sjednat nápravu. Jako příklad lze uvést výše zmiňované rozsudky ve věci dohod *Open Skies*. V daném případě klauzule příslušné smlouvy o letecké přepravě umožňovala smluvní protistraně (USA) diskriminovat letecké operátory usazené v členském státě (mimo jiné např. v Belgii), kteří byli kontrolováni občany jiných členských států. SDEU konstatoval, že uvedené ustanovení dvoustranné mezinárodní smlouvy bylo samo o sobě v rozporu s článkem 49 SFEU.²⁰³ Z konstatování porušení článku 49 SFEU implicitně vyplývala povinnost tuto mezinárodní smlouvu renegociovat nebo jí vypovědět.²⁰⁴

²⁰¹ Srov. např. *Elimansberger*, pozn. 24, s. 403.

²⁰² *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, odst. 267.

²⁰³ C-471/98, *Commission v Belgium*, odst. 144-145.

²⁰⁴ Viz též *Cremona, M.* Defending the Community Interest: The Duties of Cooperation and Compliance, In: *Cremona, M., De Witte, B.* EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals. Portland, Oregon: Hart, 2008 s. 139.

Podíváme-li se na faktické a právní možnosti dosáhnout zrovnoprávnění unijních investorů rozšířením výhod poskytovaných intra-unijními DPOI na všechny investory, výsledkem bude poněkud komplikovaný a nejednoznačný obraz. Patrně přitom má smysl rozlišovat mezi „exportní“ a „importní“ rovinou diskriminace. Pokud jde o „exportní“ rovinu diskriminace (tj. diskriminaci, které se dopouští stát původu investora), lze soudit, že tento stát nemá možnost jednostranně rozšířit výhody plynoucí z DPOI na další investory. Tyto výhody (ať už spočívají v materiálních standardech ochrany, nebo v přístupu k investiční arbitráži) totiž poskytuje hostitelský stát, bez jehož souhlasu je na další subjekty samozřejmě rozšiřovat nelze.

Pokud jde o importní rovinu diskriminace (tj. o diskriminaci, které se dopouští hostitelský stát), zde je řešení sice možné, nicméně z praktického pohledu jen obtížně dosažitelné. Patrně bez větších problémů mohou členské státy rozšířit na všechny unijní investory materiální standardy ochrany, jako je řádné a spravedlivé zacházení nebo ochrana proti vyvlastnění.²⁰⁵ Nicméně významné praktické překážky lze spatřovat v možnosti jednostranně rozšířit na všechny unijní investory procesní prostředek ochrany v podobě možnosti zahájit proti hostitelskému státu investiční arbitráž, resp. v možnosti, aby se takového rozšíření domáhali všichni (znevýhodnění) unijní investoři, jak tvrdí zastánci uvedené teorie.

Rozšíření možnosti zahájit investiční arbitráže by přicházelo v úvahu následujícími způsoby. Za prvé, dotčený hostitelský stát by se státem původu znevýhodněného investora uzavřel novou DPOI. Tento způsob rozšíření výhod na základě žaloby jednotlivce lze považovat za zcela nereálný. Za druhé, hostitelský stát by mohl jednostrannou otevřenou nabídku k arbitráži uzákonit vnitrostátním právním předpisem. Rovněž tento způsob není příliš reálný. Byť se ve světě vyskytují případy, kdy je nabídka hostitelského státu k arbitráži založená na vnitrostátním právu, jedná se výhradně o rozvojové země. Jako nejreálnější se jeví třetí možnost, a to že by souhlas k arbitráži členský stát udělil individuálně tomu investorovi, který se této možnosti domáhá. I tato možnost ovšem skýtá významné a jen obtížně překonatelné praktické překážky. Patrně nelze po každém unijním investorovi, na něhož se nevztahuje ochrana podle intra-unijní DPOI, požadovat, aby si nejdříve složitě vysoudil možnost žalovat hostitelský stát v investiční arbitráži,²⁰⁶ a až následně na to vůbec zahájil již tak zpravidla zdlouhavý a nákladný investiční spor. Kromě toho je nutno vzít v úvahu i fakt, že v mnoha investičních sporech hostitelský stát zpochybňuje jurisdikci tribunálu k projednání sporu a o této otázce musí rozhodnout tribunál. Jak by bylo takové námítky možné vyřešit v rámci udílení vynuceného *ad hoc* souhlasu k arbitrážím si lze představit jen stěží.

Názor, že pokud by intra-unijní DPOI porušovaly zákaz diskriminace, nezpůsobovalo by to jejich rozpor s právem EU, neboť by postačovalo jednostranně rozšířit výhody na všechny unijní investory, se tedy jeví jako neudržitelný. Pokud intra-unijní DPOI porušují zákaz diskriminace (což při současném stavu judikatury SDEU není zcela zřejmé), jsou intra-unijní DPOI z tohoto důvodu (minimálně v rozsahu rozhodčí doložky) v rozporu s právem EU a členské státy jsou povinny přijmout příslušná opatření k odstranění těchto rozporů. Případného rozšíření výhod na všechny unijní investory lze reálně dosáhnout pouze koordinovanou akcí členských států, která by pravděpodobně musela být učiněna na úrovni Unie – zde se už ovšem nepohybujeme v rovině právně technického řešení individuálního případu diskriminace, ale v rovině právně politické. Jak ovšem bude rozebráno dále, takové řešení naráží i na institucionální základy EU a jejího soudního systému.

²⁰⁵ Shodně *Dimopoulos*, pozn. 24, s. 90.

²⁰⁶ Lze předpokládat, že takový nárok většina procesních úprav členských států ani nezná, přičemž minimálně několik pilotních případů by se neobešlo bez položení předběžné otázky SDEU.

5.4.2 *Intra-unijní investiční arbitráže, autonomie práva EU a výlučná jurisdikce SDEU*

(i.) *Expozice problému*

Jak již bylo v této práci mnohokrát zmíněno i blíže rozebráno, rozsah působnosti i materiální úprava DPOI a práva EU upravujících vnitřní trh se do značné míry překrývá. Na jedné straně lze tyto úpravy považovat za částečně duplicitní. Na druhé straně vzhledem k širokému záběru standardů ochrany podle DPOI může arbitrážní tribunál v intra-unijních investičních sporech často posuzovat situace, které ve větší či menší míře budou zahrnovat otázky práva EU. O nejcitlivější situace se bude jednat tehdy, kdy jednání členského státu, které investor napadá jako odporující intra-unijní DPOI bude mít původ právu EU nebo v aktech jejích orgánů.

Judikatura SDEU klade možnostem členských států řešit ve vzájemných vztazích spory zahrnující otázky práva EU mechanismy mezinárodního práva, stojícími mimo institucionální a soudní systém EU, zásadní limity. SDEU si pečlivě střeží svoji výlučnou roli při interpretaci a aplikaci Zakládajících smluv a z nich odvozených pramenů sekundárního práva. Takové své postavení soudní dvůr dovozuje zejména ze třech ustanovení primárního práva. Prvním je článek 19(1) SEU, jehož aktuální znění je následující:

Soudní dvůr Evropské unie se skládá ze Soudního dvora, Tribunálu a specializovaných soudů. Zajišťuje dodržování práva při výkladu a provádění Smluv.

Uvedené ustanovení podle jeho judikurního i doktrinárního výkladu zakládá výsadní postavení SDEU při výkladu a aplikaci zakládajících smluv.

Pro intra-unijní situace je dále důležitý článek 344 SFEU, který zní následovně:

Členské státy se zavazují, že spory o výklad nebo provádění Smluv nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy.

Toto ustanovení dopadá na vzájemné vztahy mezi členskými státy, přičemž členským státům zakazuje řešit spory o provádění a výklad práva EU jinak, než stanoví Zakládající smlouvy. Uvedené ustanovení dopadá zejména na jiné mezinárodněprávní mechanismy řešení sporů. Na úrovni vztahů mezi členskými státy (*state-to-state*) je mechanismus pro řešení případných sporů týkající se výkladu nebo provádění práva EU zakotven především v článku 259 SFEU, který stanoví, že má-li členský stát za to, že jiný členský stát nesplnil povinnost, která pro něj vyplývá ze zakládajících smluv, může věc předložit SDEU. Na druhé straně Zakládající smlouvy nezakotvují speciální mechanismus řešení sporů mezi jednotlivcem a státem. U takových sporů se předpokládá, že jednotlivec se bude moci svých práv domáhat před soudem členského státu, který má možnost, nebo dokonce povinnost, položit SDEU předběžnou otázku ohledně výkladu práva EU (k mechanismu vynucování práva EU viz blíže část 2.2.6).

Konečně významné důsledky SDEU dovozuje z institutu řízení o předběžné otázce podle článku 267 SFEU. V rámci tohoto řízení se na SDEU obrací soudy členských států s otázkami týkajícími se výkladu Zakládajících smluv nebo platnosti a výkladu aktů přijatých orgány Unie. Institut předběžné otázky je v pojmání SDEU základem soudní architektury EU. Provádění a vynucování práva EU je především úkolem vnitrostátních soudů členských států, přičemž ovšem SDEU jako jediný je oprávněn podávat konečný a závazný výklad jeho pramenů. Řízení o předběžné otázce je v tomto směru hlavním nástrojem vzájemného dialogu mezi soudy členských států a SDEU.

Primárním účelem limitů kladených judikaturou SDEU na možnost členských států přenášet řešení sporů zahrnujících otázky práva EU před jiná fóra je snaha o zachování autonomie práva EU a dosažení jednotné interpretace a aplikace Zakládajících smluv.²⁰⁷ Zakládající smlouvy výslovně počítají s tím, že úkolem interpretace a aplikace jsou pověřeny soudy členských států a SDEU, přičemž nastavují zásady a pravidla jejich spolupráce. SDEU je přitom značně rezistentní vůči pokusům včlenit do této struktury jiné orgány, jakož i vůči pokusům tuto strukturu obejít. Z tohoto pohledu mohou být problematické i intra-unijní investiční arbitráže. Arbitrážní tribunály jsou rozhodovací orgány zřízené na základě mezinárodních smluv uzavřených členskými státy, které stojí mimo institucionální a soudní systém EU a jejích členských států (tribunály jsou z povahy věci na smluvních státech DPOI a jejích orgánech zcela nezávislé). Z pohledu práva EU existuje riziko, že před arbitrážním tribunálem vyvstane otázka týkající se práva EU, přičemž tribunál při řešení sporu nebude brát na právo EU náležitý ohled, nebo jej bude interpretovat nesprávně. Toto riziko je o to významnější, že možnosti kontroly a revize arbitrážních nálezů ze strany soudů členských států, a potažmo SDEU, z hlediska přezkumu jejich souladu s právem EU jsou jen velmi omezené.

Než bude přikročeno k analýze jednotlivých rozhodnutí SDEU, je nutno zdůraznit, že v souvislosti s kompatibilitou investičních arbitráží s právem EU je nutno rozlišovat, zda se jedná o arbitráže podle DPOI uzavřených mezi členskými státy (eventuálně Unií) a třetími zeměmi, nebo o arbitráže podle intra-unijních DPOI. Zatímco u mechanismů řešení sporů ve vztazích s třetími zeměmi SDEU v zásadě respektuje mezinárodní realie a pro zahrnování takových mechanismů do mezinárodních smluv uzavíraných Unií stanovuje jen určité základní limity (srov. blíže část 3.4.3), v čistě intra-unijním kontextu je v tomto ohledu mnohem striktnější. Úvahy obsažené v této části se proto týkají pouze investičních arbitráží podle intra-unijních DPOI.

(ii.) *Mezinárodní mechanismy řešení sporů mezi členskými státy v judikatuře SDEU*

Důležitým rozhodnutím, kterým v investičních arbitrážích argumentovaly jak hostitelské státy, tak Komise, je rozhodnutí SDEU ve věci *Komise proti Irsku*, známější pod označením *MOX Plant*.²⁰⁸ Z tohoto rozhodnutí vyplývá, že členské státy nejsou oprávněny předložit svůj vzájemný spor, který se týká interpretace a aplikace předpisů unijního právního řádu, k řešení v mezinárodní (mezistátní) arbitráži.

Na počátku tohoto případu byl spor mezi Irskem a Spojeným královstvím ohledně výstavby zařízení na zpracování jaderného paliva na anglickém pobřeží Irského moře. Irsko vinilo Spojené království z toho, že při povolování výstavby zařízení porušilo několik ustanovení Úmluvy OSN o mořském právu (*United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS*) a předložilo spor k řešení v mezinárodní arbitráži podle článku 287 UNCLOS. V návaznosti na to Komise zahájila u SDEU řízení proti Irsku ve věci porušení Zakládajících smluv (*infringement proceedings*). Stěžejním bodem žaloby Komise bylo tvrzení, že zahájením mezinárodní arbitráže proti Spojenému království podle UNCLOS Irsko porušilo článek 292 SES (dnes článek 344 SFEU), v němž se členské státy zavázaly řešit spory o výklad nebo provádění práva EU pouze způsoby stanovenými v Zakládajících smlouvách.

²⁰⁷ Srov. *Govaere, I. Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order*. In: Hillion, Ch., Koutrakos, P. (eds.). *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, s. 188.

²⁰⁸ Case C-459/03, *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635.

UNCLOS je mnohostrannou mezinárodní smlouvou, jejímiž stranami je většina států světa, včetně všech členských států EU a Evropské unie samotné. Z pohledu práva EU se tedy jedná o smíšenou smlouvu. Klíčovou otázkou řešenou v řízení před SDEU bylo, zda právo EU umožňuje členským státům v jejich vzájemných vztazích využít mechanismus řešení sporů podle UNCLOS, který stojí mimo institucionální soustavu EU.

SDEU podstatnou část svého rozhodnutí věnoval otázce, zda se spor předložený Irskem k řešení v mezinárodní arbitráži podle UNCLOS týká výkladu a provádění Zakládajících smluv ve smyslu článku 344 SFEU, což by znamenalo, že Irsko nerespektovalo výlučnou pravomoc SDEU. UNCLOS je smíšenou smlouvou, kterou EU a členské státy uzavřely v rámci své sdílené pravomoci. Dle soudu tedy bylo nezbytné nejdříve určit, zda ustanovení UNCLOS, na která se Irsko odvolávalo v mezinárodní arbitráži, spadala do pravomoci Unie. Analýzou těchto ustanovení a příslušných pravidel na úrovni EU dospěl k závěru, že tomu tak skutečně bylo. Vzhledem k tomu ustanovení UNCLOS, na která se Irsko odvolávalo v arbitráži, podle soudu tvořila součást unijního právního pořádku, a pravomoc k řešení sporů týkajících se výkladu a provádění těchto ustanovení, jakož i k posouzení souladu jednání členského státu s těmito pravidly, náležela SDEU. Soud se následně zabýval otázkou, zda má tato pravomoc SDEU výlučnou povahu. K tomu s odkazem na svou dřívější judikaturu uvedl:

... mezinárodní dohoda nemůže zasahovat do pravomocí stanovených Smlouvami, a tedy do autonomie právního systému Společenství, jehož dodržování zajišťuje Soudní dvůr podle článku 220 SES [dnes článek 19 odst. 1 SEU]. Tato výlučná pravomoc Soudního dvora je potvrzena článkem 292 SES [dnes článek 344 SFEU], podle kterého se členské státy zavázaly, že spory o výklad nebo provádění Smlouvy o ES nebudou řešit jinak, než jak tato Smlouva stanoví.²⁰⁹

Systém řešení sporů podle SFEU musí mít dle soudu přednost před systémem obsaženým v UNCLOS. Jelikož ustanovení UNCLOS, o která šlo ve sporu mezi Irskem a Spojeným královstvím ohledně zařízení MOX Plant, náleží do pravomoci Unie, která tuto pravomoc vykonala přistoupením k UNCLOS, uvedená ustanovení tvoří nedílnou součást unijního právního řádu. V projednávané věci se tedy dle soudu jednalo o spor o výklad nebo provádění SFEU ve smyslu článku 344 SFEU, který byly jeho strany povinny řešit mechanismy upravenými v Zakládajících smlouvách, konkrétně podle článku 259 SFEU. Soud tedy uzavřel, že články 19(1) SEU a 344 SFEU bránily tomu, aby Irsko předložilo spor proti Spojenému království týkající se zařízení MOX Plant k řešení arbitrážnímu tribunálu zřízenému podle UNCLOS.²¹⁰

Srovnáme-li okolnosti vedoucí k rozsudku ve věci *MOX Plant* se situací intra-unijních investičních arbitráží, nalezneme podobnosti, ale i několik významných rozdílů. Podobnost spočívá především v tom, že se zde jednalo o mezinárodní arbitráž v intra-unijním kontextu. Jak již bylo zmíněno, SDEU dal najevo, že mezinárodní mechanismy řešení sporů ve vztazích mezi členskými státy, tedy intra-unijní situace, je nutno posuzovat jinými měřítky, než vztahy EU a členských států vůči třetím zemím.

První významná odlišnost zde spočívá v tom, že na rozdíl od dvoustranných intra-unijních DPOI (na druhé straně ale obdobně jako ECT) představuje UNCLOS smíšenou smlouvu, jejíž stranou je i samotná EU. Analýza SDEU se z velké části zaměřila právě na to, zda ustanovení UNCLOS, jejichž aplikace se domáhalo Irsko v mezinárodní arbitráži, náležela do pravomoci EU. Pravomoc v oblasti životního prostředí, jíž se většina těchto ustanovení týkala, je sdílená mezi členskými státy a Unií, tedy pravomoc v této oblasti náleží členským státům, dokud jí

²⁰⁹ C-459/03 *Commission v Ireland*, odst. 123.

²¹⁰ C-459/03 *Commission v Ireland*, odst. 125-133.

nevykoná Unie. Soud v této souvislosti konstatoval, že uzavřením UNCLOS Unie vykonala svou pravomoc v těch oblastech, které jsou pokryty příslušnými vnitřními pravidly sekundárního práva EU. Soud k tomuto závěru dospěl především analýzou textace Deklarace o pravomocích Společenství, která byla učiněna v rámci rozhodnutí o přistoupení EU k UNCLOS.

Podíváme-li se podobnou optikou na intra-unijní DPOI, lze mít za to, že jejich úprava z velké části náleží do sdílené pravomoci Unie, kterou Unie prozatím na vnitřní úrovni nevykonala (alespoň ne v plném rozsahu). Lze vzhledem k této okolnosti hovořit o tom, že jurisdikce arbitrážních tribunálů může zasahovat do výlučné pravomoci SDEU v otázkách výkladu a provádění Zakládajících smluv? Podle názorů prezentovaných v relevantní literatuře nejspíše ano. Jak uvádí I. Govaere, podstatné je pouze to, zda předmět sporu spadá do působnosti práva EU (*subject-matter comes within the scope of EU law*), bez ohledu na to, zda EU příslušnou pravomoc vykonala či nikoli.²¹¹ Podrobnější argumentaci přidává M. Cremona, která v souvislosti s rozsudkem *MOX Plant* uvádí, že z hlediska ochrany autonomie práva EU není rozhodující, do jaké míry Unie vykonala svou nevýlučnou pravomoc. Velká část pravidel obsažených v UNCLOS se věcně překrývá s vnitřními pravidly EU. Podle autorky je skutečně důležité to, že spor mezi členskými státy podle UNCLOS vyvolal otázky spadající do působnosti práva EU. Je to právě existence těchto pravidel, a nikoli výkon pravomoci nebo odpovědnost za provádění mezinárodní smlouvy, která podle ní aktivuje aplikaci článku 344 SFEU.²¹² Zřejmě není pochyb o tom, že předmět úpravy intra-unijních DPOI rámcově v široké míře spadá pod působnost práva EU, a že intra-unijní investiční arbitráže mohou přímo ovlivnit aplikaci základních svobod vnitřního trhu upravených SFEU.²¹³ Jak přitom vyplývá z rozsudku ve věci *MOX Plant*, není potřeba, aby se spor týkal výkladu a provádění práva EU v celém svém rozsahu. Je totiž na SDEU, aby identifikoval prvky sporu podle mezinárodní smlouvy, které nespadají pod jeho pravomoc.²¹⁴

Velmi frekventovaný argument pro odmítnutí aplikovatelnosti závěrů rozsudku *MOX Plant* na intra-unijní investiční arbitráže poukazuje na to, že toto rozhodnutí se týká pouze mechanismů řešení sporů mezi členskými státy (*state-to-state dispute settlement*), nikoli mechanismů řešení sporů mezi jednotlivci (v případě DPOI investory), kteří jsou státními příslušníky jednoho členského státu, a jiným členským státem (*investor-to-state dispute settlement*).²¹⁵ Tento výklad nachází oporu, kromě skutkových okolností uvedeného případu, především ve znění článku 344 SFEU, který výslovně hovoří pouze o „sporech mezi členskými státy“.

Výše uvedený argument ovšem naráží na dvě poměrně zásadní překážky. První spočívá v samotném rozsudku *MOX Plant*. Soud zde svůj závěr nezaložil pouze na článku 344 SFEU, ale především na článku 19(1) SEU. Z odůvodnění rozsudku *MOX Plant* lze dovodit, že výlučná pravomoc SDEU vyplývá zejména z článku 19(1) SEU, a článek 344 SFEU výlučnou povahu této pravomoci pouze potvrzuje.²¹⁶ Zahájením mezinárodní arbitráže Irsko dle soudu porušilo

²¹¹ Govaere, 207, s. 200. Autorka argumentuje zejména rozsudky *Open Skies*. Jak uvádí, pokud se mezinárodní dohody uzavřené jako smíšené smlouvy nemohou v žádném případě odchýlit od ustanovení článku 344 SFEU, vzhledem zásadě nadřazenosti práva EU by bylo extrémně náročné dospět k jinému závěru v případě mezinárodních smluv uzavřených pouze členskými státy (s. 203).

²¹² Cremona, pozn. 204, s. 151.

²¹³ Srov. blíže Dimopoulos, pozn. 24, s. 88-90.

²¹⁴ C-459/03 *Commission v Ireland*, s. 135.

²¹⁵ Srov. např. *Elimansberger*, pozn. 24, s. 405; *Wehland*, pozn. 1, s. 318-319. Srov. dále *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, odst. 276; *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, odst. 4.150.

²¹⁶ C-459/03 *Commission v Ireland*, odst. 123, citováno již výše.

nejen článek 344 SFEU, ale i článek 19(1) SEU (resp. tato ustanovení porušilo v jejich kombinaci).²¹⁷

Uvedená linie byla potvrzena dalším významným rozhodnutí SDEU, a to *Posudkem 1/09*,²¹⁸ který poměrně významně zúžil možnosti argumentace ve prospěch slučitelnosti intra-unijních investičních arbitráží s právem EU. V tomto rozhodnutí se soud zabýval slučitelností navrhované dohody zřizující tzv. Evropský a komunitární patentový soud, jejímiž stranami měly být všechny členské státy EU a některé další země. Patentový soud měl řešit spory mezi jednotlivci týkající se evropských patentů, vydávaných postupem podle Evropské patentové úmluvy z roku 1973 (jedná se o soubor národních patentů vydávaných jednotnou procedurou Evropským patentovým úřadem), a dále budoucích komunitárních patentů, které měly být vydávány na základě nařízení Rady, které v době vydání posudku SDEU existovalo ve stadiu návrhu Komise. Podle návrhu dohody měl patentový soud aplikovat mj. přímo použitelné normy práva EU, a měl mít možnost, resp. v rámci poslední instance povinnost, klást SDEU předběžné otázky ve věcech výkladu SFEU nebo platnosti a interpretace aktů orgánů Unie. Ve vymezených otázkách týkajících se evropských a komunitárních patentů měl mít patentový soud výlučnou pravomoc; v rozsahu, v jakém nebyla patentovému soudu výlučná pravomoc svěřena, měla zůstat soudům smluvních stran úmluvy.

Jak SDEU uvedl hned na začátku svého odůvodnění, ústřední otázkou *Posudku 1/09* bylo posouzení kompatibility pravomocí patentového soudu ve vztahu k budoucím komunitárním patentům s právem EU. Soud nejdříve výslovně vyloučil, že by zřízení patentového soudu bylo v rozporu s článkem 344 SFEU, když uvedl, že toto ustanovení pouze členským státům zakazuje, aby přistoupily k jinému způsobu řešení sporů o výklad nebo provádění Zakládajících smluv, než jaký stanoví Zakládající smlouvy. Příslušnost, kterou měla navrhovaná dohoda přiznat patentovému soudu, se ovšem měla týkat jen sporů mezi jednotlivci ve věcech patentů.²¹⁹ SDEU tím dal za pravdu názorům, podle kterých článek 344 SFEU lze aplikovat pouze na mechanismy řešení sporů mezi členskými státy, nikoli na řešení sporů mezi jednotlivci, eventuálně mezi jednotlivci a státy. Soud nicméně pokračoval v posouzení, zda by vytvoření patentového soudu bylo kompatibilní se základními prvky právního pořádku a soudního systému Evropské unie (*fundamental elements of the legal order and judicial system of the European Union*). Po výčtu těchto základních prvků a analýze pravomoci a povahy patentového soudu dospěl k závěru, že jeho vytvoření v prezentované podobě by bylo v rozporu se Zakládajícími smlouvami. Jak uvedl:

...tím, že by posuzovaná smlouva svěřila mezinárodnímu soudu, který stojí mimo institucionální a soudní strukturu EU, výlučnou pravomoc projednávat velké množství žalob jednotlivců týkajících se evropských patentů, a tím pádem interpretovat a aplikovat právo EU vztahující se k této oblasti, došlo by k odnětí pravomocí soudům členských států týkajících se interpretace a aplikace práva EU, a pravomoci SDEU odpovídat v řízeních o předběžné otázce na dotazy těchto soudů. V důsledku toho by došlo k zásadní změně v povaze pravomocí, které zakládající smlouvy svěřují institucím EU a členským státům, a které jsou nezbytné k zachování základního charakteru práva EU.

Pro diskusi ohledně kompatibility intra-unijních investičních arbitráží s právem EU má *Posudek 1/09* význam v několika ohledech. SDEU v první řadě potvrdil, že inkompatibilita mezinárodních mechanismů řešení sporů s právem EU může sahat i nad rámec článku 344 SFEU, a může se tedy týkat i mechanismů řešení sporů mezi jednotlivci, a nepochybně i sporů mezi jednotlivcem a státem. Dohoda zřizující patentový soud a intra-unijní DPOI mají společné

²¹⁷ C-459/03 *Commission v Ireland*, odst. 13.

²¹⁸ Opinion 1/09 [2011] ECR I-1137.

²¹⁹ Opinion 1/09, odst. 63.

to, že svěřují řešení potenciálně velkého množství sporů spadajících do sféry působnosti práva EU mezinárodním rozhodovacím orgánům, které stojí mimo soudní a institucionální rámec EU. V neprospěch intra-unijních investičních arbitráží dále hovoří i to, že na rozdíl od dohody zřizující patentový soud, intra-unijní DPOI investičním tribunálům výslovně neukládají aplikovat právo EU, ani jim neumožňují (resp. neukládají) klást předběžné otázky SDEU. Přitom ani tyto pojistky, které měly zabezpečit řádnou aplikaci práva EU patentovým soudem a zachovat jeho autonomii, SDEU neshledal jako dostatečné pro konstatování kompatibility tohoto mechanismu řešení sporů s právem EU.

Na druhé straně je ovšem nutno uvést, že v několika důležitých ohledech se intra-unijní investiční arbitráže od mechanismu posuzovaného v *Posudku 1/09* liší. Podle navrhované úpravy měl mít patentový soud výlučnou pravomoc projednávat spory týkající se komunitárních patentů, a to v rozsahu článku 15 navrhované dohody. V tomto rozsahu svou pravomoc zároveň pozbyly soudy členských států. Patentový soud byl dále výslovně povinen aplikovat příslušné předpisy EU, zejména navrhované nařízení týkající se komunitárních patentů. Jak SDEU shrnul, Patentový soud: (i) nahrazuje v oblastech své výlučné příslušnosti stanovené v článku 15 navrhované dohody vnitrostátní soudy; (ii) zbavuje tak tyto soudy možnosti předkládat SDEU žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce v uvedených oblastech; (iii) stává se v oblasti své výlučné příslušnosti jediným soudem oprávněným ke komunikaci se SDEU v rámci řízení o předběžné otázce týkající se výkladu a použití práva EU; a (iv) v rámci uvedené příslušnosti je v souladu s článkem 14a uvedeného návrhu dohody pověřen výkladem a uplatňováním práva Unie.²²⁰ Jak dále uvedl, i když SDEU nemá pravomoc rozhodovat o přímých žalobách mezi jednotlivci ve věcech patentů, jelikož tato pravomoc náleží soudům členských států, členské státy nemohou přiznat pravomoc k řešení takových sporů soudu vytvořenému na základě mezinárodní dohody, která by soudy členských států připravila o jejich poslání spočívající v tom, aby jakožto „obecné soudy“ právního řádu Unie prováděly právo Unie, a v důsledku toho i o možnost, případně povinnost, předložit žádost o rozhodnutí o předběžné otázce v dotčené oblasti stanovenou v článku 267 SFEU.²²¹ SDEU vyšel především z povahy a účelu řízení o předběžné otázce podle článku 267 SFEU a z významu úkolů, které SFEU svěřuje vnitrostátním soudům pro zachování základního charakteru práva EU. Z rozhodnutí je patrné, že zřízení patentového soudu shledal SDEU jako neslučitelné s právem EU právě proto, že by tím v oblasti komunitárních patentů došlo k odnětí těchto úkolů vnitrostátním soudům členských států ve prospěch mezinárodního soudu.

Situace intra-unijních investičních arbitráží je odlišná v tom, že arbitrážní tribunály nezískávají výlučnou pravomoc na úkor soudů členských států. Investiční arbitráž představuje pouze jednu z možností, jak může investor uplatnit svá práva proti hostitelskému státu. Samotná podstata tohoto mechanismu řešení sporů spočívá v poskytnutí alternativy vůči vnitrostátním prostředkům ochrany a je na investitorovi, pro kterou z možností se rozhodne. V tomto smyslu zde nedochází k odnětí pravomocí vnitrostátním soudům, což byl naopak patrně rozhodující důvod, pro který bylo zřízení patentového soudu shledáno inkompatibilním s právem EU. Další rozdíl spočívá v tom, že patentový soud byl výslovně povolán k interpretaci a aplikaci práva EU, zejména legislativy týkající se komunitárních patentů. Investiční tribunál je naopak povolán primárně k aplikaci příslušné DPOI. Právo EU je povinen aplikovat v rozsahu, v jakém tvoří součást použitelného práva. To ovšem samo o sobě nelze považovat za „polehčující okolnost“, neboť tato skutečnost pouze zvyšuje riziko, že v investiční arbitráži budou vydány nálezy, které budou v rozporu s právem EU.

²²⁰ Opinion 1/09, odst. 79.

²²¹ Opinion 1/09, odst. 80.

Vzhledem k tomu, že rozsudek *MOX Plant* i *Posudek 1/09* se týkaly mezinárodních mechanismů řešení sporů, z nichž každý v určitých ohledech vykazoval oproti intra-unijním investičním arbitrážím určité nezanedbatelné odlišnosti, nelze na základě těchto rozhodnutí prozatím učinit zcela jednoznačný závěr o kompatibilitě intra-unijních investičních arbitráží s právem EU. Na druhé straně ovšem nelze nevidět, že judikatura SDEU vykazuje zejména v intra-unijním kontextu velmi silnou tendenci k odmítání jakýchkoli mechanismů řešení sporů, které stojí mimo institucionální a soudní rámec EU, a které systematicky umožňují řešení sporů zahrnujících otázky práva EU před jinými fóry.

K tomu je vhodné dodat dvě poznámky. Za prvé, je zřejmé, že v případě alternativních mechanismů řešení sporů, které zasahují do výlučné pravomoci SDEU nebo soudů členských států, dochází bez ohledu na to, zda jsou hmotněprávní ustanovení mezinárodní smlouvy, která má příslušný rozhodovací orgán aplikovat, v rozporu s právem EU či nikoli. V rozsahu, v jakém aplikace dvoustranné dohody mezi členskými státy umožňuje tribunálům stojícím mimo soudní soustavu EU rozhodovat o otázkách náležících do působnosti práva EU, je takový mechanismus v rozporu s povinností členských států respektovat autonomii práva EU.²²² Za druhé, v případě mechanismů řešení sporů mezi členskými státy lze autonomii práva EU zachovat tím, že se členské státy ve svých vzájemných vztazích nebudou uchýlovat k jiným prostředkům řešení sporů, aniž by byla příslušná mezinárodní smlouva (například UNCLOS), která takový mechanismus zakládá, automaticky shledána jako inkompatibilní s právem EU. Pokud se členský stát k takové formě řešení sporů přece jen uchýlí, dopustí se porušení práva EU, což bude mít za následek aktivaci příslušných postupů předpokládaných SFEU. V případě mechanismů řešení sporů mezi unijními investory a členskými státy ovšem tento postup uplatnit nelze. Právo EU ani samotné členské státy nedisponují prostředky, kterými by mohly jednotlivým investorům účinně zabránit v zahájení investiční arbitráže. Revize nálezů se strany soudů členských států a potažmo SDEU ve fázi řízení o jejich zrušení nebo ve fázi jejich výkonu je možná pouze v omezené míře, a navíc jakožto *ultima ratio* nepředstavuje vhodný způsob, jak zajistit respektování práva EU v investičních arbitrážích. Pokud tedy bude intra-unijní investiční arbitráž shledána jako inkompatibilní s výlučnou pravomocí SDEU, nutně to povede k inkompatibilitě rozhodčích doložek obsažených v intra-unijních DPOI jako takových.

Konečně je vhodné uvést, že výše nastíněné pojetí vlastní výlučné jurisdikce prosazované SDEU je předmětem kritiky zejména ze strany internacionalistů. Jak uvedl M. Koskenniemi, bývalý člen ILC:

Případ *MOX Plant* je omračující, protože přímo odpovídá nejstaršímu a nejkonzervativnějšímu směru evropského uvažování o roli mezinárodního práva a jeho vztazích s vnitrostátním právem. Ukazuje SDEU, který si Evropskou unii představuje jako suveréna, jehož právo má přednost před jakýmkoli jiným právním systémem.²²³

Jak poukázal J. Klabbers:

Potenciálním důsledkem tohoto rozhodnutí [*MOX Plant*] je, že zanechá mezeru v systému soudní ochrany. Pokud spor zahrnující otázky práva EU, ale zároveň týkající se mezinárodního práva, může být předložen pouze SDEU, přičemž ovšem SDEU nebude ochoten interpretovat nebo aplikovat mezinárodní

²²² Srov. *Dimopoulos*, pozn. 24, s. 86.

²²³ *Koskenniemi*, pozn. 23 (Constitutionalism). Koskenniemi dále doslovně uvádí, že „Dovoláváním se mezinárodního práva vůči Spojenému království se Irsko dopustilo porušení suverenity Evropské unie stejně, jako se kdysi sovětská disidenti, dovolávající se Paktu OSN o občanských a politických právech z roku 1966, pokoušeli vymanit z hermetického absolutizmu sovětského řádu.“

právo, výsledkem bude mezera, vedoucí k tomu, že i když na předmět sporu potenciálně dopadá více právních řádů, ve výsledku bude aplikováno pouze právo EU.²²⁴

Ačkoli tedy pojetí výlučné pravomoci SDEU a nenahraditelné role vnitrostátních soudů členských států v procesu interpretace a aplikace práva EU, založené zejména dvěma výše rozebíranými rozhodnutími, představuje současný obraz nazírání EU na konkurující mechanismy řešení sporů, rezervovaný postoj investičních tribunálů k tomuto pojetí, vedený především skrze optiku mezinárodního práva, je pochopitelný.

(iii.) *Možnost arbitrážních tribunálů klást SDEU předběžné otázky jako východisko?*

Někteří autoři navrhují vyřešit problémy spojené s aplikací práva EU v investičních arbitrážích a s potenciální konkurující jurisdikcí tím, že by investičním tribunálům bylo umožněno klást předběžné otázky SDEU podle článku 267 SFEU.²²⁵ Pro takové řešení hovoří dva základní argumenty. Za prvé, klasická doktrína založená na rozsudcích SDEU ve věcech *Nordsee*²²⁶ a *Eco Swiss*,²²⁷ podrobněji rozebíraných na jiných místech této práce, podle které je dohled nad respektováním práva EU v investiční arbitráži zajišťován soudy členských států, se v případě investičních arbitráží zjevně mívá účinkům. Jak bylo popsáno výše, v případě investičních arbitráží soudy členských států EU v mnoha případech vůbec nedostanou příležitost k tomu, aby mohly arbitrážní nález přezkoumat. Za druhé, i v této souvislosti bývá poukazováno na odlišnou povahu investiční arbitráže ve srovnání s klasickým soukromým rozhodčím řízením a na její specifické rysy, jako je její mezinárodněprávní základ, z pohledu státu povinná jurisdikce založená na jednostranné nabídce k arbitráži adresované obecně určené kategorii subjektů, jakož i charakter investičních sporů, ve kterých zpravidla fakticky jde o přezkum jednání státu jako suveréna z pohledu jeho mezinárodních závazků. V této souvislosti lze poukázat například na rozsudek ve věci *Danfoss*²²⁸, ve kterém SDEU umožnil položit předběžnou otázku dánské Průmyslové rozhodčí radě (*Industrial Arbitration Board*), jíž náležela obligatorní pravomoc řešit spory mezi stranami kolektivních smluv. SDEU tento orgán vzhledem k jeho charakteristikám považoval za soud členského státu ve smyslu článku 267 SFEU.²²⁹ Z judikatury SDEU vyplývá, že z hlediska možnosti klást předběžné otázky není rozhodující formální označení příslušného orgánu, nýbrž materiální kritéria, o nichž bude řeč níže. Příslušný dánský orgán tato kritéria splňoval, neboť jeho jurisdikce byla povinná (nezáležela na dohodě mezi stranami sporu) a na vůli stran nezáviselo ani složení tohoto orgánu.

Lze souhlasit s tím, že možnost (resp. povinnost) investičních tribunálů klást předběžné otázky SDEU by mohla do značné míry rozptýlit obavy z nesprávné aplikace nebo přehlížení práva EU v investičních arbitrážích. Začlenění arbitrážních tribunálů zřízených na základě DPOI členských států do soudní soustavy EU by zároveň zmírnilo napětí vyplývající z konkurující

²²⁴ *Klabbers*, pozn. 25, s. 147-148.

²²⁵ Srov. zejména *Von Papp, K.* Clash of “Autonomous Legal Orders”: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ. *Common Market Law Review*. 2013, 50(4), s. 1039–1081. Srov. též *Olik, M. a Fyrbach, D.* The Competence of Investment Arbitration Tribunals to Seek Preliminary Rulings from European Courts. *Czech Yearbook Of International Law*. 2011, s. 191-205.

²²⁶ Case 102/81, *Nordsee v Reederei Mond* [1982] ECR 1095.

²²⁷ Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV* [1999] ECR I 3055.

²²⁸ Case 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (on behalf of Danfoss)* [1989] ECR 3209.

²²⁹ SDEU vyšel z toho, že jurisdikce Průmyslové rozhodčí rady byla založena přímo na zákoně, nikoli na dohodě stran sporu, a zákonem (tedy nikoli diskrecí stran) se rovněž řídil způsob jejího personálního obsazení.

jurisdikce SDEU.²³⁰ I přes tyto potenciální výhody ovšem řešení spočívající v dialogu mezi arbitrážními tribunály a SDEU nelze v současné době považovat za životaschopné, a to z několika teoretických i praktických důvodů.

První překážka spočívá v přístupu SDEU a v kritériích, na jejichž základě určuje, který orgán je oprávněn položit předběžnou otázku. I když praxe soudu v tomto ohledu není zcela konzistentní, povaha příslušného orgánu je zpravidla posuzována podle určitých typových hledisek, která se postupně krystalizovala v judikatuře. SDEU tak bere v úvahu zejména (i) zda je příslušný orgán zřízen na základě práva, (ii) zda se jedná o stálý orgán, (iii) zda je jeho jurisdikce obligatorní (iv) zda rozhoduje ve sporném procesu mezi stranami, (v) zda rozhoduje podle práva a (vi) zda je nezávislý.²³¹ Hned několik z těchto kritérií lze vztáhnout na investiční tribunály jen při extrémně volném výkladu. Požadavek, aby byl příslušný orgán zřízený na základě práva, lze ještě překlenout tím, že místo pomyslné rozhodčí smlouvy spočívající v přijetí jednostranné otevřené nabídky státu investorem budeme za skutečný základ jurisdikce tribunálu považovat příslušnou DPOI, tedy mezinárodní smlouvu závaznou pro příslušný členský stát. Jen těžko ovšem půjde překlenout požadavek, aby se jednalo o stálý orgán, jehož jurisdikce je pro strany obligatorní. Investiční tribunály (včetně řízení podle Úmluvy ICSID) jsou ustavovány na *ad hoc* bázi jen pro řešení konkrétního sporu. O obligatornosti lze mluvit toliko na straně státu, a to až poté, co se investor rozhodne tuto možnost využít. Investorům naopak nic nebrání v tom, aby své nároky a požadavky uplatňovali jinými způsoby, zejména před vnitrostátními orgány hostitelského státu. V případě investičních tribunálů bude další komplikace spočívat i v požadavku, aby se jednalo o soud „členského státu“, jak ukazuje nedávný rozsudek SDEU ve věci *Paul Miles a ostatní proti European Schools*.²³² SDEU v něm rozhodl, že radu pro přijímání stížností, zřízenou mezinárodní smlouvou, jejímiž stranami jsou členské státy, nelze pro účely článku 267 SFEU považovat za soud členského státu, neboť se jedná o orgán mezinárodní organizace, jejíž subjektivita je od subjektivity členských států odlišná, a jejíž rozhodovací činnost nemá žádnou návaznost na jejich soudní systémy.²³³ Možnost zahrnutí arbitrážních tribunálů zřízených na základě DPOI pod pojem „soud členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU se tedy ve světle výše uvedeného jeví jako málo pravděpodobná. Pokud by měl SDEU připustit předběžnou otázku položenou arbitrážním tribunálem, bylo by to možné jen za cenu poměrně značného odklonu od jeho dosavadní judikatury.

Druhou, spíše praktickou překážkou, může být postoj samotných investičních tribunálů. Není třeba příliš zdůrazňovat, že k uplatnění procedury předpokládané článkem 267 SFEU bude

²³⁰ Von Papp, pozn. 225, s. 1074.

²³¹ Case 61/65, *Vassen-Goebbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* [1966] ECR 377; Case 14/86, *Pretore di Salò v. Persons unknown* [1987] ECR 2545; Case 109/88 *Danfoss*; Case C-393/92, *Almelo and Others* [1994] ECR I-1477; Case C-111/94, *Job Centre* [1995] ECR I-3361; Case C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v. Bundesbaugesellschaft Berlin* [1997] ECR I-4961.

²³² Case C-196/09, *Paul Miles et al. v. European Schools*, [2011] ECR I-5105.

²³³ Pro úplnost je ovšem nutno dodat, že v jiném případě byl soudní orgán zřízený mezinárodní smlouvou shledán způsobilým položit předběžnou otázku. V rozsudku *Dior* (Case C-337/95, *Parfums Christian Dior SA et al. v. Evora BV* [1997] ECR I-06013) SDEU rozhodl, že tzv. Soud Beneluxu, soudní orgán zřízený mezinárodní smlouvou mezi třemi členskými státy, jehož úkolem bylo zodpovídat předběžně otázky soudů těchto tří států týkající se jednotné úpravy ochranných známek platné v Beneluxu, může sám položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru. Hlavní rozdíl mezi tímto soudem a radou *European Schools* pro přijímání stížností spočívá dle SDEU v tom, že úkolem Soudu Beneluxu bylo zajistit jednotnou aplikaci práva společného pro příslušné členské státy a řízení u tohoto soudu představovalo předstupeň pro řízení u příslušného národního soudu. U rady *European Schools* pro přijímání stížností taková návaznost na soudní systém členských států chyběla. V tomto směru lze investiční tribunály připodobnit spíše k radě pro přijímání stížností, byť se nejedná o orgány mezinárodní organizace.

vstřícný postoj SDEU sám o sobě málo platný, pokud zde nebude tázající. Autoři hájící myšlenku dialogu mezi investičními tribunály a SDEU implicitně předpokládají, že tribunály tuto možnost využijí, jakmile jim bude k dispozici. O ochotě investičních tribunálů klást předběžné otázky lze ovšem mít značné pochybnosti. V první řadě je nutno uvést, že byť arbitrážní tribunály mohou být povinny v konkrétním případě aplikovat právo EU, zřejmě u nich nelze konstruovat povinnost položit předběžnou otázku, ani se podřídit výkladu SDEU, srovnatelnou se soudy členských států. Investiční tribunály nejsou orgány členských států a není zřejmé, zda jsou vázány povinností loajální spolupráce podle článku 4(3) SEU. Lze to vyjádřit i tak, že byť investiční tribunál může aplikovat právo EU, neznamená to, že jej musí aplikovat stejně jako soudy členských států. Dále je nutno vzít v potaz, že investiční tribunály zakládají svou pravomoc na příslušných mezinárodních smlouvách a jejich primárním úkolem je rozhodovat o porušení těchto smluv hostitelským státem. Pro mnoho tribunálů může být těžké ztotožnit se s představou, že by se měly podřídit závaznému výkladu jiné soudní instance, jejíž úkoly i perspektiva jsou diametrálně odlišné, *nota bene* pokud by tento výklad eventuálně měl směřovat k přednosti práva EU před příslušnou DPOI, nebo dokonce k nedostatku pravomoci tribunálu. Lze to ilustrovat na přístupu dvou tribunálů, které byly ze strany žalovaného státu požádány o položení předběžné otázky SDEU. Tribunál ve věci *Eastern Sugar proti České republice* odmítl položit předběžnou otázku s poukazem na judikaturu SDEU, vycházející z rozsudku *Nordsee*. Zároveň ovšem dodal, že i kdyby tuto možnost měl, tak k tomu v uvedeném případě neshledával důvod, neboť odpověď na řešené otázky podle něj nebyla složitá.²³⁴ Tribunál ve věci *Eureko proti Slovensku*, byť byl o položení předběžné otázky Slovenskem požádán, se touto možností vůbec nezabýval.

Postoj tribunálu může v konkrétním případě samozřejmě záviset i na kontextu. Tribunály v řízeních *ad hoc*, nad nimiž visí potenciální hrozba zrušení či nevykonatelnosti nálezu, mohou být svolnější ke spolupráci se SDEU než tribunály ustavené podle Úmluvy ICSID, která vytváří uzavřený systém delokalizovaného řízení. Rozhodnutí tribunálu položit předběžnou otázku může záviset i na tom, jak vyhodnotí tribunál roli práva EU v příslušném sporu, tedy zda se v jeho pojetí bude jednat o výklad otázky práva EU jako součásti mezinárodního práva použitelného ve sporu, nebo zda bude právo EU vstupovat do hry jen jako součást práva hostitelského státu nebo dokonce jako pouhý fakt.

Ve výše uvedené souvislosti je nutno upozornit i na to, že o možnosti tribunálů klást předběžné otázky nelze reálně uvažovat v kontextu investičních arbitráží podle investičních dohod uzavřených mezi členskými státy nebo Unií a třetími zeměmi, a to nejen z toho důvodu, že právo EU bude v těchto sporech hrát omezenější roli (toliko jako součást práva hostitelského státu, nebo jako otázka faktická). Z pohledu třetích zemí je postavení institucí EU, včetně SDEU, obdobné postavení institucí hostitelského státu. Stejně tak jako tribunál nebude žádat orgány hostitelského státu o výklad vnitrostátního práva, je jen těžko představitelné, aby žádal o závazné stanovisko SDEU k otázkám práva EU, tím spíše, že porušení DPOI tvrzené investorem může mít základ v opatření přijatém na úrovni EU nebo jednáním jejích orgánů.

5.4.3 Intra-unijní investiční arbitráže a vzájemná důvěra mezi členskými státy

V rámci svého procesního stanoviska v arbitráži *Eureko proti Slovensku* Komise mj. uvedla, že „v současném post-integračním kontextu, který je založen na vzájemné důvěře mezi členskými státy, není pro intra-unijní investiční arbitráže místo“.²³⁵ Přestože argumentu, že

²³⁴ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, odst. 130-138.

²³⁵ *Eureko v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, odst. 185.

intra-unijní investiční arbitráže odporují zásadě vzájemné důvěry mezi členskými státy, nebývá v literatuře (a ostatně ani v příslušných arbitrážních nálezech) věnováno příliš mnoho pozornosti,²³⁶ tato otázka si zasluhuje podrobnější rozbor.

DPOI byly historicky uzavírány téměř výhradně mezi rozvinutými státy (jakožto vývozci kapitálu) na straně jedné a rozvojovými státy (jakožto dovozci kapitálu) na straně druhé. Praxi států při uzavírání těchto dohod bylo až do počátku 90. let 20. století možné charakterizovat následovně:

DPOI byly zásadně sjednávány mezi rozvinutými a rozvojovými zeměmi. Základním předpokladem bylo, že dohoda bude chránit investice investorů rozvinuté země na území rozvojové země. Text smlouvy byl typicky připraven rozvinutou zemí a nabídka k uzavření dohody byla předložena rozvojové zemi k podpisu, přičemž finální znění obsahovalo pouze drobné změny oproti původnímu návrhu [...] I když obě strany formálně převzaly stejné závazky, tyto dohody byly vnímány jako nereciproční, neboť v praxi smluvní povinnosti dopadaly pouze na méně rozvinutou smluvní stranu.²³⁷

Uzavírání DPOI bylo původně reakcí rozvinutých států na vlnu znárodňování bez poskytování náhrady, a na snahu rozvojových států prosadit tuto možnost jako pravidlo mezinárodního práva prostřednictvím své početné většiny ve Valném shromáždění OSN.²³⁸ Jak uvádí M. Sornarajah, hlavním důvodem, proč rozvojové země byly ochoty uzavírat DPOI a na bilaterální bázi převzít závazky, které na úrovni obecného mezinárodního práva odmítaly, byla víra, že tím vzbudí u zahraničních investorů větší důvěru a rozptýlí pocíťovaná rizika spojená s danou zemí.²³⁹ Touto motivací lze vysvětlit i původ většiny současných intra-unijních DPOI, které byly povětšinou uzavírány v 90. letech 20. století, a jejichž stranou je téměř ve všech případech některý z členských států ze střední a východní Evropy. Masové uzavírání DPOI těmito postkomunistickými státy lze vysvětlit tím, že tyto státy

...se snažily rozptýlit dojem, že se jedná o vysoce rizikové země vzhledem k jejich minulému ideologickému směřování, které se k přílivu zahraničních investic a konceptu soukromého vlastnictví stavělo negativně. Uzavíráním DPOI tyto státy vysílaly směrem ke komunitě investorů signál, že v jejich vztahu k zahraničním investicím nastal zásadní obrat.²⁴⁰

Uzavírání DPOI státy střední a východní Evropy lze dále vysvětlit i tím, že transformující se ekonomiky nutně potřebovaly přísun zahraničního kapitálu, přičemž ovšem jejich tehdejší slabě vyvinuté a minulostí zatížené právní a institucionální systémy neposkytovaly zahraničním investorům dostatečné záruky. Uzavírání mezinárodních dohod bylo ve srovnání s dlouhodobými a náročnými reformami v té době snadno dostupným prostředkem, jak v očích zahraničních investorů rychle vylepšit obraz místního podnikatelského prostředí.²⁴¹

Je potřeba uvést, že výše nastíněný model smluvní praxe se již v mnohém změnil. Mezinárodní ochrana investic ztratila svůj dřívější ideologický nános a DPOI jsou ve velkém počtu uzavírány ve vztazích mezi nově industrializovanými státy či rozvojovými státy. Na druhé straně DPOI uzavřené mezi nejvyspělejšími státy světa jsou ovšem i dnes raritou.²⁴² Ačkoli primárním

²³⁶ Stručně např. *Kleinheisterkamp*, pozn. 152, s. 102-103; velmi okrajově *Dimopoulos*, pozn. 24, s. 93.

²³⁷ *Vandeveld*, K. A Brief History of International Investment Agreements. UC Davis Journal of International Law & Policy. 2005, 12(1), s. 170-171. Viz též např. *Newcombe, A. a Paradell, L.* Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 43.

²³⁸ Srov. obecně část 2.1 této práce.

²³⁹ *Sornarajah, M.* The International Law on Foreign Investment. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 187.

²⁴⁰ *Sornarajah*, pozn. 239, s. 185.

²⁴¹ Blíže viz *Fecák*, pozn. 14, s. 235.

²⁴² Příkladem je zejména NAFTA, která se jakožto třístranná smlouva aplikuje i na vztahy mezi USA a Kanadou,

důvodem uzavírání DPOI již dnes není ochrana investorů před přímým vyvlastněním, základní účel a funkce DPOI, a zejména investičních arbitráží, v obecnějším smyslu, je stejný. DPOI především poskytují zahraničním investorům možnost uplatnit své nároky vůči hostitelskému státu před mezinárodním fórem, které je na hostitelském státu zcela nezávislé, a které představuje alternativu vůči jeho vnitrostátním soudům, u nichž lze mít pochybnosti, že budou nezaujaté, a že poskytnou zahraničnímu investorovi náležitou ochranu. Jak uvádí Dolzer a Schreuer:

Neexistuje-li jiná dohoda, investiční spor mezi státem a zahraničním investorem by normálně musel být řešen soudy hostitelského státu... To z pohledu investora není atraktivní řešení. Ať již oprávněně nebo ne, investor se bude obávat nedostatku nestrannosti na straně soudů státu, vůči němuž hodlá uplatňovat svůj nárok. V mnoha zemích nelze považovat nezávislé soudnictví za samozřejmost a je pravděpodobné, že zásahy do soudního řízení ze strany exekutivy, nebo soudem pocíťovaná potřeba zachovat loajalitu vůči státu fóra, budou mít vliv na výsledek. Tak tomu je zejména v případech, kdy jsou v sázce značné částky.

...

Zejména z těchto důvodů byly vytvořeny alternativní metody řešení sporů mezi státy a zahraničními investory. Ty spočívají primárně v tom, že investorům je poskytnut přímý přístup k arbitráži proti hostitelskému státu.²⁴³

Aniž bychom tuto diskusi rozvíjeli dále, jen stěží lze popřít, že uzavírání DPOI zahrnujících mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem ve formě investiční arbitráže je projevem více či méně pocíťované nedůvěry v právní, institucionální a zejména soudní systém příslušné smluvní protistrany. Z tohoto pohledu má smysl zabývat se otázkou, jak je takový mechanismus řešení sporů slučitelný se zásadou vzájemné důvěry mezi členskými státy, na níž Komise odkazovala ve svém stanovisku ve sporu *Eureko proti Slovensku*. To ovšem vyžaduje nalézt odpověď na otázku, zda taková zásada v právu EU vůbec existuje, jaká je její funkce a na jaký okruh vztahů může dopadat.

Zásada vzájemné důvěry (*mutual trust*) není výslovně zakotvena v primárním právu EU. Vzájemnou důvěru mezi členskými státy výslovně zmiňuje preambule Nařízení Brusel I.²⁴⁴ v souvislosti se vzájemným uznáváním rozsudků v civilních věcech bez zvláštního řízení:

byť není žádným tajemstvím, že účelem investiční kapitoly NAFTA byla především ochrana amerických a kanadských investorů v Mexiku. Podobným příkladem mnohostranné DPOI je ECT, jejímž primárním účelem byla ochrana západoevropských investorů v energetickém sektoru v zemích východní Evropy a bývalého SNS. Zajímavým příkladem je v tomto ohledu Dohoda o volném obchodu mezi USA a Austrálií (AUSFTA), která sice obsahuje tradiční materiální standardy ochrany investic, neobsahuje ovšem závazný mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Konečně lze připomenout aktuální vývoj směřující o uzavření Komplexní hospodářská a obchodní dohody (CETA) mezi EU a Kanadou a Transatlantického obchodního a investičního partnerství (TTIP) mezi EU a USA. Budou-li tyto dohody nakonec obsahovat tradiční úpravu mezinárodní ochrany zahraničních investic včetně mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem, lze mít za to, bude to znamenat výrazný posun k tomu, aby se mezinárodní ochrana investic stala skutečně globálním režimem.

²⁴³ Dolzer, Schreuer, 235-236. Dlužno dodat, že citovaný důvod (tj. nedůvěru k právnímu a soudnímu systému hostitelského státu) autoři uvádí na prvním místě. Jako další nevýhody vnitrostátních prostředků nápravy ve srovnání s investičními arbitrážemi autoři uvádí, že porušení práv investora může mít původ legislativních aktech hostitelského státu nebo v jednání ze strany samotných vnitrostátních soudů, dále možnou ignoraci soudních rozhodnutí ze strany orgánů výkonné moci, potenciální imunita státu, existenci doktrín vylučující akty státu při výkonu svrchované moci ze soudního přezkumu, nebo zakládajících nepřipustnost určitých nároků (*non-justiciability*), nepřislusnost soudu k řešení politických otázek, či nepřislusnost pro nedostatek spojení s domácím právním řádem. Lze mít za to, že se vesměs jedná o různé specifické varianty obecné nedůvěry ve schopnost právního a soudního systému hostitelského státu poskytnout zahraničnímu investorovi náležitou ochranu odpovídající standardům mezinárodního práva.

²⁴⁴ Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (původní n nařízení Brusel I.), resp. Nařízení Evropského parlamentu a Rady

(16) Vzájemná důvěra ve výkon spravedlnosti v rámci Společenství umožňuje, aby rozhodnutí vydaná v kterémkoli členském státě byla bez dalšího uznávána bez potřeby jakéhokoli dalšího řízení, kromě sporných případů.

(17) Na základě stejné zásady vzájemné důvěry musí být postup pro výkon rozhodnutí vydaného v jednom členském státě v jiném členském státě účinný a rychlý. K tomuto účelu by mělo být prohlášení vykonatelnosti rozhodnutí vydáno v zásadě bez dalšího, po zcela formální kontrole předložených písemností, aniž by měl soud možnost vznést bez návrhu jakékoli důvody pro nevykonání soudního rozhodnutí ve smyslu tohoto nařízení.²⁴⁵

Obdobné odkazy lze najít i v dalších nařízeních Rady týkajících se uznávání a výkonu rozhodnutí v civilních věcech.²⁴⁶ Přes mírně odlišnou textaci je příslušným ustanovením společné to, že vzájemná důvěra mezi členskými státy představuje základ, který umožňuje vznik režimu vzájemného a v zásadě bezformálního uznávání a výkonu.²⁴⁷ Kořeny konceptu vzájemné důvěry lze vysledovat již v počátcích zavádění evropského justičního prostoru představovaných Bruselskou úmluvou. Jak uvádějí Blobel a Spath, zavedení liberálního režimu kvazi-automatického uznávání a výkonu by bylo jen stěží dosažitelné, pokud by mezi členskými státy neexistovala vysoká úroveň vzájemné důvěry v jejich právní a soudní systémy.²⁴⁸ Proces postupného odklonu od prosazování národních zájmů ve prospěch větší efektivity, rychlosti a harmonizace na unijní úrovni podle nich dosvědčuje, že zásadu vzájemné důvěry lze považovat za určitý integrující podtext unijní úpravy v oblasti civilního řízení.²⁴⁹

K problematice vzájemné důvěry mezi členskými státy v souvislosti s unijní úpravou civilního řízení se v několika rozhodnutích vyjádřil i SDEU. V rozsudku *Gasser* této zásadě přiznal význam základního pilíře, na němž je postaven procesní rámec Bruselské úmluvy (a potažmo Nařízení Brusel I.):

...Bruselská úmluva je nutně založená na důvěře, kterou členské státy navzájem svěčují svým právním řádům a soudním orgánům. Je to ona vzájemná důvěra, která umožnila vznik závazného systému určování soudní příslušnosti, kterou musí respektovat všechny soudy podléhající úmluvě, a jako nezbytný důsledek rozhodnutí států vzdát se práva aplikovat svá vnitřní pravidla upravující uznávání a výkon cizích rozhodnutí ve prospěch zjednodušeného mechanismu uznávání a výkonu cizích rozhodnutí.²⁵⁰

V daném případě šlo o aplikaci pravidla *lis pendens* podle článku 21 Bruselské úmluvy (článek 29 revidovaného Nařízení Brusel I.), podle kterého v případech, kdy je u soudů různých členských států zahájeno řízení v téže věci mezi týmiž stranami, přeruší soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, i bez návrhu řízení do doby, dokud se za příslušný či nepřísušný prohlásí ten soud, u něhož bylo řízení zahájeno jako první. V daném případě rakouský soud

(EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (revidované Nařízení Brusel I.)

²⁴⁵ Obdobnou formulaci jako body 16 a 17 preambule původního Nařízení Brusel I. Obsahuje bod 26 preambule revidovaného Nařízení Brusel I

²⁴⁶ Například Nařízení Rady (ES) č. 2201/2003 o příslušnosti a uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti, bod 21 Preambule, Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadkovém řízení, bod 22 Preambule, Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky, bod 18 Preambule.

²⁴⁷ *Blobel, F., Spath, P.* The Tale of Multilateral Trust and the European Law of Civil Procedure. *European Law Review*. 2005, 30(4), s. 532

²⁴⁸ Autoři mj. poukazují na tzv. Jenardovu zprávu k Bruselské úmluvě, kde se v komentáři k jejímu článku 28 uvádí, že „absence jakéhokoli přezkumu hmotněprávní stránky případu značí absolutní důvěru v soud státu, v němž byl rozsudek vydán“. *Srov. Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Jenard Report) No C 59/1, 5 March 1979, s. 46.*

²⁴⁹ *Blobel, Spath*, pozn. 247, s. 531.

²⁵⁰ *Case C-116/02, Erich Gasser GmbH v MISAT Srl* [2003] ECR I-14693, s. 72.

nemohl na základě článku 21 Bruselské úmluvy pokračovat v řízení zahájeném před ním jednou stranou sporu, neboť druhá strana sporu předtím zahájila řízení o stejné věci před italským soudem. Podstatným faktickým podtextem tohoto případu bylo, že italské soudy jsou známy svou notorickou pomalostí při vyřizování předložených případů – překážka litispendence tedy bránila rakouskému soudu, který neměl pochybnosti o své vlastní příslušnosti, v efektivním projednání sporu, neboť musel vyčkat do doby, než o své nepřislušnosti rozhodne italský soud. SDEU ovšem s poukazem na slovní znění článku 21 Bruselské úmluvy, a zároveň s poukazem na zásadu vzájemné důvěry mezi členskými státy rozhodl, že od ustanovení článku 21 Bruselské úmluvy se nelze odchýlit z důvodu, že řízení u soudu členského státu, u něhož bylo řízení zahájeno jako první, trvá neúměrně dlouho.²⁵¹ Na tomto rozhodnutí není překvapující ani tak závěr, k němuž soud dospěl, jako to, že zásada vzájemné důvěry zde našla uplatnění i v záležitosti mimo uznávání a výkonu rozhodnutí, a to konkrétně v záležitostech určování příslušnosti soudů. Zásada vzájemné důvěry podle SDEU převáží i tam, kde soudní systém určitého členského státu zjevně vykazuje nedostatky z hlediska délky či efektivity řízení.²⁵²

Dalším důležitým rozhodnutím je rozsudek ve věci *Turner*,²⁵³ který se týkal problematiky tzv. *anti-suit injunctions*, což je označení pro procesní opatření soudu, kterým straně sporu pod hrozbou sankcí (zpravidla pokut) zakazuje zahájit soudní řízení v jiném státě. Účelem takového opatření je zabránit možným zneužívajícím procesním praktikám a zachovat integritu řízení zahájeného v příslušném státě. Jedná se o procesní institut typický pro *common law*, který se může u mnoha právníků vycházejících z kontinentálního právního prostředí setkat s nepochopením.²⁵⁴ V předmětném případě anglický soud vydal *anti-suit injunction*, na základě níž pod hrozbou pokuty zakázal žalované straně pokračovat v soudním řízení zahájeném před španělským soudem, resp. zahájit řízení nové. Následně se obrátil na SDEU s otázkou, zda je takové opatření v rozporu s Bruselskou úmluvou v situaci, kdy žalovaný zahájením řízení v jiném členském státě jedná ve zlé víře s cílem zmařit nebo klást překážky řádnému projednání sporu před anglickými soudy.

SDEU ve svém rozhodnutí zopakoval význam vzájemné důvěry mezi členskými státy pro systém založený Bruselskou úmluvou s odkazem na rozsudek *Gasser*. Následně uvedl, že opatření vydané soudem, které pod hrozbou pokuty brání straně sporu zahájit nebo pokračovat v řízení před cizím soudem, podkopává pravomoc tohoto cizího soudu. Jakékoli opatření zakazující straně sporu podat takovou žalobu musí být podle SDEU hodnoceno jako zásah do pravomoci cizího soudu, který je sám o sobě v rozporu s Bruselskou úmluvou. Takový zásah nemůže být odůvodněn tím, že pravomoc cizího soudu omezuje pouze nepřímou, a že jeho účelem je zabránit zneužívající procesní strategii jedné ze stran sporu. Posuzování otázky, zda je jednání žalovaného zneužívající, soudem, který vydal *anti-suit injunction*, nutně obnáší posouzení vhodnosti zahájení sporu před soudem jiného členského státu, což je podle SDEU v rozporu se zásadou vzájemné důvěry, která představuje základní pilíř Bruselské úmluvy, a která soudu zakazuje přezkoumávat pravomoc a příslušnost soudu jiného členského státu.²⁵⁵ Toto rozhodnutí lze zhodnotit tak, že zatímco v případě *Gasser* dostala zásada vzájemné důvěry přednost před úvahami založenými na možném vyvažování obecných nedostatků soudního

²⁵¹ C-116/02 *Gasser*, odst. 73.

²⁵² *Blobel, Spath*, pozn. 247, s. 533.

²⁵³ Case C-159/02, *Turner v Grovit* [2004] ECR I-3565.

²⁵⁴ Podrobněji k problematice *anti-suit injunctions* pojednává v tuzemské literatuře *Bělohávek A.* Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo: komentář. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2008, s. 312 a násl.

²⁵⁵ C-159/02 *Turner*, odst. 24-28.

systemu některého členského státu, případ *Turner* ukázal, že tato zásada převáží i nad úvahami o spravedlivém uspořádání určitého individuálního právního vztahu.²⁵⁶

Výše uvedená rozhodnutí ukazují, že SDEU přisuzuje zásadě vzájemné důvěry mezi členskými státy značnou důležitost a váhu, a že implikace této zásady nejsou ohraničeny pouze problematikou uznávání a výkonu rozhodnutí, jak by se mohlo na první pohled zdát, ale zahrnují celou oblast působnosti Nařízení Brusel I. Klíčovou otázkou z pohledu intra-unijních investičních arbitráží ovšem je, zda se tato zásada obdobným způsobem uplatní i mimo oblast působnosti tohoto nařízení. (resp. dalších unijních předpisů upravujících civilní řízení).

Odpověď na tuto otázku, alespoň prozatím, poskytuje rozsudek ve věci *West Tankers*.²⁵⁷ Rovněž v tomto případě anglický soud vydal *anti-suit injunction* zakazující jedné ze stran pokračovat v řízení před italským soudem. Podstatný rozdíl oproti případu *Turner* spočíval v tom, že mezi stranami sporu byla sjednána rozhodčí smlouva. Anglický soud vydal *anti-suit injunction* z toho důvodu, že zahájení řízení před italským soudem bylo podle jeho názoru v rozporu s rozhodčí smlouvou mezi stranami. Ačkoli inkompatibilita opatření typu *anti-suit injunction* s právem EU vyplývala již z předchozí judikatury, referující anglický soud v rámci žádosti o vydání rozhodnutí o předběžné otázce argumentoval, že v tomto případě se uvedená judikatura neuplatní, neboť rozhodčí řízení, včetně soudních řízení s rozhodčím řízením souvisejících, je z působnosti nařízení výslovně vyřazeno.

SDEU nejdříve potvrdil, že řízení před anglickým soudem, v němž byla vydána *anti-suit injunction*, skutečně nespadlo do působnosti Nařízení Brusel I. Soud ovšem pokračoval dál. I když totiž předmětné řízení samo o sobě do působnosti Nařízení Brusel I. nespadlo, mohlo mít podle soudu důsledky, které podkopávají efektivitu nařízení, zejména dosažení cílů sjednocení pravidel pro určování příslušnosti a volného pohybu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Tak tomu podle SDEU je i v případě, kdy řízení brání soudu jiného členského státu v tom, aby vykonal svou pravomoc podle Nařízení Brusel I. Podle SDEU bylo proto nutno posoudit, zda do působnosti Nařízení Brusel I. spadalo samotné řízení před italským soudem a pak posoudit, jaký měla na toto řízení vliv *anti-suit injunction* vydaná anglickým soudem. Poté co SDEU konstatoval, že řízení před italským soudem skutečně spadalo do působnosti Nařízení Brusel I., již podle očekávání dospěl k závěru, že *anti-suit injunction* vydaná anglickým soudem byla s nařízením v rozporu, mimo jiné proto, že kladení překážek tomu, aby soud jiného členského státu mohl vykonal svoji pravomoc, kterou mu nařízení svěřuje, odporuje vzájemné důvěře, kterou členské státy navzájem vkládají do svých právních a soudních systémů, a na níž je Nařízení Brusel I. založeno.

Ačkoli se to na první pohled může zdát poněkud paradoxní, logickým důsledkem rozhodnutí *West Tankers* pro intra-unijní investiční arbitráže by měl být ten, že tento mechanismus řešení sporů patrně nelze pokládat za inkompatibilní s právem EU z důvodu rozporu se zásadou vzájemné důvěry mezi členskými státy. Na jedné straně je pravdou, že SDEU v rozhodnutí *West Tankers* vymezil nepřímou působnost Nařízení Brusel I. velmi široce tak, aby jeho faktický dosah rozšířil i na opatření soudu členského státu, které bylo přijato v souvislosti s rozhodčím řízením. Důležité ovšem je, že SDEU vůbec považoval za nezbytné nějaké pojitko s Nařízením Brusel I. najít, jinak by rozpor mezi opatřením anglického soudu a právem EU zřejmě vzniknout nemohl. Z tohoto rozhodnutí lze prozatím dovodit, že zásada vzájemné důvěry mezi členskými státy, alespoň v podobě doposud formulované v judikatuře SDEU, sahá jen tam, kam až může dosáhnout působnost nařízení Brusel I., jakkoli široce konstruovaná. Nemůže být přitom

²⁵⁶ *Blobel, Spath*, pozn. 247, s. 533.

²⁵⁷ Case C-185/07, *Allianz SpA & Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.* [2009] ECR I-663.

žádných pochyb o tom, že investiční arbitráže do působnosti Nařízení Brusel I. nespadají. Rozhodčí řízení je z působnosti Nařízení Brusel I. výslovně vyňato na základě článku 1(2)(d), na čemž nic nezměnilo ani přijetí jeho revidované verze. Revidované Nařízení Brusel I. navíc ze své působnosti v článku 1(1) výslovně vylučuje odpovědnost státu za jednání a opominutí při výkonu státní moci. V případě investičních arbitráží lze vyloučit i případný nepřímý vliv na řízení před soudy členských států ve smyslu rozhodnutí *West Tankers* – investiční tribunály operují na jiné úrovni než vnitrostátní soudy, jejichž roli nenahrazují, ale představují vůči nim alternativu. Zahájení investiční arbitráže tedy zpravidla nemá vliv na pravomoc vnitrostátního soudu. Z tohoto pohledu se mimo jiné jeví být věcně správný závěr tribunálu ve věci *Eastern Sugar proti České republice*, který k námitce České republiky uvedl:

Skutečnost, že DPOI umožňuje arbitráže, není ani v rozporu se zásadou vzájemné důvěry mezi členskými státy. Arbitráž není v rozporu se vzájemnou důvěrou v soudní systémy států. Jak je obecně známo, Bruselské nařízení 2000, které nahradilo Bruselskou úmluvu, vylučuje rozhodčí řízení ze své působnosti.²⁵⁸

I přesto se ovšem jeví, že zásada vzájemné důvěry mezi členskými státy EU, byť v poněkud jiném smyslu, přesahuje rámec unijní úpravy civilního procesu a působí obecněji. Jak upozorňují Blobel a Spath, vzájemná důvěra v právní a regulační systémy členských států je široce uplatňovaným postulátem v různých oblastech práva EU. Vzájemnou důvěru lze například považovat za důležitý element zásady vzájemného uznávání, jejíž filozofii položil SDEU v rozsudku *Cassis de Dijon*.²⁵⁹ Zásada vzájemné důvěry je dále vůdčím principem v dalších oblastech zahrnutých do úpravy prostoru svobody, bezpečnosti a práva, která kromě justiční spolupráce v civilních věcech zahrnuje i politiku v oblasti hraničních kontrol, azylu a přistěhovalectví, jakož i justiční spolupráci v trestních věcech a policejní spolupráce.²⁶⁰ V závěrech Prezidia ze zasedání Evropské rady v Tampere v roce 1999, na němž byl přijat závazek k vytvoření společného prostoru svobody, bezpečnosti a práva, se Evropská rada přihlásila k zásadě vzájemného uznávání, která by dle jejího názoru měla být základním kamenem soudní spolupráce v rámci Unie jak v civilních, tak v trestních věcech, s tím, že tato zásada by se měla vztahovat na rozsudky a jiná rozhodnutí soudních orgánů.²⁶¹ SDEU o několik let později v jednom ze svých rozhodnutí dovodil, že členské státy mají vzájemnou důvěru ve své systémy trestního práva a trestního soudnictví, a že každý z nich uznává trestní právo platné v jiných členských státech, i když jeho aplikace vede k odlišným výsledkům, než kdyby se uplatnilo jejich vlastní vnitrostátní právo.²⁶² Projevy vzájemného uznávání a důvěry v této oblasti v rovině legislativní představují například rámcová rozhodnutí Evropské rady o evropském zatýkacím rozkazu,²⁶³ o evropském důkazním příkazu,²⁶⁴ a další rámcová rozhodnutí týkající se vzájemného uznávání rozhodnutí v trestních věcech.²⁶⁵

²⁵⁸ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, odst. 171.

²⁵⁹ *Blobel, Spath*, pozn. 247, s. 534

²⁶⁰ Oblasti justiční spolupráce v trestních věcech a policejní spolupráce, které vzhledem ke své citlivosti spadaly do třetího pilíře EU, byly Lisabonskou smlouvou integrovány do systematiky SFEU jako součást části třetí, hlavy V.

²⁶¹ Presidency Conclusions, Tampere European Council (15 and 16 October 1999), dostupné z: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00200-r1.en9.htm.

²⁶² Joined Cases C-187/01 and C-385/01, *Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge* [2003] ECR I-1345, odst. 33.

²⁶³ Rámcové rozhodnutí Rady 2002/584/SVV o evropském zatýkacím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy.

²⁶⁴ Rámcové rozhodnutí rady 2008/978/SVV o evropském důkazním příkazu k zajištění předmětů, listin a údajů pro účely řízení v trestních věcech.

²⁶⁵ Rámcové rozhodnutí Rady 2003/577/SVV o výkonu příkazů k zajištění majetku nebo důkazních prostředků v Evropské unii; Rámcové rozhodnutí rady 2005/214/SVV o uplatňování zásady vzájemného uznávání peněžitých trestů a pokut; Rámcové rozhodnutí rady 2006/783/SVV o uplatňování zásady vzájemného uznávání příkazů ke

Lze tedy souhlasit s tím, že zásada vzájemné důvěry, i když není výslovně vyjádřena v Zakládajících smlouvách, se při pokračujícím rozvoji spolupráce mezi členskými státy v justiční oblasti zřejmě stává jednou z obecných zásad práva EU, patrně jako určitá sub-kategorie zásady loajální spolupráce zakotvené v článku 4(3) SEU.²⁶⁶ Implikace této zásady v různých oblastech nelze vzhledem k dynamice tohoto vývoje dost dobře předvídat. Pokud jde o intra-unijní investiční arbitráže, při aktuálním stavu judikatury, zejména vzhledem k přílišné odlišnosti doposud judikatorně řešených otázek, nelze usuzovat, že by byl tento mechanismus řešení sporů v rozporu s právem EU z důvodu, že by odporoval zásadě vzájemné důvěry mezi členskými státy. Nicméně tuto otázku nelze pominout při hodnocení intra-unijních DPOI z pohledu právně politického (*policy perspective*). Této otázce bude věnována pozornost dále v části 5.5.3.

5.4.4 Závěr – jsou intra-unijní DPOI kompatibilní s právem EU?

Otázka kompatibility intra-unijních DPOI s právem EU je natolik komplikovaná, že dokud se k věci nevyjádří SDEU, bylo by předčasné v tomto ohledu činit konkluzivní závěry. Proto se jako užitečnější jeví spíše shrnout úvahy, jakými úvahami by se soudní dvůr při svém rozhodování mohl řídit.

Je zřejmé, že existence neúplné sítě dvoustranných intra-unijních DPOI zakládá rozdílné zacházení mezi investory z různých členských států. Judikatura SDEU ovšem v tomto ohledu zatím poskytuje poněkud rozporuplný obraz. Na jedné straně stojí série rozhodnutí, které výhodnější zacházení poskytované členskými státy na základě dvoustranných mezinárodních smluv pouze některým osobám považují za nedovolenou diskriminaci na základě státní příslušnosti. Na druhé straně SDEU ve vztahu k dvoustranným dohodám o zamezení dvojího zdanění opakovaně judikoval, že tyto mezinárodní smlouvy nedovolenou diskriminaci nezakládají, neboť výhodnější zacházení poskytované na jejich základě některým členským státem pouze příslušníkům určitého jiného členského státu je inherentním důsledkem těchto dohod, a přispívá k jejich celkové vyváženosti a vzájemnosti (*overall balance and reciprocity*). K vysvětlení poněkud nekonzistentního přístupu soudu byly v literatuře nabídnuto několik možných teorií: (i) zákaz diskriminace podle práva EU zahrnuje povinnost členských států poskytovat národní zacházení (*national treatment*), nikoli však zacházení podle nejvyšších výhod (*most favoured nation treatment*);²⁶⁷ (ii) SDEU uplatňuje v daňové oblasti odlišný (méně přísný přístup) než v jiných oblastech;²⁶⁸ nebo (iii) SDEU z hlediska diskriminace rozlišuje mezi „importními“ a „exportními situacemi – diskriminace je zakázána z exportní, nikoli však z importní perspektivy.²⁶⁹ Nelze vyloučit ani možnost, že soud bude vždy posuzovat příslušná ustanovení *inter se* mezinárodní smlouvy na *ad hoc* bázi. Z hlediska kompatibility intra-unijních DPOI tak bude patrně rozhodující, zda SDEU uplatní stejný přístup jako v rozsudku *D*, a bude považovat výhody, které poskytují investorům, zejména možnost zahájit investiční arbitráž proti členskému státu, za inherentní důsledek těchto dohod, který přispívá k jejich

konfiskaci.

²⁶⁶ *Blobel, Spath*, pozn. 247, s. 536.

²⁶⁷ To je otázka, která zaměstávala a pořád zaměstnává především daňovou komunitu. K uvedenému závěru dospěla část daňových expertů po vydání rozsudku *D*. Srov. např. diskusi v *De Groot*, pozn. 194. Srov. též *Dimopoulos*, pozn. 24, s. 80 a násl.

²⁶⁸ Např. *Van Thiel*, pozn. 194; *Kingston, S.* The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying Internal Market Law to Direct Tax Measures. Cambridge Yearbook of European Legal Studies. 2012, 9(1), s. 287-311.

²⁶⁹ *Wehland*, pozn. 1, s. 310 a násl.;

celkové vyváženosti a vzájemnosti. Pokud by bylo shledáno, že intra-unijní DPOI zakládají nedovolenou diskriminaci, za reálné a udržitelné řešení zřejmě nelze považovat automatické rozšíření výhod na všechny investory, a to zejména vzhledem ke specifickým mechanismům řešení sporů mezi investorem a státem.

Za velmi problematický aspekt intra-unijních DPOI je nutno považovat potenciální riziko, které intra-unijní investiční arbitráže představují pro autonomii práva EU a pro výlučné postavení SDEU při rozhodování sporů týkajících se práva EU. Série rozhodnutí SDEU poměrně jasně ukazuje, že rozhodování o otázkách práva EU na intra-unijní úrovni před jinými fóry, než jaké předpokládají Zakládající smlouvy, je z jeho pohledu nepřijatelné. Jen stěžejí zde zřejmě může obstát argument založený na ztotožňování investičních arbitráží s klasickým soukromým rozhodčím řízením (k tomu srov. část 2.4.5). Zatímco mechanismus řešení sporů z investic mezi členskými státy (*state-to-state dispute settlement*) lze za inkompatibilní s právem EU považovat s velkou pravděpodobností, u mechanismu řešení sporů mezi investorem a státem (*investor-to-state dispute settlement*) k tak jednoznačnému závěru dospět nelze, neboť situace doposud řešené v judikatuře SDEU se od investičních arbitráží přece jen v některých podstatných ohledech lišily. Určitá opatrnost je zde na místě především z toho důvodu, že konstatováním nepřijatelnosti intra-unijních investičních arbitráží by se SDEU dostal do otevřeného konfliktu s investičními tribunály a výrazně by prohloubil propast vznikající mezi právem EU a jinými odvětvími mezinárodního práva.

Konečně v současném stadiu vývoje práva EU patrně nelze mít za to, že by intra-unijní investiční arbitráže byly inkompatibilní s právem EU z důvodu rozporu se zásadou vzájemné důvěry mezi členskými státy. Tato zásada se uplatňuje především jako závazné vodítko při výkladu unijních předpisů v oblasti justiční spolupráce v civilních věcech, zejména Nařízení Brusel I., do jehož působnosti investiční arbitráže nespádají. Ačkoli se zásada vzájemné důvěry patrně zároveň formuje i v obecnější zásadu prostupující celým unijním právním řádem, ani v této podobě nejspíš inkompatibilitu investičních arbitráží s právem EU nezpůsobuje. Může nicméně hrát roli podpůrného argumentu v případech, že by inkompatibilita byla shledána z jiných důvodů.

5.5 JAK DÁL?

5.5.1 *Arbitráž Eureko/Achmea proti Slovensku a její dohra a řízení zahájená Komisí – příležitosti pro SDEU*

Otázku intra-unijních DPOI nelze považovat za vyřešenou ani jedenáct let poté, co vzhledem k rozšíření EU o státy z východní a střední Evropy došlo rozšíření počtu intra-unijních DPOI na téměř dvě stě, a osm let poté, co byl vydán pilotní arbitrážní nález ve věci *Eastern Sugar proti České republice*, který na tento problém jasně ukázal. Právní status intra-unijních DPOI zůstává nejasný, což jde především na újmu právní jistoty investorů, kteří nevědí, zda se na tyto dohody mohou spoléhat. Tento stav jde částečně na vrub Komise, která přes svůj otevřeně deklarovaný názor o inkompatibilitě intra-unijních DPOI s právem EU a různé proklamace a výzvy směrem k členským státům, vůči nim až příliš dlouhou dobu nepodnikla žádné právní kroky, které by směřovaly k objasnění statusu těchto dohod, a to konkrétně podáním žaloby na členské státy podle článku 258 SFEU. Zároveň tím umožnila, aby kurz v této otázce určily místo SDEU arbitrážní tribunály. To kontrastuje například s jejím přístupem v průběhu sporu mezi Irskem a Spojeným královstvím ve věci *MOX Plant*, kdy Komise podala na Irsko žalobu k SDEU v průběhu arbitrážního řízení, načež tribunál řízení přerušil do doby, než ve věci

rozhodl SDEU. O důvodech váhavého postoje Komise lze samozřejmě jen spekulovat, ovšem svou roli patrně sehrála citlivost otázky intra-unijních DPOI, jakož i soustředění hlavní pozornosti Komise především na položení základů vnější politiky v oblasti zahraničních investic poté, co Lisabonská smlouva svěřila Unii v této oblasti výslovnou pravomoc. Při formování nové politiky je Komise odkázána na spolupráci členských států zastoupených v Radě, a to jak pro přijímání prováděcích předpisů na vnitřní úrovni (zejména pokud jde o zakotvení přechodného režimu pro existující DPOI členských států s třetími zeměmi a o úpravu otázky rozdělení finanční odpovědnosti za porušení unijních DPOI mezi Unii a členské státy), tak pro získání mandátů pro sjednávání nových unijních DPOI s třetími zeměmi. Přílišným tlakem na ukončení intra-unijních DPOI by Komise riskovala nekooperativní přístup těch členských států, které si tyto dohody přejí ponechat v platnosti.

Dobrovolné konsenzuální ukončení platnosti všech existujících DPOI ze strany členských států, což bylo řešení předpokládané Komisí ve stanoviscích prezentovaných v rámci arbitráže *Eastern Sugar proti České republice*, není reálné. Dle dostupných informací, jediným členským státem, který v tomto směru vyvinul skutečnou iniciativu, byla Česká republika, která se na ostatní členské státy EU obrátila s návrhem na ukončení příslušných existujících DPOI na základě vzájemné dohody mezi smluvními stranami.²⁷⁰ Do dnešního dne se České republice podařilo takto sjednat ukončení platnosti šesti intra-unijních DPOI, a to s následujícími členskými státy: Dánsko, Estonsko, Irsko, Itálie, Malta a Slovinsko. Vzhledem k tomu, že ukončení platnosti zatím poslední z těchto DPOI (DPOI s Irskem) došlo ještě v roce 2011, lze dovodit, že další členské státy nemají o konsenzuální ukončení platnosti intra-unijních DPOI s Českou republikou zájem. Vzhledem k neochotě většiny členských států se jako nejpravděpodobnější scénář jeví, že poslední slovo v otázce intra-unijních DPOI bude mít SDEU, k čemuž se v aktuální době rýskují dvě možné cesty.

První cestu může představovat řízení o porušení práva EU podle článku 258 SFEU, které může zahájit Komise proti příslušným členským státům. Po dlouhých letech váhání se Komise k tomuto kroku odhodlala teprve v červnu 2015, kdy formálně vyzvala pět členských států (Rakousko, Nizozemsko, Rumunsko, Slovensko a Švédsko) k ukončení platnosti jejich intra-unijních DPOI.²⁷¹ Tato výzva je prvním krokem v řízení o porušení práva EU podle článku 258 SFEU.

Příležitost pro SDEU vyjádřit se k otázce intra-unijních DPOI se rýsuje v rámci řízení o předběžné otázce, a to ve sporu mezi společností Eureko (později přejmenovanou na Achmea) a Slovenskem. Slovensko aktuálně napadá nálezy vydané arbitrážním tribunálem před německými soudy.²⁷² Jelikož v daném případě šlo o *ad hoc* arbitráž podle Rozhodčích pravidel UNCITRAL se sídlem v Německu, přezkum vydaných nálezů ze strany vnitrostátních soudů je možný.²⁷³ Zároveň vzhledem k tomu, že sídlo arbitráže bylo v Německu, tedy v členském státě EU, jsou soudy v rámci přezkumu nálezů nuceny zabývat se možnými dopady práva EU na danou arbitráž. Žalobu Slovenska na zrušení mezitímního nálezu německý soud prvního stupně (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) rozsudkem ze dne 10. května 2012 zamítl. Proti tomuto rozhodnutí se Slovensko odvolalo k Nejvyššímu spolkovému soudu (Bundesgerichtshof). Nejvyšší spolkový soud dne 19. září 2013 vydal rozhodnutí, podle kterého se žaloba na zrušení mezitímního nálezu stala nepřipustnou, a to z důvodu, že v mezidobí došlo k vydání konečného

²⁷⁰ Blíže viz Fecák, pozn. 14, s. 255.

²⁷¹ *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*. Press release, 18. června 2015. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm

²⁷² Příslušná rozhodnutí německých soudů jsou dostupná z: <http://italaw.com/cases/417>

²⁷³ DPOI uzavřená mezi ČSFR a Nizozemskem neumožňuje arbitráže podle Úmluvy ICSID.

nálezu. Konečný nálezn v dané věci byl tribunálem vydán dne 7. prosince 2012 a Slovensko rovněž podalo návrh na jeho zrušení před německými soudy. Nejvyšší spolkový soud uvedl, že za této situace již nelze rozhodnout o zrušení mezitímního nálezu. Otázka, zda jsou intra-unijní DPOI kompatibilní s právem EU, tak bude moci být vyřešena až v rámci řízení o zrušení konečného nálezu.²⁷⁴ V řízení o zrušení konečného nálezu vydal Oberlandesgericht Frankfurt am Main dne 19. prosince 2014 rozsudek, kterým žalobu Slovenska zamítl.²⁷⁵ Slovensko se opět odvolalo k Nejvyššímu spolkovému soudu, který by se již tentokrát odvoláním měl zabývat věcně. Lze přitom očekávat, že v rámci rozhodování o odvolání položí předběžnou otázku SDEU, neboť jakožto soud poslední instance je k tomu povinen na základě článku 267 SFEU. Akademické a politické spory o souladu intra-unijních DPOI s právem EU a o jejich dalším osudu by se tak v nejbližších letech mohly dočkat svého konečného rozuzlení.

5.5.2 *Důsledky případné neslučitelnosti intra-unijních DPOI s právem EU*

Jelikož možnost, že by SDEU skutečně mohl shledat mezi intra-unijní DPOI s právem EU neslučitelné, lze hodnotit jako „nikoli nepravděpodobnou“, je namíste zabývat se otázkou, jaké důsledky by z takové inkompatibility plynuly.

Inkompatibilita *inter se* mezinárodní smlouvy s právem EU může být, přichází-li to v úvahu, odstraněna pozitivním opatřením. Například rozpor spočívající v diskriminaci na základě státní íslušnosti lze odstranit rozšířením výhod na ostatní subjekty. Inkompatibilitu mechanismu řešení sporů, který obchází výlučnou roli SDEU při interpretaci a aplikaci práva EU, lze alespoň v teoretické rovině odstranit tím, že bude příslušným rozhodovacím orgánům umožněno klást SDEU předběžné otázky. Jak ovšem bylo rozebíráno výše, v případě intra-unijních DPOI zřejmě ani jednu z uvedených možností nelze považovat za reálné a v praxi aplikovatelné řešení.

Nelze-li rozpory odstranit pozitivním způsobem, následkem je, že mezinárodní smlouva bude v rozsahu, v jakém je v rozporu s právem EU, mezi členskými státy neaplikovatelná.²⁷⁶ V tomto směru je z pohledu práva EU režim inkompatibilní mezinárodní smlouvy stejný, jako u inkompatibilních ustanovení vnitrostátního práva – je povinností členských států a jejich orgánů k ustanovením *inter se* mezinárodní smlouvy, která jsou v rozporu s právem EU, nepřihlížet, aniž by to mělo bez dalšího vliv na platnost příslušné smlouvy. U intra-unijních DPOI ovšem může být takový důsledek problematický, zejména z hlediska jeho prosazování. Vzhledem k tomu, že investiční arbitráže jsou zahajovány jednotlivci a vedeny arbitrážními tribunály, které jsou z povahy věci nezávislé na hostitelském státu, nemá příslušný stát zahájení řízení a jeho vedení ve své moci, kromě toho, že se může k jurisdikci tribunálu vyjadřovat jako účastník řízení. I kdyby SDEU rozhodl, že intra-unijní investiční arbitráže jsou v rozporu s právem EU a rozhodčí doložky v intra-unijních DPOI by z takového důvodu měly být neaplikovatelné, je otázkou, zda se arbitrážní tribunály budou cítit takovým rozhodnutím SDEU vázány, a jaké by z něj případně vyvodily důsledky, zejména vezmeme-li v úvahu dosavadní judikaturu tribunálů v intra-unijních investičních sporech.

²⁷⁴ Srov. Bert, P. German Federal Supreme Court: Procedural Order in Slovakia v. Eureko. 16. října 2013 [online], dostupné z: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/10/16/german-federal-supreme-court-procedural-order-in-slovakia-v-eureko/>

²⁷⁵ Slovensko prehralo ďalší súd o odškodné za zákaz zisku poisťovní. TREND, 24. prosince 2014 [online], dostupné z: <http://www.etrend.sk/ekonomika/slovensko-prehralo-dalsi-sud-o-odskodne-za-zakaz-zisku-poisťovni.html>

²⁷⁶ Srov. např. Case C-3/91, *Exportur SA v. LOR SA and Confiserie du Tech* [1992] ECR I-5529, odst. 8.

Neaplikovatelnost inkompatibilních ustanovení mezinárodní smlouvy ovšem není jediným důsledkem jejího rozporu s právem EU, neboť ze zásady nadřazenosti zároveň plyne, že členské státy jsou povinny, je-li to nezbytné, inkompatibilní pravidla vnitrostátního práva či *inter se* mezinárodních smluv zrušit či změnit.²⁷⁷ Pokud k nápravě nepostačuje jednostranné opatření ze strany jednoho členského státu, jsou členské státy povinny učinit společné kroky za účelem zajištění plného souladu s právem EU, a to na základě povinnosti k loajální spolupráci podle článku 4(3) SEU. Inkompatibilita intra-unijních DPOI s právem EU by tak nejspíš vedla k povinnosti členských států formálně ukončit platnost těchto dohod postupem podle mezinárodního práva.²⁷⁸

Řešení v podobě neaplikovatelnosti intra-unijních DPOI s sebou obnáší kromě obtíží s jeho prosazením i další problémy.

Za prvé, SDEU by se takovým rozhodnutím dostal do otevřeného konfliktu s investičními tribunály, které měly tu výhodu, že se k otázkám vztahu intra-unijních DPOI a práva EU mohly opakovaně vyjádřit jako první. Takový následek by byl vysoce nežádoucí, neboť by podryval autoritu jak práva EU, tak mezinárodního práva, a proto by se mu měl SDEU pokud možno vyhnout.

Za druhé, toto řešení bude z pohledu investora, který bude stranou příslušného sporu, považováno za krajně nespravedlivé. Pokud mezi členskými státy existují mezinárodní dohody, které jsou v rozporu s právem EU, lze to přičítat k tíži členských států, které tyto dohody uzavřely, a které doposud (až na malé výjimky) neučinily žádné náležité kroky k tomu, aby tyto rozpory odstranily. Pokud by tyto z pohledu mezinárodního práva formálně platné smlouvy měly být prohlášeny za neaplikovatelné, šlo by o řešení na újmu jednotlivců, tedy investorů, kteří se mohli v dobré víře spoléhat na to, že jim ochrana podle intra-unijní DPOI nebude odepřena. Alarmující nevyváženost takového řešení se naplno ukazuje v případech, kdy hostitelský členský stát používá v investičním sporu argument o neslučitelnosti intra-unijních DPOI s právem EU a uplatňuje jej jako obranu v investičním sporu proti individuálnímu investorovi – takový členský stát tedy v zásadě hodlá na úkor soukromé osoby těžít z protiprávního stavu, který sám vyvolal.

Tomuto zcela jistě nepříznivému důsledku by bylo možné čelit pomocí institutu *estoppel*, který právu EU není neznámý. Konkrétně se zde nabízí určitá analogie s judikaturou SDEU k problematice vertikálního přímého účinku směrnic. Jeden z důvodů, proč SDEU dovodil možnost přímého účinku směrnic, byl v rozsudku *Ratti* formulován následovně:

členský stát, který nepřijal opatření vyžadovaná směrnicí ve stanovené lhůtě, se nemůže ve vztazích vůči jednotlivcům spoléhat na své vlastní pochybení spočívající v nesplnění povinností uložených směrnicí.²⁷⁹

Obecněji řečeno, členské státy by neměly mít možnost těžít z toho, že nesplní své povinnosti podle práva EU.²⁸⁰ Filozofie přímého účinku směrnic vycházející z pravidla *estoppel* byla potvrzena dalším vývojem této doktríny, konkrétně tím, že SDEU vyloučil působení vertikálního přímého účinku opačným směrem – tj. stát se vůči jednotlivcům nemůže domáhat účinku směrnice, která ještě nebyla implementována.²⁸¹ Aplikace pravidla *estoppel* na intra-

²⁷⁷ De Witte, pozn. 48, s. 51.

²⁷⁸ Dimopoulos, pozn. 24, s. 92.

²⁷⁹ Case 148/78, *Criminal Proceedings against Tullio Ratti* [1979] ECR 1629, odst. 22.

²⁸⁰ Prechal, S. Remedies after Marshall. *Common Market Law Review*. 1990, 27(3), s. 453. Srov. též Craig, P., De Búrca, G. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2011, s. 193.

²⁸¹ Case 80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] ECR 3969. Srov. Prechal, pozn.

unijní investiční arbitráže by vyžadovala, aby SDEU zašel o několik kroků dál – totiž aby s ohledem na vyváženost vztahu mezi jednotlivcem a státem nepřiznal plný účinek právu EU a přiznal aplikační přednost inkompatibilní mezinárodní smlouvy uzavřené mezi členskými státy. Takové řešení, jakkoli může být z pohledu práva EU neuspokojivé, by pomohlo předejít několika problémům.

Pokud by tedy SDEU dospěl k závěru, že intra-unijní DPOI jsou v rozporu s právem EU, příkláněl bych se k řešení, které by sice vyžadovalo ze strany soudu značnou míru inovace, bylo by však vyváženější a v konečném důsledku by způsobilo menší újmu jak investorům, tak vztahu mezi právem EU a mezinárodním právem. Navrhované řešení spočívá na třech principech.

Za prvé, obecný rozpor intra-unijních DPOI s právem EU by nebyl důvodem ke zrušení vydaného arbitrážního nálezu. Pokud nález přímo svým obsahem neodporuje právu EU, nelze jej považovat za odporující unijnímu veřejnému pořádku ve smyslu rozhodnutí *Eco Swiss*. Případná diskriminace jiných investorů ani abstraktní konkurence s výlučnou pravomocí SDEU nemohou založit rozpor individuálního nálezu s veřejným pořádkem. Praktický dopad rozhodnutí, které by vedlo ke zrušení nálezu vnitrostátním soudem, by byl navíc rozporuplný, neboť pouze omezený okruh nálezů vydaných v investičních arbitrážích lze přezkoumávat v řízeních před soudy členských států.

Za druhé, rozpor intra-unijních DPOI a práva EU by nevedl k automatické neaplikovatelnosti rozhodčí doložky obsažené v těchto dohodách. Takový závěr by mohl být založen na argumentaci vycházející ze zásady *estoppel*, na nutnosti chránit právní jistotu a dobrou víru jednotlivců, eventuálně i na vzájemném respektu a zdvořilosti (*comity*), které by si mezinárodní rozhodovací orgány měly prokazovat. Je ovšem nutno zdůraznit, že takové řešení zatím nemá v judikatuře SDEU obdobu a v tuto chvíli lze s tímto návrhem pracovat jen v rovině akademických úvah.

Za třetí, členské státy by byly povinny neprodleně přijmout opatření k ukončení platnosti intra-unijních DPOI a vyloučit tak možnost vedení intra-unijních investičních arbitráží *pro futuro*. Takovou povinnost může SDEU členským státům uložit jen v řízení o porušení Zakládajících smluv (*infringement proceedings*), které by musela za tímto účelem zahájit Komise. I pokud by se SDEU ke kompatibilitě intra-unijních DPOI vyjadřoval v rámci řízení o předběžné otázce, mohl by odpovídající závěr do svého rozhodnutí zahrnout alespoň jako *obiter dictum*, neboť i v této formě by vyjádření soudu vzhledem k jeho autoritě pravděpodobně přimělo členské státy k příslušným změnám, nebo Komisi zahájit proti nespolupracujícím členským státům řízení podle článku 258 SFEU.

Zde prezentované navrhované řešení by tedy ve své podstatě podřídilo existující intra-unijní DPOI vzhledem k jejich specifikům obdobnému režimu, jakému podléhají inkompatibilní smlouvy členských států s třetími zeměmi uzavřené před vstupem členského státu do EU (*anterior treaties*) podle článku 351 SFEU.

5.5.3 Jsou intra-unijní DPOI vhodným nástrojem na ochranu unijních investorů?

Předchozí výklad této kapitoly se zabýval intra-unijními DPOI a jejich kompatibilitou s právem EU, jakož i některými souvisejícími otázkami. V rámci aktuálních diskusí o dalším osudu těchto

dohod by ovšem neměla zůstat stranou ani otázka, zda je další existence intra-unijních DPOI, bez ohledu na jejich kompatibilitu s právem EU, vůbec žádoucí.

Naprostá většina existujících intra-unijních DPOI byla uzavřena v průběhu 90. let 20. století v návaznosti na rozpad sovětského bloku a v souvislosti s přechodem post-komunistických zemí střední a východní Evropy na tržní hospodářství, tedy v době, kdy u těchto států existovaly pouze potenciální a poněkud vzdálené vyhlídky na budoucí vstup do EU. Uzavírání DPOI lze ze strany smluvních států v této době považovat za logický krok. Institucionální reformy v těchto státech představovaly běh na dlouhou trať a poskytnutí dodatečné mezinárodněprávní ochrany zahraničním investicím, zahrnující efektivní procesní mechanismus, představoval z pohledu zahraničních investorů alespoň částečnou kompenzaci slaběji vyvinutých právních a institucionálních systémů těchto států. V mezidobí se tyto post-komunistické státy staly členy EU. V souvislosti se svým vstupem musely podstoupit rozsáhlé reformy za účelem aproximace svých právních řádů s právem EU a za účelem splnění dalších podmínek členství. Investoři ze všech ostatních členských států nyní benefitují z ochrany, kterou jim poskytují pravidla vnitřního trhu. Právní rámec, v němž operují zahraniční investoři v nových členských státech, tedy nelze srovnávat s podmínkami „divokého kapitalizmu“ 90. let minulého století. Lze samozřejmě argumentovat, že pokud jde o vymožitelnost práva, úroveň veřejné správy, efektivitu soudnictví či míru korupce, faktické rozdíly mezi původními a některými novými členskými státy jsou stále značné, a intra-unijní DPOI tedy z tohoto pohledu zřejmě nelze, alespoň z pohledu investorů, považovat za zbytečné či překonané, o čemž ostatně svědčí pokračující zahajování sporů vůči novým členským státům ze strany investorů. Rovněž platí, že otázka, zda jsou intra-unijní DPOI vhodným nástrojem na ochranu unijních investorů, je především otázkou politické volby a politických preferencí. Nicméně z právního hlediska lze poukázat na několik problematických aspektů těchto dohod, které vyvolávají otázku, zda lze ochranu, kterou poskytují určitým unijním investorům v některých členských státech, považovat za legitimní.

Z hlediska legitimacy je zřejmě za nejpálčivější problém intra-unijních DPOI nutno považovat jejich selektivnost. Potenciál pro diskriminaci vzniká obecně u všech mezinárodních dohod uzavřených mezi členskými státy navzájem, které přiznávají práva a povinnosti jednotlivcům. Zatímco například u dohod o zamezení dvojího zdanění lze rozdílné zacházení zdůvodnit přetrvávající teritorialitou daňových systémů členských států, u intra-unijních DPOI se obdobný argument hledá obtížně. Intra-unijní DPOI vytvářejí na vnitřním trhu EU skupinu privilegovaných subjektů, požívajících širší hmotněprávní a procesní výhody, k nimž jiné subjekty nemají přístup. Problém legitimacy selektivní ochrany je dále umocněn skutečností, že ochrana je právnickým osobám přiznávána na základě značně umělého kritéria korporátní státní příslušnosti společného většině intra-unijních DPOI, kterým je ničím neomezený, a v judikatuře investičních tribunálů formalisticky vykládaný, test inkorporace. Výlučné spoléhání na kritérium inkorporace otevírá široký prostor pro vytváření účelových korporátních struktur, kterými mohou „ultimátní“ investoři ze zemí, které s cílovým státem nemají uzavřenou DPOI, nebo dokonce i státní příslušníci hostitelského státu, poměrně jednoduše a levně dosáhnout na mezinárodněprávní ochranu jejich investice a dosáhnout tak značné výhody oproti subjektům, které tyto techniky nevyužívají. Účelové korporátní plánování je v dnešních ekonomických realitách již naprostým standardem, ze strany států více či méně akceptovaným. To ovšem neznamená, že se jedná o praxi, která by měla být ze strany států podporována tím, že pro ni budou aktivně vytvářet podmínky, a subjekty, které jednájí tímto způsobem, „honorovat“ přiznáváním větších výhod.

Korporátní struktury jsou investory zpravidla vytvářeny z daňových účelů, nicméně i dosažení na mezinárodněprávní ochranu investice podle DPOI je buďto vítaným doplňkem, nebo může být i primárním účelem takové struktury, což například neopomínají zdůraznit ani poskytovatelé „offshore“ služeb v rámci nabízení svých produktů.²⁸² Pod „daňovými ráji“ si přitom nelze představovat pouze exotické ostrovy v Karibiku – do kategorie „bezpečných přístavů“ (*safe havens*) pro holdingové struktury, prostřednictvím kterých je kapitál směřován do cílových zemí, kde je vykonávána skutečná ekonomická aktivita, bývá řazeno i několik členských států EU. Prominentním příkladem je Nizozemsko, které kombinuje příznivý daňový režim s hustou sítí DPOI uzavřených s různými evropskými i mimoevropskými státy.²⁸³ Jak ukazují statistiky například ve vztahu k České republice, podíly některých zemí na oboustranných tocích přímých zahraničních investic zjevně převyšují výši, která by odpovídala intenzitě vzájemných ekonomických vztahů a velikosti příslušných ekonomik.²⁸⁴ Vysvětlení je zřejmé – některé z těchto zemí jsou využívány českými investory, jakož i investory z jiných zemí, ke zřízení korporátního mezičlánku (ve skutečnosti často představovaného jen poštovní schránkou) pro investice v České republice. Všechny takové investice jsou přitom chráněny příslušnými DPOI jako investice zahraničních investorů. S původním deklarovaným účelem DPOI, kterým je podpora toků investic mezi smluvními státy, má taková praxe jen málo společného. Nelze tedy než uzavřít, že rámci vnitřního trhu je v širokém měřítku s různými investory zacházeno různě, a to na základě kritérií, která lze jen stěží považovat za legitimní.²⁸⁵

²⁸² Ilustrativní je v tomto směru například výňatek z „PR“ sdělení uveřejněném jednou z takových společností pod názvem „Holdingové společnosti - také již využíváte Nizozemsko nebo Kypr?“:

„Jedním z hlavních důvodů, proč české firmy přecházejí na holdingové struktury se sídlem v zahraničí, je právě ochrana investic,“ říká Michal Friedberger, obchodní ředitel společnosti Akont, která se zabývá poradenstvím právě v oblasti zakládání firem v zahraničí. „Myslím, že to nesvědčí vůbec nic špatného o podnikatelích, kteří se takto rozhodnou. Spíše se jedná o špatnou vizitku státu, který funguje takovým způsobem, že podnikatele k těmto krokům v podstatě donutí,“ vysvětluje rozdíl mezi legálním podnikáním ze zahraničí a nelegálními transakcemi, při kterých zmizely během tunelování miliardy korun do zahraničí. Bezproblémovou legitimitu využití zahraniční holdingové společnosti potvrzuje také Rozhovor s náměstkyní ministra financí na téma zahraniční holdingy. Podle ing. Friedbergera české firmy zakládají nové mateřské společnosti například v Nizozemsku, které má velmi hustou síť smluv o ochraně investic. „Zatímco běžná česká a v Česku sídlící firma nemá proti zvlášť úředníkům téměř žádnou obranu, pokud jde o zahraničního investora, už se mluví o arbitrážích a tak podobně, když dojde na nějaký problém. Myslím, že není třeba vysvětlovat, jak rozdílné je tedy postavení českého a zahraničního podniku,“ vysvětluje Friedberger.

Dostupné z: <http://www.akont.cz/cz/187.holdingove-spolecnosti-take-jiz-vyuzivate-nizozemsko-nebo-kypr>

²⁸³ Podle statistik UNCTAD je Nizozemsko aktuálně stranou 96 dvoustranných DPOI. Lze zmínit, že na základě DPOI mezi Českou republikou a Nizozemskem byla doposud vedena drtivá většina investičních sporů proti České republice. Pro podrobnou analýzu nizozemských DPOI jako „brány pro treaty shopping“ viz *Knottnerus, R., Van Os, R. Dutch Bilateral Investment Treaties: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection by Multinational Companies. October 2011. Dostupné z: http://www.somo.nl/publications-en/Publication_3708/at_download/fullfile*

²⁸⁴ Podle statistik ČNB byla ke konci roku 2013 teritoriální struktura českých přímých investic v zahraničí následující: 1. Nizozemsko (41,9%), 2. Slovensko (14,5%), 3. Kypr (6,9%), 4. Rumunsko (6,3%), 5. Irsko (5,5%), 6. Jersey (3,4%), 7. Bulharsko (2,8%), 8. Německo (2,2%). Teritoriální struktura přímých zahraničních investic v České republice byla následující: 1. Nizozemsko (28,6%), 2. Rakousko (14,0%), 3. Německo (11,3%), 4. Lucembursko (6,1%), 5. Francie (5,7%), 6. Švýcarsko (5,0%), 7. Belgie (4,1%), 8. USA (3,7%). Vliv využívání offshore struktur na teritoriální strukturu přímých zahraničních investic je evidentní. Zdroj: Česká národní banka. Přímé zahraniční investice za rok 2013, dostupné z: https://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/statistika/platebni_bilance_stat/publikace_pb/pzi/PZI_2013_CZ.pdf

²⁸⁵ Sofistikovanější modely DPOI se tomuto jevu snaží předejít tím, že při určování státní příslušnosti investorů je kritérium inkorporace kumulativně doplněno o kritérium výkonu podstatných ekonomických aktivit na území domovského státu. To by bez dalšího vyloučilo offshore struktury zpod ochrany, což by byl vzhledem k ekonomickým realitám poněkud tvrdý důsledek. Takovému důsledku je zabráněno tím, že uvedené DPOI chrání investice nepřímě kontrolovány investory druhého smluvního státu, a tedy umožňují jít v korporátní struktuře výš až k subjektu, který má reálné, nikoli pouze fiktivní vazby se svým domovským státem. Pokud mezi tímto státem

Určitým měřítkem legitimacy může být i zásada vzájemné důvěry mezi členskými státy, o níž byla řeč v části 5.4.3. Skutečnost, že mezi právními a institucionálními systémy jednotlivých členských států nadále existují značné rozdíly, nelze zpochybňovat. Nicméně je velmi nejisté, zda tím správným „lékem“ na tyto rozdíly je právě investiční arbitráž, která ve své podstatě představuje zcela výjimečný a poněkud „hrubý“ mechanismus se všemi svými vrozenými vadami, o nichž jsou v posledních letech vedeny intenzivní diskuse, a který práva investora chrání tím, že mu umožní zcela obejít vnitrostátní soudní systém hostitelského státu a jako takový představuje projev hluboké nedůvěry vůči jeho vnitrostátním soudům. V podmínkách států s velmi těsnými ekonomickými vazbami investoři po tomto mechanismu přirozeně sahají mnohem častěji (jak ostatně ukazují nejen početné příklady intra-unijních investičních arbitráží, ale i arbitráží podle NAFTA vedených proti USA a Kanadě), čímž se z obcházení vnitrostátních soudů stává nikoli záležitost několika výjimečných případů, ale značně rozšířená praxe. Z pohledu vnímání existence vzájemné důvěry mezi členskými státy EU je tato skutečnost velmi problematická, i když nemusí vést přímo k neslučitelnosti investičních arbitráží s právem EU.

Dalším důvodem obav spojených s intra-unijními investičními arbitrážemi je jejich možný omezující vliv na legitimní regulatorní činnost států. Zde se zajisté nejedná o otázku, která by byla specifická jen pro intra-unijní DPOI. Nicméně zatímco na základě dosavadních informací se zdá, že například nové investiční dohody uzavírané mezi Unií a třetími zeměmi budou obsahovat řadu nových prvků a pojištěk právě za účelem adresování těchto obav, existující intra-unijní DPOI, které byly uzavírány převážně v 90. letech 20. století, jsou založeny na tvrdě pro-investorském evropském modelu, který svými vágně formulovanými nekvalifikovanými standardy ochrany ponechává vymezení prostoru pro legitimní regulaci ze strany států zcela v rukou arbitrážních tribunálů. Tento problém byl doposud velkou částí doktríny i řadou původních členských států EU značně podceňován. Intra-unijní DPOI byly většinou investory využívány jako hůl na nové členské státy, u nichž svádí jejich vysokou žalovanost snadno připsat na vrub méně vyvinutému právnímu a institucionálnímu systému. Nicméně ani původní členské státy nejsou vůči investičním arbitrážím imunní. To, že proti nim bylo doposud vedeno pouze minimum investičních sporů, není podle všeho ani tak důsledkem vyspělosti jejich právních řádů, jako spíše skutečnosti, že tyto státy neuzavřely téměř žádné DPOI, jejichž stranami by byly jiné vyspělé země. Jak názorně ukazuje příklad s uplatňováním NAFTA, pokud je investorům poskytnuta příležitost, jsou investičními arbitrážemi ohroženy i vyspělé státy.

V kontextu EU poskytuje potenciál pro takové spory zejména Dohoda k Energetické chartě. V Německu vyvolaly značné pozdvižení dva investiční spory podle ECT, které proti Německu zahájila švédská společnost Vattenfall. První spor, zahájený v roce 2009 před Střediskem (ICSID), se týkal restriktivních podmínek na úseku ochrany životního prostředí, uložených pro výstavbu a provozování uhelné elektrárny v Hamburku.²⁸⁶ Spor, který skončil v roce 2011 smírem podmíněným mj. vydáním nových povolení pro společnost Vattenfall, byl komentován jako „budíček“ pro německé právníky a politiky, který v Německu vyvolal intenzivní diskuse o vlivu mezinárodního investičního práva na regulační autonomii států, a to zejména ve vztahu k ochraně životního prostředí.²⁸⁷ V roce 2012 zahájila společnost Vattenfall u ICSID proti

a hostitelským státem existuje DPOI, která investora definuje tímto způsobem, příslušná investice spadá pod její ochranu.

²⁸⁶ Podrobnosti viz *Vattenfal v. Germany* (ICSID Case No. ARB/09/6), Request for Arbitration, 30 March 2009. Dostupné z: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0889.pdf>

²⁸⁷ *Vranes, E.* State Measures Protecting Against “Undesirable” Foreign Investment. Issues in EU and International

Německu další spor podle ECT, který se tentokrát týkal rozhodnutí Německa o postupné odstávce jaderných elektráren v zemi v návaznosti na havárii japonské elektrárny Fukušima.²⁸⁸ Spor doposud probíhá, přičemž je veden v naprosté důvěrnosti a procesní dokumenty nejsou veřejně dostupné. V obou uvedených případech byla napadána opatření, která zjevně sledovala veřejný zájem, a to ochranu životního prostředí a bezpečnost provozu jaderných elektráren, nikoli jednání zaměřené na způsobení újmy investorovi. I když samozřejmě nelze předjímat, jak by uvedené spory nakonec dopadly, resp. dopadnou, je zřejmé, že již samotné zahájení investičního sporu, resp. jeho hrozba, vyvíjí na hostitelský stát tlak, který může ovlivnit jeho politické rozhodování v citlivých otázkách.

Specifické otázky vznikly v souvislosti s dluhovou krizí Řecka, jehož osud hrozil a nadále hrozí i některým dalším státům Eurozóny. Konkrétně vyvstala otázka, zda majitelé řeckých dluhopisů mohou v investičních arbitrážích napadat způsob, jakým byl restrukturalizován řecký státní dluh, kdy byly jejich majitelům nabídnuty nové dluhopisy s nižší nominální hodnotou a úrokem a s delší splatností.²⁸⁹ Většina DPOI definuje investici natolik širokým způsobem, že za investice požívající ochranu bude možné považovat i státní dluhopisy jakožto druh portfoliové investice. Určitou „precedenční“ hodnotu má v tomto směru rozhodnutí ve věci *Abaclat proti Argentíně*.²⁹⁰ V tomto sporu cca 180.000 majitelů argentinských dluhopisů žaluje Argentinu podle argentinsko-italské DPOI, namítajíc že restrukturalizace argentinského státního dluhu v návaznosti na finanční krizi z počátku tohoto století představovala vůči nim nepřímé vyvlastnění a porušila standard řádného a spravedlivého zacházení. Ve věci byl v roce 2011 vydán jurisdikční nálezn, přičemž na konečné vyřešení sporu se stále čeká. Ve zmíněném nálezu tribunál potvrdil svou jurisdikci k rozhodnutí sporu s tím, že jednání Argentiny namítané žalobci by *prima facie* mohlo porušovat práva investorů podle příslušné DPOI, a spor tedy bude rozhodnut meritorně. Aniž bychom předjímalí finální výsledek sporu ve věci *Abaclat proti Argentíně* nebo případných sporů evropských investorů proti Řecku založených na podobném skutkovém a právním základě, k případné možnosti řešit spory související s restrukturalizací státního dluhu členských států v intra-unijních investičních arbitrážích lze uvést dvě poznámky.

Za prvé, již samotná možnost vedení takových sporů a ponechání řešení klíčových politických otázek tribunálům se jeví jako problematická. Hrozba takových sporů a jejich nejistý výsledek může podryvat úsilí institucí EU a členských států o restrukturalizaci státního dluhu, jejíž význam je v podmínkách měnové unie nanejvýš kritický. Na další problém upozorňuje D. Strik – majitelé státních dluhopisů, kteří neakceptují nabídku státu na jejich výměnu, jsou často hedgeové fondy, které tyto dluhopisy nakoupily na sekundárním trhu po vypuknutí krize za cenu nižší než je jejich nominální hodnota, a to za účelem spekulace. Pokud by tyto investoři prostřednictvím investičních arbitrází měli dosáhnout uspokojení svých nároků za výhodnějších podmínek, stala by se investiční arbitráž v rozporu se svým účelem fakticky zdrojem obohacení.²⁹¹ Rovněž by byl takový výsledek hrubě nespravedlivý vůči ostatním investorům, kteří se rozhodli nabídku státu akceptovat, nebo kteří nemají k arbitrážím přístup. V této souvislosti lze poznamenat, že některé sofistikovanější DPOI proto obsahují specifická

Law. Zeitschrift für öffentliches Recht. 67(4), s. 644.

²⁸⁸ *Vattenfal v. Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12). Bert, P. Atomic Arbitration: Vattenfall Challenges Germany's Nuclear Power Phase-Out in ICSID Arbitration. 5 června 2012 [online], dostupné z: <http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/06/atomic-arbitration-vattenfall-challenges-germanys-nuclear-power-phase-out-in-icsid-arbitrated/>

²⁸⁹ Podrobnosti viz *Glinavos, I. Investors vs. Greece: The Greek 'Haircut' and Investor Arbitration Under BIT's* (May 15, 2012). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2021137>.

²⁹⁰ *Abaclat v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011.

²⁹¹ *Strik, D. Investment Protection of Sovereign Debt and Its Implications on the Future of Investment Law in the EU*. Journal of International Arbitration. 2012, 29(2), s. 196-197.

ustanovení ohledně restrukturalizace státního dluhu, což ovšem není případ intra-unijních DPOI.²⁹²

Druhá poznámka souvisí s geografickým rozložením intra-unijních DPOI, které v tomto případě vede k paradoxním důsledkům. Řecko neuzavřelo DPOI s dalšími původními členskými státy, s výjimkou Německa. Naopak, Řecko je vázáno DPOI se všemi novými členskými státy, které do EU vstoupily od roku 2004, kromě Malty. Potenciální nároky související s restrukturalizací řeckého dluhu tak mohou v investičních arbitrážích uplatňovat právě investoři z nových členských států, které jindy v intra-unijních investičních sporech zpravidla stojí na straně žalované, a nikoli investoři ze západní Evropy, jichž se tato situace logicky týká více. V roce 2012 proběhla informace, že se nárok proti Řecku v investiční arbitráži chystala uplatnit i skupina německých investorů.²⁹³ Tato iniciativa ovšem nejspíš brzy ztroskotala na tom, že platná řecko-německá DPOI je staříčká dohoda z roku 1961, která ještě neobsahuje mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Jediný investiční spor vztahující se k restrukturalizaci řeckého státního dluhu tak představuje arbitráž, kterou v roce 2013 před ICSID zahájila slovenská finanční instituce Poštová banka a její kyperská mateřská společnost Istrokapital podle řecko-slovenské, resp. řecko-kyperské DPOI. Tribunál v nálezu vydaném v dubnu 2015 odmítl svou jurisdikci, neboť podle něj nákup dluhopisů Poštovou bankou nepředstavoval investici ve smyslu řecko-slovenské DPOI.²⁹⁴ Takový závěr tribunálu se ve světle předchozí judikatury jeví jako značně překvapivý. Tribunál k němu dospěl na základě obsáhlé textové analýzy definice investice v uvedené DPOI, která je podle jeho názoru užší než například definice v argentinsko-italské DPOI, na základě které založil svou jurisdikci tribunál ve věci *Abaclat proti Argentíně*, nebo definice ve venezuelsko-nizozemské DPOI, na základě které tribunál ve věci *Fedax proti Venezuele*²⁹⁵ za investici považoval směnku. Ponechme stranou úvahy o tom, nakolik je argumentace tribunálu přesvědčivá. V unijním kontextu je závěr ohledně řešení dluhové krize Řecka (a potenciálně dalších členských států, které balancují na hraně dluhové krize) takový, že investoři z původních členských států nebudou moci své případné nároky uplatňovat v investičních arbitrážích, neboť jejich investice nejsou chráněny žádnou DPOI, zatímco investoři z nových členských států potenciálně takové nároky uplatňovat mohou. Zda ovšem takové nároky budou připuštěny, závisí na nuancích definice investice v příslušné DPOI a na jejím výkladu ze strany tribunálu. Tento stav nelze charakterizovat jinak než jako naprosto nepředvídatelný (a to již ve fázi jurisdikce, natož v rovině meritorního posouzení sporů) a nesystémový.

Nápravu stávajícího značně pokřiveného stavu by bylo možné dosáhnout tak, že by byly existující intra-unijní DPOI nahrazeny jednotným mechanismem řešení sporů mezi investory a státy pro celou EU, který by byl přístupný všem investorům z členských států, který by zároveň garantoval respektování práva EU v investiční arbitráži.²⁹⁶ Ve své podstatě by to znamenalo vytvoření platformy pro řešení regulatorních sporů založené na principech rozhodčího řízení (která by ovšem z pohledu států byla obligatorní), přístupné pro široký okruh ekonomických

²⁹² Například vzorová DPOI Kanady z roku se dluhové nástroje emitované smluvním státem nebo státem vlastněným podnikem vůbec nepovažuje za investici. Aktuální návrh Komplexní hospodářské a obchodní dohody (CETA) EU a Kanadou se vydal jiným směrem. Podle příslušného ustanovení se mechanismus řešení sporů neuplatní na tzv. sjednanou restrukturalizaci státního dluhu, kterou se rozumí výměna dluhových nástrojů nebo jiný postup, s nímž souhlasí držitelé představujících alespoň 75% celkové dlužné jistiny z příslušných dluhových nástrojů, ledaže je namítáno porušení doložky národního zacházení nebo nejvyšších výhod.

²⁹³ Viz pozn. 2.

²⁹⁴ *Poštová banka v. Greece*, Award, 9 April 2015.

²⁹⁵ *Fedax v Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

²⁹⁶ O možnosti vytvoření specializovaného evropského investičního tribunálu hovoří například *Lavranos*, pozn. 13, s. 301.

subjektů, která by představovala alternativu vůči soudům. To by byl nepochybně hluboký a dalekosáhlý zásah do systému soudnictví v Evropě. Pomineme-li otázku kompatibility takového systému s právem EU (srov. situaci řešenou v *Posudku 1/09*), zřejmě jen těžko lze předpokládat, že takové řešení bude přijatelné nejen pro nové, ale i pro původní členské státy. Stojí za pozornost, že evroský komisař Hill v souvislosti s výzvou členským státům k ukončení platnosti jejich intra-unijních DPOI v červnu 2015 uvedl, že „*Komise je připravena zabývat se možností mechanismu rychlé a efektivní mediace (sic) investičních sporů*“.²⁹⁷

Konečně lze poukázat i na to, že byt' přesun vnější pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic z členských států na Unii nemá bezprostřední právní dopady dovnitř EU, pokračující existence intra-unijních DPOI je postavena do ještě bizarnějšího světla. Koexistence investičních dohod uzavíraných mezi EU a třetími státy a pokrývajících území celé EU a zároveň mezinárodních smluv se shodným předmětem uzavřených mezi některými jejími členskými státy se v dlouhodobém světle jeví jako neudržitelná. Zahnutím zahraničních investic do společné obchodní politiky se EU profiluje jako jednotný prostor pro zahraniční investice, kde se investiční aktivity řídí do značné míry sjednocenými pravidly. Pro selektivní a nesystémovou ochranu na základě existujících intra-unijních DPOI v takovém prostoru podle mého názoru není místo. Ukončení platnosti těchto dohod (ať již budou nahrazeny jednotným systémem na úrovni EU nebo ne) by tak bylo logickým důsledkem změn, které Lisabonská smlouva přinesla.

²⁹⁷ *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*. Press release, 18. června 2015. Dostupné z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm

VI. ZÁVĚR

Cílem této práce bylo především vrhnout více světla na komplikovanou a mnohovrstvou problematiku vztahu mezinárodních dohod o podpoře a ochraně investic a práva EU. Součástí tohoto cíle bylo nejen podat obecný přehled dosavadního vývoje a popis aktuálního stavu, ale i nabídnout podrobnou analýzu jednotlivých dílčích aspektů, o níž by bylo možné pokud možno přesvědčivě opřít jednotlivé závěry, k nimž jsem dospěl. Za posledních cca 5 až 10 let, kdy je rozebíraná problematika předmětem intenzivnějšího zájmu akademiků i praktiků, došlo k vyjasnění celé řady nejasných otázek. Množství otázek ovšem zůstává nadále nedořešených.

Nejvýznamnější průlom ve vztahu mezi právem EU a dohodami o ochraně investic pochopitelně znamenal vstup Lisabonské smlouvy v platnost. Ne zcela šťastná formulace článku 207 SFEU a některé další související problémy způsobily, že zpočátku byla odborná diskuse zahlcena především otázkou rozsahu výlučné vnější pravomoci Unie pro zahraniční investice. Tato otázka není uspokojivě dořešena dodnes. Omezení výslovné pravomoci na přímé zahraniční investice, nejasný význam důsledky působení článku 207(6) SFEU, jakož i různé interpretace článku 345 SFEU a s tím spojené diskuse ohledně pravomoci Unie zahrnovat do svých dohod úpravu vyvlastnění způsobují, že ohledně rozsahu vnější pravomoci Unie pro zahraniční investice nelze činit jednoznačné závěry. Tato otázka nebyla vyřešena dodnes, přičemž dlouho se zdálo, že Unie a členské státy se přikloní k pragmatickému řešení, kterým je uzavírání smíšených smluv. Komise se ovšem nakonec vydala jiným směrem a na jaře roku 2015 potvrdila, že požádá SDEU o posudek ohledně pravomoci Unie k uzavření FTA se Singapurem. Tuto iniciativu Komise lze uvítat – jedině SDEU může definitivně a uspokojivě vyřešit složitou otázku pravomoci Unie a vnést do vztahů mezi orgány Unie, členskými státy, ale i příslušnými třetími státy, více jasnosti a potřebnou právní jistotu.

Za teoreticky vyřešenou lze považovat otázku rozdělení odpovědnosti za porušení práv investora mezi Unii a členské státy. Nařízení č. 912/2014, které stanovuje rámec pro řešení finanční odpovědnosti, ačkoli je postaveno na vratkých teoretických základech, jak bylo argumentováno v této práci, představuje solidní základ pro řešení většiny praktických otázek spojených s vedením investičních sporů proti Unii, resp. proti jejím členským státům. V této souvislosti je zajímavé, že zatímco Komise na mezinárodní scéně ale i v souvislosti s řešením investičních sporů podle unijních dohod doslova dychtí po převzetí co nejširší mezinárodní odpovědnosti Unii, v rovině finanční odpovědnosti učinila rozhodujícím kritériem kritérium přičitatelnosti. To znamená, že Komise chce sama sjednávat mezinárodní investiční dohody s třetími zeměmi a, dokud nedošlo k zásahům do původního návrhu nařízení ze strany Rady, chtěla mít i rozhodující vliv na vedení investičních sporů, ale nechce, aby Unie nesla finanční následky porušení unijních dohod ze strany členských států. Ačkoli je tento její přístup pochopitelný, i to dobře ukazuje, jak významnou (a v době přípravných prací na Ústavě pro Evropu zjevně ne zcela domyšlenou) změnu představuje přesun vnější pravomoci v oblasti zahraničních investic z členských států na Unii. Podle finální verze nařízení budou zřejmě ve většině investičních sporů podle unijních investičních dohod na straně žalované vystupovat členské státy, nikoli Komise, a členské státy rovněž ve většině případů ponесou finanční důsledky prohraných arbitrází. Jak bude tato úprava fungovat v praxi, ukáže až čas.

Z pohledu vnější politiky EU je dnes nejžhavějším tématem obsahová stránka budoucích unijních investičních dohod, a to zejména otázky spojené s mechanismem řešení sporů mezi investorem a státem. Investiční arbitráže se v posledních letech stávají obětí svého vlastního úspěchu. Na jedné straně se pro investory staly zajímavým a efektivním nástrojem při

prosazování nároků či zájmů vůči hostitelským státům. Na druhé straně to pochopitelně přitáhlo i větší pozornost ze strany akademiků i států, kteří si čím dál tím více začínají uvědomovat jak reálné možnosti a dosahy tohoto systému, tak jeho nedostatky. Za jediný typický scénář investičního sporu již dnes nelze považovat případ, kdy investor z vyspělé země žaluje zemi třetího světa z důvodu zacházení, které evidentně vybočuje z mezí obecně akceptovatelných standardů. Jak ukazují četné případy arbitráží podle NAFTA, ale i některé nejnovější arbitráže vedené proti členským státům EU či jiným vyspělým státům jako je Austrálie, vůči investičním sporům nejsou imunní ani nejvyspělejší státy světa. V těchto sporech se meritorní stránka často posouvá do skutečně regulatorní sféry, a investiční tribunál tak ve výsledku posuzuje opatření hostitelského státu sledující racionální a legitimní politické cíle prizmatem takových měřítek, jako je řádné a spravedlivé zacházení či nepřímé vyvlastnění. To pochopitelně vede k otázce, zda je investiční arbitráž v její soudobé podobě, k jejímuž „vynalezení“ došlo v jiné době a v jiném kontextu, vůbec vhodným fórem k řešení tohoto typu sporů.

Jako jeden z reálných přínosů přesunu vnější pravomoci z členských států na Unii je nutno vnímat skutečnost, že tato změna otevřela dveře pro opravdovou a velmi potřebnou širokou veřejnou diskusi ohledně žádoucí podoby mezinárodněprávní ochrany investic. Již teď je jisté, že přesun vnější pravomoci na Unii nebude znamenat jen centralizaci uzavírání investičních dohod a rozhodování o jejich obsahu a zaměření na úrovni EU, ale v konečném důsledku zásadním způsobem ovlivní další směřování a podobu mezinárodního investičního práva. Jako takového. Expertně dojednané návrhy CETA s Kanadou a FTA se Singapurem obsahují řadu inovací, i když z velké části jsou inspirovány smluvními modely států NAFTA. Pod tlakem poměrně silného odporu proti TTIP Komise avizovala další novinky, z níž se jako nejambicióznější jeví plán Komise zavést odvolací mechanismus na kvazi-permanentní úrovni, jakož i její odhodlání vytvořit v delším horizontu stálý investiční soud, od něhož si slibuje větší legitimitu a konzistenci při rozhodování, než jakou mohou nabídnout arbitrážní tribunály zřizované na *ad hoc* bázi. Při pohledu na vášnivé spory uvnitř Unie, které sjednávání těchto dohod provázejí, se lze ptát, zda opravdu nebylo vhodnější tuto interní diskusi, která byla do značné míry vynucena tlakem veřejnosti, absolvovat ještě předtím, než byly dojednány texty CETA s Kanadou a FTA se Singapurem, o jejichž podobě bylo rozhodnuto za zavřenými dveřmi, a teď budou Parlamentu a Radě předloženy ke schválení jako hotový produkt. Z pohledu koherence politiky EU v oblasti zahraničních investic bude dost nešťastné, pokud se budou jednotlivé dohody uzavřené Unii navzájem v podstatných ohledech lišit (a to zejména v případech, kdy budou příslušnými smluvními stranami natolik podobné státy, jako jsou Kanada a USA). Myšlenku vytvořit vzorový text unijní investiční dohody Komise od počátku zavrhla. Politika EU v oblasti zahraničních investic se tak formuje za pochodu horkou jehlou a do interních debat v rámci EU jsou chtě-nechtě zatahovány i třetí země.

I když snahy o reformu stávajícího systému je na jedné straně nutno uvítat, na druhé straně je evidentní, že nové unijní investiční dohody nebudou z pohledu investorů tolik efektivní, jako DPOI doposud uzavírané členskými státy. Jen těžko lze v tuto chvíli odhadovat, jak se inovace promítnou do rozhodovací praxe tribunálů. Pokud by ovšem každé opatření hostitelského státu, které bude mít formální nálepkou regulace sledující legitimní politické cíle, mělo být vyňato z dosahu unijních dohod, taková ochrana investic by se stala do značné míry bezzubou a prakticky bezvýznamnou. Je trochu na škodu, že stejná pozornost, jaká je nyní věnována obsahové stránce unijních investičních dohod, nebyla věnována geografickému zaměření politiky EU. Unie poněkud bezhlavě zahájila jednání zahrnující investice s takovými státy jako je Kanada nebo USA (ale i Singapur), aniž by doposud kdokoli přesvědčivě zdůvodnil, proč je nutno ve vztazích mezi EU a právě těmito vyspělými státy investorům nutně poskytovat dodatečnou mezinárodněprávní ochranu spojenou s mechanismem řešení sporů, který má ze

své podstaty výjimečnou povahu, který obchází vnitrostátní soudy a který je v mnoha ohledech problematický. Výsledkem tak dost možná bude model, který bude adresovat mnoho nedostatků stávajícího systému, ale který bude natolik dbát na zájmy hostitelského státu, že bude v konečném důsledku pro investory nezajímavý. Dnes už je spíš jen k zamyšlení, zda se EU neměla radši zaměřit na takové země, kde evropským investorům hrozí skutečná rizika, kde vnitrostátní právní a institucionální systémy nefungují na akceptovatelné úrovni a kde je opravdu žádoucí zajistit investorům dodatečnou ochranu instrumenty mezinárodního práva, a pro vztahy s takovými zeměmi vytvořit model, který by zaručoval dostatečnou úroveň ochrany investorů, ale zároveň by byl férový vůči hostitelskému státu odstraněním některých nejkřiklavějších nedostatků tradičních dohod o ochraně investic. Ve vztazích mezi EU a jinými vyspělými státy by se strany naopak mohly spoléhat na vnitrostátní prostředky ochrany a nápravy. Tak tomu ostatně bylo i doposud, aniž by byly zaznamenány problémy s masovým porušováním práv evropských investorů například v USA nebo v Kanadě. Taková skromnější a pragmatičtější politika EU v oblasti zahraničních investic by dávala praktický smysl a nevyžadovala by revoluci v mezinárodním investičním právu, jaké jsme v těchto dnech svědky. Dnešní snahy Komise spíš budí dojem, že investiční arbitráž se stala cílem sama o sobě, aniž by byla zodpovědně zvažována její reálná potřeba a vyhodnoceny požadované výsledky.

Dohodám o ochraně investic, které uzavřely členské státy EU s třetími zeměmi před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost, zajistilo dlouhou životnost nařízení č. 1219/2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Jak bylo rozebráno na příslušných místech této práce, nařízení adresuje pouze rozpory těchto dohod s právem EU vyplývající z rozdělení vnějších pravomocí mezi Unii a členské státy. Naopak neřeší jiné, obsahové rozpory, jaké vyplývají například z neomezeného závazku členských států zajistit investorům volné převody plateb souvisejících s investicí, jejichž inkompatibilita s právem EU byla ze strany SDEU potvrzena v řízeních zahájených Komisí proti Rakousku, Švédsku a Finsku. Zda bude mít Komise někdy v budoucnu motivaci zahájit podobná řízení proti jiným členským státům je ovšem otázkou. Čas od času se mohou v praxi projevit i další potenciální obsahové rozpory těchto dohod s právem EU, jako tomu bylo například v řízení zahájeném Komisí proti Slovensku. V současné době ovšem zřetelně chybí jakákoli politická vůle ke zpochybnování statusu těchto dohod a Komise svou pozornost zaměřuje na jiné priority. Budoucnost rovněž ukáže, zda a za jakých podmínek Komise umožní členským státům uzavírat s některými třetími zeměmi nové DPOI na dvoustranné bázi, jak předpokládá nařízení.

Velké vášně i nadále budí a ještě nějakou dobu budit budou intra-unijní dohody o ochraně investic. Tyto dohody, které je nutno z dnešního pohledu považovat za relikty 90. let 20. století, jsou předmětem politických sporů i rozcházejících se právních analýz. Jakkoli poukazování na jejich inkompatibilitu s právem EU ze strany některých nových členských států je nepochybně především věcí litigační strategie, tato tvrzení mají svůj reálný právní základ. Intra-unijní DPOI především reálně diskriminují mezi investory z různých členských států a jejich existence navíc vybízí k masovému rozšíření negativních jevů jako je *treaty shopping*. Z pohledu práva EU může být problematické i ohrožení autonomie práva EU a výlučné jurisdikce SDEU, jakkoli by SDEU konstatováním jejich inkompatibility s právem EU z tohoto důvodu ještě více odchýlil od mezinárodního práva a dále by přispěl k prohloubení jeho fragmentace. Na dnešním nejistém stavu má svůj podíl i Komise, která se již od roku 2006 při různých příležitostech zasazovala o ukončení platnosti těchto dohod, ovšem i přesto, že již několik let je zcela evidentní, že většina členských států k tomuto kroku nepřistoupí dobrovolně, podnikla v tomto směru reálné právní kroky až v červnu 2015, kdy k ukončení jejich platnosti vyzvala pět členských států. Svým otálením poskytla prostor k tomu, aby kurz v této otázce nastavily arbitrážní tribunály. Není

velkým překvapením, že ty považují intra-unijní DPOI za platné a použitelné mezinárodní smlouvy. Pokud tedy SDEU nakonec rozhodne, že tyto dohody jsou s právem EU inkompatibilní, což je výsledek nikoli nepravděpodobný, dostane se tím do přímé konfrontace s arbitrážními tribunály, které se k této otázce již vyjádřili jinak. Není potřeba zdůrazňovat, že takový výsledek je z pohledu mezinárodního práva, jakož i z pohledu institucionálních vztahů mezi různými mezinárodními rozhodovacími orgány, velmi nežádoucí. Tato práce se proto přimlouvá alespoň za takové řešení, které by nebylo na újmu investorů a nezpůsobilo by příliš tvrdý střet mezi SDEU a arbitrážními tribunály. Podle tohoto řešení by inkompatibilní intra-unijní DPOI by byly až do ukončení jejich platnosti aplikovatelné (i z pohledu práva EU), ovšem povinností členských států by bylo jejich platnost co nejdříve ukončit. Pro toto řešení hovoří i fakt, že v opačném případě by z inkompatibility těžily žalované členské státy, které tento stav fakticky způsobily a nadále jej udržují. K jakým závěrům ovšem nakonec dospěje SDEU, ukážou až nejbližší roky.

Spory ohledně kompatibility a aplikovatelnosti intra-unijních DPOI otevírají i otázku dalšího osudu Dohody k Energetické chartě, která má významnou intra-unijní dimenzi. ECT se oproti intra-unijním DPOI členských států vyznačuje řadou specifik, nicméně některé argumenty, které Komise používá vůči dvoustranným dohodám členských států, lze vztáhnout i na ní. Další osud ECT je politicky ještě mnohem citlivější otázkou a Komise na ukončení této dohody či na vyslovení její inkompatibility s právem EU nemůže mít žádný zájem. Tomu uzpůsobila i svou argumentaci v dosavadních intra-unijních sporech podle ECT, kde na rozdíl od sporů podle dvoustranných intra-unijních DPOI netvrdila, že ECT je inkompatibilní s právem EU a brojila pouze proti jurisdikci tribunálu posuzovat taková opatření členského státu, která mají původ v požadavcích práva EU. Ačkoli tribunály navzdory námitkám Komise aplikovaly ECT i v těchto případech, lze připomenout nálezn ve věci *Electrabel proti Maďarsku*, který právu EU přiznal v rámci systému ECT za použití historické interpretace výsadní postavení a dospěl až ke koncepci presumpce souladu opatření orgánů Unie s ECT. Jakkoli jeho analýza nemusí být z pohledu mezinárodního práva příliš přesvědčivá, jeho rozhodnutí se jeví jako velmi prozíravé, neboť položilo solidní základy pro souladnou koexistenci ECT s právem EU pro další roky. Zůstává tedy otázkou, zda tuto argumentaci budou následovat i další tribunály.

SHRNUTÍ

Vztah mezinárodních dohod o podpoře a ochraně investic (DPOI) a práva EU si v posledních letech vysloužil zvýšenou pozornost akademiků, praktiků i osob podílejících se na tvorbě politiky EU a jejích členských států. Tento vztah je velmi komplikovaný a mnohovrstvý. Předkládaná práce si klade za cíl podrobit různé aspekty tohoto vztahu důkladné a pokud možno úplné analýze.

Ačkoli členské státy EU uzavíraly DPOI s jinými zeměmi již několik desetiletí, otázky interakce těchto dohod s právem EU se dostaly do širšího povědomí až relativně nedávno. V tomto vývoji lze identifikovat dva hlavní milníky. Prvním z nich bylo velké rozšíření EU v roce 2004, v rámci kterého se členskými státy stalo i 8 bývalých komunistických států střední a východní Evropy. Tyto státy v 90. letech 20. století uzavřely velký počet dvoustranných dohod o podpoře a ochraně investic s původními členskými státy EU, jakož i mezi sebou navzájem. S tímto rozšířením EU prudce vzrostl počet tzv. intra-unijních DPOI, které byly a nadále jsou základem mnoha investičních arbitrází proti těmto novým členským státům. Druhým milníkem byl vstup Lisabonské smlouvy v platnost v roce 2009. Na základě Lisabonské smlouvy Unie získala výlučnou vnější pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic, které se staly součástí společné obchodní politiky. Rozebíraná problematika se tak v současnosti rozpadá do tří základních větví: nová politika EU v oblasti zahraničních investic a investiční dohody, které na základě této pravomoci bude uzavírat Unie, dále otázka statusu existujících DPOI mezi členskými státy a třetími zeměmi a konečně problematika intra-unijních DPOI.

Z výše uvedeného členění vychází i tato práce. Po krátkém úvodu do problematiky (kapitola I.) kapitola II. podává stručný přehled typické úpravy mezinárodních dohod o ochraně investic a následně o něco podrobnější rozbor úpravy investic v právu EU. Účelem je jednak umožnit srovnání těchto dvou úprav a zároveň vytvořit základ pro specifickou analýzu jednotlivých otázek v dalších kapitolách. Jak vyplývá z analýzy provedené v této části, byť mají DPOI a právní úprava investic v právu EU některé společné rysy, v konkrétním přístupu a v možnostech, jaké poskytují individuálním investorům, se liší. Zatímco DPOI jsou zaměřeny především na ochranu majetkových hodnot a předmětem jejich zájmu je zacházení hostitelského státu s konkrétním investorem, právo EU je lépe vybaveno k odbourávání systematických překážek volného pohybu výrobních faktorů (včetně investic spočívajících v pohybu kapitálu či ve výkonu svobody usazení) a otevřené či skryté diskriminace. Být tedy oba systémy mohou na některé faktické situace dopadat zároveň, vzhledem k odlišnostem je nelze považovat za zcela srovnatelné.

Kapitola III. je věnována investičním dohodám uzavíraným Unií. Být na základě Lisabonské smlouvy došlo k přesunu vnější pravomoci pro přímé zahraniční investice na Unii, ohledně přesného rozsahu pravomoci Unie panuje nejistota a není jasné ani to, zda je Unie oprávněna uzavírat investiční dohody zahrnující všechny formy investic a všechny standardy jejich ochrany samostatně, nebo bude k uzavírání těchto dohod nezbytná i účast členských států a tyto dohody budou muset být uzavírány jako smíšené. Spornými jsou zejména otázky, zda je vnější pravomoc Unie omezena na investice přímé, nebo zahrnuje i investice portfoliové, zda je vnější pravomoc Unie nějakým způsobem omezena ne příliš jasně formulovaným článkem 207 odst. 6 SFEU a zda může Unie s ohledem na článek 345 SFEU do svých dohod zahrnovat i úpravu vyvlastnění. Odpovědi na tyto otázky zřejmě v dohledné době poskytne SDEU, neboť Komise jej požádala o vydání posudku ohledně pravomoci Unie k uzavření Dohody o volném obchodu se Singapurem. V této kapitole je rovněž rozebírána problematika rozdělení odpovědnosti za

porušení práv investorů z unijních investičních dohod mezi Unii a členské státy a otázky týkající se vedení investičních sporů. Tyto otázky se dočkaly značného vyjasnění přijetím nařízení č. 912/2014, 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. V rámci této části jsou přiblíženy i aktuální diskuse ohledně budoucí podoby politiky EU v oblasti zahraničních investic. Již teď je zřejmé, že investiční dohody uzavírané Uníí se budou po obsahové stránce od DPOI, které předtím uzavíraly členské státy, značně lišit.

Kapitola IV. pojednává o existujících DPOI uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi. Tyto dohody byly předmětem několika rozhodnutí SDEU, která se zabývala jejich dílčími rozporů s právem EU. Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost se tyto dohody dostaly do rozporu s výlučnou vnější pravomocí EU pro přímé zahraniční investice. Urychlené ukončení jejich platnosti by ovšem nebylo žádoucí pro žádnou ze zúčastněných stran. Tyto dohody proto byly podrobeny přechodnému režimu na základě nařízení č. 1219/2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Nařízení předpokládá, že existující DPOI zůstanou v platnosti až do doby, než budou nahrazeny investičními dohodami, které s příslušnými třetími zeměmi uzavře Unie.

Poněkud odlišné otázky jsou spojené s intra-unijními DPOI, které jsou předmětem analýzy kapitoly V. Tyto dohody byly a nadále jsou základem mnoha investičních arbitráží proti novým členským státům. Je zjevné, že Komise a různé členské státy mají na pokračující existenci těchto dohod odlišné názory. Situaci komplikuje i fakt, že v důsledku odlišného institucionálního základu mohou arbitrážní tribunály na tyto dohody hledět poněkud jinou optikou, než jakou na ně bude hledět SDEU. Zatím všechny tribunály, které byly konfrontovány s námitkami týkajícími se inkompability intra-unijních DPOI s právem EU, tyto dohody považovaly za platné a použitelné mezinárodní smlouvy. Je ovšem dost dobře možné, že pokud bude stejnou otázku posuzovat SDEU, výsledek bude jiný. Z pohledu práva EU mohou být intra-unijní DPOI problematické z toho důvodu, že zakládají rozdílné zacházení s investory z různých členských států a mohou se tak dostat do rozporu se zákazem diskriminace, a též z důvodu možného ohrožení autonomie práva EU v důsledku jurisdikce arbitrážních tribunálů k rozhodování sporů zahrnujících otázky práva EU. Jelikož dosažení shody mezi členskými státy na ukončení platnosti intra-unijních DPOI zřejmě nebude možné, je pravděpodobné, že o jejich budoucím osudu rozhodne SDEU, který k tomu podle všeho dostane příležitost již v dohledné době.

SUMMARY

The relationship between international investment agreements and EU law has attracted increased attention of academics, practitioners as well as EU and its member states' policymakers in past few years. This relationship is overly complex and multi-layered. The purpose of the presented thesis is to bring a detailed and, as far as possible, comprehensive analysis of this relationship.

Although EU member states have been concluding bilateral investment treaties (BITs) with other countries for decades, various interactions of these agreements with EU law have drawn more attention only recently. Two important milestones can be identified in this process. The first milestone was the 2004 enlargement and accession of 8 former communist countries to the EU. These countries concluded vast number of BITs with original EU member states as well as with each other in '90s. With the enlargement the number of so called intra-EU BITs rose dramatically. These agreement have formed basis for many investment arbitrations against the new member states. The second milestone was the Treaty of Lisbon entering into force in 2009. Under the Lisbon Treaty the Union acquired exclusive external competence for foreign direct investment, which was explicitly included in the provisions of TFEU on common commercial policy. The issues dealt with in this thesis can be thus divided in three basic categories: the new EU investment policy and investment agreements to be concluded by the EU, the status of existing BITs concluded between EU member states and third countries and, lastly, the issue of intra-EU BITs.

The above-mentioned basic categorization is also reflected in the thesis. After a short introduction (Chapter I.), Chapter II. briefly summarizes typical content of BITs and other international investment agreements, which is followed by more detailed analysis of EU law rules concerning investment. These parts allow comparison of both sets of rules in the subsequent part and also form basic framework for more specific analysis in following chapters. As the comparative analysis of this part shows, even though the BITs and EU law rules have some common features, they are different in their approach and in possibilities available for individual investors. While BITs are predominantly aimed at protection of private assets and their primary focus is treatment accorded by the host states to individual investors, EU law is better equipped for elimination of systemic restrictions of free movement of factors of production (including investment in form of capital movements or as exercise of freedom of establishment) and direct or indirect discrimination. Even though both systems may apply to some factual settings at the same time, it cannot be said that the two systems are fully comparable.

Chapter III. deals with investment agreements concluded by the EU. The Lisbon Treaty shifted the competence for foreign direct investment from member states the EU. However, the exact scope of the EU's external competence remains uncertain and it is not clear beyond doubt whether the Union alone is competent to conclude full scaled investment agreements, applicable to all kinds of investment and including all standards of treatments, or joint participation of member states is still necessary and the future EU investment agreement will have to be concluded as mixed agreements. There is lack of consensus especially as regards question whether the scope of the EU's competence is limited to foreign direct investment only or extends also to portfolio investment, whether any sort of limitation can be inferred from ambiguously drafted Article 207 para. 6 TFEU and whether Article 345 TFEU limits the EU's competence to externally negotiate and adopt rules concerning expropriation. The answers to

these questions will be probably given by the CJEU in foreseeable future as the Commission has requested its opinion on competence of the EU to enter into the Free Trade Agreement with Singapore. This Chapter also deals with issues of responsibility for breaches of the EU investment agreements and its allocation between the Union and its member states, as well as with related procedural questions. These issues have been to a large extent clarified with adoption of Regulation no. 912/2014 establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party. Finally, this Chapter also brings an overview of recent discussions on future shape of the EU investment policy. Although the discussions are still in progress, it is already apparent that the EU investment agreements will differ substantially from BITs which were previously concluded by its member states.

The status of existing BITs concluded between EU member states and third countries is analyzed in Chapter IV. Partial incompatibilities of these agreements with EU law have been challenged in couple of proceedings before the CJEU. After the Lisbon Treaty entered into force, these agreements as such became incompatible with the new EU's exclusive competence for foreign direct investment. Immediate termination of these agreements was however not desirable for any of the parties concerned. Regulation no. 1219/2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries therefore introduced transitional (grandfathering) regime for these agreements allowing their continued existence until they are replaced by new investment agreements concluded between the EU and the respective third country.

Different sort of questions arises with respect to intra-EU BITs, which are analyzed in Chapter V. These agreements have formed basis for many investment arbitrations against the new EU member states. It has become apparent that the views of the Commission and of various member states on their continued existence differ substantially. The situation is further complicated by the fact that the investment tribunals may see intra-EU BITs through different lenses than CJEU due to their different institutional basis. So far all investment tribunals being confronted with EU law-based objections have upheld their jurisdiction and have considered intra-EU BITs to be fully valid and applicable international agreements. It is however very well possible that in case that the same questions appear before the CJEU, the outcome will be different. From the EU law perspective, potential problems with intra EU BITs arise due to differential treatment which is accorded to various EU investors, therefore potentially infringing the non-discrimination. The jurisdiction of investment tribunals to decide disputes involving EU law questions also poses potential threat to autonomy of EU law. As it cannot be expected that the member states will reach consensus on termination of existing intra-EU BITs, the fate of these agreements is probably in hands of the CJEU. The latest developments indicate that the CJEU will be given opportunity to rule on intra-EU BITs in foreseeable future.

PŘEHLED LITERATURY

Knížní publikace

- ARNULL, Anthony a WINCOTT, Daniel (eds.). *Accountability and Legitimacy in the European Union*. New York: Oxford University Press, 2002, xix, 537 p. ISBN 01-992-5710-8.
- BALCHIN, Claire, CHUNG, Liz Kyo-Hwa, KAUSHAL, Asha a WAIBEL, Michael (eds.). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Frederick, MD: Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, 2010, liv, 614 p. ISBN 90-411-3202-3.
- BARNARD, Catherine. *The Substantive Law of the EU: the four freedoms*. Fourth edition. Hampshire: Oxford University Press, 2013, xciii, 704 pages. ISBN 978-0-19-967076-5.
- BARNARD, Catherine a SCOTT, Joanne (eds.). *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*. Portland, Or.: Hart Pub., 2002, xxxix, 414 p. ISBN 18-411-3344-2.
- BARTELS, Lorand a ORTINO Federico (eds.). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. New York: Oxford University Press, 2006, xxxiv, 604 p. International economic law series (Oxford, England). ISBN 0199207003.
- BEGIĆ, Taida. *Applicable law in International Investment Disputes*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2005, xv, 251 s. ISBN 90-775-9612-7.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011, xxii, 425 p. ISBN 80-740-0392-2.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vyd. V Praze: C.H. Beck, 2010, xxiv, 388 s. Beckova edice právo a hospodářství. ISBN 978-80-7400-345-5.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo: komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2008, cviii, s. 1277-2190 s. ISBN 978-80-7400-096-6.
- BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet a RIPLEY, Stefanie (eds.). *EU Law after Lisbon*. New York: Oxford University Press, 2012, xxxiii, 436 p. ISBN 01-996-4432-2.
- BUNGENBERG, Marc a GRIEBEL, Jörn (eds.). *International Investment Law and EU law*. Heidelberg: Springer, 2011. ISBN 978-364-2148-545.
- CANNIZZARO, Enzo, PALCHETTI, Paolo a WESSEL, Ramses A. (eds.). *International Law as Law of the European Union*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, x, 418 p. ISBN 978-900-4188-570.
- CRAIG, Paul a DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 5th ed. New York: Oxford University Press, c2011, clvii, 1155 p. ISBN 978-019-9576-999.

- CRAIG, Paul a DE BÚRCA, Gráinne (eds.). *The Evolution of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, lxvi, 917 p. ISBN 978-019-9592-968.
- CREMONA, Marise a DE WITTE, Bruno (eds.). *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*. Portland, Or.: Hart, c2008, xv, 324 p. ISBN 18-411-3757-X.
- ČEPELKA, Čestmír. *Právo mezinárodních smluv: Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) – s komentářem*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 1999, 202 s. ISBN 80-718-4970-7.
- ČEPELKA, Čestmír a ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2008, xli, 840 s. Právnické učebnice (C.H. Beck). ISBN 978-807-1797-289.
- DASHWOOD, Alan a HILLION, Christophe (eds.). *The General Law of E.C. External Relations*. London: Sweet & Maxwell, 1997. ISBN 978-042-1590-700.
- DASHWOOD, Alan a MARESCEAU, Marc (eds.). *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*. 1st paperback ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-052-1182-553.
- DE BÚRCA, Gráinne a SCOTT, Joanne (eds.). *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?* Portland, Or.: Hart Pub., 2000, xxviii, 372 p. ISBN 18-411-3103-2.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. *Forum Shopping in the European Judicial Area*. Portland, OR: Hart Pub, 2007, xiv, 242 p. ISBN 978-184-1137-834.
- DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2011, xxxviii, 375 p. ISBN 01-996-9860-0.
- DOLZER, Rudolf a SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Second edition. CPI Group (UK) Ltd.: Oxford University Press, 2012, xxxvi, 417 pages. ISBN 978-019-9651-801.
- DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press, 2009, lxvii, 616 p. ISBN 05-218-5567-5.
- DÖRR, Oliver a SCHMALENBACH, Kirsten (eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. New York: Springer, c2012, liv, 1423 p. ISBN 978-364-2192-913.
- EECKHOUT, Piet. *EU External Relations Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, xlix, 572 p. ISBN 978-019-9606-634.
- FITZMAURICE, Malgosia, ELIAS, Olufemi a MERKOURIS, Panos (eds.). *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*. Boston, Mass.: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, xiii, 382 p. Queen Mary studies in international law, v. 1. ISBN 90-041-8104-0.
- GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, c1999, xxxiii, 1280 p. ISBN 90-411-1025-9.
- GRILLER, Stefan a ZILLER, Jacques (eds.). *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional treaty?* 1st ed. New York, NY: SpringerWienNewYork, 2008, p. cm. ISBN 978-321-1094-280.

- HILLION, Christophe a KOUTRAKOS, Panos (eds.). *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*. Portland, Or.: Hart, 2010, xxi, 396 p. Modern studies in European law, v. 21. ISBN 18-411-3954-8.
- HINDELANG, Steffen. *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*. New York: Oxford University Press, 2009, xlvi, 399 p. ISBN 01-995-7265-8.
- HOLDGAARD, Rass. *External Relations Law of the European Community: Legal Reasoning and Legal Discourses*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, xvi, 504 p. ISBN 90-411-2604-X.
- KLABBERS, Jan. *Treaty Conflict and the European Union*. New York: Cambridge University Press, 2009, xxiv, 260 p. ISBN 05-217-2884-3.
- KMEC, Jiří, KOSAŘ, David, KRATOCHVÍL, Jan a BOBEK, Michal. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2012, xxvii, 1660 s. Velké komentáře. ISBN 978-807-4003-653.
- Kolektiv. *Od kodifikace mezinárodního práva k jeho fragmentaci: akta z II. Česko-slovenského mezinárodněprávního symposia : (Třešť, 3.-4.10.2008)*. Beroun: Česká společnost pro mezinárodní právo v nakl. IFEC, 2009, 243 s. ISBN 978-809-0420-915.
- KOUTRAKOS, Panos. *EU International Relations Law*. Portland, Or.: Hart, 2006, lxxiv, 542 p. ISBN 978-184-1133-119.
- KOUTRAKOS, Panos (ed.). *European Foreign Policy: Legal and Political Perspectives*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2011, ix, 298 p. ISBN 978-184-9804-097.
- MAGNUS, Ulrich, MANKOWSKI, Peter, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis a BLAKELEY, John. *Brussels I Regulation*. München: Sellier European Law Publishers, c2007, xxvii, 852 p. ISBN 978-393-5808-323.
- MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům*. 6., upr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2014, 499 s. ISBN 978-807-3805-319.
- McLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence a WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, 2007, 1, 474 p. ISBN 01-992-8664-7.
- MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Portland, Or.: Hart Pub., 2009, xliii, 416 p. Studies in international law (Oxford, England), v. 26. ISBN 18-411-3856-8.
- MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008, xviii, 340 p. ISBN 05-216-8562-1.
- MUCHLINSKI, Peter, ORTINO, Federico a SCHREUER, Christoph (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, lxy, 1282 p. ISBN 01-992-3138-9.

- NEWCOMBE, Andrew P. a PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, c2009, xxx, 614 p. ISBN 90-411-2351-2.
- PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-052-1100-472.
- POTOČNÝ, Miroslav a ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné: zvláštní část*. 6., dopl. a rozš. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011, xxiii, 533 s. Právnícké učebnice (C.H. Beck). ISBN 978-807-4003-981.
- REED, Lucy, PAULSSON, Jan a BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*. 2nd ed. Austin: Kluwer law international, 2011, xvii, 468 s.. ISBN 9789041134011.
- ROE, Thomas, HAPPOLD, Matthew a DINGEMANS, James. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. New York: Cambridge University Press, 2011, xxii, 249 p. Law practitioner series. ISBN 05-218-9938-9.
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3., aktualiz. vyd. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2013, 399 s. ISBN 978-80-7478-004-2.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law and Practice*. 2. rev. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001, xxi, 1058 s. ISBN 90-411-1425-4.
- SAUVANT, Karl P. a SACHS, Lisa E. (eds.). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, c2009, lxii, 732 p. ISBN 978-019-5388-534.
- SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-0-521-76236-6.
- SCHILL, Stephan W. (ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*. New York: Oxford University Press, 2010, lxxxiii, 836 p. ISBN 01-995-8910-0.
- SCHREUER, Christoph H., MALINTOPPI, Loretta, REINISCH, August a SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. ISBN 978-051-1596-490.
- SHELKOPLYAS, Natalya. *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*. Groningen: Europa Law Pub., 2003, xviii, 488 p. ISBN 90-768-7116-7.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, xxx, 524 p. ISBN 978-052-1747-653.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ISBN 978-110-7096-622.
- STONE, Peter. *EU Private International Law – Second Edition*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2010, p. cm. ISBN 978-184-8440-838.

- ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. vyd. Praha: Linde Praha, 2008, 268 p. ISBN 80-720-1222-3.
- ŠTURMA, Pavel (ed.). *Konkurující jurisdikce mezinárodních rozhodovacích orgánů*. 1. vyd. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta v nakl. Vodnář, 2009, 117 s. ISBN 978-808-7146-194.
- ŠTURMA, Pavel a BALAŠ, Vladimír. *Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vyd. V Praze: C. H. Beck, 2013, xxiv, 513 s. Beckova edice právo. ISBN 978-80-7179-069-3.
- TICHÝ, Luboš, ARNOLD, Rainer, ZEMÁNEK, Jiří, KRÁL, Richard a DUMBROVSKÝ, Tomáš. *Evropské právo*. 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-546-6.
- TRIDIMAS, Takis. *The General Principles of EU law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2006, cxxi, 591 p. ISBN 01-992-5806-6.
- VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, xxxii, 214 s. Oxford monographs in international law. ISBN 978-019-9552-146.
- VILLIGER, Mark Eugen. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, xxxiv, 1057 p. ISBN 90-041-6804-4.
- WÄLDE, Thomas (ed.). *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. Boston: Kluwer Law International, 1996, xxvii, 700 p. ISBN 90-411-0913-7.
- WOUTERS, Jan, NOLLKAEMPER, André a DE WET, Erika. *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*. West Nyack, NY: Distributed in the USA, Canada, and Mexico by Cambridge University Press, c2008, xvii, 238 p. ISBN 90-670-4285-4.
- YANNACA-SMALL, Katia (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, c2010, xxii, 767 p. ISBN 01-953-4069-8.

Články a individuální studie

- AKKERMANS, Bram a RAMAEKERS, Eveline. Article 345 TFEU (ex. 295 EC), Its Meanings and Interpretations. *European Law Journal*. 2010, **16**(3), s. 292-314.
- ALEXANDROV, Stanimir, CARLSON, Marinn a ROBBINS, Joshua. The Future of Investment Treaty Protection in Eastern Europe. *The European & Middle Eastern Arbitration Review*. 2009, Vol. 2.
- ALVAREZ, Guillermo Aguilar a PARK, William W. The New Face of Investment Arbitration: NAFTA. *The Yale Journal of International Law*. 2003, Vol. 28, s. 365-407.
- ALVAREZ, José E. Why Are We "Re-Calibrating" Our Investment Treaties. *World Arbitration and Mediation Review*. 2010, **5**(2): s. 143-161.
- ALVAREZ, José E. a KHAMSI, Kathryn. The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime. In: Sauvant, P. (ed.). *The Yearbook on International Investment Law and Policy*. New York: Oxford Univeristy Press, 2009, s. 379-478.
- ANDERSSON, Torbjörn. Harmonization and Mutual Recognition: How to Handle Mutual Distrust? *European Business Law Review*. 2006, **3**(17), s. 747-752.
- ANDREWS-SPEED, Philip a WÄLDE, Thomas W. Will the Energy Charter Treaty Help International Energy Investors? In: *The Energy Charter Treaty: A Fresh Start for the Energy Business?* Centre for European Policy Studies, Business Policy Report No. 4, s. 10-20
- ANNACKER, Claudia. Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties. *Chinese Journal of International Law*. 2011, **10**(3), s. 531-564.
- BALAN, George-Dian. The Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty. *Jean Monnet seminar Advanced Issues of European Law*. 2008, 6th session.
- BALAŠ, Vladimír. Comment on Award on Jurisdiction in Binder Case Appealed at the Czech Courts. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*. 2011, č. 2, s. 268-286
- BENEDETTELLI, Massimo V. 'Communitarization' of International Arbitration: A New Spectre Haunting Europe? *Arbitration International*. 2011, **27**(4), s. 583-622.
- BERING, Jürgen. *Die rechtliche Behandlung von 'Briefkastenfirmen' nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsschutzrecht*. In: Tietje, Ch., Kraft, G. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2008, Heft 81.
- BERMANN, George A. Navigating EU Law and the Law of International Arbitration. *Arbitration International*. 2012, **28**(3), s. 397-445.
- BETLEM, Gerrit a NOLLKAEMPER André. Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. *European Journal of International Law*. 2003, **14**(3), s. 569-589.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Mezinárodně právní ochrana přímých zahraničních investic a komunitární (unijní) právo. *Právník*. 2010, č. 10, s. 1010-1052.

- BISCHOFF, Jan Asmus. Just a Little Bit of “Mixity”? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law. *Common Market Law Review*. 2011, **48**(5), s. 1527-1570
- BJORKLUND, Andrea K. Mandatory rules of law and investment arbitration. *American Review of International Arbitration*. 2007, Vol. 18, s. 175.
- BLOBEL, Felix a SPATH, Patrick. The Tale of Multilateral Trust and the European Law of Civil Procedure. *European Law Review*. 2005, **30**(4), s. 528-547.
- BOTCHWAY, Francis N. Forums for International Economic Adjudication: Threads in Fragments. *Cardozo Journal of International & Comparative Law*. 2012, **20**(3), s. 639-712.
- BOUTE, Anatole. Case C-264/09, *Commission v. Slovakia*, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011. *Common Market Law Review*. 2012, **49**(3), s. 1179–1196
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today? *Arbitration International*. 2012, **28**(4), s. 577-590
- BROWER, Charles H. Corporations as Plaintiffs Under International Law: Three Narratives about Investment Treaties. *Santa Clara Journal of International Law*. 2011, **9**(1), s. 179-214.
- BROWER, Charles H. Obstacles and Pathways to Consideration of the Public Interest in Investment Treaty Disputes. *Yearbook on international investment law & policy*. 2009, s. 347-378.
- BROWER, Charles N. a SCHIL, Stephan W. Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *Chicago Journal of International Law*. 2009, **9**(2), s. 471-498.
- BRULARD, Yves a QUINTIN, Yves. European Community Law and Arbitration: National Versus Community Public Policy. *Journal of International Arbitration*. 2011, **18**(5), s. 533–547.
- BUNGENBERG, Marc. Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty. In: *Biennial Interest Group Conference in Washington, D.C., November 13 – 15, 2008*.
- BUNGENBERG, Marc. Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon. *European Yearbook of International Economic Law*. 2010, Vol. 1., s. 123-151
- BURGSTALLER, Markus. European Law and Investment Treaties. *Journal of International Arbitration*. 2009, **26**(2), s. 181-206.
- BURGSTALLER, Markus. Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012, **39**(2), s. 207-221.
- BURGSTALLER, Markus. Vertical Allocation of Competences for Investment Treaties in the European Union. In: Nakagawa, J. (ed.). *Multilateralism and Regionalism in Global Economic Governance: Trade, Investment and Finance*. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2011, s. 125-138.

- BURKE-WHITE, William W. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*. 2004, Vol. 25, s. 963-979.
- CALAMITA, Jansen N. The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps. *Legal Issues Of Economic Integration*. 2012, **39**(3), s. 301-329.
- CARDWELL, Paul James a FRENCH, Duncan. The European Union as a Global Investment Partner: Law, Policy and Rhetoric in the Attainment of Development Assistance and Market Liberalization? In: Brown, Ch. (ed.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2011, s. 201-222.
- CEYSSENS, Jan. Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution. *Legal Issues Of Economic Integration*. 2005, **32**(3), s. 259-291.
- CHAISSÉ, Julien. Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment - How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime? *Journal of International Economic Law*. 2012. **15**(1), s. 51-84.
- CONWAY, Gerard. Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States. *European Journal of International Law*. 2002, **13**(3), s. 679-695
- COOP, Graham. Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable? *Journal of Natural & Energy Resources Law*. 2009, Vol. 27, s. 404-419.
- CRAIG, Paul. Competence and Member State Autonomy: Causality, Consequence and Legitimacy. In: Micklitz, H. W., De Witte, B. (eds.). *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*. Cambridge: Intersentia, 2012, s. 11-34.
- CREMONA, Marise. A Constitutional Basis for Effective External Action? An Assessment of the Provisions on EU External Action in the Constitutional Treaty. *EUI Working Paper LAW No. 2006/30*. 2006.
- CREMONA, Marise. External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law. *EUI Working Paper LAW No. 2006/22*. 2006.
- CREMONA, Marise. Member States as Trustees of the Community Interest: Participating in International Agreements on Behalf of the European Community. *EUI Working Paper LAW No. 2009/19*. 2009.
- CREMONA, Marise. Rhetoric and Reticence: EU External Commercial Policy in a Multilateral Context. *Common Market Law Review*. 2001, **38**(2), s. 359-396.
- DAWES, Anthony. Importing and Exporting Poor Reasoning: Worrying Trends in Relation to the Case Law on the Free Movement of Goods. *German Law Journal*. 2009, **8**(8), s. 761-776.
- DAUJOTAS, Rimantas. Jurisdiction Ratione Personae and Corporate Nationality in International Investment Arbitration – Legitimate Corporate Planning or Abuse of Right? (November 5, 2011). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1955110>.
- DE BÚRCA, Gráinne. The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi. *Harvard International Law Journal*. 2010, **51**(1), s. 1-49.

- DE GROOT, Isabella M. Member States Must Apply Most Favoured Nation Treatment Under EU Law. *Intertax*. 2014, **42**(6/7), s. 405-415.
- DIMOPOULOS, Angelos. Foreign Investment Insurance and EU Law (July 18, 2012). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2112053>.
- DIMOPOULOS, Angelos. Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Factor in the Field of Foreign Investment. *The Journal of World Investment & Trade*. 2010, **11**(1), s. 5-27.
- DIMOPOULOS, Angelos. The Common Commercial Policy After Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal And External Economic Relations? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 2008, Vol. 4., s. 101-129.
- DIMOPOULOS, Angelos. The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law. *Legal Issues Of Economic Integration*. 2012, **39**(4), s. 447-471.
- DIMOPOULOS, Angelos. The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy. *European Foreign Affairs Review*. 2010, **15**(2), s. 153-170.
- DIMOPOULOS, Angelos. The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law. *Common Market Law Review*. 2011, **48**(1), s. 63-93.
- DODGE, William S., Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2006, **39**(1), s. 1-37.
- DOUGLAS, Zachary. Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. *Arbitration International*. 2006, **22**(1), s. 27-52.
- DOUGLAS, Zachary. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*. 2003, **74**(1), s. 151-289.
- DOUGLAS, Zachary. The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails. *Journal of International Dispute Settlement*. 2011, **2**(1), s. 97-113.
- DUMBERRY, Patrick. An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence? *Journal of International Dispute Settlement*. 2015, **6**(1), s. 74-96.
- Editorial Comments. The Scope of Application of the General Principles of Union Law: An Ever Expanding Union? *Common Market Law Review*. 2010, **47**(6), s. 1589-1596.
- EECKHOUT, Piet. The International Legal Order: Black holes, fifty shades of grey, or extending Van Gend en Loos? *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013 Conference proceedings, Luxembourg, 13 May 2013*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, s. 169-179.
- EILMANSBERGER, Thomas. Bilateral Investment Treaties and EU Law. *Common Market Law Review*. 2009, **46**(2), s. 383-429.

- FECÁK, Tomáš. Czech Experience with Bilateral Investment Treaties: Somewhat Bitter Taste of Investment Protection. *Czech Yearbook of International Law*. 2011, Vol. 2, s. 233-267.
- FERRARINI, Benno. A Multilateral Framework for Investment? *The Singapore Issues and the World Trading System: The Road to Cancun and Beyond*. 2003. Dostupné z: http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/ferrarini_wti_investment.pdf
- FORTIER, Yves. International Arbitration and the Argentine Cases: An Evaluation of 10 years of Arbitration - Institutional Aspects. *World Arbitration & Mediation Review*. 2012, 6(3), s. 545-559.
- FOURET, Julien. Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID Arbitration? *Journal of International Arbitration*. 2008, 25(1), s. 71–87.
- FRANCK, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*. 2005, 73(4), s. 1521-1625.
- GAGNÉ, Gilbert a MORIN, Jean-Frédéric. The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT. *Journal of International Economic Law*. 2006, 9(2), s. 357-382.
- GHOURI, Ahmad Ali. Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options. *European Law Journal*. 2010, 16(6), s. 806–830.
- GLINAVOS, Ioannis. Investors vs. Greece: The Greek 'Haircut' and Investor Arbitration Under BIT's (May 15, 2012). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2021137>
- GOVAERE, Inge. External Competence: What’s in a Name? The Difficult Conciliation between Dynamism of the ECJ and Dynamics of European Integration. In: Govaere, Demaret & Hanf (eds.). *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*. Brussels: P.I.E.-Peter Lang S.A.-Presses Universitaires Européennes, 2004, s. 461-477.
- HANSEN, Robin F. Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties. *The Modern Law Review*. 2010, 73(4), s. 523-550.
- HEMELS, Sigrid, ROMPEN, Joost a kol. Freedom of Establishment of Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ. *EC Tax Review*. 2010, 19(1), s. 19-31.
- HERRMANN, Christoph W. Common Commercial Policy after Nice: Sisyphus Would Have Done a Better Job. *Common Market Law Review*. 2002, 39(1), s. 7–29.
- HILLION, Christophe. ERTA, ECHR and Open Skies: Laying the Grounds of the EU System of External Relations. In: Maduro, P, a Azoulai, L (eds.). *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Portland: Hart, 2010, s. 224-233.
- HINDELANG, Steffen. Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case

- of Intra-EU Investment Arbitration. *Legal Issues of Economic Integration*. 2012, **39**(2), s. 179–206
- HINDELANG, Steffen. Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen. *WHI - Paper 01/11*. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, 2011.
- HINDELANG, Steffen. The EC Treaty's Freedom of Capital Movements as an Instrument of International Investment Law? The Scope of Article 56 (1) TEC in a Third Country Context and the Influence of Competing Freedoms. In: Reinisch, A. a Knahr, Ch. *International investment law in context*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2008, s. 43-72.
- HOFFMEISTER, Frank. Commission v. United Kingdom, Commission v. Denmark, Commission v. Sweden, Commission v. Finland; Commission v. Belgium, Commission v. Luxembourg; Commission v. Austria, Commission v. Germany. *The American Journal of International Law*. 2004, **89**(3), s. 567-572.
- HOFFMEISTER, Frank. Litigating against the European Union and Its Member States - Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations? *European Journal of International Law*. 2010, **21**(3), s. 723-747.
- HUNTER, Martin a CONDE E SILVA, Gui. Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations. *The Journal of World Investment*. 2003, **4**(3), s. 367-368.
- JOHANNSEN, Sven Leif Erik. Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktinvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Lehman, M. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2009, Heft 90.
- JONES, Oliver a D'AGOSTINO, Justin. The Energy Charter Treaty: A Step Towards Consistency in International Investment Arbitration? *Journal of Energy and Natural Resources Law*. 2007, Vol. 25, s. 225-243.
- JUILLARD, Patrick. Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment. *ICSID Review*. 2000, **15**(2), s. 449-467.
- KAISER, Karen. Comment on Dorota Leczykiewicz - Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade. *German Law Journal*. 2006, Vol. 6, s. 1687-169.
- KAMPERMANN, Karoline. Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouveränität. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Sethe, R. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2006, Heft 63.
- KAZIMIREK, Kevin. The New EU Competence over Foreign Direct Investment and its Impact on the EU's Role as a Global Player. *Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung*. Ausgewählte Abschlussarbeiten ST 2012/04, 2012.

- KIEKEBELD, Ben J. a SMIT, Daniël S. Freedom of establishment and free movement of capital in Association and Partnership Agreements and direct taxation. *EC Tax Review*. 2007, **16**(5), s. 216–230.
- KINGSTON, Suzanne. The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying Internal Market Law to Direct Tax Measures. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2012, **9**(1), s. 287-311.
- KINNEAR, Meg a HANSEN, Robin. The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape. *UC Davis Journal of International Law & Policy*. 2005, Vol. 101, s. 101-119.
- KLAMERT, Marcus a MAYDELL, Niklas. Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law. *European Foreign Affairs Review*. 2008, **13**(4), s. 493-513.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. European Policy Space in International Investment Law. *ICSID Review*. 2013, **27**(2), s. 416-431.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. Financial Responsibility in the European International Investment Policy. *International and Comparative Law Quarterly*. 2014, **63**(2), s. 449-476.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty. *Journal of International Economic Law*. 2012, **15**(1), s. 85-109.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements. *World Arbitration & Mediation Review*. 2009, Vol. 3, s. 91-120.
- KNAHR, Christina. Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration. *Arbitration International*. 2007, **23**(2), s. 327-356.
- KNOTTNERUS, Roeline a VAN OS, Roos. Dutch Bilateral Investment Treaties: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection by Multinational Companies. October 2011. Dostupné z: http://www.somo.nl/publications-en/Publication_3708/at_download/fullfile
- KOFLER, Georg W. a SCHINDLER, Clemens P. “Dancing with Mr D”: The ECJ’s Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the “D” Case. *European Taxation*. 2005, **45**(12), s. 530-540.
- KOKOTT, Juliane a SOBOTTA, Christoph. The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance? *European Journal of International Law*. 2012, **23**(4), s. 1015-1024.
- KOLO, Abba. Tax “Veto” as a Special Jurisdictional and Substantive Issue in Investor-State Arbitration: Need for Reassessment? *Suffolk Transnational Law Review*. 2009, **32**(2), s. 475-492.
- KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education. *European Journal of Legal Studies*. 2007, **1**(1).
- KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *Modern Law Review*. 2007, **70**(1), s. 6-19.

- KOSKENNIEMI, Martti a LEINO, Paivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*. 2002, Vol. 15, s. 553-579.
- KOUTRAKOS, Panos. Case C-205/06, Commission v. Austria: judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported; Case C-249/06, Commission v. Sweden, judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 March 2009, not yet reported. *Common Market Law Review*. 2009, **46**(6), s. 2059–2076.
- KOZAK, Kamila a KÜBLBÖCK Karin. Die Europäische Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon und ihr Einfluss auf nachhaltige Entwicklung. *Working Paper 27*. Österreichische Forschungsstiftung für Internationale Entwicklung, Juli 2011.
- KRAJEWSKI, Markus. External Trade Law and The Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy? *Common Market Law Review*. 2005, **42**(1), s. 91-127.
- KRAJEWSKI, Markus. Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht. *Juridikum: Internationales Investitionsrecht. Staat - Macht - Konzerne*. 2013, č. 3.
- KRENZLER, Horst Günter a PITSCHAS, Christian. Progress or Stagnation? The Common Commercial Policy After Nice. *European Foreign Affairs Review*. 2001, **3**(6), s. 291-313.
- KROLOP, Kaspar. Das Verhältnis von Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit bei Investoren aus Drittstaaten. In: Čech, P. a Krolop, K. (Hrsg.). *Folgen der aktuellen europäischen Rechtsentwicklung für die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Sammelband aus dem Seminar vom 22.11.-24.11.2007 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und vom 13.-15. Januar 2008 an der Juristischen Fakultät der Karlsuniversität zu Prag*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta v nakl. IFEC, Beroun, 2008, č. 40.
- KUIJPER, Pieter Jan. Fifty Years of EC/EU External Relations: Continuity and the Dialogue Between Judges and Member States as Constitutional Legislators. *Fordham International Law Journal*. 2007, **31**(6), s. 1571-1602.
- KUIJPER Pieter Jan a PAASIVIRTA, Esa. Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations. *International Organizations Law Review*. 2004, **1**(1), s. 111-138.
- KURTZ, Jürgen. Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis. *International and Comparative Law Quarterly*. 2010, **59**(2), s. 325-371.
- LANDOLT, Phillip. Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements. *Arbitration International*. 2007, **23**(1), s. 63-92.
- LAVRANOS, Nikolaos. Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and Other International Courts and Tribunals. *European Energy and Environmental Law Review*. 2005, **14**(8/9), s. 213-225.

- LAVRANOS, Nikolaos. Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible? In: Calamita, N., Earnest, D. a Burgstaller, M. (eds.). *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2013, s. 129-148.
- LAVRANOS, Nikolaos. Member States' Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition? *Hague Yearbook of International Law*. 2012, Vol. 24, s. 281-311.
- LAVRANOS, Nikolaos, The ECJ's Relationship with Other International Courts and Tribunals. In: Henning Koch et al. (eds.) *Europe: the New Legal Realism: Essays in Honour of Hjalte Rasmussen*. Copenhagen: Djøf, 2010, s. 393-411.
- LEAL-ARCAS, Rafael. Exclusive or Shared Competence in the Common Commercial Policy: From Amsterdam to Nice. *Legal Issues of Economic Integration*. 2003, **30**(1), s. 3-14.
- LECZYKIEWICZ, Dorota. Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade. *German Law Journal*. 2005, Vol. 6, s. 1673-1686.
- LENAERTS, Koen a GUTIÉRREZ-FONS, José A. The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law. *Common Market Law Review*. 2010, **47**(6), s. 1629-1669.
- LEVASHOVA, Yulia. Public Interest Norms in the European International Investment Policy: A Shattered Hope? *European Company Law*. 2012, **9**(2), s. 86-92.
- LIČKOVÁ, Magdalena. European Exceptionalism in International Law. *European Journal of International Law*. 2008, **19**(3), s. 463-490.
- MANCIAUX, Sébastien. The Notion of Investment: New Controversies. *The Journal of World Investment & Trade : Law, Economics, Politics*. 2008, Vol. 9, s. 443-466.
- MANZINI, Pietro. The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law. *European Journal of International Law*. 2001, **12**(4), s. 781-792.
- MAUPIN, Julie A. Where Should Europe's Investment Path Lead? Reflections on August Reinisch, "Quo Vadis Europe?". *Santa Clara Journal of International Law*. 2014, **12**(1), s. 183-222.
- MAYDELL, Niklas. The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence. In: Reinisch, A. a Knahr, Ch. *International investment law in context*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2008, s. 73-92.
- MENAKER, Andrea J. Benefiting from Experience: Developments in the United States' Most Recent Investment Agreements. *UC Davis Journal of International Law & Policy*. 2005, Vol. 12, s. 121-129
- MENDEZ, Mario. The Enforcement of EU Agreements: Bolstering the Effectiveness of Treaty Law? *Common Market Law Review*. 2010, **47**(6), s. 1719-1756.
- MILLS, Alex. Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration. *Journal of International Economic Law*. 2011, **14**(2), s. 469-503.

- MITSILEGAS, Valsamis. The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual. *Yearbook of European Law*. 2012, **31**(1), s. 319-372.
- MOLA, Lorenza. Which Role for the EU in the Development of International Investment Law? (July 2, 2008). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154583>
- MÜLLER-IBOLD, Till. Foreign Investment in Germany: Restrictions Based on Public Security Concerns and Their Compatibility with EU Law. *European Yearbook of International Economic Law*. 2010, s. 103-122.
- NELSON, Timothy G. Human Rights Law and BIT Protection: Areas of Convergence. *The Journal of World Investment*. 2011, **12**(1), s. 27-47.
- NIEMANN, Arne. Conceptualising Common Commercial Policy Treaty Revision: Explaining Stagnancy and Dynamics from the Amsterdam IGC to the Treaty of Lisbon. *European Integration online Papers*. 2011, Vol. 15, Article 6.
- OLIVET, Cecilia. A test for European solidarity: The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties. Published by the Transnational Institute (TNI), January 2013. Dostupné z: http://www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf
- OLÍK, Miloš a FYRBACH, David. The Competence of Investment Arbitration Tribunals to Seek Preliminary Rulings from European Courts. *Czech Yearbook Of International Law*. 2011, s. 191-205.
- PACHE, Eckhard a BIELITZ Joachim. Das Verhältnis der EG zu den völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedstaaten. *Europarecht*. 2006, Heft 3, s. 316-339
- PARRA, Antonio. Applicable Law in Investor-State Arbitration. Dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor-state_arbitration.doc
- PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity. *ICSID Review*. 1995, **10**(2), s. 232-257.
- PAULSSON, Jan. International Arbitration is Not Arbitration. *Stockholm International Arbitration Review*. 2008, Vol. 2, s. 1-20.
- PESCATORE, Pierre. Treaty-making by the European Communities. In: Jacobs, F. a Roberts, S. (eds.) *The Effects of Treaties in Domestic Law*. London: Sweet & Maxwell, 1987, s. 171-193.
- PRECHAL, Sacha. Remedies after Marshall. *Common Market Law Review*. 1990, **27**(3), s. 451-473.
- PRECHAL, Sacha a SHELKOPLYAS, Natalya. National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond. *European Review of Private Law*. 2004, **12**(5), s. 589-611.
- RADU, Anca. Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law. *European Law Journal*. 2008, **14**(2), s. 237-260.

- REINISCH, August. Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations. *Legal Issues Of Economic Integration*. 2012, **39**(2), s. 157-177.
- REINISCH, August. Investment and ..." - The Broader Picture of Investment Law. In: Reinisch, A. a Knahr, Ch. *International investment law in context*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2008, s. 201-207.
- REINISCH, August. Protection of or Protection against Foreign Investment? – The Proposed Unbundling Rules of the EC Draft Energy Directives. *European Yearbook of International Economic Law*. 2010, s. 53-75.
- REINISCH, August. The EU on the Investment Path - Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements. *Santa Clara Journal of International Law*. 2014, **12**(1), s. 111-157.
- REINISCH, August. The Future Shape of EU Investment Agreements. *ICSID Review*. 2013, **28**(1), s. 179-196.
- REINISCH, August. The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration. In: Buffard, I., Crawford, J., Pellet, A. a Wittich, S. (eds.). *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Leiden: Nijhoff, 2008, s. 107-125.
- RINGE, Wolf-Georg. Domestic Company Law and Free Movement of Capital: Nothing Escapes the European Court? (March 20, 2010). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1295905>.
- ROBERTS, Anthea. Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States. *American Journal of International Law*. 2010, Vol. 104, s. 179-225.
- ROBERTS, Anthea. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *American Journal of International Law*. 2013, Vol. 107, s. 45
- ROSAS, Allan. The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States. *Fordham International Law Journal*. 2011, **34**(5), s. 1304-1345.
- ROWE, Marvin. Factortame – the Case That Took the Crown (or "Factortaming the Shrew"). 2011, dostupné z: http://www.academia.edu/4534820/Factortame_The_Case_That_Took_the_Crown_or_Factortaming_the_Shrew_
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem I a II. Bulletin advokacie, Praha: Česká advokátní komora, 2005, Roč. 2005, č. 4, s. 16-23 a č. 5, s. 12-16.
- RUZIK, Andy. Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Sethe, R. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2003, Heft 17.

- SACERDOTI, Giorgio. BIT Protections and Economic Crises: Limits to Their Coverage, the Impact of Multilateral Financial Regulation and the Defence of Necessity. *ICSID Review*. 2013, **28**(2), s. 351-383.
- SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*. 2010, **51**(2), s. 427-473.
- SATTOROVA, Mavluda. Return to the Local Remedies Rule in European BITs? Power (Inequalities), Dispute Settlement, and Change in Investment Treaty Law. *Legal Issues Of Economic Integration*. 2012, **39**(2), s. 223-247.
- SCHARF, Daniel. Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Sethe, R. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2008, Heft 76.
- SCHICHO, Luca. Member State BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy? *College of Europe Research Paper in Law 2/2012*. Dostupné z: https://www.coleurope.eu/system/files_force/researchpaper/researchpaper_2_2012_schicho_final.pdf?download=1
- SCHILL, Stephan W. Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law. *IILJ Working Paper 2006/6*. 2006, Dostupné z: <http://iilj.org/publications/documents/2006-6-GAL-Schill-web.pdf>
- SCHILL, Stephan W. W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law. *European Journal of International Law*. 2011, **22**(3), s. 875-908.
- SCHERER, Matthias, HEISKANEN Veijo a MOSS Sam. Domestic Review of Investment Treaty Arbitrations: The Swiss Experience. *ASA bulletin*. **27**(2), s. 256-279.
- SCHREUER, Christoph. Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice. *The Journal of World Investment & Trade*. 2005, **6**(3), s. 357-386.
- SCHREUER, Christoph. Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*. 2014, Vol. 1, s. 1-25.
- SCHREUER, Christoph. The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment disputes. Dostupné z: http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_1.pdf
- SCHÜTZE, Robert. EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2007, Vol. 9, s. 387-440.
- SHAN, Wenhua a ZHANG, Sheng. The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy. *European Journal of International Law*. 2011, **21**(4), s. 1049-1073.
- SÖDERLUND, Christer. Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty. *Journal Of International Arbitration*. 2007, **24**(5), s. 455–468.
- SPEARS, Suzanne A. The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*. 2010, **13**(4), s. 1037-1075.

- STEINBERGER, Eva. The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC's and the EC Member States' Membership of the WTO. *European Journal of International Law*. 2006, **17**(4), s. 837-862.
- STRIK, Daniella. Investment Protection of Sovereign Debt and Its Implications on the Future of Investment Law in the EU. *Journal of International Arbitration*. 2012, **29**(2), s. 183-204.
- ŠTĚRBOVÁ, Ludmila. Lisabonská smlouva a společná obchodní politika EU. *Současná Evropa*. 2010, č. 2, s. 23-43.
- ŠTURMA, Pavel. Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy). *Obchodněprávní revue*. 2013, č. 5, s. 129.
- ŠTURMA, Pavel. Odpovědnost mezinárodních organizací. Některé poznámky k návrhu článků komise pro mezinárodní právo. *Právník*. 2011, **150**(6), s. 537-564.
- SKOVGAARD POULSEN, Lauge N. a AISBETT, Emma. When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning. *World Politics*. 2013, **65**(2), s. 273-313.
- THYM, Daniel. In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court. *Common Market Law Review*. 2009, **46**(6), s. 1795-1822.
- TIETJE, Christian. Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Lehmann, M. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011, Heft 104.
- TIETJE, Christian. Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon. In: Tietje, Ch., Kraft, G. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2009, Heft 83.
- TIETJE, Christian. The applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID arbitration of EU nationals vs. EU Member States. In: Tietje, Ch., Kraft, G. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2008, Heft 78.
- TRAKMAN, Leon. Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend? *Journal of World Trade*. 2012, **46**(1), s. 83-120.
- TRIDIMAS, Takis a EECKHOUT, Piet. The External Competence of the Community and the Case-Law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism. *Yearbook of European Law*. 1994, **14**(1), s. 143-177.
- TURNER, Peter J., MANGAN, Mark a BAYKITCH, Alex. Investment Treaty Arbitration: An Australian Perspective. *Journal of International Arbitration*. 2007, **24**(2), s. 103-128
- USHER, John A. The Evolution of the Free Movement of Capital. *Fordham International Law Journal*. 2008, **31**(5), s. 1533-1570.

- VAN AAKEN, Anne. Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection. *Finnish Yearbook of International Law*. Vol. XVII, 2008, s. 91-130.
- VAN AAKEN, Anne. Perils of Success? The Case of International Investment Protection. *European Business Organization Law Review*. 2008, **9**(1), s. 1-27.
- VAN BLADEL, Ineke. The Iron Rhine Arbitration Case: On the Right Legal Track? Analysis of the Award and of its Relation to the Law of the European Community. *Hague Justice Journal*. 2006, Vol. 1, s. 5-21.
- VAN DEN BERGHE, Frederic. The EC's Common Commercial Policy Revisited: What Does Lisbon Add? *Global Trade and Customs Journal*. 2009, **4**(9), s. 275-279.
- VAN HARTEN, Gus. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*. 2006, **17**(1), s. 121-150.
- VANDERBRUGGEN, Edwin. Investment Arbitration in Tax Matters: Some Thoughts on Selected International Case Law. 2013, dostupné z: <http://www.nzica.com/Training-and-events/CPD-policy-and-online-log/~media/NZICA/Docs/Resources%20and%20publications/2013%20Tax%20Conference/TC13%20E%20Vanderbruggen%20paper.ashx>
- VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. *UC Davis Journal of International Law & Policy*. 2005, **12**(1), s. 157-194.
- VANDEVELDE, Kenneth J. A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2010, **43**(1), s. 43-106.
- VAN ROSSEM, Jan Willem. Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States But Not the Community. *Netherlands Yearbook of International Law*. 2009, Vol. 40, s. 183-227.
- VAN THIEL, Servaas. The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice: Past Trends and Future Developments. *Tax Law Review*. 2009, Vol. 62., s. 143-192.
- VAUGHAN, David. Factortame and After: A Fishy Story. *European Business Law Review*. 2005, **16**(3), s. 511-517.
- VINCENTELLI, Ignacio. The Uncertain Future of ICSID in Latin America. (February 20, 2009). Dostupné na síti SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1348016>.
- VON MEHREN, Robert B. The Eco-Swiss Case and International Arbitration. *Arbitration International*. 2003, **19**(4), s. 465-470.
- VON PAPP, Konstanze. Clash of "Autonomous Legal Orders": Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ. *Common Market Law Review*. 2013, **50**(4), s. 1039-1081.
- VRANES, Erich. State Measures Protecting Against "Undesirable" Foreign Investment. Issues in EU and International Law. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 2012, **67**(4), s. 639-677.
- WACKERNAGEL, Clemens. Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. In: Tietje, Ch., Kraft, G. (Hrsg.). *Beiträge*

- zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2009, Heft 82.
- WÄLDE, Thomas W. a KOLO, Abba. Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*. 2001, **50**(4) 2001, s. 811-848.
- WÄLDE, Thomas W. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries. *Journal of World Trade*. 1995, **29**(5), s. 5-72.
- WEHLAND, Hanno. Intra-EU Investment Agreements And Arbitration: Is European Community Law An Obstacle? *International and Comparative Law Quarterly*. 2009, **58**(2), s. 297-320.
- WEILER, Joseph H.H. a PAULUS Andreas. The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? *European Journal of International Law*. 1997, **8**(4), s. 545-565.
- WOLF, Sebastian. Welthandelsrechtliche Rahmenbedingungen für die Liberalisierung ausländischer Direktinvestitionen: multilaterale Investitionsverhandlungen oder Rückbesinnung auf bestehende Investitionsregelungen im Rahmen der WTO? In: Tietje, Ch., Kraft, G., Sethe, R. (Hrsg.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2006, Heft 61.
- WÖLKER, Ulrich. The EU as a Player in the BIT Arena: Current and Future Legal Challenges. *ICSID Review*. 2009, **24**(2), s. 434-445.
- WOOLCOCK, Stephen. EU trade and Investment Policymaking after the Lisbon Treaty. *Intereconomics*. 2010, **45**(1), s. 22-25
- ZEKOS, Georgios. Recent Developments in Arbitration and EU Law. *Dispute Resolution Journal*. 2012, **67**(2), s. 81-86.
- ZIEGLER, Katja S. Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2009, **9**(2), s. 288-305

Institucionální zprávy a studie (výběr)

UN International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

UN International Law Commission. *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966*. Text adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966.

UN International Law Commission. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session in 2001.

UN International Law Commission. *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries 2011*. Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session in 2011.

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. 2000 (UNCTAD/ITE/IIA/2).

UNCTAD. *Admission and Establishment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2002 (UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. II)).

UNCTAD. *Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2004 (UNCTAD/ITE/IIT/2004/2).

UNCTAD. *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2004 (UNCTAD/ITE/IIT/2004/7).

UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2007 (UNCTAD/ITE/IIA/2007/3).

UNCTAD. *Most-Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2010 (UNCTAD/DIAE/IA/2010/1).

UNCTAD. *Scope and Definition*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012 (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2).

UNCTAD. *Expropriation*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012 (UNCTAD/DIAE/IA/2011/7).

UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012 (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5).

UNCTAD. *Transparency*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012 (UNCTAD/DIAE/IA/2011/6).

UNCTAD: *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*. 2015 (UNCTAD/WIR/2015).

OECD. *International Investment Law: A Changing Landscape*. A Companion Volume to International Investment Perspectives. 2005.

OECD. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. A Companion Volume to International Investment Perspectives. 2008.

- European Parliament, Directorate-General for External Policies of The Union. *The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty*. EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot7/07-08-09, October 2010 (Author: S. Woolcock).
- European Parliament, Directorate-General for External Policies of The Union. *Responsibility in Investor-State-Arbitration in the EU: Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by EU's International Investment Agreements*. EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot 7/31, December 2012 (Authors: Ch. Tietje, E. Sipiorski, G. Töpfer).
- International Law Association. *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*. London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration. Dostupné z:
<http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-interim-report-public-policy-2000>
- International Law Association. *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*. New Delhi Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration. Dostupné z:
<http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>
- International Law Association, German Branch. *The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Lehman, M. (Hrsg.). Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011, Heft 106.
- Energy Charter Secretariat. *The Energy Charter Treaty. A Reader's Guide*. Dostupné z:
http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf
- Kommerskollegium, National Board of Trade. *The contribution of trade to a new EU growth strategy Ideas for a more open European economy: Part 1: A common investment policy for the EU*. 2009 (Authors: Hjälmroth, C., Westerberg, S.). Dostupné z:
<http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Investments.pdf>
- Kommerskollegium, National Board of Trade. *Securing High Investment Protection for EU Investors: A Review of EU Member States' Model BITs*. May 2011. Dostupné z:
<http://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/2011/rapporter/report-securing-high-investment-protection.pdf>
- The Transnational Institute. *Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy. EU Investment Agreements in the Lisbon Era: A Reader*. Published on behalf of the Investment Working Group of the Seattle to Brussels Network. 2010. Dostupné z:
http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/eu_investment_agreements_in_the_lisbon_treaty_era-ec.pdf