

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Radomír Věntus

**Ochrana investic v České republice a EU se zaměřením na
problematiku bilaterálních dohod v rámci práva EU**

Magisterská diplomová práce

Olomouc 2013

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma *Ochrana investic v České republice a EU se zaměřením na problematiku bilaterálních dohod v rámci práva EU* vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 27. června 2013

Radomír Věntus

Poděkování

Rád bych poděkoval vedoucímu této diplomové práce Mgr. et Mgr. Lukáši Ryšavému za vstřícný přístup, cenné rady při vypracovávání a odborný dohled. Mé díky patří i všem dalším, kteří mně podporovali při psaní této práce.

Obsah

Úvod.....	7
1. Definice pojmu investice, ochrana investic a platformy pro řešení sporů	10
1. 1. Ekonomická a právní definice pojmu investice.....	10
1. 2. Ochrana investic v mezinárodním právu	12
1. 3. Mnohostranné smlouvy univerzální povahy k ochraně a podpoře investic.....	13
1. 4. Platformy pro řešení sporů (ICSID, UNCITRAL)	15
1. 4. 1. Obecné pravidla pro řešení sporů.....	15
1. 4. 2. Rozhodčí řízení podle Washingtonské úmluvy	16
1. 4. 3. Rozhodčí řízení podle pravidel UNCITRAL.....	18
2. Dvojstranné smlouvy o ochraně investic (BIT) v ČR a analýza vybraných sporů z nich vyplývajících.....	20
2. 1. Základní charakteristika BIT.....	20
2. 2. Analýza vybraných BIT	21
2. 2. 1. BIT mezi ČR (ČSFR) a USA	21
2. 2. 2. Analýza BIT mezi ČSFR a Nizozemským královstvím	23
2. 3. Příklady výsledků sporů mezi investory a ČR	24
2. 3. 1. ČR versus CME	24
2. 3. 2. ČR versus Saluka Investments B. V.	25
2. 3. 3. ČR versus Eastern Sugar B.V.....	27
3. Ochrana investic v EU	30
3. 1. Stručný vývoj ochrany zahraničních investic v EU před Lisabonskou smlouvou	30
3. 2. Změny v oblasti investic zavedené Lisabonskou smlouvou	31
3. 3. Současná unijní úprava a nařízení č. 1219/2012	33
3. 3. 1. Cesta k nařízení č. 1219/2012	33
3. 3. 2. Analýza dopadů nařízení č. 1219/2012.....	34
4. Rozdíly mezi ochranou investic v rámci BIT a ochrana v rámci EU.....	37
4. 1. Analýza hlavních rozporů mezi právem EU a BIT	37
4. 2. Problematika BIT uzavíraných v rámci EU, postoj členských států.....	39
4. 2. 1. BIT mezi členským státem a třetí zemí	39
4. 2. 2. BIT mezi členskými státy EU.....	40

4. 3. Postoj Komise k rozporům mezi právem EU a BIT	41
4. 4. Postoj ESD k rozporům mezi BIT a právem EU	43
4. 4. 1. Žaloba Komise pro nesplnění povinnosti, Švédsko a Finsko	43
4. 4. 2. Žaloba Komise na nesplnění povinnosti Finské republiky.....	45
4. 5. Analýza možného vývoje BIT směrem k právu EU	47
Závěr	50
Seznam použitých zdrojů	54
Abstrakt	60
Abstract	61
Klíčová slova / Key words	62

Seznam použitých zkratk

BIT	Bilateral Investment Treaty / dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic
ČSFR	Česká a Slovenská Federativní Republika
ESD	Evropský soudní dvůr
EU	Evropská unie
ICJ	International Court of Justice / Mezinárodní soudní dvůr
ICSID	International Centre for Settlements of Investment Disputes / Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development / Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
OSN	Organizace spojených národů
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law / Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo
VÚSP	Vídeňská úmluva o smluvním právu

Úvod

V diplomové práci se zaměřuji na problematiku ochrany investic z hlediska koexistence evropského práva a bilaterálních smluv mezi členskými státy, které upravují problematiku investic, tzv. bilaterální dohody o ochraně investic (BIT, Bilateral Investment Treaties). BIT lze charakterizovat jako smlouvu mezi dvěma státy, jejíž cílem je ochrana investorů druhé smluvní strany na území dotčeného státu. Cílem je zajistit, aby stát, ve kterém se investice uskuteční, poskytl investorovi z druhého státu určitý standard zacházení s jeho investicí.¹

Bilaterální smlouvy ohledně ochrany investic se začaly uzavírat v ČR (ČSFR) v návaznosti na změnu politicko-ekonomického prostředí po roce 1989. S přípravou na vstup do EU a přiblížením české legislativy blíže k unijní začalo být ale zřejmé, že některé uzavírané BIT mohou být do budoucna problematické.

Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost se pravomoci v oblasti ochrany investic na úrovni EU prohloubily. Lze říci, že od této události již má EU výlučnou pravomoc uzavírat dohody o ochraně investic s třetími státy. Prohloubením pravomoci EU (Komise) v oblasti BIT lze poté spatřovat v přijetí Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.² Zvýšený vliv Unie v oblasti ochrany investic ale je komplikován souběžnou existencí BIT, což je problematické zvláště v těch částech, kde BIT nejsou plně kompatibilní s právem EU. Ještě více dochází ke zdůraznění těchto rozporů v případě sporů a souvisejících arbitráží.

Cílem práce je tedy identifikovat tyto sporné body a ukázat možnosti jejich řešení. Jak již bylo zmíněno, tak důležitým předělem v rozsahu pravomocí a nárůstu problémů mezi BIT a unijní legislativou byl právě vstup Lisabonské smlouvy v platnost. Proto se vlivem Lisabonské smlouvy na oblast ochrany investic zabývá i výzkumná otázka této práce, která zní: *Jakým způsobem ovlivnilo přijetí Lisabonské smlouvy vnímání BIT v rámci práva EU?* Na výzkumnou otázku a výše uvedené

¹ FARKHUTDINOV, Insur. Foreign Investor and Host State: Need for Balance Interests. In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 244.

² Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Úř. věst. L351, 20. prosince 2012, s. 40-46.

problémy navazuje i hypotéza práce, jejíž znění je následující: *Rozpory mezi právem EU a mezinárodněprávními závazky členských států v oblasti ochrany investic mají vliv na status BIT.*

Hypotéza je tedy především postavena na tezích, které byly zmíněné na začátku kapitoly. Konkrétně se tedy snažit poukázat na skutečnost, že především od přijetí Lisabonské smlouvy začíná být viditelný zvýšený tlak jednak na úpravy BIT tak, aby odpovídaly unijní legislativě. Zároveň s tím je zřejmá i snaha aby v nejlepším případě členské státy EU vůbec nové BIT neuzavíraly a v oblasti těch stávajících docházelo k jejich rušení.

Cíli práce, výzkumné otázce i hypotéze odpovídá samotná struktura práce, která se dělí na čtyři základní kapitoly. První kapitola se bude zabývat především samotnou definicí pojmu investice. Rovněž zde bude ukázán postoj mezinárodního práva k těmto investicím a analyzovány hlavní platformy pro řešení sporů z investic, především ICSID a UNCITRAL.

Tématem druhé kapitoly bude především analýza ochrany investic v České republice. V rámci této kapitoly budou rozebrány některé důležité BIT uzavřené mezi ČR (ČSFR) a státy západní Evropy. Dále v kapitole budou analyzovány některé rozhodčí řízení, které byly proti ČR vedeny. V rámci práce byly vybrány arbitráže, které měly své kořeny jak před vstupem ČR do EU, tak i arbitráže, které byly ukončeny po vstupu do EU. Tento výběr má především za cíl poukázat na vliv argumentů ohledně neaplikovatelnosti BIT kvůli přednosti práva EU a to jak v období předstupních jednání, tak i samotného členství

Tématem třetí kapitoly poté bude analýza unijní právní úpravy v oblasti ochrany investic. Zde bude důraz zaměřen na hlavní mezníky, které formovaly status BIT v rámci práva EU. Jedná se především o Lisabonskou smlouvu nebo již zmíněné nařízení č. 1219/2012.

V rámci poslední tj. čtvrté kapitoly dojde k analýze rozdílnosti BIT s právem EU. V první části kapitoly budou rozebrány úskalí existujících BIT mezi členskými státy Unie s třetími zeměmi. Dále se bude kapitola zabývat i více problematickou úpravou BIT mezi samotnými členskými státy. Rovněž v rámci kapitoly bude poukázáno na názor Komise či Evropského soudního dvora v této oblasti. V poslední části kapitoly poté dojde k analýze možné budoucnosti BIT a souladu s právem EU.

V případě zdrojů k této práci bylo použito jak pramenů, tak i literatury. V případě pramenů lze zmínit z primárního práva např. Konsolidované znění smlouvy

o EU z roku 2012³, které již reflektuje změny ve smlouvách přijaté v rámci Lisabonské smlouvy. V případě sekundárního unijního práva je pro současnou podobu (květen 2013) důležité především nařízení č. 1219/2012,⁴ které upravuje podobu ochrany investic v EU. Dalšími důležitými prameny pro mě byly jednotlivé BIT uzavírané ČR s dalšími státy např. BIT s Nizozemím či s USA.⁵ Dalšími nutnými materiály byly i jednotlivé rozhodčí řízení, např. v případech Saluka Investments nebo Eastern Sugar.⁶

V případě literatury musím rozhodně na prvním místě zmínit monografii experta v oblasti ochrany investic Alexandra Bělohávka s názvem *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*.⁷ V oblasti mezinárodních investic a analýze některých arbitrází vedených proti ČR bylo pro mě užitečné dílo Pavla Šturmy s názvem *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*.⁸ V případě zahraniční literatury byla pro mě velmi přínosná publikace *International Economic Law* jejímž autorem je Andreas Lowenfeld.⁹

³ Konsolidované znění Smlouvy o Evropské Unii a Smlouvy o fungování Evropské Unie, Úř. věst. C326/1, 26. října 2012.

⁴ Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Úř. věst. L351, 20. prosince 2012, s. 40-46.

⁵ Sdělení ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb.; Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb.

⁶ Rozhodčí nález Permanent Court of Arbitration ze dne 17. března 2006, Saluka Investments BV v. Česká republika; Rozhodčí nález Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce ze dne 12. dubna 2007 Eastern Sugar BV v. Česká republika.

⁷ BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. Praha: C. H. Beck, 2010. 388 s.

⁸ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. Praha: Linde, 2008. 334 s.

⁹ LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 541.

1. Definice pojmu investice, ochrana investic a platformy pro řešení sporů

1. 1. Ekonomická a právní definice pojmu investice

Pojem investice lze definovat v rámci několika oborů. Nejčastěji se termín investice užívá jako ekonomický či právní pojem.¹⁰ Nejprve se tedy v rámci kapitoly zaměřím na definici investice z ekonomického hlediska. V této souvislosti je nutné splnit tři kritéria, aby se mohlo o dané činnosti hovořit jako o investici. Prvním z nich je ekonomický přínos, což znamená, že investice by měla vést k ziskům investora, ať už ve formě finančních prostředků (peněz) nebo např. odběru části produkce podniku. Druhým znakem je fakt, že tento přínos je pro investora znatelný až za určitou dobu. Zisk ani ztráta tedy není okamžitá, což odlišuje investici např. od finanční transakce. Podle délky trvání investice můžeme dělit investice na střednědobé (např. v horizontu tří let), nebo dlouhodobé (v horizontu okolo sedmi let). Třetím znakem investice je podnikatelské riziko, tj. případná odměna investora závisí na hospodářském výsledku podniku. Pokud je podnik v zisku, tak pak z něho má investor rovněž finanční prospěch, pokud je podnik ve ztrátě, pak zde existuje ztráta finančních prostředků, které do podniku investor vložil. Tímto znakem se investice liší např. od prodeje, kde za určité zboží existuje jistota finanční odměny. Dále lze investice dělit např. na přímé či nepřímé či investice obchodní a průmyslové.¹¹

Podobnou definici investice jako je výše zmíněná ekonomická mají např. regionální smlouvy, jejichž smluvními stranami jsou vyspělé země. Jedná se především o smlouvy v rámci OECD či EU. Definici investice lze najít i v Kodexu o liberalizaci kapitálových pohybů přijatý Radou OECD z roku 1960 Podle něj se jedná o investice uskutečněné v dané zemi cizím investorem (nerezidentem) s cílem založit trvalé ekonomické vazby s podnikem, jako zejména investice, které dávají možnost vykonávat reálný vliv na řízení takového podniku. Za těchto podmínek jimi může být buď vytvoření nebo rozšíření podniku či filiálky nebo plné ovládnutí existujícího

¹⁰ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 21-22.

¹¹ LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 471.

podnik. Investicí rovněž může být podíl v novém nebo existujícím podniku, anebo půjčka na dobu pěti let či delší.¹²

V případě definice investice z hlediska mezinárodního práva neexistuje tak jasná investice jako v ekonomické oblasti. V oblasti mnohostranných smluv se jedná většinou o spíše abstraktní definice, což je dáno i povahou samotných smluv, kdy se na obsahu musí dohodnout více smluvních stran, a v případě velmi přesné definice investice by bylo těžké najít konsensus.¹³

Jako příklad lze uvést např. o tzv. Washingtonskou úmluvu z roku 1965, jejímž obsahem je právě ochrana investic.¹⁴ I když ale v rámci této úmluvy není definován pojem investice, tak i přesto existuje vodítko, zda se o investici jedná či ne. Je jím tzv. Schreuerův test.¹⁵ Podle tohoto testu lze hovořit o investici, pokud splňuje následující tři kritéria. První kritérium značí, že se musí jednat o dlouhodobější projekt s minimální dobou trvání dva až tři roky. V druhém kritériu je obsažen předpoklad zisku či pravidelného příjmu. V rámci třetího kritéria se uplatní požadavek nést podnikatelské riziko. Čtvrtým kritériem je významná účast investora na daném projektu. Pátým kritériem je přínos pro rozvoj hostitelského státu. Jak je tedy zřejmé, tak se jedná o rozšíření ekonomické investice o významnou účast investora a přínos pro hostitelský stát.¹⁶ Aspekt přínosu pro hostitelský stát byl v rámci rozhodčího řešení analyzován i v případě ČSOB versus Slovensko.¹⁷ V tomto případě mimo jiné tribunál hodnotil, zdali je možné spatřovat v činnosti ČSOB na Slovensku významný přínos pro hostitelský stát. Nakonec dospěl k názoru, že tento výklad je možný.¹⁸

Z Schreuerova testu vychází i tzv. Saliniho test.¹⁹ Zde se uplatňuje další kritérium a to, že finanční prostředky budou investovány v dobré víře a v souladu s právem hostitelského státu. Dobrým příkladem na znázornění toho, co již nejsou

¹² ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 23-24.

¹³ Tamtéž, s. 23.

¹⁴ Washingtonské úmluvě a Mezinárodnímu středisku pro řešení investičních sporů (ICSID) bude věnována pozornost v následující podkapitole

¹⁵ KOSTKA, Vladimír. Mezinárodní investiční spory před obecnými soudy? *Bulletin advokacie*, 2012, roč. 22, č. 12, s. 36.

¹⁶ SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážních vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence*, 2008, roč. 14, č. 7, s. 11.

¹⁷ rozhodčí nález ICSID ze dne 29. prosince 2004, Československá obchodní banka, a.s. v. Slovensko, ICSID Case No. ARB/97/4

¹⁸ SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážních vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence*, 2008, roč. 14, č. 7, s. 13.

¹⁹ rozhodčí nález ze dne 4. února 2004, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus Maroko, ICSID Case No. ARB/00/4.

prostředky investované v dobré víře je případ Phoenix versus ČR.²⁰ Případ se týkal nákupu dvou českých společností izraelským investorem. V rámci arbitráže dospěli rozhodci k závěru, že tato koupě byla účelová, protože hlavním cílem koupě společností bylo získat výhody plynoucí z režimu ochrany investic, což bylo v rozporu s požadavkem na peníze investované v dobré víře.²¹

Naopak v případě dvoustranných investičních smluv (BIT) je většinou definice investice velmi přesná, protože kromě obecné formulace obsahují i demonstrativní výčet toho, co je z hlediska smluvních stran považováno za investici. Jako příklad lze uvést BIT mezi ČSFR a Nizozemským královstvím, ve které je investice definována jako: „každý druh aktiv investovaných přímo nebo prostřednictvím investora z třetího státu, a to zejména, nikoli však výlučně: I) movitý a nemovitý majetek a všechna věcná práva s ním související; II) akcie, obligace a ostatní formy účasti na společnostech a společných podnicích, jakož i práva z nich vyplývající; III) pohledávky na peníze a na jiná aktiva a jakéhokoliv plnění mající hospodářskou hodnotu; IV) práva z oblastí duševního vlastnictví, včetně technologických postupů, goodwill a knowhow; V) koncese udělené na základě zákona nebo smlouvy, včetně koncesí k průzkumu, kultivaci a těžbě a získávání přírodních zdrojů.“²²

1. 2. Ochrana investic v mezinárodním právu

Ochranu investic lze zařadit do mezinárodního práva veřejného. Zároveň v rámci tohoto právního odvětví ochranu investic řadíme do podoboru tzv. mezinárodního práva ekonomického.²³ Pokud se zaměříme na vývoj ochrany investic, pak lze říci, že do začátku devadesátých let dvacátého století zde byly dva hlavní názory na ochranu investic. Zatímco v západním bloku se smlouvy o ochraně investic uzavíraly, tak východní blok tyto smlouvy odmítal. S pádem východního bloku ale dochází k rozšíření smluv o ochraně investic do jeho sfér vlivu. Lze to dokládat i zvyšujícím se počtem BIT. Např. v roce 2000 existovalo více než 2000 dohod o ochraně investic. V průběhu času lze pozorovat i změny ve smluvních

²⁰ Rozhodčí nález ICSID ze dne 15. dubna 2009, Phoenix Action Ltd v. Česká republika, ICSID Case No. ARB/06/5

²¹ FOJTÍK, Luboš. *Rozhodnutí ICSID ve věci Phoenix vs. Česká republika* [online], eLaw.cz, 16. září 2009 [cit. 12. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/judikatura/28-mezinarodni/108-rozhodnuti-icsid-ve-vci-phoenix-vs-eska-republika.html>>.

²² Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb.

²³ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 31.

stranách. Dohody o ochraně investic byly zprvu uzavírány především mezi vyspělými a rozvíjejícími se státy, ale nyní lze pozorovat i nárůst dohod mezi dvěma rozvíjejícími se státy navzájem.²⁴

V této souvislosti se nabízí otázka, jestli je možné při tak velkém množství smluv o ochraně investic hovořit o zavedení jistého obyčeje. Proti tomuto tvrzení ale stojí několik faktů. Prvním z nich je skutečnost, že zde existují dva odlišné modely dvoustranných dohod, a to evropský a americký. Navíc existují určité rozdíly mezi samotnými smlouvami, a to především v oblasti rozhodčích doložek. Na druhou stranu lze hovořit o jistém zárodku obyčeje v oblasti pravidel v oblasti vyvlastnění a náhrady za investice. Podobě by obyčej mohl vznikat v oblasti standardů zacházení, např. v oblasti tzv. doložky nejvyšších výhod.²⁵

Lze tedy říci, že i přes její důležitost je stále tato právní úprava relativně roztříštěná. Neexistuje např. obecný právní režim, jakým disponuje např. WTO. Součástí režimu mezinárodních investic jsou totiž pravidla různého původu, ať už na úrovni dvojstranné, regionální či univerzální. Zatím lze říci, že převládá právě dvojstranná úprava, tedy především BIT. V souvislosti s tím lze ale zmínit trend směrem k mnohostranné úpravě této oblasti.²⁶

Tento trend k mnohostranné úpravě nemusí být tak dynamický, protože v této oblasti existuje mnoho překážek. Mezi ně patří např. nedostatek institucionálního provázání ochrany investic s určitou organizací. Na pravidlech se totiž podílí několik důležitých organizací, např. WTO, Světová banka, OECD, takže jednotná úprava této oblasti není v dohledné době reálná.²⁷

1. 3. Mnohostranné smlouvy univerzální povahy k ochraně a podpoře investic

Na začátku této podkapitoly je nutné nejprve definovat smlouvy o ochraně a podpoře investic a oddělit je od liberalizačních investičních smluv. Lze říci, že smlouvy o ochraně investic nemají za cíl liberalizaci pohybu kapitálu, za něž ovšem jsou občas zaměňovány. Ve smlouvách o ochraně investic je oproti výše zmíněné

²⁴ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 17-18.

²⁵ Tamtéž, s. 18.

²⁶ Tamtéž, s. 15.

²⁷ KONONOV, Olexiy. *International Investment Law: Is it Time to Change the Traditional BIT System?* In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYIL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 132-133.

liberalizaci důležitější právě ochrana investic proti rizikům, kde lze zařadit např. vyvlastnění. Mezi hlavní multilaterální smlouvy o ochraně investic patří Washingtonská úmluva z roku 1965.²⁸

Tento dokument, celým názvem *Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států* vstoupil v platnost 14. října 1966. Česká republika je smluvní stranou a je tedy touto smlouvou vázána.²⁹ V rámci této úmluvy vzniklo i Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (ICSID). Sídlem střediska je Mezinárodní banka pro obnovu a rozvoj ve Washingtonu. Středisko má několik orgánů, nejdůležitější z nich je správní rada. Administrativní úlohu má sekretariát, v jehož čele stojí generální tajemník.³⁰

Jak již bylo řečeno v předchozích podkapitolách, tak Úmluva neobsahuje žádnou definici investice. Kromě již zmíněného faktu obtížného hledání konsenzu v rámci smluvních stran lze zmínit i další, ryze praktické vysvětlení. To spočívá v tom, že příliš úzká definice investice by měla vliv na to, že by Mezinárodní středisko pro řešení investičních sporů (ICSID) zřízené v rámci úmluvy by mělo omezenou působnost. Zajímavostí zůstává, že původně měla být definice investice obsažena v článku 30, podle kterého znamenala: „*jakýkoliv peněžní nebo jiný majetkový přínos s ekonomickou hodnotou na neurčité časové období, nebo pokud toto období definováno, ne na dobu kratší než pět let.*“³¹

Tato definice však tam nakonec spíše zbytečná, protože v úmluvě existuje podmínka souhlasu stran s řešením sporů a zároveň i s mechanismem, ve kterém smluvní státy můžou oznámit, které kategorie sporů chtějí předložit k řešení v rámci ICSID.³²

Další právním instrumentem, který se dotýká ochrany investic je dohoda TRIMS (Trade-Related Investment Measures) z roku 1994. Cílem dohody je omezit opatření, které jsou uplatňovány vůči zahraničním investorům a porušují pravidla WTO. Mezi tyto opatření lze zařadit např. odepření udělit zahraniční investici stejné jako národní zacházení nebo odstranit množstevní omezení.³³

²⁸ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 25.

²⁹ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992.

³⁰ ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 455.

³¹ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 25.

³² DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 213.

³³ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 31.

1. 4. Platformy pro řešení sporů (ICSID, UNCITRAL)

1. 4. 1. Obecné pravidla pro řešení sporů

Pokud se zaměříme na řešení sporů, které mohou vyvstat při investování, pak je nutné nejprve konstatovat, že hlavní základ pro ochranu investic tvoří právě výše zmíněné BIT. V případě samotného sporu je první stranou stát a proti němu může být buď fyzická nebo právnická osoba, podle toho, zda žaluje investor jako osoba nebo společnost. Je tedy nutné zdůraznit, že se nejedná o spor mezi dvěma soukromoprávními subjekty. Samozřejmě existují případy, kdy stát vystupuje jako soukromá osoba, a to např. když se jedná o nákup zboží či služeb pro instituce státu, tyto spory ale nespádají do tématu této práce.³⁴

Ovšem v případě výše zmíněných sporů z mezinárodních investic je stát chápán jako nositel veřejné moci. Podstata sporu poté vyplývá ze skutečnosti, že druhá strana se domnívá, že stát provedl mocenský zásah, který této druhé straně snížil či znehodnotil vloženou investici.³⁵ V konkrétních případech se může jednat např. o vyvlastnění či znárodnění investice. Mezi další argumenty investorů ve sporu se státem lze zařadit neposkytnutí dostatečné náhrady či nemožnost převést zisk z investice do zahraničí.³⁶

První možností v rámci možného investičního sporu je požádat o diplomatickou ochranu. Tato ochrana je zabezpečena státem, z něhož investor pochází. Jedná se o základní princip mezinárodního práva, kdy stát může chránit jednotlivce proti krokům jiného státu, který porušil svým chováním k investorovi zásady mezinárodního práva. Tento postup ale má své limity. Je jím např. fakt, že daný investor či společnost musí být z daného stát. Dalším limitem je skutečnost, že stát nemusí tuto diplomatickou ochranu udělit. Pokud stát nakonec přistoupí k diplomatické ochraně, tak výše uvedený krok má rovněž negativní vliv na vztahy s ostatními státy. K největšímu zhoršení vztahů v tomto případě dochází se státem, proti kterému byla udělena diplomatická ochrana investora.³⁷

Pokud se však přesto stát rozhodne udělit svému domácímu investorovi diplomatickou ochranu, tak první metodou řešení sporu je vyjednávání. Pokud tato

³⁴ DOLZER, SCHREUER: *Principles of International...*, s. 227.

³⁵ ONDŘEJ: *Mezinárodní právo veřejné...*, s. 455.

³⁶ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 32.

³⁷ DOLZER, SCHREUER: *Principles of International...*, s. 227.

metoda selže, tak se může stát, který diplomatickou ochranu poskytl na Mezinárodní soudní dvůr (International Court of Justice – ICJ). Spory se dále můžou řešit skrze arbitráž mezi státy nebo přijetím protiopatření. Je ale zakázáno použití síly.³⁸

Výše uvedená možnost diplomatické ochrany investora se ve většině případů nevyužívá. Ve většině případů totiž je možnost rozhodčího řízení zakotvena právě v BIT. Ty umožňují v první řadě řešení těchto sporů v rámci jednání mezi investorem a hostitelským státem ohledně možnosti vyřešení sporu přátelsky. Tato možnost však není ve většině případů účinná, protože stát většinou odmítá jakékoliv porušení BIT. Častějším případem proto v těchto sporech je rozhodčí řízení. Pro úplnost je nutno uvést, že existuje i varianta řešení sporů před soudem hostitelského státu. Zde ale hrozí riziko možného zvýhodnění hostitelského státu. Proto většina sporů je řešena buď v rámci rozhodčího řízení v rámci pravidel ICSID nebo vytvoření rozhodčího soudu ad hoc. V případě použití druhé varianty soud většinou rozhoduje podle pravidel UNCITRAL.³⁹

1. 4. 2. Rozhodčí řízení podle Washingtonské úmluvy

Jak již bylo zmíněno, tak v roce 1965 byla podepsána tzv. Washingtonská úmluva, v rámci níž bylo zřízeno Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (ICSID). Hlavní náplní ICSID je řešení tzv. hybridních sporů mezi státem a soukromým investorem. Tento druh řešení sporů z investic je specifický, a proto se nepoužívají podobné nástroje, jako např. mezistátní arbitráž či mezinárodní obchodní arbitráž.⁴⁰

Řešení sporů pomocí pravidel ICSID je dnes relativně využívanou možností. Je ale nutné podotknout, že tomu tak nebylo vždy. Při jednáních o vzniku této úmluvy např. většina států Latinské Ameriky tento návrh odmítla. Důvodem byla především obava z přílišné moci ICSID vyplývající z možnosti uložit v rámci arbitráže investorovi finanční odškodnění ze strany států. Počet signatářů Úmluvy však i přesto postupně rostl. To lze dokladovat skutečností, že v roce 1972 bylo vázáno Úmluvou 68 států, zatímco v roce 2007 se již jednalo o 156 států. Ze států Latinské Ameriky nyní není vázáno Washingtonskou úmluvou a řešením sporů před ICSID Brazílie a Mexiko.

³⁸ DOLZER, SCHREUER: *Principles of International...*, s. 227.

³⁹ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 35.

⁴⁰ ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 525-526.

Z geopoliticky důležitějších států celého světa je nutné zmínit ještě Indii, která se i nyní profiluje jako odpůrce ICSID.⁴¹

V případě ČSFR byla úmluva podepsána dne 12. května 1991 s platností od 8. dubna 1992.⁴² Případů sporů vyplývajících z ochrany investic, kde je ČR jednou ze stran v rámci rozhodčího řízení, lze nalézt relativně mnoho. To vychází i ze skutečnosti, že podle statistik UNCTAD byla ČR v roce 2011 na pátém místě v žebříčku nejvíce žalovaných států.⁴³

ICSID má pravomoc řešit spory jak pomocí smírčích, tak i rozhodčích řízení. Rozhodčí řízení ale převažují. Na Washingtonskou úmluvu navazuje tzv. Dodatečných pravidel, která se uplatňuje v případě, že buď stát, ve kterém se investice uskuteční, nebo stát, kde má sídlo investor nejsou signatáři Washingtonské smlouvy.⁴⁴ S žádostí na zahájení řízení se může obrátit jak investor, tak i stát, ve kterém byla investice uskutečněna.⁴⁵

Pokud se podíváme na složení rozhodčího tribunálu, tak jeho obvyklé složení jsou tři rozhodci. Každá strana si většinou jmenuje svého rozhodce a tito dva poté zvolí předsedu rozhodčího soudu. Pokud však některá ze stran nejmenuje svého rozhodce, poté jmenuje zbývajících rozhodce orgán uvedený v příslušné BIT.⁴⁶

Důležité pro praktické fungování je fakt, že členské státy, které se zavázaly dodržovat Washingtonskou dohodu, a tím pádem odmítly jiné formy řešení sporů v této oblasti, což potvrzuje i čl. 26. Další důležitý prvek, který podporuje sílu Úmluvy je skutečnost, že signatáři se zavázali k uznání i výkonu rozhodčího nálezu na svém území se stejnou právní vahou, jako by se jednalo o konečné rozhodnutí soudu daného státu.⁴⁷

Důležité v případě pravomoci ICSID rozhodovat spory je skutečnost, že podle článku č. 25 odst. 1 je zřejmé, že pokud se státy v rámci BIT zavážou, že spory ohledně ochrany investic bude Středisko řešit, tak již nelze tento souhlas odvolat.

⁴¹ LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 541.

⁴² ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 114.

⁴³ DOLZER, SCHREUER: *Principles of International...*, s. 222-224.

⁴⁴ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 114.

⁴⁵ *ICSID Convention, Regulations and Rules* [online]. icsid.worldbank.org, 12. dubna 2006 [cit. 25. května 2013]. Dostupné na < https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

⁴⁶ LOWENFELD: *International Economic...*, s. 538.

⁴⁷ *ICSID Convention, Regulations and Rules* [online]. icsid.worldbank.org, 12. dubna 2006 [cit. 25. května 2013]. Dostupné na < https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

Navíc podle čl. 54 Washingtonské úmluvy musí smluvní stát, kterým je i ČR uznat a vykonat rozhodčí nález, který byl proveden v souladu s Úmluvou.⁴⁸

Velmi zajímavým se stalo tvrzení Komise v daném dokumentu, že se bude snažit prozkoumat možnosti přistoupení k ICSID. Zároveň ale připouští, že by tento případný proces byl relativně složitý, protože by bylo zapotřebí upravit pravidla ICSID. Jakou překážkou se jeví současný stav, kdy k ICSID můžou přistupovat pouze státy, nikoliv entity podobné EU.⁴⁹

Ze všech faktů uvedených výše vyplývá, že právní postavení ICSID v oblasti řešení investičních sporů je velmi silné. Články Úmluvy ohledně výkonu rozhodčího rozhodnutí a skutečnost, že státy jsou vázané v případě sporů se obrátit právě na ICSID, omezuje aplikace práva EU v této oblasti v případě sporů vyplývajících z BIT mezi členskými státy Unie.

1. 4. 3. Rozhodčí řízení podle pravidel UNCITRAL

Rozhodčí řešení v rámci ICSID ovšem není jedinou možností, kterou můžou státy využít při řešení sporů vyplývajících z BIT. Ty lze dále řešit i před tribunálem, který vznikl podle pravidel UNCITRAL (United Nation Commission on International Law), které byly vypracovány v roce 1976 Komisí OSN pro mezinárodní právo obchodní.⁵⁰ Samotná UNCITRAL byla založena rezolucí Valného shromáždění OSN číslo 2205 ze 17. prosince 1966 a v roce 1968 začal tento orgán fungovat. Komise je tvořena zástupci 36 států podle složení Valného shromáždění. Počet křesel se rozděluje na základě počtu států jednotlivých regionů a kontinentů. Členství jednotlivých států v UNCITRAL je na dobu šesti let, po třech letech se mění vždy polovina. V době psaní této práce (rok 2013) byla součástí orgánů UNCITRAL i Česká republika, mandát ji vyprší v tomtéž roce.⁵¹

V případě počtu a jmenování rozhodců jsou důležité především články 7-10 pravidel UNCITRAL, které upravují počet a jmenování rozhodců. Rozhodčí senát

⁴⁸ KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Doplněk, 2009, s. 439.

⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. [online]. COM (2010) 343 final, 7. července 2010 [cit. 30. května 2013]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

⁵⁰ KUČERA: *Mezinárodní právo...*, s. 429.

⁵¹ UNCITRAL *Arbitration Rules (as revised in 2010)* [online]. [uncitral.org](http://www.uncitral.org), 6. dubna 2011, [cit. 31. května 2013]. Dostupné na <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>.

v rámci pravidel této organizace většinou zasedá v počtu třech rozhodců. To platí i v případě, že strany předem ve smlouvě nedohodli na počtu rozhodců. Je ovšem možné mít i jiný počet rozhodců po dohodě obou smluvních stran. Lze vést řízení i s jedním rozhodcem.⁵² Ve většině případů podle smluv o ochraně investic každá strana jmenuje jednoho rozhodce, tito dva poté volí předsedu. Pokud strany chtějí jmenovat pouze jednoho rozhodce místo tří, tak na jeho jméno musí být oboustranná shoda. V případě jmenování pouze jednoho rozhodce musí být neutrální a navíc by bylo žádoucí, aby tento arbitr byl z jiného státu, než je stát či investor, kterého se rozhodčí řízení týká.⁵³

Nejdůležitějším nástrojem pro řešení sporů jsou již zmíněná pravidla UNCITRAL, která jsou rámce pro řešení obchodních sporů. Výhodou je, že tyto pravidla jsou pružná, můžou se tedy použít jak pro ad hoc arbitráž, tak pro institucionalizovanou arbitráž. V roce 2010 došlo k zavedení nových pravidel v rámci UNCITRAL, která nahradila předchozí právní úpravu, která byla v platnosti od roku 1976.⁵⁴

Lze říci, že pravidla UNCITRAL a ICSID jsou si podobné, přesto zde existují zásadní odlišnosti např. v možnostech úpravy pravidel. V případě pravidel UNCITRAL můžou strany od pravidel více odchytil, pokud je to zakotveno do smluv přímo v rozhodčí doložce. Naopak v případě ICSID jsou tyto pravidla závazná, protože jsou dána z povahy mezinárodní smlouvy.⁵⁵

⁵² UNCITRAL *Arbitration Rules (as revised in 2010)* [online]. uncitral.org, 6. dubna 2011, [cit. 31. května 2013]. Dostupné na < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>.

⁵³ RABAN, Přemysl: *Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí*. Praha: C.H. Beck, 2004, s. 168.

⁵⁴ NOWACZYK, Piotr. New UNCITRAL Arbitration Rules. In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYIL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 320.

⁵⁵ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 145-147.

2. Dvojstranné smlouvy o ochraně investic (BIT) v ČR a analýza vybraných sporů z nich vyplývajících

2. 1. Základní charakteristika BIT

Dvojstranou dohodu o ochraně investic (BIT) lze charakterizovat jako smlouvu mezi dvěma státy, které se dohodnou na vzájemné ochraně svých investorů. Cílem je zajistit, aby stát, ve kterém se má investice uskutečnit poskytl investorovi z druhého státu jistý standard zacházení pro jeho investici.⁵⁶ Konkrétně se stát ve smlouvě zavazuje, že poskytne investorovi a jeho investici nestranné a spravedlivé zacházení. S tím souvisí i negativní vymezení ve smyslu, že stát nebude využívat prostředky, které by mohly poškodit výši investice či účel investování.⁵⁷

Jedním z důvodů existence BIT je skutečnost, že se státy nedokázaly shodnout na univerzální dohodě upravující ochranu zahraničních investic. Konkrétně jako hlavní překážka se jeví rozdílné názory států na možnosti vyvlastnění investice či podmínek, které musí před daným krokem splněny.⁵⁸

V rámci BIT je jedním z požadavků investorů zajištění standardního přístupu hostitelského státu k jejich investici. Mezi hlavní pravidla platí pravidlo zákazu diskriminace, tj. že se dostane zahraniční investici stejného zacházení jako investici společnosti, která byla založena na území hostitelského státu. Dalším prvkem, který BIT obsahuje, je doložka nejvyšších výhod, tj. že se investorovi dostane stejného zacházení, jako investicím z třetích zemí.⁵⁹

Dalším charakteristickým prvkem obsaženým v BIT je závazek hostitelského státu, že v případě vyvlastnění této zahraniční investice poskytne investorovi náhradu v plné výši. Tento úkon uznává mezinárodní právo. Na druhou stranu ale musí platit výše uvedené, tzn. že musí být vyvlastnění provedeno pouze ve veřejném zájmu na bázi zákona, nesmí docházet k diskriminaci, a musí být vyplacena přiměřená náhrada. Přiměřená náhrada je definována jako „tržní hodnota“ či

⁵⁶ FARKHUTDINOV, Insur. Foreign Investor and Host State: Need for Balance Interests. In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYIL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 244.

⁵⁷ LOWENFELD: *International Economic...*, s. 559-560.

⁵⁸ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 33.

⁵⁹ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 20.

„spravedlivá tržní hodnota investice.“ Dalším principem, který se používá v BIT je i ochrana legitimního očekávání.⁶⁰

Jedním z do jisté míry kontroverzním prvkem, se kterým se lze v BIT setkat, je požadavek přínosu investice pro hostitelský stát. Je totiž zřejmé, že termín „přínos investice pro hostitelský stát“ nelze přesně vyčíslit či potvrdit. Proto se začíná prosazovat tvrzení, že už samotná investice má přínos pro hostitelský stát, aniž by se toto tvrzení muselo nějakým dalším způsobem prokazovat.⁶¹

Dvoustranné dohody o ochraně investic ve většině případů se zaměřují na co nejpodrobnější výčet různých druhů investic, které budou chráněny. Naopak definice pojmu investic je z hlediska obsahu velmi široká. Příkladem může být podrobná definice Dohody o ochraně investic mezi USA a ČSFR.⁶²

Je rovněž nutné říci, že široká definice ochrany investic nezahrnuje pouze hmotný majetek, ale i práva duševního vlastnictví. Pokud se zaměříme na rozdíly mezi evropským a americkým modelem, pak můžeme konstatovat, že pro evropský model je důležité, aby definice investice byla v souladu s právním řádem státu, ve kterém má investice proběhnout.⁶³

První „českou“ BIT uzavřela tehdejší Československá socialistická republika (ČSSR) s Belgií a Lucemburskem (resp. s Hospodářskou unií belgicko-lucemburskou) 24. dubna 1989.⁶⁴ Byla to první a zároveň poslední BIT, která byla uzavřena před listopadem 1989 tj. před začátkem ekonomicko-společenských změn. Většina stávajících BIT byla uzavřena až po roce 1989⁶⁵

2. 2. Analýza vybraných BIT

2. 2 1. BIT mezi ČR (ČSFR) a USA

K podepsání této BIT došlo 22. října 1991 ve Washingtonu. Dohoda poté vstoupila v platnost 19. prosince 1992.⁶⁶ Do současné podoby byla pozměněna v rámci Dodatkového protokolu č.102/2004 Sb. m. s.⁶⁷

⁶⁰ LOWENFELD: *International Economic...*, s. 564-565.

⁶¹ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 23.

⁶² Sdělení ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb.

⁶³ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 32-33.

⁶⁴ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 574/1992 Sb.

⁶⁵ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 33.

⁶⁶ Sdělení ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb.

V případě původní BIT z roku 1991 působí poněkud zvláště podmínky, které si jednotlivé strany dojednaly. I když v rámci BIT existuje formální reciprocita, tak USA si sjednalo daleko větší podíl výjimek než tehdejší ČSFR. Je nutno říci, že problémem bylo i samotné akceptování amerického modelu BIT. Navíc v době vstupu v platnost této BIT (rok 1992) existovalo méně než 20 BIT, které byly v rámci tohoto amerického modelu uzavřeny. Rovněž i rozsah závazků vyplývajících se smluv je pro ČR velmi široký, a zahrnuje např. i oblast získávání koncesí nebo např. živnostenského oprávnění.⁶⁸

V případě definice investice smlouva nabízí několik oblastí, které do toho spadají. Konkrétně se jedná o hmotné a nehmotné vlastnictví, včetně hypoték, zástav a ručení. Mezi další patří společnost nebo akcie či jiné podíly společnosti. Dále zde patří peněžní pohledávky nebo nároky na plnění. Jako čtvrtou a poslední oblastí, která spadá do pojmu investice je poté duševní vlastnictví. Zde BIT dokonce vyjmenovává části duševního vlastnictví jako průmyslové vzory, obchodní a servisní známky či názvu výrobků.⁶⁹

BIT je zajímavá rovněž velmi přesným definováním všech důležitých pojmů v rámci článku 1. Zde jsou definovány pojmy jako „společnost smluvní strany“, či „doprovodné činnosti“. Obecně lze říci, že tato smlouva je v případě definic velmi podrobnou, zvláště pokud ji porovnáme např. se smlouvou mezi ČSFR a Nizozemským královstvím.⁷⁰

Z hlediska této práce se jeví zajímavá skutečnost, že před vstupem ČR do EU musela být tato smlouva revidována, aby nekolidovala se závazky vyplývajících z budoucího členství. Proto byl v prosinci 2003 podepsán Dodatečný protokol, který významně rozšířil výjimky ČR z hlediska ochrany investic. Toto rozšíření počtu výjimek však bylo dáno spíše snahou vyhovět právu EU než nějakou hlubší snahou ČR tuto smlouvu revidovat.⁷¹

Tato skutečnost vychází jak z preambule Protokolu, která konstatuje, že ČR je podle článku 307 SES a v rámci Aktu o přistoupení odstranit neslučitelnosti s právními dokumenty, na kterých je EU vybudována. Zároveň v čl. 1 je jako důvod

⁶⁷ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dodatečného protokolu mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými k Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Spojenými státy americkými o vzájemné podpoře a ochraně investic č. 102/2004 Sb. m. s.

⁶⁸ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 65-66.

⁶⁹ Sdělení ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb.

⁷⁰ Tamtéž.

⁷¹ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s 66.

změny původní BIT uvedeno členství ČR v EU. Patrná návaznost na zájmy EU je v nově vyjednaných výjimkách v oblasti zemědělství či dotací.⁷²

2. 2. 2. Analýza BIT mezi ČSFR a Nizozemským královstvím

Tato BIT byla podepsána dne 29. dubna 1991 v Praze, datum platnosti dohody bylo 1. října 1992. Dohoda byla podepsána za doby existence ČSFR, pro samostatnou ČR začala platit od 1. ledna 1993.⁷³

V rámci definice investice BIT upravuje podobně jako v BIT mezi ČSFR a USA několik oblastí od movitého a nemovitého majetku, akcí, pohledávek, duševního vlastnictví či koncesí. Smlouva dále obsahuje standardně požadavek národního a spravedlivého zacházení a zákaz diskriminace. BIT rovněž standardně dovoluje převody kapitálu do zahraničí.⁷⁴

Zajímavým z hlediska sporů z ochrany investic, které budou popsány níže, se jeví čl. 5 Dohody, který se týká možnosti zbavení investice. Zde musí být splněny podmínky, že se jedná o opatření ve veřejném zájmu, nejsou diskriminační a jedná se o vyplácení náhrady. Posledně jmenované kritérium lze podle BIT chápat jako „skutečnou hodnotu dotčených investic“. Článek 8 Smlouvy se poté zabývá právě řešením sporů oblasti investic. Podle Smlouvy každá ze stran jmenuje jednoho rozhodce a tito dva poté vyberou předsedu, který musí být občanem třetího státu.⁷⁵ V případě, že některá ze stran nejmenuje svého rozhodce, poté podle čl. 8 odst. 4 jmenuje zbývajících rozhodce předseda Rozhodčího soudu Obchodní komory ve Stockholmu.⁷⁶ Dále BIT stanoví, že rozhodčí soud bude ve svých procesních pravidlech vycházet z pravidel UNCITRAL.⁷⁷

Jako zajímavost BIT s Nizozemí lze spatřovat i ustanovení čl. 12, který říká, že „Ustanovení této Dohody se bude ode dne jejího vstupu v platnost vztahovat rovněž na investice, založené po 1. lednu 1950.“ Toto ustanovení můžeme spatřovat jako

⁷² Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dodatkového protokolu mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými k Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Spojenými státy americkými o vzájemné podpoře a ochraně investic č. 102/2004 Sb. m. s.

⁷³ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb.

⁷⁴ Tamtéž.

⁷⁵ Tamtéž.

⁷⁶ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 32.

⁷⁷ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb.

relativně zvláštní, protože např. v dohodě mezi ČSFR a USA se smlouva vztahuje až na dohody platné po podepsání této smlouvy.⁷⁸

2. 3. Příklady výsledků sporů mezi investory a ČR

2. 3. 1. ČR versus CME

Jedním z významných investičních sporů mezi ČR a zahraničními investory byly rozhodčí řízení nejprve Ronalda Laudera a posléze společnosti CME vedené proti ČR. I když se jedná o dva případy, tak jsou si velmi podobné, protože byly vždy namířeny proti zmaření investice v televizní společnosti NOVA. Navíc Ronald Lauder byl majitel společnosti CME, takže lze říci, že poškozená strana byla v obou případech shodná.⁷⁹

Ale i přes výše zmíněné měly tyto případy i zásadní odlišnosti. První z nich je skutečnost, že v prvním případě podával návrh řízení proti ČR Ronald Lauder jako fyzická osoba, ve druhém poté iniciativa vzešla ze strany právnické osoby tj. společnosti CME. Druhá, ještě významnější odlišnost byl právní základ, ze kterého se odvozovala práva a povinnosti jednotlivých stran. V prvním případě se jednalo o BIT mezi ČSFR a USA (R. Lauder je občanem USA) a ve druhém případě to byla BIT mezi ČSFR a Nizozemím (společnost CME měla sídlo na území Nizozemí).⁸⁰

Zajímavou skutečností zůstávají výsledky jednotlivých rozhodčích orgánů. V případě návrhu R. Laudera rozhodčí orgán v roce 2001 zamítl jeho požadavek náhrady škody ve výši 500 milionů USD podle BIT ČSFR – USA. Naopak v roce 2003 tribunál dospěl k závěru, že ČR musí zaplatit společnosti CME 10,5 miliardy Kč. Tento verdikt byl uplatněn na základě BIT mezi ČSFR a Nizozemím.⁸¹

Je tedy zajímavé, že později zahájený tribunál, tj. podle BIT mezi ČSFR a Nizozemím nikterak nepromítl fakt, že již bylo v roce 2001 v podstatě identické věci jiným tribunálem. Jinými slovy nebylo bráno v potaz zásady *res iudicata*, tj. že ve věci

⁷⁸ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb.

⁷⁹ ONDŘEJ: *Mezinárodní právo veřejné...*, s. 458.

⁸⁰ ŠTURMA, Pavel a kol. *Konkurující jurisdikce mezinárodních rozhodovacích orgánů*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2009, s. 81.

⁸¹ Částečný rozhodčí nálezn London Court of International Arbitration ze dne 3. září 2001, Lauder versus Česká republika; Rozhodčí nálezn Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce ze dne 14. března 2003, CME versus Česká republika.

již bylo jednou rozhodnuto. Na druhou stranu byl ale zvláštní i postup právního zastoupení ČR, která odmítla nabídku za strany investorů na tzv. konsolidaci sporů.⁸²

2. 3. 2. ČR versus Saluka Investments B. V.

Další důležitý spor, ve kterém hrála roli BIT s Nizozemskem, byl spor mezi nizozemskou společností Saluka Investments B.V. a ČR. Saluka Investments byla napojena na japonského investora Nomuru. Jádrem sporu se stala skutečnost, že ČR uvalila po finančních problémech nucenou správu na Investiční a poštovní banku (IPB), ve které měla přes Saluku Investment svůj podíl právě Nomura. Po uvalení nucené správy navíc došlo k prodeji IPB do vlastnictví ČSOB, čímž měla být investice Saluky do IPB zmařena.⁸³ Česká republika totiž ostatním velkým bankám poskytla finanční pomoc, zatímco v případě IPB, ve které měla Nomura podíl 46,16 %, došlo k prodeji této banky konkurenci.⁸⁴

Proto došlo v roce 2001 k zahájení rozhodčího řízení. Hlavními argumenty Saluky spočívaly na tvrzení, že prodejem IPB do rukou ČSOB mělo dojít k nezákonnému zbavení investice Saluky, což bylo podle jejího názoru v rozporu s výše uvedenou BIT. Mezi dalšími lze zmínit např. argument, že se investici do IPB dostalo odlišného zacházení než investicím do ostatních bank, protože IPB nedostala od českého státu finanční pomoc, jak tomu bylo v jiných případech.⁸⁵

Protiargument ČR byl v tom, že možnost finanční pomoci IPB byla omezována pravidly ohledně poskytování finanční pomoci platnými v EU. Tento argument byl důležitý, protože v rámci příprav na přistoupení ČR do EU docházelo k harmonizaci českého práva s unijním. Proto podle ČR mohla Saluka očekávat, že vzhledem k pokračujícímu sbližování ČR a EU dojde ke změnám v přístupu ČR k ochraně investic.⁸⁶

Rozhodčí senát částečně podpořil argumentaci ČR, protože zpřísnování regulačního režimu ČNB bylo možné vzhledem k snahám ČR o vstup do EU předpokládat. Na druhou stranu však rozhodně Saluka nemohla předpokládat, že

⁸² ŠTURMA: *Konkurující jurisdikce...*, s. 81.

⁸³ rozhodčí nález Permanent Court of Arbitration ze dne 17. března 2006, Saluka Investments BV v. Česká republika

⁸⁴ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 58-59.

⁸⁵ rozhodčí nález Permanent Court of Arbitration ze dne 17. března 2006, Saluka Investments BV v. Česká republika

⁸⁶ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 59.

dojde k situaci, kdy třem velkým bankám v ČR bude finanční pomoc poskytnuta, kdežto IPB nikoliv.⁸⁷

Rozhodčí tribunál nakonec uznal argumentaci a nároky Saluky pouze částečně a to v argumentaci, že ze strany ČR došlo k odlišnému zacházení s IPB než s jinými bankami ve finančních problémech. Český stát totiž byl ochoten finančně pomoci IPB až poté, co přejde do vlastnictví ČSOB a nesnažil se situaci vyřešit ve spolupráci s managementem společnosti a Salukou. Naopak rozhodčí tribunál odmítl argumentaci Saluky, že šlo o nezákonné zbavení její investice. Podle tribunálu bylo uvalení nucené správy ČNB na IPB přípustným regulačním krokem, jehož cílem byl obecně prospěšný cíl.⁸⁸

V roce 2006 tedy byl rozhodčím tribunálem vydán částečný nález, který shrnoval výše uvedené argumenty a jak již bylo řečeno, tak částečně vyhověl nárokům Saluky. V rámci této druhé fáze měl tribunál posoudit, jestli a o kolik sníží finanční nároky Saluky v rámci odškodnění, které dosahovaly 40 miliard Kč. Bylo zřejmé, že vzhledem k tomu, že ČR částečně uspěla s argumentací v první fázi řízení, tak by odškodnění Saluce nedosahovalo výše uvedené částky. Přesto se ale počítalo s faktem, že i tak by snížená částka byla pro státní rozpočet ČR znatelná.⁸⁹ Vzhledem k tomu, že současně ČR vedla s Nomurou další arbitráž v oblasti pochybných převodů a prodeje akcií Plzeňského prazdroje, kde byly vyhlídky na obhajobu ČR vyšší, tak došlo v roce 2007 ke smíru a ukončení všech sporů mezi ČR a Salukou.⁹⁰

Spor Saluka-ČR není významným pouze z hlediska toho, že se jednalo o investici do tehdy jedné z největších bank z hlediska počtu klientů i likvidity či maximální částkou 40 miliard Kč, kterou mohla ČR případně zaplatit. V řízení se totiž velmi často operuje s argumentem přistoupení ČR do EU. I když se ve sporu nemohla objevit možnou neaplikovatelnosti BIT kvůli nadřazenosti evropského práva, obhajoba národním tak již můžeme pozorovat zrození argumentu o krocích, které se musely činit kvůli snaze o přistoupení do EU. Je tedy zřejmé, že možné rozpory mezi právem EU a BIT byly jako argument používány již před vstupem ČR do EU.

⁸⁷ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 60-61.

⁸⁸ rozhodčí nález Permanent Court of Arbitration ze dne 17. března 2006, Saluka Investments BV v. Česká republika

⁸⁹ ONDŘEJ: *Mezinárodní právo veřejné...*, s. 459.

⁹⁰ ŠTURMA: *Mezinárodní dohody...*, s. 143-144.

2. 3. 3. ČR versus Eastern Sugar B.V.

Sporem, ve kterém se argumenty o neaplikovatelnosti BIT kvůli nadřazenosti práva EU projeví naplno, bylo rozhodčí řízení Eastern Sugar B. V. versus ČR. Částečný nálezn byl vydán 27. března 2007 a v rámci řízení se použila smlouva o ochraně investic mezi ČSFR a Nizozemím z roku 1991.⁹¹

Základem sporu byly regulační opatření v zemědělství přijatá ČR před přistoupením k EU. Konkrétně se jednalo o kvóty na produkci cukru. Eastern Sugar byla od devadesátých let dvacátého století jedním z velkých investorů do českého cukrovarnictví. Jádrem pozdějšího sporu mezi Eastern Sugar a ČR se stalo přijetí tří opatření, které byly přijaty pro splnění požadavků EU v oblasti cukrovarnictví.⁹²

První a druhé nařízení o cukru ustanovilo kvóty pro jeho výrobu na území ČR a přidělovalo ji jednotlivým výrobcům. Stát ale disponoval i tzv. rezervní kvótou, kterou ovšem přidělil pouze „domácím“ producentům cukru. Nejvíce sporným se však mimo těchto dvou nařízeních o cukru stalo až to třetí. V rámci tohoto nařízeních došlo ke snížení kvóty cukru pro výrobce, kteří předtím uzavřeli některé své cukrovary. To mělo být směřováno především proti společnosti Eastern Sugar, která činnost cukrovaru na území republiky ukončila. Tato společnost výše uvedený krok považovala jako diskriminační a podala návrh na zahájení rozhodčího řízení proti ČR.⁹³

V samotném řízení poté rozhodčí senát došel k závěru, že byly první dvě nařízeních sice částečně politicky motivované, ale přesto neznamenaly porušení BIT. Třetí vyhláška však podle senátu byla cíleně namířena právě proti společnosti Eastern Sugar. Konkrétně v tomto případě došlo k porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení uplatňované v BIT. Z tohoto důvodu byla přiznána společnosti Eastern Sugar finanční kompenzace ve výši 25,4 mil. Eur.⁹⁴

ČR v rámci sporu použila argument, že BIT mezi ČR a Nizozemskem je od přistoupení ČR k EU neplatná, protože není možné zároveň aplikovat BIT a právo

⁹¹ FECÁK, Tomáš. Případ Eureko proti SR: *Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011[cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraz-e-v-ramci-eu.html>>.

⁹² rozhodčí nález Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce ze dne 12. dubna 2007 Eastern Sugar BV v. Česká republika

⁹³ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 86.

⁹⁴ rozhodčí nález Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce ze dne 12. dubna 2007 Eastern Sugar BV v. Česká republika

EU.⁹⁵ Tím by totiž došlo k porušení protidiskriminační zásady a zásady rovného zacházení. V této souvislosti ČR operovala s podpurným argumentem, že po přistoupení ČR k EU již celkově nebyly uzavírány žádné BIT mezi starými a novými členskými zeměmi. Dále ČR použila k obhajobě ustanovení VÚSP,⁹⁶ která říkají, že pokud všechny strany uzavřou pozdější smlouvu ohledně stejného předmětu, tak předchozí mezinárodní smlouva je zaniklá. Podle této logiky by BIT mezi ČR a Nizozemskem byla nepoužitelná po vstupu ČR do EU.⁹⁷

Zajímavostí sporu byla skutečnost, že zde vystoupila se svým stanoviskem i Evropská komise. Ta oponovala výše uvedené obhajobě ČR a tvrdila, že dohoda nemohla být automaticky ukončena, protože aby se tak stalo, tak by musela ČR dodržet formální proceduru, která se váže k ukončení smlouvy. Na druhou stranu ale Komise uznala komplikovanost vztahů mezi BIT a právem EU a vyjádřila přesvědčení, že budou BIT mezi členskými státy postupně ukončeny.⁹⁸

Rozhodčí soud ale odmítl myšlenku, že by vstup ČR do EU vytvořil předpoklady pro zánik závazků vyplývajících z BIT. Dále argumentoval, že tyto režimy nejsou stejné, protože EU zajišťuje především právo investovat, kdežto v rámci BIT jsou tyto investice následně chráněny.⁹⁹ Poté rozhodčí soud přišel s třemi relevantními argumenty. Prvním argumentem je skutečnost, že ani BIT ani dokumenty o přistoupení ČR k EU neobsahují jakoukoliv zmínku o neaplikovatelnosti těchto smluv. Druhým argumentem odmítl tribunál tvrzení ČR o nahrazení BIT právem EU, protože konstatoval, že BIT a smlouva o založení ES nepokrývají stejný předmět. Navíc ČR neprokázala svůj úmysl BIT s Nizozemí ukončit. Třetím

⁹⁵ LAURENCE, Burger. *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*. [online]. kluwerarbitrationblog.com, 17. prosince 2012 [cit. 8. června 2013]. Dostupné na <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/>>.

⁹⁶ Vyhláška Ministerstva zahraničních věcí č. 15/1988 Sb., Vídeňská úmluva o smluvním právu

⁹⁷ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 87.

⁹⁸ FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na

<<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitrage-v-ramci-eu.html>>.

⁹⁹ LAURENCE, Burger. *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*.

[online]. kluwerarbitrationblog.com, 17. prosince 2012 [cit. 8. června 2013]. Dostupné na <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/>>.

argumentem tribunálu je skutečnost, že investiční dohody a právo EU jsou vzájemně komplementární a nikoliv neslučitelná.¹⁰⁰

¹⁰⁰ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

3. Ochrana investic v EU

3. 1. Stručný vývoj ochrany zahraničních investic v EU před Lisabonskou smlouvou

Před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost se členské státy a EU jako celek dělily o kompetence v oblasti uzavírání investičních smluv s třetími zeměmi. Zatímco EU se snažila prosazovat liberalizaci zahraničních investic, tak členské státy byly aktivní v oblasti BIT zaměřených na ochranu investic.¹⁰¹

Výše uvedené rozdělení bylo patrné i v rámci článků týkající se společné obchodní politiky. Pravomoci EU v této rovině byly především v oblasti vnějšího obchodu. To bylo dáno především faktem, že zahraniční investice jsou charakterizovány přítomností v hostitelském státě a nikoliv přeshraničním obchodováním. Z toho je poté zřejmé, že řešení otázek ochrany zahraničních investic probíhalo primárně prostřednictvím BIT.¹⁰²

Lze tedy říci, že před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost neexistovala výlučná pravomoc EU v oblasti investic. Na druhou stranu ale i přesto EU mohla do této sféry výrazněji zasahovat. To bylo dáno tzv. doktrínou paralelismu vnitřních a vnějších kompetencí, známé také pod pojmem doktrína ERTA.¹⁰³ Zároveň ale tato doktrína ERTA byla v této oblasti omezována rozhodnutími ESD, ve kterých byly vyloučeny investice z oblasti společné obchodní politiky. Z výše uvedeného vyplývá, že do účinnosti Lisabonské smlouvy neměla EU v oblasti ochrany investic výlučné, ale sdílené pravomoci.¹⁰⁴

Na druhou stranu lze říci, že i před Lisabonskou smlouvou zde existovaly i nepřímé faktory kromě výše uvedené doktríny ERTA, které částečně ovlivňovaly sílu EU v oblasti ochrany investic. Jednalo se např. o povinnost loajální spolupráce.¹⁰⁵ V rámci toho principu bylo po členských státech požadováno, aby se zdržely

¹⁰¹ LAURENCE, Burger. *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*. [online]. kluwerarbitrationblog.com, 17. prosince 2012 [cit. 8. června 2013]. Dostupné na <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/>>.

¹⁰² BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 37-38.

¹⁰³ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

¹⁰⁴ Tamtéž.

¹⁰⁵ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 39.

jakýchkoliv opatření, jenž by mohly ohrozit cíle EU. Tento článek lze tedy nepřímou vztáhnout i na uzavírání BIT, kdy by v rámci dojednaného obsahu měly mít členské státy na paměti to, že dvojstranná dohoda o ochraně investic nemůže ohrožovat cíle EU. Jak však již bylo zdůrazněno, tento článek byl velmi obecného charakteru, takže jeho konkrétní uplatňování v této oblasti by bylo velmi komplikované.¹⁰⁶

3. 2. Změny v oblasti investic zavedené Lisabonskou smlouvou

Jak bylo zmíněno v předchozí kapitole, tak do doby před Lisabonskou smlouvou disponovala EU v oblasti investic pouze sdílenou pravomocí. To se však změnilo přijetím Lisabonské smlouvy. V období východního rozšíření se začaly ve větší míře objevovat argumenty, které podporovaly rozšíření pravomocí EU v oblasti přímých zahraničních investic. V obecné rovině se jednalo o zájem, aby EU jako celek byla účastníkem většího množství dvojstranných či vícestranných úmluv v oblasti mezinárodních investic a tím posílila svůj vliv.¹⁰⁷ Za jeden z argumentů ve prospěch výlučné pravomoci EU lze považovat tvrzení, že Unie jako celek bude mít v případě výlučné pravomoci ve vztahu ke třetímu státu lepší vyjednávací pozici. Tím může v budoucnu dojít k vyjednání lepších podmínek pro Unii v rámci vyjednávání dvojstranných smluv s třetími státy.¹⁰⁸

Argumenty pro zvýšení pravomocí EU na oblast investic nakonec byly inkorporovány do Lisabonské smlouvy. Jako potvrzení přechodu sdílené pravomoci na oblast výlučné pravomoci lze spatřovat i ve znění 1 odst. čl. 207 SFEU, který se týká společné obchodní politiky. „*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.*“¹⁰⁹ Z výše uvedeného je

¹⁰⁶ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 39.

¹⁰⁷ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

¹⁰⁸ Tamtéž.

¹⁰⁹ Konsolidované znění Smlouvy o Evropské Unii a Smlouvy o fungování Evropské Unie, Úř. věst. C326/1, 26. října 2012, čl. 207, odst. 1.

patrné, že na tvorbě společné obchodní politiky se podílí jak Rada, tak i Evropský parlament, a rovněž z toho vyplývá i skutečnost, že právní akty jsou přijímány nařízením.¹¹⁰

Výše uvedený článek tedy dával pravomoc Komisi, na druhou stranu ale existovaly i problémy s chápáním a rozsahem termínu „přímé zahraniční investice“. Podle některých výkladů se totiž jedná pouze o opatření v oblasti liberalizace investic. Komise však tomuto názoru oponovala, a obhajovala extenzivní výklad, že obsahem termínu je pokryta jak oblast přímého vstupu na trh, tak i standardy zacházení s investicí či právě oblast řešení investičních sporů.¹¹¹

Lze tedy shrnout, že přijetím Lisabonské smlouvy získala EU výlučnou vnější pravomoc v oblasti upravující přímé zahraniční investice. Tato část je nyní součástí společné obchodní politiky. V praktické rovině to znamená, že je nyní v kompetenci EU uzavírat dohody o ochraně investic s třetími zeměmi. To znamená posun od praxe do roku 2009, kdy dohody se třetími zeměmi o ochraně investic byly v kompetenci členských států. Ovšem v oblasti BIT mezi členskými státy nepřinesla Lisabonská smlouva výraznější posun.¹¹² Z výše uvedeného vyplývá, že sice EU může sjednávat bilaterální smlouvy v podstatě ve všech odvětvích, ale nemůže sjednávat komplexní investiční smlouvy upravující všechny formy investic.¹¹³

Kromě statického stavu v oblasti interunijních BIT rovněž nebylo dosaženo pokroku ani v případě ochrany investic. Zde totiž neexistuje v rámci Lisabonské smlouvy žádný článek, který by tuto oblast výslovně upravoval. Na druhou stranu se ale ochrany investic dotýkají články 49-55 upravující svobodu usazování.¹¹⁴ Rovněž článek 63 ohledně volného pohybu kapitálu se dotýká tohoto tématu.¹¹⁵ Nic z výše

¹¹⁰ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 41-42.

¹¹¹ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

¹¹² GUERIN, S. Selen. *Do the European Union's bilateral investment treaties matter? The way forward after Lisbon. CEPS Working Document NO. 333/July 2010*. [online]. ceps.eu, 1. července 2010 [cit. 3. června 2013]. Dostupné na <<http://ceps.eu/book/do-european-union%E2%80%99s-bilateral-investment-treaties-matter>>.

¹¹³ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 226-227.

¹¹⁴ Konsolidované znění Smlouvy o Evropské Unii a Smlouvy o fungování Evropské Unie, Úř. věst. C326/1, 26. října 2012, čl. 49-55.

¹¹⁵ Konsolidované znění Smlouvy o Evropské Unii a Smlouvy o fungování Evropské Unie, Úř. věst. C326/1, 26. října 2012, čl. 63.

uvedeného ale nelze označit jako přímou úpravu této oblasti. Stále ale platí, že i po přijetí Lisabonské smlouvy musí členské státy přizpůsobit BIT právu EU.¹¹⁶

3. 3. Současná unijní úprava a nařízení č. 1219/2012

3. 3. 1. Cesta k nařízení č. 1219/2012

Jak již bylo řečeno, tak Lisabonská smlouva sice přinesla posun v oblasti pravomocí EU v rámci investic. Na druhou stranu ale zůstaly stále nevyjasněné některé otázky, např. status BIT mezi členskými státy a třetími státy po vstupu této smlouvy v platnost. Komise si v této rovině byla vědoma těchto nedostatků, a proto nedlouho po přijetí Lisabonské smlouvy představila svůj koncept pro další vývoj v oblasti investic. Konkrétně se jednalo o dokument s názvem *Towards a comprehensive European international investment policy*, který byl určen Radě, Evropskému parlamentu, Hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů.¹¹⁷

Jedním z hlavních poselství výše uvedeného dokumentu je zmínka o tom, že je třeba vytvářet společnou politiku EU v oblasti mezinárodních investic, která zahrnuje jak fázi liberalizaci investic, tak i jejich ochranu. Již v tomto dokumentu tedy Komise ukazuje, že jejím cílem je převzít iniciativu i na poli ochrany investic.¹¹⁸

Navíc sice Komise v dokumentu zmiňuje i skutečnost, že není jejím cílem na poli investic zmařit úsilí členských států. Na druhou stranu je ale zdůrazněno, že toto úsilí členských států v oblasti ochrany investic musí být v souladu se společnou obchodní politikou stejně jako být konzistentní s právem EU.¹¹⁹

Dále v dokumentu Komise kritizuje již zmíněné skutečnosti, že v oblasti investic existuje již zmíněná výlučná pravomoc EU, ale na straně druhé zde neexistují žádné jasné mechanismy pro vyjednávání smluv o investicích mezi EU a třetími zeměmi. Rovněž připomíná fakt, že v právu EU neexistují předpisy, které by se zabývaly statusem BIT mezi členskými státy a třetími zeměmi. Pro vyřešení těchto

¹¹⁶ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 33.

¹¹⁷ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. [online]. COM (2010) 343 final, 7. července 2010 [cit. 30. května 2013]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

¹¹⁸ Tamtéž.

¹¹⁹ Tamtéž.

zmíněných problémů Komise přichází s návrhem legislativní činnosti, která vede k právnímu aktu později známému jako nařízení č. 1219/2012.¹²⁰

3. 3. 2. Analýza dopadů nařízení č. 1219/2012

Již zde bylo zmíněno, že EU v rámci společné obchodní politiky má výlučnou pravomoc v oblasti zahraničních investic, tak tomu tak není v oblasti ochrany přímých zahraničních investic, protože tato oblast byla v kompetencích pravomoci členských států. Řešení tohoto problému přináší Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.¹²¹ Důležitým prvkem nařízení je skutečnost, že žádná jeho část by se neměla vztahovat na BIT uzavíraných mezi jednotlivými členskými státy. Nařízení tedy upravuje dvojstranné smlouvy o ochraně investic mezi členským státem EU a třetí zemí, což znovu nepřináší nic pro tzv. intraunijní BIT.¹²²

Relativně ucelený obraz o tom, proč Komise přijala Nařízení č. 1219/2012 je shrnut právě v první části výše uvedeného nařízení, kde jsou vyjmenovány důvody, proč přijmout určitá opatření k regulaci BIT.¹²³

Nařízení rekapituluje, že po Lisabonské smlouvě má v této oblasti výlučnou pravomoc EU, což znamená, že pouze tato entita může vytvářet a přijímat právně závazné akty. Dále konstatuje, že ve SFEU nejsou obsažena žádná přechodná ustanovení v oblasti BIT mezi členskými státy a třetími zeměmi. Zároveň nařízení předpokládá, že dojde k nahrazování BIT uzavíraných členskými státy podobným druhem ochrany investic Unijní úpravy.¹²⁴

Nařízení ve čl. 2 dále říká, že členské státy by měly oznámit Komisi všechny BIT, které si přejí zachovat. To se vztahuje na BIT uzavřené před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost tj. 1. prosince 2009. Lhůta pro oznámení uběhla 8. února 2013. Článek 3 poté stanoví, že v takovém případě budou tyto dohody dále

¹²⁰ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>..

¹²¹ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 34.

¹²² Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Úř. věst. L351, 20. prosince 2012, s. 40-46.

¹²³ Tamtéž.

¹²⁴ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 35.

platné, ale jen do doby, než vstoupí v platnost BIT mezi EU a stejnou třetí zemí. Podle povinnosti spolupráce uplatňované v čl. 6 Nařízení, ale Komise může dojít k závěru, že části některé BIT jsou problematické, tak zahájí s členským státem konzultace s cílem, aby bylo dosaženo změny dotčených ustanovení BIT.¹²⁵ Podobný režim se vztahuje i na BIT podepsané v období 1. prosince 2009 a 9. ledna 2013. V tomto případě ale musí BIT splnit podmínky, které jsou kladeny i na tyto dvojstranné smlouvy o ochraně investic i po 9. lednu 2013 (viz níže).¹²⁶

Hlavním cílem Nařízení je ale stanovit postup, kterým budou posuzovány a přijímány BIT mezi členským státem a třetí zemí. Pokud tedy chce členský stát uzavřít či změnit bilaterální smlouvu o ochraně investic s třetí zemí, musí nejprve podle čl. 8 o tomto kroku uvědomit Komisi.¹²⁷ Ta následně může dát členskému státu povolení k zahájení jednání. Existují ale i situace, kdy toto povolení členský stát nemusí získat. Jedná se např. o možnost rozporu části BIT s právem či cíli EU nebo pokud by část této smlouvy představovala překážku při jednání EU o ochraně investic. Dalším argumentem je i možná zbytečnost, a to v případě, kdy by již Unie jednala s touto členskou zemí o ochraně investic.¹²⁸

Pokud členský stát povolení obdrží, tak ještě musí po skončení jednání podle čl. 11 Nařízení žádat Komisi o závěrečné povolení tuto smlouvu podepsat. K tomu musí tuto smlouvu předat Komisi na posouzení. Z toho vyplývá, že Komise v této části se proti případným problémům mezi BIT a právem či cíli Unie „jistí“ hned dvakrát, a to skrze povolení vůbec zahájit řízení a poté povolení podepsat finální text smlouvy.¹²⁹

Z výše uvedeného je zřejmé, že nařízení č. 1219/2012 představuje z pohledu BIT mezi EU a třetími zeměmi zásadní zlom. Ten lze dokumentovat jednak skutečností, že od platnosti výše uvedeného nařízení je možnost členských států sjednávat BIT omezena. Zároveň s tím je nutné podrobit přezkumu Komise každou případnou změnu v BIT i a dvojstranné smlouvy o ochraně investic v procesu

¹²⁵ Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Úř. věst. L351, 20. prosince 2012, čl. 2-6.

¹²⁶ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 35.

¹²⁷ Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Úř. věst. L351, 20. prosince 2012, s. 40-46

¹²⁸ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 34.

¹²⁹ Tamtéž.

přijímání či vyjednávání. Jak již bylo uvedeno, tak tento krok je zřejmě jedním z řady, které budou postupně BIT mezi státy omezovat.¹³⁰

¹³⁰ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 35.

4. Rozdíly mezi ochranou investic v rámci BIT a ochrana v rámci EU

4. 1. Analýza hlavních rozporů mezi právem EU a BIT

Možné rozpory mezi bilaterálními investičními smlouvami a právem EU se jeví jako problematičtější při pohledu na celkový počet uzavřených smluv a tedy i potencionálních problémů. Ke konci roku 2009 bylo platných přibližně 2 800 BIT. Navíc přibližně 50 % z těchto bilaterálních dohod o ochraně investic má za účastníky členské státy EU. To znamená, že členské státy EU jsou mezi sebou či v rámci třetích států vázány přibližně 1 400 BIT, což problematiku koexistence BIT s unijním právem ještě podtrhuje. Navíc v roce 2009 bylo řešeno celkem 357 sporů ohledně porušení BIT, což ukazuje, že se nejedná o jednotlivé případy. Problematiku BIT a jejich koexistence např. s právem EU rozhodně nelze nazvat okrajovou. Je zřejmé, že situace tedy potřebuje komplexní řešení.¹³¹

Uplatnění většího vlivu práva EU na ochranu zahraničních investic je ovlivňováno především skutečností, že neexistuje Unijní úprava v oblasti řešení sporů skrze mezinárodní investiční arbitráže. Sice lze v právu EU nalézt nařízení, které upravuje pravomoci v oblasti obecných soudů členských států. Tato úprava ale nelze použít pro řešení sporů mezi investorem a státem, ve kterém byla investice uskutečněna.¹³²

Navíc i většina členských států není ochotna v této oblasti aplikovat právo EU. V oblasti řešení sporů z investic tedy dává přednost např. pravidlům ICSID. I z hlediska zahraničních investorů je důležitější zachovat úpravu skrze ICSID či UNCITRAL než použít právo EU. V případě aplikace unijního práva by totiž mohlo dojít ke ztrátě určitých výhod vyplývajících z dvojstranných investičních smluv, např. možnost převést si zisk z investice do zahraničí. V případě zrušení BIT by navíc nebyli investoři pod ochranou mezinárodního práva, což by jim znemožnilo se účinně bránit v případě sporů s hostitelskými státy.¹³³

Na druhou stranu je nutné říci, že samozřejmě investor využívá příznivých pravidel a možností ochrany investic i z jiných stran, než jen dvojstranných investičních smluv, ať již v rámci zásad EU v oblasti společného trhu, tak i právního

¹³¹ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 18-19.

¹³² KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 31.

¹³³ Tamtéž, s. 33.

systemu jednotlivých zemí. I přes výše uvedené ale platí, že v případě porušení BIT se lze svých práv nejlépe dovolávat právě před rozhodčím tribunálem.¹³⁴

Proto je zřejmé, že rozsah investorových jistot může být omezen v případě možné neaplikovatelnosti BIT. Na tento problém poukazuje např. i v druhé kapitole této práce uvedený spor mezi Salukou a ČR. V rámci sporu Saluka argumentovala, že neposkytnutí finanční pomoci IPB ze strany ČR bylo porušení principu oprávněných očekávání. ČR se ale bránila argumentem, že v rámci přípravy na vstup do EU došlo k přijetí norem práva EU, které tuto finanční pomoc znemožňovalo.¹³⁵

Jinými slovy se ČR snažila naznačit, že závazky k EU mají přednost před principem oprávněného očekávání uplatňovaných v rámci BIT. I když nelze tvrdit, že by ČR byla v rámci sporu stranou, která vyhrála, tak přesto s touto argumentací částečně uspěla. To lze dokladovat v postoji rozhodčího soudu, který vyjádřil stanovisko, že investoři samozřejmě mají právo na jistou předvídatelnost a stabilitu právního prostředí v hostitelském státě. Na druhou stranu ale BIT nejsou jistotou proti všem možným změnám práva, která se týká jejich investice, což je vidět na změnách práva před vstupem ČR do EU.¹³⁶

Ovšem určitým potvrzením obratu byl případ *Eureko versus SR*.¹³⁷ Rozhodčí tribunál dospěl k závěru, že členství EU není překážkou k tomu, aby mohl tento tribunál řešit tento spor. Zajímavé je, že spor probíhal podle BIT uzavřené mezi ČSFR a Nizozemím, tzn. právní základ byl stejný jako v případě českých případů okolo společností CME či Saluky.¹³⁸ V případě *Eureko* poté byla ještě jedna zajímavost. Tribunál totiž odmítl podobnost případu *MOX Plant*¹³⁹, který řešil ESD s výše uvedeným případem *Eureko*. V případě *MOX Plant* totiž došel ESD k závěru, že disponuje výlučnou pravomocí pro rozhodování sporů mezi dvěma členskými státy EU.¹⁴⁰ Tribunál ve věci *Eureko* ovšem odmítl podobnost s tímto případem,

¹³⁴ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

¹³⁵ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 59-60.

¹³⁶ Tamtéž, s. 60-61.

¹³⁷ Rozhodčí nález o jurisdikci ze dne 26. října 2010, *Eureko B.V. versus Slovensko*, PCA Case No. 2008-13.

¹³⁸ FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraze-v-ramci-eu.html>>.

¹³⁹ Rozsudek ze dne 30. května 2006, *Komise Evropských společenství proti Irsku (Mox Plant)*, C-459/03, Sb. rozh. s. I-04635.

¹⁴⁰ Tamtéž.

protože výše uvedená pravomoc ESD se nevztahuje na spory mezi jednotlivcem a státem.¹⁴¹

4. 2. Problematika BIT uzavíraných v rámci EU, postoj členských států

4. 2. 1. BIT mezi členským státem a třetí zemí

Rozpory mezi BIT a právem Společenství mají velký dopad na celou sféru ochrany investic, protože členské státy EU jsou vázány přibližně 200 BIT, které mají uzavřené mezi sebou.¹⁴²

Je nutné zdůraznit, že problematika sporů mezi BIT a právem EU nabyla na důležitosti až po východním rozšíření EU v letech 2004 a 2007. Staré členské státy tj. EU15 mezi sebou měly uzavřené pouze dvě BIT, konkrétně mezi Německem a Řeckem a Německem a Portugalskem.¹⁴³ Ovšem i v tomto případě došlo k uzavření těchto BIT před vstupem těchto zemí do ES, tj. před rokem 1981 resp. 1986.¹⁴⁴

Většina smluv o ochraně investic mezi členskými státy vznikla tím, že prvně se jednalo o klasické BIT mezi členským státem EU (či předtím ES) a třetí zemí. Některé z těchto třetích zemí se ale později staly členskými státy EU, a tudíž bylo změněno i chápání BIT, které se poté staly „vnitrouijními“.¹⁴⁵

Tento stav se promítl po přistoupení 12 nových členských států, které uzavřely s EU15 více než 150 BIT ještě před jejich vstupem do EU. Impulzem pro uzavírání BIT se totiž staly asociační dohody uzavírané se státy bývalého východního bloku v devadesátých letech dvacátého století, ve kterých byla zmíněna a podporována možnost uzavření investičních dohod.¹⁴⁶ Pro státy bývalého východního bloku bylo po roce 1989 výhodné tyto BIT uzavírat, protože tyto smlouvy o ochraně investic

¹⁴¹ FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraze-v-ramci-eu.html>>.

¹⁴² BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 49.

¹⁴³ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

¹⁴⁴ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 78.

¹⁴⁵ LAURENCE, Burger. *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties*. [online]. kluwerarbitrationblog.com, 17. prosince 2012 [cit. 8. června 2013]. Dostupné na <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/>>.

¹⁴⁶ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 34.

zajišťovaly investorovi mezinárodněprávní garanci investice za situace, kdy ještě nové instituce postkomunistických států byly slabé na zajištění této ochrany přes vlastní mechanismy.¹⁴⁷

Na tomto místě je ale nutné poznamenat, že nyní se jedná o vnitrounitní BIT. Je ale nutné mít na paměti právě tu skutečnost, že tyto BIT vznikaly prvně jako smlouvy o ochraně investic mezi členy EU a třetími zeměmi. To, že je tomu nyní jinak do jisté míry ovlivňuje i rozsah kompetencí, které má nyní Komise či EU jako celek ve vztahu k uzavírání BIT mezi členskými zeměmi a třetími státy. Je otázkou, nakolik by členské státy byly přístupné jednání o výše uvedeném nařízení č. 1219/2012, pokud by se mělo jednat i o dnešní intrakomunitární BIT.¹⁴⁸

4. 2. 2. BIT mezi členskými státy EU

V případě kolize závazků členských států k EU s BIT uzavíranými těmito státy byla situace poněkud jasnější, protože zde došlo k povinnosti tyto problematické body z BIT odstranit. Tento postup byl potvrzen i stanovisky ESD např. ve věci C249/06 Komise versus Švédsko.¹⁴⁹ Tento postup odstranění či změnění závazků BIT kolidujícím s právem EU je zmíněn v článku 351 SFEU.¹⁵⁰

Protože ochrana investic byla upravena jak v právu EU, tak i v rámci BIT, tak docházelo k jejich rozporům. Tyto rozpory se týkaly především v případě kolize BIT uzavřené mezi starými a novými členskými státy před jejich přistoupením do EU. Aby se vyhnuly případným problémům, tak jak Komise, tak i přistupující členské státy prohlásily, že po přistoupení má *acquis communautaire* přednost před BIT. Toto prohlášení však nemělo valný dopad na průběh rozhodčích nálezů např. v již zmíněné věci *Eastern Sugar B. V. versus ČR*.¹⁵¹

V případě rozporů mezi mezinárodním právem a právem EU dávají členské státy EU většinou přednost porušení svých mezinárodních závazků. Jako členům EU jim totiž z jejich úhlů pohledu můžou hrozit daleko vyšší ztráty, např. možnosti

¹⁴⁷ FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraze-v-ramci-eu.html>>.

¹⁴⁸ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 34.

¹⁴⁹ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335

¹⁵⁰ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 51-52.

¹⁵¹ Tamtéž, s. 50.

zahájení řízení v oblasti porušení smlouvy.¹⁵² Tento fakt ale neznamená, že v názoru na budoucnost BIT jsou členské státy jednotné, což dokládají rozdílné názory ze západní a východní části EU. Především státy vyspělejší západní Evropy, které jsou vývozci kapitálu, obhajují existenci BIT, protože jsou pro ně výhodné. Naopak pro státy EU z bývalé východní Evropy se, jak již bylo zmíněno výše, stává platnost BIT spíše břemenem. Na tomto místě je nutné připomenout řadu arbitráží, ve kterých musely nové členské země zaplatit relativně horentní sumy.¹⁵³

Proto členské státy i do obsahu BIT s třetími zeměmi začaly rozšiřovat text BIT o klauzuli, která umožňuje znemožnit aplikaci některých článků BIT, pokud by byly v rozporu s jejich povinnostmi v rámci EU.¹⁵⁴ V rámci obav z přetrvávajících rozporů mezi BIT a právem EU již řada členských států EU přistoupila k ukončení části BIT. V případě ČR došlo po vstupu do EU k ukončení 7 BIT s dalšími státy EU.¹⁵⁵

4. 3. Postoj Komise k rozporům mezi právem EU a BIT

Postoj Komise k problematice BIT je zřejmý z prosazovaných změn v rámci Lisabonské smlouvy. Ovšem tlak Komise na konec platnosti BIT lze datovat dříve než do období roku 2008 či 2009. Postoj Komise k BIT byl zřejmější po dopisu Radě ministrů hospodářství a financí (ECOFIN) v roce 2006. Komise zde zastávala názor, že existence těchto smluv není nutná a navíc je nejasný status těchto smluv v rámci práva EU. Řešení problému podle Komise spočívalo v tom, že by členské státy měly v rámci diplomatických nót požádat o ukončení těchto BIT.¹⁵⁶

V této souvislosti je nutné se vrátit i k rozhodčímu nálezu Eastern Sugar B. V. versus ČR. Zajímavostí tohoto rozhodčího nálezu je skutečnost, že cituje z korespondence mezi Komisí a ČR, kde prvně jmenovaný subjekt vybízí k ukončení BIT mezi jednotlivými členskými státy EU. Podle názoru Komise jsou BIT mezi těmito státy nadbytečné, protože v rámci společného trhu platí především Unijní úprava ohledně ochrany investic. Ovšem podle některých autorů např. Alexandra Bělohávk

¹⁵² KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 35.

¹⁵³ FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraze-v-ramci-eu.html>>.

¹⁵⁴ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 36.

¹⁵⁵ Tamtéž, s. 35.

¹⁵⁶ FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraze-v-ramci-eu.html>>.

je tento postoj ohledně nahrazení BIT právem EU v rozporu s principy a pravidly mezinárodního práva. Ukázka korespondence mezi Komisí a ČR ale poukazuje na skutečný názor Komise na tuto problematiku. Z výše uvedeného vyplývá, že tlak na ukončování BIT ze strany Komise byl zřejmý již před Lisabonskou smlouvou, a lze ho dokumentovat minimálně do období po vstupu deseti členských států do EU v roce 2004.¹⁵⁷

Jak již bylo zmíněno, tak Komise relativně často připomíná, že existuje velký potenciál rozporů mezi právem EU a BIT mezi členskými a nečlenskými státy EU. Proto podala Komise žalobu na porušení Smlouvy proti Rakousku, Švédsku a Finsku, kterými se budu zabývat v další kapitole.¹⁵⁸ Již na tomto místě je ale nutné uvést tvrzení Komise, že tyto země měly od roku 1995, kdy vstoupily do EU, dost času své BIT změnit. Především Komisi vadilo nepřítomnost úpravy ve výjimečných případech kontrolovat kapitál na území EU.¹⁵⁹ Na druhou stranu jsou však členské státy pod tlakem investorů, kteří se brání některým právním krokům těchto států, které často vyústí v rozhodčí řízení.¹⁶⁰

V případě rozporů mezi BIT a právem EU Komise obhajuje názor, že je nutné primárně vycházet z unijní úpravy. Je tedy zřejmé, že Komise v takovém případě poněkud stírá rozdíly mezi intrakomunitárními a extrakomunitárními vztahy jednotlivých členských států.¹⁶¹ V případě sporů podle BIT Komise v současné době uplatňuje tezi nadřazenosti práva EU nikoliv pouze k právu členských států, ale rovněž i k dvoustranným dohodám, které jsou uzavřené mezi členskými státy. Z toho vychází argument, že ustanovení investičních dohod, které jsou v rozporu s Unijním právem, nemůžou být aplikována.¹⁶²

¹⁵⁷ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 89.

¹⁵⁸ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335, nebo také: Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

¹⁵⁹ Tamtéž, s. 141.

¹⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy.* [online]. COM (2010) 343 final, 7. července 2010 [cit. 30. května 2013]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

¹⁶¹ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 13.

¹⁶² FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitrazve-v-ramci-eu.html>>.

Komise má po Lisabonské smlouvě mnohem širší škálu ke kontrole dodržování povinností členských států podle čl. 17 SFEU,¹⁶³ kdy tato povinnost Komise je stanovena za účelem podpory obecného zájmu Unie. Tento „obecný zájem“ navíc nikde není upřesněn, takže teoreticky je tam možné zahrnout širokou škálu jednání států. Tento článek lze vykládat jako velký krok dopředu z hlediska pravomocí Komise, protože předchozí článek 211 SES dával Komisi toto oprávnění pouze k zajištění řádného fungování a rozvoje společného trhu. Pokud se prokáže porušení povinnosti členských států, tak je možné zahájit řízení podle článku 258 SFEU.¹⁶⁴

4. 4. Postoj ESD k rozporům mezi BIT a právem EU

4. 4. 1. Žaloba Komise pro nesplnění povinnosti, Švédsko a Finsko

Jak již bylo zmíněno, tak k možným rozporům mezi BIT a právem EU se již několikrát vyjádřily i rozhodčí orgány v rámci ICSID či zřízené pravidly UNCITRAL. Na druhé straně máme rovněž k dispozici vyjádření ESD k této věci. Mezi nejvýznamnější rozsudky v této oblasti patří spojené případy C-205/06 Komise versus Rakousko¹⁶⁵ a C-249/06 Komise versus Švédsko.¹⁶⁶ Zajímavým prvkem je skutečnost, že obou případech byly žalované státy podporovány několika dalšími členy EU. Mezi tyto podporovatele se řadilo např. Německo, Finsko, Maďarsko či Litva. Je ale nutné říci, že i tyto státy se obávaly možného rozsudku ESD v neprospěch žalovaných států, protože samy měly uzavřenou řadu BIT. V případě Finska byly důvody ještě více opodstatnitelné, protože samo v té době čelilo žalobě Komise ve stejné věci (viz níže).¹⁶⁷

Komise žalovala Rakousko a Švédsko kvůli nesplnění povinnosti. Ta měla vycházet z toho, že tyto státy neodstranily neslučitelnosti v otázkách převodu

¹⁶³ Konsolidované znění Smlouvy o Evropské Unii a Smlouvy o fungování Evropské Unie, Úř. věst. C326/1, 26. října 2012, čl. 17.

¹⁶⁴ BĚLOHLÁVEK: *Ochrana přímých zahraničních investic...*, s. 146-147.

¹⁶⁵ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

¹⁶⁶ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335

¹⁶⁷ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335, nebo také: Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

kapitálu, které jsou obsahem BIT mezi nimi a státy mimo EU. Tím tyto státy porušily druhý pododstavec čl. 307 SES.¹⁶⁸

Jedním z velkých problémů BIT smluv je totiž i zaručení volného převodu plateb, které souvisí s investicí. To ale podle Komise bylo neslučitelné s možností uplatnit omezení pohybu kapitálu a plateb, které ve výjimečných případech může přijmout Rada EU. Obrana dotčených členských států spočívala v tom, že tato část BIT nemá žádný vliv na možnost uplatnit omezení pohybu kapitálu. Konkrétně Rakousko poté ještě použilo argument, že tyto výtky již zapracovalo do textu nové vzorové BIT. Ani to však Komise nepřijala jako argument, který by na věc změnil její názor.¹⁶⁹

Proto podala Komise žalobu na nesplnění povinnosti jak v případě Rakouska, tak i v případě Švédska. Kromě výše uvedených tvrzení použila Komise i argument, že v případě přijetí omezujících opatření v oblasti pohybu kapitálu by vzhledem k nemožnosti rychlého vypovězení BIT či možné změny těchto dohod musely dotčené státy vzhledem k závaznosti BIT neaplikovat opatření o tomto omezení pohybu kapitálu.¹⁷⁰

S tímto argumentem zástupci Rakouska nesouhlasili, protože daného ustanovení nebylo nikdy použito. Tento argument byl podpořen právě i dalšími státy, o kterých již byla zmínka výše tj. především Německem, Litvou, Maďarskem a Finskem. Tyto státy ještě doplnily, že toto nesplnění povinnosti členského státu je pouze hypotetické a nemá žádný dopad na současnou podobu. Jinými slovy tyto státy tvrdily, že případné nesplnění povinnosti by nastalo až v případě, kdyby se dané omezení pohybu kapitálu uplatnilo.¹⁷¹

Poněkud příkřejší argumentace států např. Maďarska či Finska, které podporovaly žalované státy, se objevila v případě Komise versus Švédsko. Zde tyto státy mimo výše uvedený argument poukazovaly i na to, že pokud by se prokázalo nesplnění povinnosti, tak to bude mít dalekosáhlé důsledky, protože jak upozornily, tak členské státy EU mají uzavřeno více jak 1000 smluv o ochraně investic. Navíc

¹⁶⁸ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335.

¹⁶⁹ : Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

¹⁷⁰ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335

¹⁷¹ : Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

aplikace čl. 307 i na oblasti, ve kterých ještě EU nevykonala pravomoc, může dávat teoreticky Komisi neomezený rozsah působnosti.¹⁷²

ESD v rozsudcích zrekapituluje fakt, že čl. 57, 59 a 60 SES skutečně vedou k tomu, že Rada má pravomoc na omezení kapitálu. Zároveň Soudní dvůr došel k závěru, že tyto opatření vedoucí k omezení pohybu kapitálu by měla být okamžitě uplatněna proti danému státu. V případě, že BIT omezení pohybu kapitálu zakazuje, tak se v rámci BIT jedná o ustanovení, které odporuje povinnostem, které členské státy mají. Navíc podle ESD lhůty na změnu či zrušení BIT pro dotčené členské státy byly rozhodně delší, než je přípustné. Rovněž možnosti mezinárodního práva v této oblasti jako např. pozastavení dohody mají podle Soudního dvora nejistý účinek ve svém uplatňování. ESD dále připustil, že doložka v dvojstranných smlouvách o ochraně investic týkající se možného omezení pohybu kapitálu by zřejmě vyřešila problém s možností zavést toto omezení na úrovni EU. Jak ale již bylo podle Soudního dvora zmíněno, tak Komise dala před podáním samotné žaloby dostatečnou lhůtu na vyřešení nesrovnalostí BIT s právem EU, což ale Rakousko ani Švédsko nevyužilo.¹⁷³

Z výše uvedených argumentů lze již částečně předjímat rozsudek ESD. Ten potvrdil, že dotčené státy porušily povinnost tím, že neodstranily ve svých smlouvách o ochraně investic části, které jsou neslučitelné s právem EU. Dále konstatoval, že by Švédsko a Rakousko měly tyto neslučitelnosti ve smlouvách o ochraně investic s třetími zeměmi odstranit.¹⁷⁴

4. 4. 2. Žaloba Komise na nesplnění povinnosti Finské republiky

Zajímavou ukázkou ještě rozšířeného výkladu ESD v oblasti souladu BIT s právem EU se stalo o řízení před ESD ve věci Komise versus Finsko.¹⁷⁵ V rámci tohoto řízení rovněž v jeho části byl předmět sporu stejný jako v případě Komise versus Švédsko či Finsko, tj. že stát tím, že v rámci BIT nejsou žádné omezující opatření, porušil povinnost vyplývající ze smluv.¹⁷⁶

¹⁷² Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335

¹⁷³ Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

¹⁷⁴ Tamtéž.

¹⁷⁵ Rozsudek ze dne 19. listopadu 2009, *Komise Evropských společenství proti Finské republice*, C-118/07, Sb. rozh. s. I-10889.

¹⁷⁶ Tamtéž.

Ovšem v rámci řízení byl na rozdíl od výše uvedených řízení se Švédskem a Rakouskem projednáván další argument. Jednalo se totiž o to, že v rámci finských BIT byla obsažena i pasáž, že je zaručena ochrana investic v mezích práva dané země. Finská obrana proti žalobě Komise tedy spočívala v tom, že po vstupu do EU vykazuje ve Finsku evropské právo přímý účinek. Proto cokoliv bude přijato v EU, tak je v podstatě na stejné rovině jako vnitrostátní právo Finska. Z toho podle dotčeného státu vyplývá, že v případě uvalení možných omezujících opatření ze strany EU by se nejednalo o porušení BIT, protože ustanovení EU by v tomto kontextu bylo nahlíženo jako právo vnitrostátní.

Komise však nadále tvrdila, že Finsko není schopno v případě nutnosti omezení pohybu kapitálu plnit své závazky. Podle Komise totiž odkaz na vnitrostátní právo platil ke stavu uzavření těchto dohod, tj. před vstupem Finska do EU. Podle toho by se tedy nebylo jisté, zdali by se aplikační přednost evropského práva mohla uplatnit.¹⁷⁷

ESD ve svých závěrech tvrzení Finska zpochybňuje. Sice souhlasí s tím, že možné omezení volného pohybu kapitálu schváleného Radou EU by bylo součástí finského práva. Na druhou stranu ale v rámci mezinárodního práva platí zásada, že smlouvy musí být vykládány ve světle svých cílů. V tomto ohledu BIT, jejímž cílem je ochrana investic, může jen stěží omezit pohyb kapitálu. Navíc v samotné smlouvě je i pasáž, která říká, že smluvní strany musí jednat v souladu s mezinárodním právem.¹⁷⁸

Z hlediska dalších argumentů v řízení je třeba ještě zmínit názor prezentovaný v rámci řízení Německem a Maďarskem, že pokud by bylo Finsko podle ESD skutečně porušilo povinnost, tak je tím zpochybněn koncept zákazu diskriminace. To vyplývá z faktu, že BIT existují ve velkém množství i u jiných členských států, a pokud by i tam ESD nezakročil, tak by byly podniky a občané Finska znevýhodněni. Soudní dvůr však i tento argument zpochybnil. Členské státy se totiž podle ESD nemůžou zaštitovat myšlenkou, že jiné státy rovněž nesplnily své povinnosti. Nelze totiž podřídit provedení práva EU podmínce vzájemnosti. Ze všech výše zmíněných argumentů nakonec ESD rovněž potvrdil, že Finská republika nesplnila svoji

¹⁷⁷ Rozsudek ze dne 19. listopadu 2009, Komise Evropských společenství proti Finské republice, C-118/07, Sb. rozh. s. I-10889.

¹⁷⁸ Rozsudek ze dne 19. listopadu 2009, Komise Evropských společenství proti Finské republice, C-118/07, Sb. rozh. s. I-10889.

povinnost, když neodstranila problematické pasáže BIT. Podobně jako v případě Švédska a Rakouska musela nést náklady řízení.¹⁷⁹

4. 5. Analýza možného vývoje BIT směrem k právu EU

Jak již bylo zmíněno, tak problematika BIT a práva EU je velmi komplexní. Zde je nutné poznamenat, že i aktéři, kteří dvojstranné investiční smlouvy mezi členskými státy a dalším státem EU či třetí zemí odmítají, tak chápou problematičnost celé situace. Podle samotných dat Evropské komise existuje přibližně 1200 dohod o ochraně investic, kterými jsou členské státy EU vázány. Tento počet tvoří přibližně polovinu všech existujících BIT ve světě.¹⁸⁰

V případě možného zrušení či neaplikovanosti BIT by to tedy na základě výše uvedených dat znamenalo velký zásah do možnosti investorů se bránit proti poškození své investice hostitelským státem. V případě neexistence BIT by se totiž investor mohl dovolávat pouze řízení před obecným soudem hostitelského státu. Vzhledem k tomu by byla zvýhodněna obhajoba žalovaného státu, protože zná procesní pravidla. Navíc by musely být dokumenty předkládány v úředním jazyce soudu, což rovněž nikterak nepomáhá zahraničnímu investorovi. Tady je možné napadnout nestrannost soudu, který má rozhodovat proti státu, ve kterém působí.¹⁸¹

V případě současného stavu, kdy stále větší moc nad uzavíráním nových BIT či při změnách již uzavřených BIT získávají instituce EU především Komise, tak je zřejmé, že tento stav povede k postupnému rušení či neaplikovatelnosti BIT. Z výše uvedeného je zřejmé, že to by znamenalo omezení možnosti investorů se domáhat svých nároků. Proto pokud dojde k rušení BIT, tak by to mělo být nahrazeno v rámci EU jednotnou úpravou ochrany investic a řešení sporů.¹⁸²

I přes kritiku BIT však Komise přiznává, že se v některých oblastech „inspirovala“ z těchto smluv. Jedná se o tzv. *umbrella clause*, která znamená rozšíření garancí práv investora, které nevyplývají jen z práv zmíněných v BIT, ale i

¹⁷⁹ Rozsudek ze dne 19. listopadu 2009, Komise Evropských společenství proti Finské republice, C-118/07, Sb. rozh. s. I-10889.

¹⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy.* [online]. COM (2010) 343 final, 7. července 2010 [cit. 30. května 2013]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

¹⁸¹ KOSTKA: *Mezinárodní investiční spory...*, s. 35.

¹⁸² Tamtéž, s. 36.

z práv v rámci vnitrostátních práv.¹⁸³ Komise rovněž přichází ve výše uvedeném materiálu s vizí, že současný systém řešení investičních sporů z BIT bude v budoucnosti nahrazen sjednocenou unijní úpravou.¹⁸⁴

Na druhou stranu je ale zřejmé, že i rozhodčí tribunály jsou seznámeny s faktem, že je nutné nějakým způsobem brát v potaz při rozhodování i evropské právo. To se ukázalo na případě AES Summit versus Maďarsko¹⁸⁵ nebo také v případě Electrabel versus Maďarsko.¹⁸⁶ V obou těchto případech argumentovala Komise, že došlo k porušení nařízení EU, které zakazují státní pomoc, což tribunály nezpochybnily.¹⁸⁷

V případě AES Summit versus Maďarsko rozhodčí tribunál se vyhnul rozhodnutí, zdali právo EU má přednost proti Energetické chartě, což nasvědčuje skutečnosti, že si jsou tyto rozhodčí tribunály vědomy odpovědnosti postupovat tak, aby nebyly vtaženy do přímých sporů s právem EU. Jak se tedy zdá, tak jednou z možností budoucího vývoje je postupné nahrazování BIT dvojstrannými smlouvami, kde jednu smluvní stranu bude zastupovat Unie jako celek. Zároveň lze předpokládat obezřetnější přístup rozhodčích řízení v případě možné kolize s právem EU.¹⁸⁸

Nahrazení BIT by se však v tomto případě nevedlo k omezení ochrany investorů. Jak již bylo řečeno, tak v oblasti BIT EU bude postupně nahrazovat BIT svým modelem dvojstranných smluv. Tento vlastní model smluv, který by měl obsahovat kromě jiného právě i ustanovení v oblasti řešení sporů z investic. Zároveň by měl tento model dosahovat vysokého stupně ochrany investorů, podobně jako nyní v bilaterálních smlouvách o ochraně investic.¹⁸⁹ Jako jednou z možných předloh pro tuto smlouvu by mohla posloužit vzorová BIT Německa, která obsahuje řadu

¹⁸³ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy.* [online]. COM (2010) 343 final, 7. července 2010 [cit. 30. května 2013]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

¹⁸⁴ Tamtéž.

¹⁸⁵ Rozhodčí nález ICSID ze dne 23. září 2010, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. versus Maďarsko, ICSID Case No. ARB/07/22.

¹⁸⁶ Rozhodnutí o jurisdikci ICSID ze dne 30. listopadu 2012, Electrabel S.A. versus Maďarsko, ICSID Case No. ARB/07/19

¹⁸⁷ LAURENCE, Burger. *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties.* [online]. kluwerarbitrationblog.com, 17. prosince 2012 [cit. 8. června 2013]. Dostupné na <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/>>.

¹⁸⁸ Tamtéž.

¹⁸⁹ BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty.* [online]. [asil.org](http://www.asil.org), 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

zavedených principů, které chrání investory, jako např. zásada národního zacházení. Z výše uvedeného je zřejmé, že všichni klíčoví aktéři, ať již se jedná o Komisi, členské státy či rozhodčí tribunály se již dnes snaží o nápravu situace. Lze tedy říci s jistotou, že zde alespoň existuje cesta, jak postupně vyřešit problematiku BIT a práva EU.¹⁹⁰

¹⁹⁰ OS, Roos. *Pre-Lisbon external investment policy of the EU*. [online]. tni.org, 3. července 2010 [cit. 2. června 2013]. Dostupné na < http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/eu_investment_reader.pdf>.

Závěr

Bilaterální investiční smlouvy byly uzavírány s cílem podpořit příliv zahraničních investic do daného státu. Tyto smlouvy byly součástí mezinárodního práva. Proto v případě sporů rozhodovaly rozhodčí tribunály jako např. ICSID nebo UNCITRAL, jak je blíže popsáno v první kapitole této práce. Rozhodnutí těchto tribunálů bylo státy ve většině případů akceptováno.

Možné problémy pro status BIT přinesl až zrod EU jako globálního hráče v devadesátých letech dvacátého století. Po pádu východního bloku začaly státy EU rozšiřovat ve větší míře své investice i do této části Evropy. Uzavírané dvojstranné smlouvy o ochraně investic nebyly tehdy nikterak problematické, a to především ze dvou důvodů. Prvním z nich byla slabší míra integrace EU, kde sice na jednu stranu Maastrichtská smlouva znamenala posun vpřed, ale stále nedosahovala EU v oblasti investic takových pravomocí jako po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost. Druhým aspektem bylo, že většina dnešních intraunijních BIT byly v té době BIT mezi členskými státy EU a třetí zemí, vzhledem k tomu, že státy východní Evropy nebyly členy Unie až do roku 2004.

Ovšem s udělením statusu kandidátské země, pokračujících rozhovorů o přistoupení či plnění přístupových kapitol začalo být zřejmé, že v budoucnu se tyto dvojstranné investiční smlouvy můžou stát spíše přítěží. Tento fakt podporovalo i urychlení integračního procesu, kdy již v roce 2004 se velmi vážně jednalo o tzv. Ústavě pro Evropu, jejíž případné přijetí by rychlost integrace znásobilo. I když tento dokument nakonec nebyl přijat, tak byly zřejmé stále ambicióznější cíle Komise jako „motoru“ integrace, která chtěla zvýšit vliv EU v oblasti investic.

S tímto vývojem směrem k tlaku na případné přehodnocení BIT korespondoval i vztah kandidátských zemí k těmto smlouvám. V rámci uzavírání jednotlivých přístupových kapitol se totiž častokrát dostaly členské státy na hranu mezi přijímaným právem EU a ustanoveními vyplývajícím z BIT. Tento fakt se začal v ČR ukazovat již v některých investičních sporech před vstupem do EU. Takovým příkladem je ČR versus Saluka Investments. I když lze říci, že většina argumentů obou stran byla soustředěna kolem možného pochybení ČR a porušení nediskriminačního principu a rovného zacházení, tak v tomto sporu lze najít i argumenty, které se dotýkají EU. Jeden z relativně silných argumentů byl postaven na tvrzení ČR, že investici Saluky v IPB se dostalo jiného zacházení než ostatním

bankám, protože v té době se již ČR musela řídit pravidly ohledně poskytování finanční pomoci, které vycházely z práva EU. Jak již bylo zmíněno, tak tento argument sice nebyl nosný, na druhou stranu ale ukázal, že zde existuje prostor, ve kterém by se právo EU mohlo dostat do sporu s právem mezinárodním.

Potvrzením tohoto trendu bylo další rozhodčí řízení vedené proti ČR. Jednalo se o spor mezi Českem a cukrovarnickou společností Eastern Sugar. Zde již lze říci, že jádro sporu vycházelo z právních norem, které byly přijaty ČR v rámci přípravy na členství v EU. Jednalo se o omezení v oblasti cukerných kvót. I když můžeme argumentovat tvrzením, že tyto byly z hlediska ČR účelově namířeny proti společnosti Eastern Sugar, tak nelze pominout základní rovinu, která spočívala v tom, že tyto právní akty ČR byly přijaty na základě práva EU, takže zde existoval potenciál rozporu mezi mezinárodním a unijním právem.

Ovšem z hlediska koexistence BIT a práva EU je nutné zmínit další argument, který ČR v rámci výše uvedeného řízení použila, a který vedl k dalšímu sporu o to, zdali je na případ více aplikované unijní právo než mezinárodní. ČR totiž předložila argument, že BIT je neplatná, protože zanikla dnem vstupu této země do EU. Argument o neplatnosti však byl popřen tímto rozhodčím soudem, což dalo nepřímý signál i směrem k právu EU, že v tomto ohledu nelze mezinárodní právo zcela vyřadit.

Zároveň ale o několik let později se ESD jako soud, který je hlavní v oblasti výkladu práva EU naopak vymezil proti BIT a potažmo mezinárodnímu právu. V rámci žalob podaných Komisí na Švédsko, Rakousko a později i Finsko došel ESD k názoru, že tyto státy porušily povinnost, když nezměnily ustanovení ve svých BIT, které byly v rozporu s Unijním právem. Nepřímo tak ESD vydal signál k tomu, že v případě konfliktu mezinárodního a unijního práva se musí BIT přizpůsobit právu EU, pokud se nechtějí státy vystavit finančním sankcím ze strany ESD.

Všechny výše uvedené aspekty analyzované především v první části práce ukazují, jak již před přijetím Lisabonské smlouvy byl ovlivňován status BIT jednak vyhraněným názorem Komise, tak i samotnými členskými státy, které se snažily poukázat na neplatnost těchto dvojstranných investičních dohod. Další výrazné změny ale poté přišly s Lisabonskou smlouvou.

Jak je zřejmé ze třetí kapitoly, tak Lisabonská smlouva ovlivnila status BIT v rámci EU několika způsoby. Prvním z nich je skutečnost, že po vstupu této smlouvy v platnost byla ukončena jistá dvojkolejnost v oblasti investic, která byla v rámci Unie

uplatňována. Na jedné straně zde byla pravomoc EU jako celku vyjednávat smlouvy v oblasti investic. Zároveň však v oblasti ochrany investic stále byly hlavními hráči samotné členské státy. V rámci Lisabonské smlouvy proto došlo ke sjednocení pravomocí v oblasti investic a nyní obsah všech investičních dohod včetně ochrany investic s třetími státy dojednávává EU jako celek, nikoliv členské státy.

Důležitou roli v tomto sjednocení oblasti investic, která nyní spadá pod výlučnou pravomoc EU lze přiznat nařízení č. 1219/2012. Lze totiž říci, že i přes jasné přiřazení investic do vlivu Unie i po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost zde zůstávalo jisté kompetenční vakuum. I když bylo zřejmé, že by poté členské státy neměly uzavírat BIT s třetími státy, tak stále scházela právní úprava, která by tuto oblast podrobněji upravila.

Navíc to platilo i ve směru k institucím EU, neboť nebylo totiž zřejmé, jaké přesně mají v této oblasti pravomoci, jak by popř. probíhal samotný proces přijímání dohody o investicích mezi Uníí a třetí zemí. Nezodpovězenou otázkou byl i samotný status BIT mezi členskými státy a třetími zeměmi, které již byly v platnosti. Bylo zřejmé, že v takové situaci nemůže EU požadovat po členských státech zrušení BIT. Byla proto vybrána varianta, která počítá se zachováním uzavřených dvojstranných investičních smluv a jejím postupným nahrazováním investičními smlouvami, která vyjedná s daným státem EU jako celek.

Těmito případy lze dokládat, že zde existují rozpory mezi BIT a právem EU či nepřímo i mezi právem EU a mezinárodním právem. Tato situace je velmi složitá a vyžaduje komplexní změnu. Je totiž zřejmé, že vzrůstající moc nadnárodních institucí jako je např. Komise v oblasti investic vede k vyššímu tlaku na status BIT v rámci EU.

Z výše uvedeného je zřejmé, že jako nejvíce preferovaná varianta se zdá postupné nahrazování BIT investičními smlouvami mezi EU a třetími zeměmi, což ostatně se již bude postupně realizovat prostřednictvím nařízení č. 1219/2012. V otázce BIT mezi členskými státy je situace komplikovanější, ale i zde lze předpokládat jejich postupné omezování.

To je ostatně i v zájmu členských států, pokud se nechtějí vystavit riziku žaloby na nesplnění povinnosti. Navíc se tím sníží i náklady členských států, které dávají častokrát přednost ustanovení práva EU před mezinárodním právem obsaženým v BIT, což ale častokrát znamená finanční sankce uložené v rámci rozhodčího řízení. Je ale nutné zároveň říci, že s tímto opatřením by zároveň měla EU provést kroky, které zajistí jednotnou ochranu investorů na území členských

států. Je totiž nutné poznamenat, že pro investory by naopak zrušení BIT znamenalo problémy s případným neuplatněním svých nároků skrze rozhodčí řízení.

Celkově řečeno je tedy nutné, aby na jedné straně se členské státy snažily omezit počet svých BIT, a zároveň i EU jako celek se snažila přijít s legislativou, která řeší pro investory situaci po možném zániku BIT. To je jedna z cest, jak může v oblasti investic znovu zavládnout shoda mezi evropským a mezinárodním právem.

Tyto jednotlivé právní systémy jsou totiž natolik propojené, že je v zájmu všech aktérů, aby zde existovalo co nejméně potencionálních rozporů. Jedině v případě vzájemné komplementarity v této oblasti totiž lze dosáhnout toho hlavního, co je náplní oblasti investic: aby jak investor, tak i hostitelský stát a jeho občané měli z investice co největší užitek a co nejméně problémů.

Seznam použitých zdrojů

Monografie a sborníky

BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. Praha: C. H. Beck, 2010. 388 s.

ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, 761s.

DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, 433s.

FARKHUTDINOV, Insur. Foreign Investor and Host State: Need for Balance Interests. In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYIL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 231-248.

KONONOV, Oleksiy. International Investment Law: Is it Time to Change the Traditional BIT System? In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYIL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 123-140.

LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2008. 954s.

KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Doplněk, 2009. 462s.

NOWACZYK, Piotr. New UNCITRAL Arbitration Rules. In BĚLOHLÁVEK, Alexander, ROZEHNALOVÁ, Naděžda (ed). *CYIL. Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*. Huntington: Juris, 2011, s. 320-326.

ONDŘEJ, Jan. *Mezinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012. 476s.

RABAN, Přemysl: *Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí*. Praha: C.H. Beck, 2004. 745s.

ŠTURMA, Pavel a kol. *Konkurující jurisdikce mezinárodních rozhodovacích orgánů*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2009. 117s.

ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. Praha: Linde, 2008. 334 s.

Odborné články a internetové zdroje

BUNGENBERG, Marc. *Centralizing European BIT Making under the Lisbon Treaty*. [online]. asil.org, 15. listopadu 2008 [cit. 13. června 2013]. Dostupné na <<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/bungenberg.pdf>>.

EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. [online]. COM (2010) 343 final, 7. července 2010 [cit. 30. května 2013]. Dostupné na <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

FECÁK, Tomáš. *Případ Eureko proti SR: Jsou investiční arbitráže v rámci EU přípustné?* [online]. eLaw.cz, 6. ledna 2011 [cit. 5. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/mezinarodni-pravo-a-pravo-eu/337-pripad-eureko-vs-sr-pripustnost-investicni-arbitraze-v-ramci-eu.html>>.

FOJTÍK, Luboš. *Rozhodnutí ICSID ve věci Phoenix vs. Česká republika* [online], eLaw.cz, 16. září 2009 [cit. 12. června 2013]. Dostupné na <<http://www.elaw.cz/cs/judikatura/28-mezinarodni/108-rozhodnuti-icsid-ve-veci-phoenix-vs-ceska-republika.html>>.

GUERIN, S. Selen. *Do the European Union's bilateral investment treaties matter? The way forward after Lisbon. CEPS Working Document NO. 333/July 2010.* [online]. ceps.eu, 1. července 2010 [cit. 3. června 2013]. Dostupné na <<http://ceps.eu/book/do-european-union%E2%80%99s-bilateral-investment-treaties-matter>>.

KOSTKA, Vladimír. Mezinárodní investiční spory před obecnými soudy? *Bulletin advokacie*, 2012, roč. 22, č. 12, s. 31-36.

SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážních vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence*, 2008, roč. 14, č. 7, s. 10-18.

LAURENCE, Burger. *Latest Developments Concerning European Bilateral Investment Treaties.* [online]. kluwerarbitrationblog.com, 17. prosince 2012 [cit. 8. června 2013]. Dostupné na <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/17/latest-developments-concerning-european-bilateral-investment-treaties/>>.

OS, Roos. *Pre-Lisbon external investment policy of the EU.* [online]. tni.org, 3. července 2010 [cit. 2. června 2013]. Dostupné na <http://www.tni.org/sites/files/download/eu_investment_reader.pdf>.

Předpisy

ICSID Convention, Regulations and Rules [online]. icsid.worldbank.org, 12. dubna 2006 [cit. 25. května 2013]. Dostupné na <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

Konsolidované znění Smlouvy o Evropské Unii a Smlouvy o fungování Evropské Unie, Úř. věst. C326/1, 26. října 2012.

Nařízení Evropského Parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. Úř. věst. L351, 20. prosince 2012, s. 40-46.

Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o Úmluvě o řešení sporů mezi státy a občany druhých států

Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb., o Dohodě mezi ČSFR a Nizozemským královstvím o podpoře investic

Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 574/1992 Sb., o sjednání Dohody mezi Československou socialistickou republikou a Hospodářskou unií belgicko-lucemburskou o vzájemné podpoře a ochraně investic

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č.187/1993 Sb., o Dohodě mezi Spojenými státy americkými a Českou a Slovenskou Federativní Republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dodatkového protokolu mezi Českou republikou a Spojenými státy americkými k Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Spojenými státy americkými o vzájemné podpoře a ochraně investic č. 102/2004 Sb. m. s.

UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) [online]. uncitral.org, 6. dubna 2011, [cit. 31. května 2013]. Dostupné na < <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>.

Vyhláška Ministerstva zahraničních věcí č. 15/1988 Sb., Vídeňská úmluva o smluvním právu

Rozhodčí nálezy

Částečný rozhodčí nález London Court of International Arbitration ze dne 3. září 2001, Lauder versus Česká republika

Rozhodčí nález Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce ze dne 14. března 2003, CME versus Česká republika

Rozhodčí nález ze dne 4. února 2004, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus Maroko, ICSID Case No. ARB/00/4

Rozhodčí nález ICSID ze dne 29. prosince 2004, Československá obchodní banka, a.s. versus. Slovensko, ICSID Case No. ARB/97/4

Rozhodčí nález Permanent Court of Arbitration ze dne 17. března 2006, Saluka Investments BV versus Česká republika

Rozhodčí nález Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce ze dne 12. dubna 2007, Eastern Sugar BV versus Česká republika.

Rozhodčí nález ICSID ze dne 15. dubna 2009, Phoenix Action Ltd versus Česká republika, ICSID Case No. ARB/06/5

Rozhodčí nález ICSID ze dne 23. září 2010, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. versus Maďarsko, ICSID Case No. ARB/07/22

Rozhodčí nález o jurisdikci ze dne 26. října 2010, Eureko B.V. versus Slovensko, PCA Case No. 2008-13

Rozhodnutí o jurisdikci ICSID ze dne 30. listopadu 2012, Electrabel S.A. versus Maďarsko, ICSID Case No. ARB/07/19

Rozsudky ESD

Rozsudek ze dne 30. května 2006, *Komise Evropských společenství proti Irsku (Mox Plant)*, C-459/03, Sb. rozh. s. I-04635

Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Švédskému království*, C-249/06, Sb. rozh. s. I-01335.

Rozsudek ze dne 3. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Rakouské republice*, C-205/06, Sb. rozh. s. I-01301.

Rozsudek ze dne 19. listopadu 2009, *Komise Evropských společenství proti Finské republice*, C-118/07, Sb. rozh. s. I-10889.

Abstrakt

Cílem práce je poukázat na problematické body mezi bilaterálními smlouvami o ochraně investic (BIT) a právem EU. Bilaterální smlouvy o ochraně investic slouží především pro zajištění přílivu zahraničních investic do hostitelských států. V rámci práce budou analyzovány některé BIT, které byly uzavřeny mezi ČR a dalšími státy např. Nizozemí či USA.

I když existuje pozitivní vliv BIT na rozvoj ekonomiky hostitelského státu, tak se postupně začala ukazovat určitá úskalí spojená s těmito smlouvami. V období přípravy na vstup a poté i přistoupení ČR a dalších zemí bývalého východního bloku do EU totiž začalo docházet ke kolizi mezi právem EU a některými ustanoveními BIT. To vedlo k řadě rozhodčích řízení a k vymáhání finančních kompenzací ze strany investorů po členských státech. Ty totiž častokrát upřednostnily právo EU před dodržováním ustanovení vyplývajících z BIT. Výše uvedená skutečnost poukázala na existující rozpor mezi bilaterálními smlouvami o ochraně investic a právem EU. Tento rozpor byl podpořen i ze strany evropského práva, kdy členské státy byly kvůli některým ustanovením v BIT úspěšně žalovány Komisí pro porušení svých povinností před Evropským soudním dvorem.

Velkým předělem pro oblast pravomocí EU v otázce investic bylo přijetí Lisabonské smlouvy. Proto se budu snažit v práci odpovědět na otázku, jakým způsobem ovlivnilo přijetí této smlouvy vnímání BIT v rámci práva EU. Zároveň práce operuje s hypotézou, která zohledňuje výše zmíněná fakta a zní: *Rozpory mezi právem EU a mezinárodněprávními závazky členských států v oblasti ochrany investic mají vliv na status BIT.*

Hypotéza vychází z přesvědčení, že vzrůstající vliv EU v oblasti investic po přijetí Lisabonské smlouvy vede k vyššímu tlaku na regulaci BIT ze strany Komise. Tento faktor je posilován i členskými státy, pro které se již BIT kvůli finančním kompenzacím v rámci investičních arbitrází stávají nevýhodné.

Abstract

The aim of my thesis is to point out the problematic issues that arise between the bilateral investment treaties (BIT) (bilateral Investment Treaties) and the EU law. Bilateral investment treaties secure the inflow of foreign investment into host countries. Some of the BITs will be analysed which were signed by the Czech Republic and other countries such as the Netherlands and USA.

Although BIT has positive impact on the economic development of the host country, certain pitfalls associated with these contracts have gradually began to emerge. Before and after the accession to the EU of the Czech Republic and other countries of the former Eastern bloc, a discrepancy emerged between the EU law and some of the BIT regulations. This has led to a number of arbitration proceedings and to investors demanding financial compensations from Member States, which had often prioritised the EU law to the BIT regulations. The above fact points to the discrepancy between BIT and the EU law. This discrepancy was also supported by the European law, whereby the Member States were sued successfully for the breach of their obligations at the European Court of Justice. The breach resulted from some of the BIT regulations.

A major turning point for the competence of the EU in the field of investment was the adoption of Lisbon Treaty. Therefore I will try answer the question of how the adoption of this treaty affected the perception of BIT from the point of view of the EU law. At the same time the thesis deals with with the hypothesis which takes into account the above mentioned facts and it is called: *Discrepancies between the EU law and the international legal obligations of Member States in the field of investment protection affect the status of BIT.*

The hypothesis is based on the belief that the growing influence of the EU in the field of investment after the adoption of Lisbon Treaty leads to greater pressure by the Commission to control BIT. This is supported by Member States for which BIT are becoming disadvantageous due to financial compensations which are part of investment arbitrations.

Klíčová slova / Key words

- Česká republika / Czech Republic
- dvojstranná smlouva o ochraně investic / bilateral Investment treaty
- Evropská Unie / European Union
- mezinárodní právo / international law
- ochrana investic / protection of investments
- rozhodčí řízení / arbitration
- zahraniční investice / foreign investment