

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Dominik Špaček

Budoucnost intra-unijní ochrany investic po Dohodě o ukončení platnosti
dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU

Diplomová práce

Olomouc 2023

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma „Budoucnost intra-unijní ochrany investic po Dohodě o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU“ vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 117 108 znaků včetně mezer.

V Třebíči dne 28. března 2023

.....
Dominik Špaček

Chci poděkovat doc. JUDr. Michalu Petrovi, Ph.D. za cenné a inspirativní rady, ochotu, vstřícnost a celkově velice profesionální vedení při zpracování této práce. Dále své rodině za neochvějnou podporu, zejména babičce Evě.

Anotace

Diplomová práce se zabývá možným budoucím rámcem ochrany intra-unijních zahraničních investic po Dohodě o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU, je snaha zjistit, zda po ukončení platnosti těchto dohod vznikla trhlina v právech intra-unijních investorů, a jak ji případně vyplnit. Nejdříve je zkoumáno, zda režim ochrany dle dvoustranných investičních dohod chrání stejný předmět jako právo EU, jinak řečeno, jak každý z režimů vymezuje pojem investice. Následně jsou vymezeny běžně zakotvené záruky ve dvoustranných investičních dohodách a jsou srovnány s právy poskytnutými právem EU. Práce pak přechází k zjištění postoje ke kompatibilitě a ekvivalenci poskytnutých práv těchto dvou režimů pohledem investičního tribunálu. Uveden je taktéž rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ve kterém vyslovil nekompatibilitu těchto dohod. V návaznosti přechází pozornost k ujednání členských států, kterým upravily své mezinárodní závazky, konkrétně je věnováno zániku dvoustranných dohod a úpravě arbitrážních řízení z nich vycházejících. Na základě výše uvedeného je zhodnocena úroveň ochrany intra-unijních zahraničních investic bez existence dohod a představeny jsou možné budoucí legislativní kroky na tomto poli, zejména zakotvení investičního soudu pro intra-unijní zahraniční investice.

Klíčová slova

Zahraniční investice, ochrana investorů, ochrana investic, záruky dvoustranných dohod o investicích, ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích, intra-unijní investiční arbitráž, budoucnost intra-unijní ochrany zahraničních investic, intra-unijní soud pro zahraniční investice.

Abstract

The thesis explores a possible future framework for the protection of intra-EU foreign investments after the Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union and seeks to determine whether a gap in the rights of intra-EU investors has been created after the termination of these agreements and if so how to fill it. First, it is examined whether the protection regime under BITs protects the same subject matter as EU law, in other words, how each regime defines the concept of investment. Then, the safeguards commonly enshrined in BITs are defined and the rights granted in the EU law are compared. The paper then proceeds to establish the position on the compatibility and equivalence of the rights granted by the two regimes through the lens of the investment tribunal. The judgment of the CJEU in which it pronounced the incompatibility of the agreements is also presented. The focus then shifts to the arrangements made by Member States to regulate their

international obligations, particularly the termination of bilateral agreements and the regulation of arbitral proceedings based on them. On the basis of the above, the level of protection of intra-EU foreign investment without the existence of agreements is assessed and possible future legislative steps in this field are presented, in particular the establishment of an investment court for intra-EU foreign investment.

Key words

Foreign investment, investor protection, investment protection, safeguards of bilateral investment treaties, termination of bilateral investment treaties, intra-EU investment arbitration, future of intra-EU foreign investment protection, intra-EU foreign investment court.

Obsah

Seznam použitých zkratků.....	8
1 Úvod.....	10
2 Vymezení předmětu a orgánů ochrany	12
2.1 Pojem investice v BITs	12
2.2 Pojem investice v právu EU	13
2.3 Orgány ochrany práv v režimu práva EU.....	15
2.4 Orgány ochrany práv v režimu dle BITs	15
3 Vznik intra-unijních BITs a srovnání jejich záruk s právem EU	16
3.1 Vznik intra-unijních BITs	16
3.2 Postavení BITs v mezinárodním právu	17
3.3 Práva poskytovaná BITs.....	19
3.3.1 Národní zacházení a nejvyšší národní zacházení	19
3.3.2 Spravedlivé a rovné zacházení	20
3.3.3 Volný převod finančních prostředků.....	22
3.3.4 Ochrana před vyvlastněním.....	23
3.3.5 Zajištění řešení mezinárodních sporů.....	24
4 Slučitelnost intra-unijních BITs s právem EU	26
4.1 Přijetí jurisdikce arbitrážním tribunálem ve věci Achmea	27
4.2 Prohlášení neslučitelnosti intra-unijních BITs v rozhodnutí Achmea.....	29
5 Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU a její dopady	32
5.1 Ukončení intra-unijních BITs a jejich sunset clauses	32
5.2 Dopady pro rozhodčí řízení a vzešlé nálezy.....	35
6 Budoucnost intra-unijní ochrany zahraničních investic.....	38
6.1.1 Nedůvěra v pravidla ochrany investic EU.....	38
6.1.2 Nedůvěra v prosazování pravidel ochrany EU	42
6.1.3 Zhodnocení míry intra-unijní ochrany investic po ukončení platnosti BITs.....	43
6.1.4 Důsledky specifických problémů intra-unijní ochrany a možnosti řešení	44
7 Závěr.....	47
Seznam použitých zdrojů	50
Monografie.....	50
Příspěvky ve sborníku	50
Odborné články	51
Judikatura	52
Rozhodčí řízení	53

Právní předpisy a mezinárodní smlouvy	54
Ucelené dokumenty publikované na internetu	54
Internetové stránky	55

Seznam použitých zkratk

EU	Evropská Unie
BIT(s)	Dvoustranná/é dohoda/y o ochraně investic („Bilateral Investment Treaty/ies“)
SDEU	Soudní dvůr Evropské unie
Dohoda	Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 5. května 2020
IIA(s)	Mezinárodní investiční dohoda/y („International investment agreement/s“)
FTA(s)	Dohoda/y o volném obchodu (Free trade agreement/s)
FDI	Zahraniční přímá investice („Foreign direct investment“)
FPI	Zahraniční portfoliová investice („Foreign portfolio investment“)
ICSID	Mezinárodní středisko pro řešení investičních sporů („International Centre for Settlement of Investment Disputes“)
OECD	Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj („Organization for Economic Co-operation and Development“)
Úmluva ICSID	Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států („Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States“)
SFEU	Smlouva o fungování Evropské unie
EHS	Evropské hospodářské společenství
ES	Evropské společenství
ISDS	Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem („Investor-state dispute settlement“)
VÚSP	Vídeňská úmluva o smluvním právu
ECT	Smlouva o energetické chartě („Energy Charter Treaty“)
OSN	Organizace spojených národů
NT	Národní zacházení („National treatment“)
MFN	Nejvyšší národní zacházení („Most favourite nation“)
FET	Spravedlivé a rovné zacházení („Fair and equitable treatment“)
NPM	Nevyloučená opatření („Non-precluded measures“)
LZPEU	Listina základních práv Evropské unie
LRM	Nejméně omezující prostředky („Least restrictive means“)

SEU	Smlouva o Evropské unii
UNCITRAL	Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo („United Nations Commission on International Trade Law“)
ECOFIN	Rada pro hospodářské a finanční věci („Economic and Financial Affairs Council“)
EIB	Evropská investiční banka („European Investment Bank“)
UPC	Jednotný patentový soud („Unified Patent Court“)
EUZIS	Soud pro intra-unijní zahraniční investice

1 Úvod

Ve své práci s názvem „Budoucnost intra-unijní ochrany investic po Dohodě o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU“, se budu zabývat následky této mnohostranné smlouvy na právní rámec ochrany zahraničních investic v EU, kdy konsenzuálně ukončuje platnost intra-unijních dvoustranných dohod o investicích a stanovuje podmínky pro investiční arbitráže na základě nich zahájených. Práva běžně zakotvená ve dvoustranných investičních dohodách (dále jen „BIT/s“) budou porovnány s právy garantovanými právem EU. Bude tak učiněno za účelem zjištění, zda existují nově mezery na intra-unijním poli ochrany zahraničních investic, kdy právní rámec EU se stává hlavním prostředkem jejich ochrany.

Druhá kapitola vymezí pojem investice v BITs, případně jak ji vymezuje mezinárodní právo, pokud BITs definici neobsahují. Poté bude představen pojem investice, jak je rozuměn v právu EU. Důvodem je potřeba definovat předmět ochrany těchto dvou právních nástrojů ochrany. Oba režimy ochrany se značně různí, kdežto právo EU představuje samostatný právní řád s řadou specifických vlastností, kdy oproti jsou BITs v uvozovkách jen pouhými jedněmi z typů mezinárodních investičních smluv. Otázkou je, zda oba tyto režimy mají stejný předmět ochrany, nebo interpretují pojem investice odlišně. Kapitola dále stručně představí důvody zakotvení rozdílných mechanismů řešení případných mezinárodních sporů. Mechanismus zakotvený v předmětné intra-unijní BIT, byl dle rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci Achmea hlavní příčinou nekompatibility s právem EU.¹

Třetí kapitola ukáže historii od předchůdců BITs až po vznik BITs, které se důsledkem přistoupení stran hostících investice k EU staly BITs intra-unijními. Právě tyto smluvní vztahy mezi nově již členskými státy EU obsahující povinnost poskytnout sjednané záruky ochrany na základě intra-unijních BITs, vyvolaly otázku jejich slučitelnosti se specifickým právním řádem EU. Kapitola také popíše postavení BITs v mezinárodním právu a srovná je z hlediska vhodnosti k úpravě ochrany investic se smlouvami mnohostrannými. Následovat bude analýza hlavních záruk poskytovaných v BITs, kdy budou srovnány s právy garantovanými EU, jež poskytují ochranu ve srovnatelných oblastech. Otázkou pro tuto kapitolu bude, zda se liší záruky obsažené v BITs, a pokud ano, zda je tu zájem zakotvit odlišnosti do právního rámce ochrany EU.

¹ Rozsudek ze dne 6. března 2018, Slowakische Republik v. Achmea BV, C-284/16, bod 62 (v el. sb. rozh.).

Čtvrtá kapitola se bude zabývat důvody neslučitelnosti intra-unijních BITs s právem EU. Tyto dva režimy ochrany spolu koexistovaly po dobu od přistoupení nových členských zemí v roce 2004 (a Chorvatska v 2013) až do doby vynesení rozsudku ve věci Achmea, kdy SDEU rozhodl o neslučitelnosti BITs s právem EU. Hlavním závěrem pro shledání neslučitelnosti byla ustanovená možnost investora vznést případný spor vyvěrající z intra-unijní BIT před mezinárodní rozhodčí soud proti hosticímu státu.² Zájem proč práce musí zkoumat důvody neslučitelnosti, je důležitý pro cíl práce, kdy snahou je představení možného budoucího vývoje ochrany zahraničních investic na poli EU. Nová případná úprava nebude smět zakotvovat instituty, které byly shledány neslučitelnými. Otázkou je, na jakém právním základě byla investiční arbitráž shledána neslučitelnou.

Pátá kapitola se bude věnovat reakci členských států na rozsudek SDEU ve věci Achmea. Členské státy musely upravit své povinnosti vycházející z intra-unijních BITs, tak aby své mezinárodní závazky uvedly do souladu s právním řádem EU. Jelikož unijní právo se může střetnout s mezinárodním právem, rozhodčí soudy by pouze na základě neslučitelnosti intra-unijních BITs s právem EU nemusely odmítat svou jurisdikci, nebylo tak možné pouze ponechat „působit“ rozhodnutí Achmea. Členské státy se usnesly k přijetí Deklarace členských států EU k právním dopadům rozsudku Soudního dvora EU ve věci Achmea, která prezentovala budoucí cíle v oblasti. Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU již závazně konsenzuálně upravila ukončení platnosti intra-unijních BITs a stanovila další podmínky jejich zániku, jakož i následky pro rozhodčí řízení iniciovaných na jejich základě. Otázka, kterou se kapitola bude zabývat je, jaký konkrétní postup byl zvolen pro ukončení platnosti intra-unijních BITs a vypořádání se s investičními arbitrážemi.³

Šestá kapitola představí vnímané mezery intra-unijní ochrany investic na základě práva EU z pohledu investorů. Vymezení vnímaných nedostatků samotnými adresáty norem je důležité pro analýzu oblastí práv, kde jsou největší obavy o budoucí úroveň ochrany zajištěné na poli EU. Případně bude možno reagovat účinnými prostředky k potlačení nejistot a zajištění toku zahraničních investic. V kapitole pak bude potvrzena, nebo vyvrácena hypotéza práce která zní: „Právo v rámci EU nebude schopno poskytnout natolik vysoký standard ochrany zahraničních investic uvnitř Unie, jako když byl právní rámec EU a členských států doplněn intra-unijními BITs“. Poté bude věnováno návrhům budoucího rámce ochrany investic v EU, kdy zaměřeno bude na možnost ustavení nového mechanismu řešení sporů souladného s právem EU.

² Rozsudek ze dne 6. března 2018, Slovakische Republik v. Achmea BV, C-284/16, bod 62 (v el. sb. rozh.).

³ Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 29. května 2020. Úř. Vest. L 169, 29. května 2020, s. 1.

2 Vymezení předmětu a orgánů ochrany

V následující kapitole bude představeno, co se rozumí investicí v každém ze dvou systémů ochrany, a to k vymezení předmětu ochrany těchto režimů. Dále stručně představím orgány, na které se subjekty činící investici mohou obrátit v případě potřeby ochrany jejich práv.

2.1 Pojem investice v BITs

Potíž v právním vymezení pojmu investice v kontextu mezinárodního práva je v tom, že jednotlivé mezinárodní instrumenty pojem vykládají pro své účely, a to nejednotně. Některé dokonce operují s pojmem, aniž by jej jakkoli vymezily.⁴ Mezinárodní investiční dohody (dále jen „IIA/s“) však stanoví cenný návod pro posouzení, zda se jedná o investici. Všechny BITs a také investiční kapitoly dohod o volném obchodu (dále jen „FTA/s“) zahrnují analytické definice zahraniční investice.⁵ Pouze aktiva a podíly které jsou kvalifikovány jako „investice“, zmíněné nebo vymezené v BITs, mohou požívat hmotněprávní a procesní ochrany v nich zakotvených. Typická BIT definuje zahraniční investici jako „každý druh aktiv“ a pak uvádí formy krytých investic či uvádí jejich popis. Tato prakticky neomezená definice může zahrnovat jak přímé zahraniční investice (dále jen „FDI“), tak zahraniční portfoliové investice (dále jen „FPI“). Následně když investiční tribunál ověří, že investice spadá pod vymezení dle BIT může meritorně spor posoudit. Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (dále jen „ICSID“) a další investiční tribunály ještě také někdy podrobí FDI tzv. Salini testu, což je soubor dalších kritérií nezahrnutých v BITs.⁶

Investoři FDI získávají vlastnictví a kontrolu ve společnostech, fakticky se stávají manažery a podnik sami řídí. Investoři FPI získají vlastnictví bez možnosti řízení firmy a tuto funkci musí delegovat na manažery. Hranice kdy se z FPI stává FDI je značně matná. Dle OECD lze za tuto hranici považovat držení 10 % nebo více kmenových akcií nebo hlasovacích práv. Stejně ale nelze uzavřít, že investor je opravdu v pozici, kdy může vykonávat kontrolu nad podnikatelskými aktivitami a investicí.⁷

Úmluva o řešení investičních sporů mezi státy a státními příslušníky ostatních států (dále jen „Úmluva ICSID“), ve čl. 25 identifikuje pojem investice, jako jurisdikční limit pro arbitráže vedené ICSID. Spory dle Úmluvy ICSID musí vyvěrat přímo z investic, neobjasňuje však, co

⁴ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. vydání. Praha: Linde a.s., 2008, s. 21.

⁵ DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2011, s. 22.

⁶ MOSKVAN, Dominik. *Protection of Foreign Investments in an Intra-EU Context: Not One BIT?* Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2022, s. 6-7, 18.

⁷ WEISS, Friedl, STEINER, Silke. The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum: the scope of ‘foreign direct investment’ and the future of intra-EU BITs. In: BAETENS, Freya (ed.). *Investment Law Within International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, s. 361.

vše pojem investice zahrnuje. Důsledkem se tak rozhodčí řízení musí zabývat primárně oblastí, zdali se jedná o investici, či nikoli, přičemž v různých řízeních bylo dospěno k odlišným koncepcím termínu investice.⁸

Rozhodčí praxe ICSID v jednotlivých případech podala výklad, jaké další prvky zakládají investici. V rozhodnutí o jurisdikci ICSID ve věci *Salini v. Morocco* vznikl zmíněný Salini test. Znaků investice rozhodčí soud v tomto řízení určil: (1) přínos kapitálu, (2) určitá doba trvání, (3) podnikatelské riziko a (4) hospodářský přínos pro hostitelský stát.⁹ Čtvrtý bod Salini testu, byl značně kontroverzním a nenacházel všeobecnou oporu napříč rozhodnutími ICSID. Například rozhodčí nález ICSID ve věci *LESI v. Algeria* razil cestu, že hospodářský přínos pro hostitelský stát není jedním znaků investice.¹⁰ Odlišně pak v souladu se Salini testem rozhodl výbor ICSID ve věci *Mitchell v. Congo*, kdy jako odvolací instance zrušila rozhodčí nález, protože americká advokátní kancelář na území Konga neměla hospodářský přínos pro hostitelskou zemi, a tedy nebyla definice investice naplněna.¹¹

2.2 Pojem investice v právu EU

Při určování rozsahu ochrany zahraničních investic podle práva EU musíme mít na mysli, že neexistuje svoboda vnitřního trhu, která by výhradně chránila zahraniční investice. Protože zahraniční investicí je podle Moskvana přeshraniční aktivita, která spouští tok kapitálu, kdy investor poté není spojen pouze se svým domovským státem, ale i státem hostící investici, tedy může být investor chráněn jak svobodou usazování, tak svobodou volného pohybu kapitálu.¹²

Nyní představím FDI ve světle pravidel volného pohybu kapitálu. Články 63 až 66 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“) zajišťují celkovou liberalizaci pohybu kapitálu, a to nejen mezi členskými státy, ale i třetími zeměmi. To naznačuje shodu definic, jak pro účely pohybu kapitálu mezi členskými státy, tak třetími zeměmi.¹³ Pojem pohyb kapitálu

⁸ COLE, Tony, VAKSHA, Anuj Kumar. Power-conferring treaties: The meaning of 'investment' in the ICSID convention. *Leiden Journal of International Law* [online]. 2011, roč. 24, č.2, s. 307 [cit. 25 října 2021]. Dostupné z: <http://dx.doi.org/10.1017/S0922156511000033>.

⁹ Rozhodnutí o jurisdikci ICSID ze dne 31. července 2001, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, věc č. ARB/00/4, bod 52. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

¹⁰ Rozhodčí nález ICSID ze dne 10. ledna 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, věc č. ARB/03/08, část II. bod 2.2. odst. 13(iv). Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf>.

¹¹ Rozhodnutí o žádosti o zrušení nálezu ICSID ze dne 1. listopadu 2006, *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, věc č. ARB/99/7, odst. 38-39. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>.

¹² MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 9-10.

¹³ DIMOPOULOS: *EU Foreign Investment...*, s. 37.

zahrnuje FDI, jak vyplývá ze čl. 64 odst. 1 SFEU, který stanovuje výjimky mimo jiné pro vnitrostátní opatření týkající se „přímé investice“ vůči třetím zemím.¹⁴

Ve člancích SFEU pojem přímé investice není vymezen. Koncept přímé investice byl však definován Směrnicí Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988 v příloze č. 1, která vymezuje 13 kategorií pohybu kapitálu, první kategorií je právě přímá investice.¹⁵ V rámci vysvětlivek v příloze č. 1 směrnice, pak definici přímé investice směrnice vysvětluje jako: „Investice všeho druhu realizované fyzickými osobami nebo obchodními, průmyslovými nebo finančními podniky, které slouží k vytváření nebo udržování dlouhodobých a přímých vztahů mezi osobou poskytující kapitál a podnikatelem nebo subjektem, kterým je tento kapitál poskytován pro účely vykonávání hospodářské činnosti. Tento pojem je tedy třeba chápat v co nejširším slova smyslu.“¹⁶ SDEU uvádí, že čl. 56 Smlouvy o ES (dnes čl. 63 SFEU) v podstatě převzal čl. 1 Směrnice Rady 88/361/EHS a její přílohy č. 1, kdy zmíněná definice si dle SDEU zachovává informativní hodnotu, kterou dříve měla, přičemž je však pouze demonstrativní.¹⁷ Do působnosti čl. 56 Smlouvy o ES náležela dle SDEU zejména přímá investice¹⁸, v případě SDEU Komise proti Itálii byla vymezena jako: „... investice jakékoli povahy, které provádí fyzické nebo právnické osoby a které slouží k tomu, aby vytvořily nebo udržely dlouhodobé a přímé vztahy mezi osobou, která poskytla kapitál, a společností, které je tento kapitál určen za účelem výkonu hospodářské činnosti.“¹⁹

Nyní ještě k objasnění ochrany zahraničních investic na základě svobody usazování. Jak bylo uvedeno, Směrnice Rady 88/361/EHS v příloze č. 1 uvádí 13 kategorií pohybu kapitálu. Mimo kategorii přímé investice uvádí také kategorii investic do nemovitostí, operace s cennými papíry, operace s podílovými jednotkami subjektů kolektivního investování, operace na běžných a vkladových účtech, finanční půjčky a úvěry, osobní pohyb kapitálu, dovoz a vývoz finančních aktiv a jiné převody mimo jiné z duševního vlastnictví. Tyto ostatní kategorie mohou být také neoddělitelně propojeny se svobodou usazování, jako tomu bude v případech nabytí kontrolního podílu ve společnosti. Opět ale také vzhledem k tomu, že vlastnictví fyzických aktiv předchází přímá zahraniční investice vyplývá, že kapitálové transfery, které zahrnují

¹⁴ WEISS, STEINER: The investment regime... In: BAETENS: *Investment Law Within...*, s. 360.

¹⁵ Tamtéž s. 360-361.

¹⁶ Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy. Úř. Vest. L 178, 8. července 1988, s. 10.

¹⁷ Rozsudek ze dne 12. prosince 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation proti Commissioners of Inland Revenue*, C-446/04, bod 179 (v el. sb. rozh.).

¹⁸ Rozsudek ze dne 26. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, C-326/07, bod 35 (v el. sb. rozh.).

¹⁹ Tamtéž

investice do nemovitostí, jejich správy a prodeje, značí že jsou také chráněným pohybem kapitálu na vnitřním trhu.²⁰

Judikatura vztahující se k vymezení odlišení těchto dvou provázaných svobod říká, že je nezbytný určitý vliv nebo kontrola nad rozhodováním společnosti a její činností v případě svobody usazování. Pokud je však investorovi pouze umožněno nabýt podíly společnosti s úmyslem získání finančního zisku, ale bez kontroly rozhodnutí společnosti, uplatní se pouze svoboda pohybu kapitálu. V kontextu intra-unijních BITs by bylo nadbytečné striktně tyto svobody odlišovat, je postačující uvést, že ochrana FDI je dostatečně pokryta právem EU. Ochrana FPI pak spadá pod svobodu volného pohybu kapitálu.²¹

2.3 Orgány ochrany práv v režimu práva EU

Intra-unijní přeshraniční investoři mohou nárok vznést na základě přímo použitelných práv EU, jež mají před národními ustanoveními přednost. V tomto systému ochrany mají soudci vnitrostátních soudů speciální roli a odpovědnost chránit investice, a to spolu se SDEU. V případě pochyb o výkladu nebo platnosti určitého předpisu EU soudci národních soudů musí iniciovat řízení o předběžné otázce (čl. 267 SFEU). Je tomu tak za účelem dosažení nezávislého a plného uplatňování práva EU za trvání poskytnutí soudní ochrany právům všech jednotlivců ve všech členských státech. Chráněna práva přeshraničních investorů jsou též prostřednictvím veřejných mechanismů, jejichž úkolem je bránit porušování předpisů a řešit problémy investorů se kterými se mohou při jednání s vnitrostátními orgány setkat.²²

2.4 Orgány ochrany práv v režimu dle BITs

Většina intra-unijních BITs obsahovala klauzule zakotvující mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem (dále jen „ISDS“). Tyto doložky dávají investorovi možnost urovnat případný spor před mezinárodními arbitrážními tribunály, které jsou vnímané jako neutrální a nepolitické fórum pro řešení sporů. Arbitráž měla být uplatněna jako nástroj k naplnění zásady právního státu v zemích bývalého Východního bloku s křehkými zákony a tradicemi v oblasti ochrany zahraničních investic.²³ Obecně nedůvěra v národní justiční systémy má původ v historii, neboť první BITs byly uzavírány mezi vyvinutými a rozvojovými státy. Justiční

²⁰ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 11-12.

²¹ Tamtéž s. 10.

²² Evropská komise. *SDĚLENÍ KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU A RADĚ Ochrana investic v rámci EU COM(2018) 547* [online]. Brusel: Evropská komise, 2018, s. 1-2. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>.

²³ TOMA-BIANOV, Anamaria. THE TWISTED TALE OF THE COMPATIBILITY OF AN ISDS CLAUSE ESTABLISHED BY AN INTRA EU BIT WITH THE EU LAW: A SCRUTINY OF THE ADVOCATE GENERAL WATHELET'S OPINION IN THE ACHMEA CASE. *Union of Jurist of Romania Law Review* [online], 2017, roč. 7, č. 2, s. 4 [cit. 7. ledna 2022]. Dostupné z: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/twisted-tale-compatibility-isds-clause/docview/224994041/se-2>.

system rozvojového státu hostující investici pro jeho smluvního partnera nepředstavoval záruky toho, že budou naplněny procesní zásady mezinárodního práva, jako právo na obhajobu, právo být slyšen a právo na nezávislého soudce. Proto byla pravomoc rozhodnout v možném budoucím sporu převedena na arbitrážní tribunál skrze rozhodčí doložku.²⁴

3 Vznik intra-unijních BITs a srovnání jejich záruk s právem

EU

V této kapitole bude nastíněna historie od vývoje mezinárodní ochrany investic před BITs, po objasnění důvodů vzniku BITs intra-unijních. Představena bude také jejich pozice v rámci mezinárodního práva. Následovat bude vymezení záruk (práv), které běžně BITs obsahují. Záruky BITs budou srovnány s právy EU chránící intra-unijní zahraniční investice a bude poukázáno na jejich případné rozdíly.

3.1 Vznik intra-unijních BITs

Historickými předchůdci BITs byly dvoustranné smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě (Treaties of Friendship, Commerce and Navigation). Uzavírány byly v průběhu 19. a počátku 20. století. Kromě vztahů obchodních a plavebních, upravovaly otázky vstupu a usazování cizinců, tedy usazování občanů jedné smluvní strany na území smluvní strany druhé, dále uznání jejich subjektivity a jiná další práva (například ochranu majetkových práv či přístup k soudům).²⁵

Za první BIT je považována smlouva mezi Německem a Pákistánem, která byla uzavřena roku 1959. Obě strany se rozhodly přenést pravomoc národních soudů na alternativní fóra, a to na Mezinárodní soudní dvůr či ad hoc arbitrážní tribunál. Během let se ISDS stal nejčastější možností řešení takových sporů. To mělo dva následky, vzdání se moci investora domovského státu jej chránit skrze diplomatickou ochranu, nebo ve vnitrostátním řízení. Na druhé straně hostitelský stát souhlasil s udělením pravomoci arbitrážnímu tribunálu. Ačkoli státní suverenita v této oblasti byla vždy zachována kvůli mezinárodnímu obyčejovému pravidlu, které stanovovalo, že musí být nejprve vyčerpány místní prostředky nápravy. Investor tedy musel svůj nárok vyplývající z porušení jeho práv, nejprve uplatnit před příslušnými

²⁴ CAPPIELLO, Benedetta. Applicable Law in Investment Arbitration. In: CHAISSE, Julien, CHOUKROUNE, Leila, JUSOH, Sufian (eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*. Singapur: Springer, 2021, s. 1125.

²⁵ ŠTURMA, Pavel. In: ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, s. 7-8.

orgány státu hostící investici, pokud tímto způsobem k nápravě nedošlo, mohl zahájit rozhodčí řízení.²⁶

Západní státy uzavíraly BIT původně jen s mimoevropskými rozvojovými zeměmi, tedy zejména se státy Afriky a Asie. V nově dekolonizovaných státech došlo k otřesu a zpochybnění starších obyčejových pravidel týkající se ochrany majetku cizinců. Při této politické situaci bylo nemožné dosáhnout shody na mnohostranné úrovni. Dvoustranné dohody tak získaly na důležitosti. Rozvojové státy se těšili z přílivu kapitálu a investoři měli smluvně zaručenou ochranu vůči riziku vyvlastnění.²⁷

V 90. letech 20. století většina ze západních členů EU uzavírala BITs se zeměmi střední a východní Evropy. Mezi tyto státy, se kterými byly BITs uzavírány patřily Česká republika, Estonsko, Maďarsko, Litva, Lotyšsko, Polsko, Slovensko, Slovinsko, Rumunsko a Bulharsko. Když se poté tyto státy staly členy EU, z BITs se staly BITs intra-unijní. Státy střední a východní Evropy v úmyslu nalákat zahraniční investory ze západu uzavíraly s investory privatizační smlouvy, sjednávaly další výhody či státní dotace značného rozsahu. Po připojení hostících států k EU, tato ujednání musela být nově v souladu s politikou EU v oblasti pravidel státní podpory, avšak většina těchto ujednání nebyla. To vedlo tyto hostující státy k odstupování od nich, což vyústilo ve spory mezi investory a státy, vedených podle arbitrážních klauzulí obsažených nyní již v intra-unijních BITs.²⁸

3.2 Postavení BITs v mezinárodním právu

BITs jednoznačně spadají pod definici smlouvy dle čl. 2 odst. 1 písm. a) Vídeňské úmluvy o smluvním právu (dále jen „VÚSP“), jelikož to jsou dohody uzavřené mezi státy písemnou formou, řídící se mezinárodním právem. BITs mají hlavní dva cíle, prvním je stimulace přílivu zahraničních investic a vytvoření předvídatelného a stabilního právního prostředí pro účely řízení a nakládání s investicí, druhým je podpora ekonomického rozvoje hostícího státu, jakož i ekonomických vztahů mezi vázanými státy.²⁹ Ochrana zahraničních investic je spíše nezbytným prvkem doprovázející obecný cíl podporovat zahraniční investice, rozšiřovat a

²⁶ CAPPIELLO: Applicable Law in.... In: CHAISSE, CHOUKROUNE, JUSOH: *Handbook of International...*, s. 1124-1125.

²⁷ ŠTURMA, Pavel. In: ŠTURMA, BALAŠ: *Ochrana mezinárodních investic...*, s. 7-8.

²⁸ JARKA, Beatrice, Onika. THE DECIMATION OF THE INTRA EU BITS. *Challenges of the Knowledge Society* [online], 2018, s. 533 [cit. 1. listopadu 2021]. Dostupné z: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/decimation-intra-eu-bits/docview/2130763438/se-2>.

²⁹ GAZZINI, Tarcisio. Bilateral Investment Treaties. In: GAZZINI, Tarcisio, DE BRABANDERE, Eric (eds.). *International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 106-107.

prohloubit hospodářské vztahy obou zemí, z těchto důvodů je nezbytné přistupovat k výkladu věcných ustanovení dohody vyváženě.³⁰

BITs na poli mezinárodního investičního práva zastávají přednostní roli, a to díky jejich schopnosti vytvořit stabilní a předvídatelný normativní rámec, jakož i zakotvení způsobu řešení případných souvisejících sporů. Stále neexistuje žádná mnohostranná smlouva o zahraničních investicích srovnatelná z hlediska počtu účastněných stran s mnohostrannými obchodními dohodami.³¹ Mezinárodní investiční režim obecně zahrnuje v širším smyslu FTAs, Smlouvu o energetické chartě (dále jen „ECT“), dohody o investičních opatření souvisejících s obchodem, Všeobecnou dohodu o obchodu službami, Dohodu o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví a dále početnou množinu relevantních resolucí Valného shromáždění OSN a jiné soft law (například Směrnice OECD pro nadnárodní podniky).³²

Bezpochybně mnohostranná dohoda oproti bilaterálním má své výhody, zaprvé tato smlouva zakládá jeden vzájemný právní rámec a zajišťuje jednoduchost, soudržnost a jednotnost pravidel platných pro vázané strany. Mnohostranné dohody nemusí být neúměrně rigidní, vázané státy mohou využít pro své specifické odchylné potřeby například protokoly, výhrady a tzv. opt out mechanismy, nebo jakékoli jiné prostředky dovolené mezinárodním právem. Od mnohostranných dohod je možno očekávat v souladu s výše uvedeným, vytvoření koherentní praxe mezi státy.³³

I přes zmíněné výhody mnohostranných dohod, bychom neměli odsouvat dohody bilaterální na druhou kolej, neboť jejich dvoustrannost nemusí nutně znamenat nižší efektivitu nebo nižší vhodnost pro úpravu ochrany investic. Nemůžeme říct, že by tu byl přesvědčivý ekonomický důkaz, který by ukazoval, že mnohostranné dohody mají významně lepší pozitivní efekt na příliv zahraničních investic, než je tomu u dohod bilaterálních. Dosavadní systém různých právních rámců smluvených v jednotlivých BITs, jakkoliv je roztržštěný, funguje globálně dobře. Úroveň propracovanosti a soudržnosti právních rámců vytvořených skrze BITs roste z důvodů nového projednání trvajících BITs, či používání nových modelů právních rámců při sjednávání BITs, dále přispívá též vývoj rozhodnutí arbitrážních institucí.³⁴

³⁰ Částečný rozhodčí nález ze dne 17. března 2006, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, bod 300. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7896.pdf>.

³¹ GAZZINI: Bilateral Investment Treaties. In: GAZZINI, DE BRABANDERE: *International Investment Law: the ...*, s. 99-100.

³² ALVAREZ, José Enrique. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leiden: BRILL, 2011, s. 27-28.

³³ GAZZINI: Bilateral Investment Treaties. In: GAZZINI, DE BRABANDERE: *International Investment Law: the ...*, s. 102.

³⁴ Tamtéž s. 102-103.

3.3 Práva poskytovaná BITs

Nyní bude věnována pozornost jednotlivým zárukám (právům) obsažených v BITs. Zárukami jsou: národní zacházení (dále jen „NT“) a nejvýhodnější národní zacházení (dále jen „MFN“), spravedlivé a rovné zacházení (dále jen „FET“), volný převod finančních prostředků, ochrana před vyvlastněním a zajištění řešení mezinárodních sporů.³⁵

3.3.1 Národní zacházení a nejvyšší národní zacházení

Doložky NT a MFN se staly jedněmi z nejtýpčtějších forem ochrany ustanovených v BITs. NT směřuje k zajištění, že investoru a jeho investici je poskytnuta stejná ochrana jako těm domácím. MFN rozšiřuje předchozí doložku, kdy zajišťuje, aby zacházení nebylo méně příznivé, nežli jaké požívají třetí strany. V právu EU je doložka MFN materializována v jedné ze základních zásad, a to zásady nediskriminace zakotvené v čl. 18 SFEU.³⁶

Dnes již zrušená Dohoda mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic³⁷ (Dále jen „BIT mezi ČSFR a Nizozemskem“) uváděla v čl. 3 odst. 2: „*Každá smluvní strana poskytne těmto investicím zejména plnou bezpečnost a ochranu, která v žádném případě nebude menší než přiznávaná investicím vlastních investorů nebo investicím investorů z kteréhokoliv třetího státu, pokud je pro dotčeného investora výhodnější.*“³⁸ Toto ustanovení mimo jiné zakotvuje doložku MFN. Skrze doložku MFN se smlouva stane dynamickým pramenem práva, jelikož pokud stát hostící investici v minulosti uzavřel smlouvu která poskytuje vyšší míru ochrany, či ujednal následovně další jinou výhodnější smlouvu, smlouva obsahující doložku MFN získá automaticky tento standard ochrany.³⁹ Ačkoli ochrana proti diskriminaci v BITs na základě národnosti a jiných důvodů je široká, je těžké diskriminaci v řízení prokázat. Investor musí uspět s tvrzením, že s ním nebo jiným investorem, jeho investicí či jinou bylo zacházeno ve srovnatelné situaci jinak. Test „srovnatelné situace“ je své podstaty vtělen v doložce MFN, protože práva v doložkách obsažených musí být očekávaně podrobeny jistému srovnávacímu testu, který zajistí míru uvážení pro legitimní regulační zásahy do investic státem.⁴⁰

Článek 18 SFEU zakotvující princip nediskriminace je soustředěn jak na přímou, tak nepřímou diskriminaci (kritéria zdánlivě neutrální, která však v praxi vedou k diskriminaci). Princip nediskriminace jakožto stavební kámen základních čtyř svobod vyžaduje rovné

³⁵ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 4.

³⁶ Tamtéž s. 24.

³⁷ Předpis č. 569/1992 Sb., Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, ve znění předpisu č. 569/1992 Sb.

³⁸ Tamtéž

³⁹ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 25-26.

⁴⁰ Tamtéž s. 24-25.

zacházení se zbožím, osobami, službami a kapitálem. Pokud NT zajišťuje investorovi určité země právo na srovnatelnou ochranu s domácí, MFN má za úkol vyrovnat režim ochrany BITs nehledě na občanství. Členské státy EU jsou povinny poskytnout všem občanům ostatních členských států stejné zacházení, je možné tedy uzavřít, že doložky NT a MFN se spolu s právem EU překrývají. Princip nediskriminace se uplatní i v případě národních pravomocí, které členské státy nesvěřily EU.⁴¹ SDEU totiž judikoval, že i v oblastech které nespádají do pravomoci Společenství, členské státy při výkonu této pravomoci musí dodržovat právo Společenství.⁴²

Normotvůrce EU deklaroval, že zcela protiprávní (nikdy nelze ospravedlnit) je diskriminace na základě státní příslušnosti, ať již přímé či nepřímé, v některých oblastech, které jsou úplně či částečně sjednoceny (například ve směrnici o službách, či směrnicích v odvětví telekomunikací). Některá jiná omezení však lze odůvodnit oprávněnými veřejnými cíli, jako například čl. 52 SFEU umožňuje omezení svobody usazování a volného poskytování služeb z důvodů veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví. Omezení nediskriminující na základě státní příslušnosti, lze ospravedlnit naléhavými důvody obecného zájmu, které uznává judikatura SDEU (například ochrana spotřebitele, ochrana pracujících, ochrana životního prostředí). Všechna případná omezení však musí být v souladu s obecnými zásadami práva EU, konkrétně proporcionality, právní jistoty a legitimního očekávání.⁴³

Můžeme říct, že právo EU přehledně vymezuje výjimky z uvedených zákazů. BITs mohou obsahovat doložky, které vymezují nevyločená opatření státu (dále jen „NPM“). Ty může hostící stát přijmout, aniž by došlo k porušení povinnosti v BIT zakotvené. Velmi tedy záleží na znění doložky. Pokud je přijato diskriminační opatření, které nespadá pod doložku nevyločených opatření, je tu možnost porušení povinností hostícího státu. V tomto případě je následně zkoumáno, zda je opatření diskriminační, skrze dříve uvedený test „srovnatelné situace“, kdy přezkum se ukázal být v praxi nekonzistentní.⁴⁴

3.3.2 Spravedlivé a rovné zacházení

Nejčastěji dovolávaným ustanovením BITs je doložka FET. Někdy bývá vnímána jako vše zachytňavá doložka, která vyplňuje mezery mezi více specifickými ochrannými ustanoveními BIT. Doložka FET se soustředí na zajištění konzistence, stability a předvídatelnosti právního

⁴¹ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 28.

⁴² Rozsudek ze dne 18. prosince 2007, *Laval un Partneri Ltd proti Svenska Byggnadsarbetareförbundet a další*, C-341/05, bod 87 (v el. sb. rozh.).

⁴³ Evropská komise. *SDĚLENÍ KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU A RADĚ Ochrana investic v rámci EU COM(2018) 547* [online]. Brusel: Evropská komise, 2018, s. 10-13. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>.

⁴⁴ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 39-41.

rámce k účelům zajištění ochrany zahraniční investice v hostujícím státě, tedy aby se investor včas mohl dozvědět o všech pravidlech a předpisech, kterými se bude řídit jeho investice, jakož i cílech politiky státu a administrativních postupech, aby mohl spravovat své investice a dodržovat předpisy.⁴⁵ Podle tribunálu v případě *Tecmed v. Mexico*, primární účel standardu FET znamená, že investor může očekávat stabilitu v chování hostujícího státu, bez nejasností a zcela transparentní vystupování ve vztahu k investorovi, tak aby se včas mohl dozvědět o všech pravidlech a předpisech, kterými se jeho investice bude řídit, jakož i cílech politiky státu a administrativních postupech, aby mohl spravovat své investice a dodržovat dané předpisy.⁴⁶ Lze uvést pět elementů před kterými chrání FET, je to svévole a odepření spravedlnosti, porušení legitimního očekávání, nedodržení řádného procesu, nedostatek transparentnosti a zlá víra.⁴⁷

Je tu však otázka, do jaké míry hostující stát nesmí měnit svou právní úpravu, aby potenciálně nepoškodil investici. Doložka FET totiž může do jisté míry spoléhat na standard přezkumu podobný stabilizačním doložkám. Stabilizační doložky uvalují omezení k přijímání nových předpisů za účelem stabilizace právního prostředí hostujícího státu. Kritici argumentují, že omezení změn právního rámce může potenciálně vést k poškozování lidských práv na území hostujícího státu. Investor by podle nich měl se změnami počítat a vzít je v úvahu při zvažování rizik před učiněním své investice.⁴⁸

Vymezení standardu FET v BITs je vágní a označení jeho ekvivalentu v právu EU je obtížné. Standard FET může být vnímán jako ekvivalent principu právního státu, nebo může být chápán, že je v právu EU zahrnut v souboru principů, zavedených v různých právních oblastech, kdy tyto společně mohou být vykládány jako poskytující standard FET. Právo EU neposkytuje přezkum podobný posouzení v případě tvrzeného porušení standardu FET rozhodčími soudy, ve kterém by bylo zkoumáno více různých elementů, které by dohromady v důsledku mohly zapříčinit porušení práva EU. Právo EU porovnává případy porušení odděleně ve světle jednotlivých principů, za užití svých testů.⁴⁹

Co se týče změn v legislativě v případě Spolková republika Německo proti Radě Evropské Unie, bylo řečeno že žádný hospodářský subjekt se nemůže domáhat nabytých práva nebo

⁴⁵ ARNALDOS ORTS, Enrique. LAMAS DE MESA, Jana. In: Uría Menéndez. *Intra-European Union Investment Protection: What Now?* [online]. Uría Menéndez, 2022. s. 20. Dostupné z: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7651/documento/art04.pdf?id=12812&forceDownload=true>.

⁴⁶ Rozhodčí nález ICSID ze dne 29. května 2003, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, věc č. ARB (AF)/00/2, bod 154. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>.

⁴⁷ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 66.

⁴⁸ Tamtéž s. 82.

⁴⁹ Tamtéž s. 71-73.

dokonce legitimního očekávání, že stávající situace, kterou lze změnit rozhodnutími přijatými orgány Společenství v mezích jejich diskreční pravomoci bude zachována.⁵⁰ Rozhodnutí v konkrétním případě samozřejmě nezakládá praxi, avšak založení odpovědnosti na základě legitimního očekávání nebude v rámci unijního práva jednoduché.

Členské státy Unie čelily například těmto řízení ohledně porušení standardu FET v BITs. V případě *Plama v. Republic of Bulgaria*, byl investor vystaven nahodilým a neprůhledným rozhodnutím, která vytvořila nestabilní, nespravedlivé, nepříznivé a netransparentní podmínky pro investici, kdy investor byl obětí chronických rysů nepředvídatelnosti a nedůslednosti.⁵¹ Nebo v případě *Spyridon Roussalis v. Romania*, kdy hostící stát opakovaně vyvracel rozhodnutí vlastních soudů, což bylo vnímáno tribunálem jako neospravedlnitelné opatření, které mělo za následek zbavení zahraničního investora jeho práv na prodej aktiv.⁵²

3.3.3 Volný převod finančních prostředků

Přímé zahraniční investice se mohou skládat jak z fyzického kapitálu, tak finančního kapitálu. Převod kapitálu je podstatnou prekvizitou pro uskutečnění investiční aktivity, jak ve stádiu usazení, tak pro následné operace. K těmto účelům bývá v BITs zakotvena záruka volného převodu finančních prostředků.⁵³ BIT mezi ČSFR a Nizozemskem obsahovala čl. 4 zajišťující, aby platby související s investicí mohly být převáděny a uskutečněny ve volně směnitelné měně bez omezení, či prodlení.⁵⁴

Aby stát mohl reagovat v případech extrémních ekonomických proměn, je možno si ujednat zahrnutí NPM klauzule, kdy může ospravedlnit neúspěch poskytnutí sjednaných práv investorovi.⁵⁵ V BITs se mohou vyskytovat zejména tři typy výjimek z práva volného převodu finančních prostředků: (1) výjimky vztahující se k bankrotu, obchodování s cennými papíry, trestnými činy, dodržování soudních řízení a solventnosti společností, (2) dočasné omezení z důvodů krize platební bilance státu a obtížností v oblasti měnové a kurzové politiky, (3) výjimky pro organizace regionální hospodářské integrace v oblasti kapitálových převodů v EU.⁵⁶

⁵⁰ Rozsudek ze dne 5. října 1994, *Spolková republika Německo proti Radě Evropské unie*, C-280/93, bod 80 (v el. sb. rozh.).

⁵¹ Rozhodčí nález ICSID ze dne 27. srpna 2008, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, věc č. ARB/03/24, body 73, 169. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>.

⁵² Rozhodčí nález ICSID ze dne 7. prosince 2011, *Spyridon Roussalis v. Romania*, věc č. ARB/06/1, bod 146. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>.

⁵³ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 45-46.

⁵⁴ Předpis č. 569/1992 Sb., Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, ve znění předpisu 569/1992 Sb.

⁵⁵ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 51.

⁵⁶ Tamtéž s. 49.

V rámci práva EU pak čl. 63 SFEU zakazuje omezení pohybu kapitálu a plateb. Členské státy mohou uplatnit restriktce v této oblasti na základě čl. 65 SFEU, kdy omezení mohou být zavedeny na základě veřejného pořádku či veřejné bezpečnosti. Dalším důvodem jsou naléhavé důvody obecného zájmu. Například bezpečnost zásobování energií v případě krize dle SDEU odpovídá legitimnímu veřejnému zájmu. Je však třeba ověřit, že omezující předpisy zajišťují v případě skutečné a závažné hrozby minimální zajišťování energií, a přitom nepřekračují meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné.⁵⁷

3.3.4 Ochrana před vyvlastněním

Klasická pravidla mezinárodního práva uznávají právo hostičího státu vyvlastnit majetek cizince, smluvní právo pak typicky jen upravuje podmínky a následky za kterých tak může legálně dojít. Všechny moderní smlouvy ohledně zahraničních investic obsahují specifická ustanovení, která zahrnují podmínky a následky vyvlastnění. Nyní uvedu podmínky legálního vyvlastnění, které jsou uvedeny ve většině smluv a jsou i součástí mezinárodního obyčeje: (1) vyvlastnění musí sloužit veřejnému zájmu⁵⁸, (2) nesmí být svévolné a diskriminační – v mezi běžného výkladu těchto pojmů, (3) některé smlouvy explicitně vyžadují, aby řízení následovalo princip řádného procesu – pojem má vyjadřovat minimální standard řízení dle obyčejového práva a požadavku spravedlivého a rovného zacházení, není tedy jasné zda zakládá samostatný požadavek legality vyvlastnění, (4) vyvlastnění musí být spojeno s okamžitým, adekvátním⁵⁹ a efektivním odškodněním. Diskuse bývá hlavně vedena ohledně podmínky kompenzace.⁶⁰

Vyvlastnění můžeme dělit na přímé a nepřímé. V případě *Telenor v. Republic of Hungary* bylo tribunálem poznamenáno, že v dnešní době přímé vyvlastnění je spíše výjimkou nežli pravidlem, jelikož se státy raději vyhýbají výtkám a ztrátě důvěry potenciálních investorů skrze prostředky nepřímé.⁶¹ V případě *Saluka v. Czech Republic* bylo ohledně možnosti nepřímého vyvlastnění uvedeno: „*Mezinárodní právo nyní uznává, že státy nejsou povinny vyplácet zahraničnímu investorovi náhradu, pokud v rámci běžného výkonu svých regulačních pravomocí nediskriminačním způsobem přijmou bona fide opatření, jejichž cílem je veřejné*

⁵⁷ Rozsudek ze dne 4. června 2002, *Komise Evropských společenství proti Belgickému království*, C-503/99, body 45-48 (v el. sb. rozh.).

⁵⁸ Blíže k pojmu veřejný zájem viz rozhodčí nález ICSID ze dne 2. října 2006, *ADC Affiliate Limited and ADC & APMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, věc č. ARB/03/16, body 429-433. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>.

⁵⁹ Adekvátním je obecně myšlena tržní cena vyvlastněné investice.

⁶⁰ DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 89-91.

⁶¹ Rozhodčí nález ICSID ze dne 13. září 2006, *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, věc č. ARB/04/15, bod 69. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>.

blaho.⁶² Prostor je tedy tak široký, že ustanovení o vyvlastnění se stane nadbytečným, protože moderní stát jen zřídka vezme majetek, pokud neexistuje obecný důvod ospravedlňující převzetí majetku. Problém rozsahu nekompensovatelných vyvlastnění způsobených regulací, bude nějakou dobu přetrvávat, protože kritéria pro smysluplnou identifikaci takových vyvlastnění se ukážou jako neuchopitelná. Avšak stále více však bude vyvíjen tlak na to, aby se do nekompensovatelných regulačních opatření zahrnuly ty, které jsou oprávněné na základě ochrany životního prostředí, ochrany lidských práv, zdraví a morálky a národní bezpečnosti.⁶³

V rámci práva EU chrání proti vyvlastnění čl. 17 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „LZPEU“), ten stanoví: „*Nikdo nesmí být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu, v případech a za podmínek, které stanoví zákon, a při poskytnutí spravedlivé náhrady v přiměřené lhůtě.*“⁶⁴ V kontextu LZPEU je vyjádřen pojem spravedlivé náhrady. V případě ERSA se SDEU zmínil o tehdy ještě o nezávazné LZPEU a jejím čl. 17, avšak k pojmu spravedlivé náhrady se nevyjádřil. Uzavřel ale, že právo vlastnit majetek patří mezi obecné zásady práva Společenství, ale zásada nemá absolutní přednost a může být omezena, a to na základě cílů obecného zájmu nezakládající nepřiměřený a neúnosný zásah jímž by byla dotčena samotná podstata takto zaručeného práva.⁶⁵ Lze uzavřít, že v rámci právního rámce základní ochrany vlastnických práv není garantováno právo na kompenzaci plné tržní ceny. SDEU dává větší volnost státům hostících investice, jelikož nepřejal LRM⁶⁶ test vlastní systému řešení sporů dle Světové obchodní organizace, jelikož podle SDEU zasahuje do suverenity členských států.⁶⁷

3.3.5 Zajištění řešení mezinárodních sporů

Ranné BITs nezahrnovaly „rozhodčí doložky“ k urovnání sporů mezi státy a investory, avšak po uzavření Washingtonské Úmluvy (Úmluva ICSID) v roce 1965 zakládající ICSID se začalo se zahrnováním příslušnosti ICSID k řešení takových sporů v BITs. Dřívější BITs odkazovaly pouze na ICSID jako jediný způsob urovnání sporu, kdežto novější dávají na výběr mezi ICSID a jinými systémy.⁶⁸ Klíčovým ustanovením v těchto doložkách je vyslovení

⁶² Částečný rozhodčí nález ze dne 17. března 2006, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, bod 255. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7896.pdf>.

⁶³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 3. vydání. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 375.

⁶⁴ Listina základních práv Evropské unie 2016/C 202/2 ze dne 7. června 2016. Úř. Vest. C 202, 7. června 2016, s. 389.

⁶⁵ Rozsudek ze dne 12. května 2005, *ERSA proti Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, C-347/03, body 118-119 (v el. sb. rozh.).

⁶⁶ Least Restrictive Means.

⁶⁷ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 151.

⁶⁸ MUCHLINSKI, Peter. The Framework of Investment Protection: The Content of BITs. In: SAUVANT, P. Karl, SACHS, E. Lisa. (eds.). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 67.

souhlasu hostícího státu s předložením věci rozhodčímu senátu buď tedy v rámci ICSID nebo ad hoc arbitráži.⁶⁹ V posledních letech se investiční arbitráž stávala značně více transparentní a vypořádávala se s tradičními námitkami vznášenými proti ní.⁷⁰

Hlavní výhoda systému bývala spatřována v depolitizaci sporu mezi hostujícím státem a investorem. Jelikož „menší státy“ mohly nabídnout neutrální fórum pro řešení případného sporu. Další výhodou byla možnost nabídnout investorovi předněst svůj návrh u nezávislého a kvalifikovaného tribunálu, zejména právě pro případy, kdy panuje nedůvěra v domácí soudy státu, na jehož území má být investice učiněna. Nezávislost může být posílena založením sídla tribunálu mimo území hostícího státu. Motivace k výběru mezinárodní investiční arbitráže spočívala též v tom, že byla vnímána jako rychlejší, levnější, flexibilnější a známější možnost pro investory. Ve srovnání s domácími soudy arbitráž poskytla stranám možnost vykonávat větší kontrolu v řízení sporu, kdy strany mohly dosadit rozhodce z oblasti expertízy relevantní pro řešenou problematiku.⁷¹

Využití arbitráže bylo též považováno za efektivní, díky obvyklé jistotě, že nález bude vykonatelný oproti svrchované straně. Zejména tento předpoklad byl otestován a prokázán za pravdivý v souvislosti se zkušenostmi s Úmluvou ICSID, zakotvující mechanismy pro výkon, i když vzrůstající počet zrušených nálezů ukazuje, že ne všechny nálezy jsou eventuálně vykonány. Podobný počet úspěšných výkonů nálezů, udělených pod záštitou různých rozhodčích center nebo ad hoc rozhodčích řízení za použití rozhodčích pravidel UNCITRAL, je vykazován za předpokladu užití Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.⁷²

Nově nebude možnost předněst spor před arbitrážním tribunálem, investor proto musí spoléhat na soudy členských států. Důležité nyní je, aby na systém ochrany zahraničních investic mezi členskými státy EU dohlížely soudy, které garantují svou nezávislost a nestrannost.⁷³ V rozsudku C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses SDEU využil případ ke zdůraznění potenciálu práva EU upevnit a bránit struktury právního státu v členských

⁶⁹ BALAŠ, Vladimír. Soumrak BIT v EU? *Acta Universitatis Carolinae Iuridica* [online], 2016, roč. 62, č. 2, s. 117 [cit. 10. února 2023]. Dostupné z: https://karolinum.cz/data/clanek/2890/Iurid_2_2016_10_Balas.pdf.

⁷⁰ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 164.

⁷¹ United Nations Conference on Trade and Development. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration* [online]. New York, Ženeva: United Nations, 2010, s. 13-14. Dostupné z: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf.

⁷² Tamtéž s. 15.

⁷³ KOCHENOV, Dimitry, Vladimirovich, LAVRANOS, Nikos. Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union. *Hague Journal on the Rule of Law* [online], 2022, roč. 14, č. 2, s. 196-197 [cit. 27. října 2022]. Dostupné z: <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00153-7>.

státech. SDEU uvedl, že čl. 19 odst. 1 Smlouvy o Evropské unii (dále jen „SEU“) zakotvující zásadu účinné soudní ochrany v řízení před národními soudy, představuje doložku právního státu. Článek 19 SEU považuje SDEU za vhodnější k účelu zajištění principu právního státu nežli čl. 47 LZPEU.⁷⁴ Dále v duchu ochrany právního státu SDEU v rozsudku C-619/18 Komise proti Polsku rozšířil rozsah principu právního státu, aby zahrnoval přísný standard zásady nemožnosti zbavení soudcovské funkce. Hmotná práva jsou zajištěna širokou paletou předběžných opatření, které zahrnují ex ante restituci v rámci institucionálních struktur dle práva EU. Řízení o předběžných otázkách ohledně nezávislosti soudnictví hrají zásadní roli. Navzdory tomuto vývoji, i když významnému, nedokázalo postavení SDEU ochránit soudnictví v Maďarsku a Polsku.⁷⁵

I přes tato opatření vedoucí k řádnému výkonu soudnictví, a tedy nepřímo k poskytnutí řádné ochrany zahraničním investicím a jejich investorům, jsou zde jisté pochybnosti o jejím dostatečném zajištění. Někteří kritizují, že proklamace zásady vzájemné důvěry a vnímání integrity práva EU má fakticky přednost před střízlivou analýzou situace. Uplatnění principu právního státu a soudní nezávislosti, může být narušena ze strany některých členských států k vlastnímu prospěchu. Právo EU nemusí být vždy efektivní k potření praktik členských států, kdy narušují a de facto snižují již dosažený standard principu právního státu v rámci EU. Po prohlášení nekompatibility intra-unijních BITs s právem EU, může být výsledkem popření ochrany práv na místě, kde jsou výrazně potřeba.⁷⁶

4 Slučitelnost intra-unijních BITs s právem EU

Éra ochrany investic v rámci koexistence režimů dle intra-unijních BITs a práva EU byla ukončena rozhodnutím SDEU ve věci *Achmea*.⁷⁷ Rozhodnutí potvrdilo postoj Evropské komise a znamenalo vyvěšení parte intra-unijním BITs, kdy byla deklarována jejich neslučitelnost s právem EU. Bezprostřední cesta k tomuto rozhodnutí začala zahájením investičního arbitrážního řízení *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*. V této kapitole bude vylíčeno, jak se arbitrážní tribunál vypořádal s jurisdikčními námitkami cílících k negativnímu rozhodnutí o jeho pravomoci meritorně rozhodnout.⁷⁸ Námitky se mimo jiné zabývaly i vztahem BITs a

⁷⁴ KRAJEWSKI, Michal. Associação Sindical dos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma. *European Papers* [online], 2018, roč. 3, č. 1, s. 395 [cit. 29. října 2022]. Dostupné z: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/218>.

⁷⁵ KOCHENOV, LAVRANOS: *Achmea versus the Rule of...*, s. 198.

⁷⁶ Tamtéž s. 198-199.

⁷⁷ Rozsudek ze dne 6. března 2018, *Slowakische Republik proti Achmea BV*, C-284/16 (v el. sb. rozh.).

⁷⁸ Nález o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení PCA ze dne 26. října 2010, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

práva EU, tyto budou v kapitole uvedeny, jelikož nám umožní lépe chápat vztah intra-unijních BITs a práva EU a pohled na míru jejich ochrany v očích tribunálu. Dále budou shrnuty argumenty rozsudku SDEU ve věci *Achmea*, kdy uvidíme právní argumentaci vedoucí k prohlášení rozhodčích doložek BITs za nekompatibilní s právem EU a s nimi fakticky i BITs jako celku. Argumenty považují za důležité uvést, abychom chápali kámen úrazu nekompatibility a v budoucnu mohla být případně přijata alternativní soustava orgánů ochrany souladná s právem EU.

4.1 Přijetí jurisdikce arbitrážním tribunálem ve věci *Achmea*

Odpůrce vyjádřil celkem čtyři důvody námitky k jurisdikci rozhodčího tribunálu: (1) ukončení BIT podle čl. 59 VÚSP, (2) nepoužitelnosti BIT podle čl. 30 VÚSP, (3) nepoužitelnosti BIT podle práva EU a (4) absence arbitrability podle německého práva.⁷⁹ Co se týče námitky první, pro závěr zániku smlouvy dle čl. 59 VÚSP je třeba, aby překrytí úpravy pozdější smlouvy bylo více než malé či náhodné. Článek 59 VÚSP v každém případě pak dále stanoví v odst. 1 další dva předpoklady k realizaci tohoto článku, a to splnění podmínek v písm. a) nebo b). Podle písm. a) musí ze smlouvy pozdější vyplývat nebo být jinak potvrzen úmysl stran upravit daný předmět touto smlouvou, podle písm. b) pak podmínkou je, že ustanovení pozdější smlouvy jsou natolik neslučitelná s ustanoveními smlouvy dřívější, že není možné provádět obě smlouvy současně. Podmínka dle písm. b) vyžaduje neslučitelnost ustanovení, podmínka dle písm. a) nikoli.⁸⁰

Rozhodčí tribunál uzavřel, že BIT zakládá rozšiřující práva a povinnosti, které nejsou obsaženy v právu EU, dále také tyto práva a povinnosti dle rozhodčího tribunálu nejsou s právem EU v rozporu. Ochrana zajištěná investorovi předmětnou BIT (BIT mezi ČSFR a Nizozemskem), je potenciálně vyšší nežli ochrana, jež poskytuje právo EU. Toto je dle tribunálu další známkou neexistence úmyslu, aby právo EU nahradilo předmětnou BIT.⁸¹ Rozhodčí soud nepřijal myšlenku, že ustanovení BIT, konkrétně její čl. 3 odst. 1 zakotvující FET je plně zajištěn zásadou EU – zákazem diskriminace. Tribunál uvedl, že v případě *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, kde v částečném rozhodčím nálezu ze dne 13. listopadu 2000, v bodě 259, je poukázáno na to, že jednání může být nespravedlivé a nerovné i kdyby se vztahovalo na všechny, bez ohledu na národnost či některou jinou charakteristiku. Proto tedy rozhodčí tribunál uzavírá, že nelze použít čl. 59 odst. 1 písm. a)

⁷⁹ Nález o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení PCA ze dne 26. října 2010, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13, bod 230. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

⁸⁰ Tamtéž body 242-243.

⁸¹ Tamtéž bod 245.

VÚSP, jelikož právo EU neupravuje tuto otázku a nelze podle něj dovodit, že by státy chtěly právo jako je standard FET, který je fundamentálně spojen s cílem BIT, nahradit právy poskytovanými legislativou EU.⁸²

Další důvod zamítnutí jurisdikční námitky založené na čl. 59 VÚSP, byl argument rozhodčího soudu, kterým tvrdil, že hlavní charakteristikou investorova práva dle předmětné BIT je právo iniciovat rozhodčí řízení dle pravidel UNCITRAL proti státu hostujícímu investici podle čl. 8 předmětné BIT. Tedy investorovo právo iniciovat rozhodčí řízení před neutrální autoritou rozhodčího tribunálu založeného Organizací spojených národů, jednoduše nemůže být nahrazeno možností zahájit řízení u vnitrostátního soudu hostícího státu.⁸³ Tribunál tedy nedal za pravdu odpůrci, kdy namítal, že předmětná BIT zanikla dle čl. 59 VÚSP, a to z výše uvedených důvodů.

Zkráceně ke druhé námitce odpůrce. Tribunál nevidí spojitost, jak by mohl čl. 30 VÚSP narušit jeho pravomoc v tomto sporu rozhodnout, když tu je čl. 8 předmětné BIT. Pokud by tu mohly být pochybnosti mezi kompatibilitou BIT a práva EU, netýkala by se tato otázka pravomoci, ale aplikovatelného práva na meritum věci. Co však bylo v rámci této námitky velmi důležité bylo, že arbitrážní tribunál uvedl, že pokud by investiční arbitráž mezi investorem a státem byla sama o sobě nekompatibilní s právem EU po přijetí Lisabonské smlouvy, pak by tato skutečnost mohla pravděpodobně zbavit tribunál jurisdikce.⁸⁴

Třetí námitkou byla nepoužitelnost BIT podle práva EU, kdy odpůrce tvrdil, že tribunálu schází rozhodovací pravomoc díky přímému účinku, aplikační přednosti a interpretačnímu monopolu práva EU SDEU.⁸⁵ Tribunál se k této námitce vyjádřil v rámci řízení pouze velmi stroze. Tribunál konstatoval, že myšlenku nemožnosti uplatňovat právo EU tribunálem považuje za daleko od pravdy a je neudržitelnou, jelikož podle něj je povinen právo EU uplatňovat v rozsahu jakém je součástí použitelného práva ať dle čl. 8 předmětné BIT, německého práva či jinak. Argument „interpretačního monopolu SDEU“ vyvrací tím, že se jedná pouze o monopol konečného autoritativního výkladu práva EU, což je odlišné od úvahy, že pouze SDEU může interpretovat právo EU. V kontextu také zdůrazňuje zavedenou doktrínu *acte clair*. V závěru argumentace tribunál uzavírá, že potřeba zvážit a použít právo EU v rámci meritorního řízení nezbavuje tribunál jeho jurisdikce. Tribunál shledal, že právo EU může

⁸² Nález o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení PCA ze dne 26. října 2010, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13, body 250-252. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

⁸³ Tamtéž bod 264.

⁸⁴ Tamtéž bod 272-273.

⁸⁵ Tamtéž bod 278.

zvážit a použít, jestli bude třeba, v obou případech jako věc práva mezinárodního či německého.⁸⁶

Posledním argumentem jurisdikční námitky odpůrce byla domnělá nearbitrabilita sporu podle německého práva, která se zakládala na předpokladu, že spor je mimo jurisdikci tribunálu na základě práva EU, a tedy že německé právo jako *lex loci arbitri* musí proto považovat za spor nearbitrovatelný. Jak jsem však již výše popsal, tribunál popřel, že by právo EU zbavilo tribunál jurisdikce, proto i tedy takto založená námitka selhala.⁸⁷ Pro nás důležitým poznatkem je, že rozhodčí tribunál nepovažuje ochranu poskytnutou intra-unijními BITs za překrývající se s právem EU. Považuje standard ochrany BITs za vyšší v porovnání s právem EU, poukázal přitom na nižší standard ochrany práva EU při srovnání se standardem FET. Uvedl také, že pokud by BITs byly prohlášeny za neslučitelné, pravděpodobně by byl zbaven jurisdikce.

4.2 Prohlášení neslučitelnosti intra-unijních BITs v rozhodnutí Achmea

Rozhodčí nález ve věci *Achmea B.V. v. The Slovak Republic* byl vydán 7. prosince 2012.⁸⁸ Slovensko se rozhodlo napadnout tento nález u německých soudů u kterých se domáhalo jeho zrušení. Konkrétně Slovensko podalo návrh u vrchního zemského soudu ve Frankfurtu nad Mohanem. Soud žalobu zamítl, a tak Slovenská republika se rozhodla podat proti tomuto rozhodnutí kasační opravný prostředek ke Spolkovému soudnímu dvoru.⁸⁹

Spolkový soudní dvůr se rozhodl v rámci řízení podat tři předběžné otázky.⁹⁰ SDEU spojil odpověď na první dvě otázky a uzavřel, že jejich podstatou je zda čl. 267 a 344 SFEU mají být vykládány v tom smyslu, že brání ustanovení v předmětné BIT, jako je čl. 8 BIT mezi ČSFR a Nizozemskem, podle něhož lze iniciovat rozhodčí řízení mezi investorem z jednoho členského státu a druhým členským státem. SDEU připomněl, že dle jeho judikatury mezinárodní dohoda nemůže zasahovat do jeho pravomoci stanovené Smlouvami, tedy ani do autonomie právního systému Unie. Tato zásada je dle něj zakotvena v čl. 344 SFEU, který zavazuje členské státy, že nebudou spory o výklad nebo provádění Smluv řešit jinak, než stanoví Smlouvy. V tomto kontextu poukazuje na svůj Posudek 2/13, kdy SDEU řešil soulad přistoupení EU k Evropské úmluvě o lidských právech s právem EU.⁹¹

⁸⁶ Nález o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení PCA ze dne 26. října 2010, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13, body 281-283. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

⁸⁷ Tamtéž body 284-285.

⁸⁸ Rozhodčí nález PCA ze dne 7. prosince 2012, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13, bod 352. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.

⁸⁹ Rozsudek ze dne 6. března 2018, *Slowakische Republik proti Achmea BV*, C-284/16, bod 12 (v el. sb. rozh.).

⁹⁰ Tamtéž bod 23.

⁹¹ Tamtéž body 31-32.

SDEU považuje v tomto případě zásadu autonomie unijního práva jako stěžejní. Unijní právo dle SDEU spočívá na řadě společných hodnot uvedených v čl. 2 SEU. Tento předpoklad znamená a zároveň odůvodňuje existenci vzájemné důvěry členských států v uznávání těchto hodnot, a tím i v dodržování unijního práva, které je zakotvuje. Zejména zásada loajální spolupráce zakotvená v čl. 4 odst. 3 prvním pododstavci SEU zajišťuje na území členských států takové dodržování a povinnost učinit všechna vhodná obecná nebo zvláštní opatření k plnění závazků, které vyplývají ze Smluv nebo aktů orgánů Unie.⁹² Dle čl. 19 SEU přísluší vnitrostátním soudům a SDEU, zaručení plného uplatňování unijního práva ve všech členských státech, které pro jednotlivce z unijního práva vyplývají. Stěžejní pro takto koncipovaný soudní systém je zvláště řízení o předběžné otázce upravené v čl. 267 SFEU, jehož cílem je nastolení dialogu mezi Soudním dvorem se soudy členských států a zajištění jednotného výkladu unijního práva k docílení zaručení soudržnosti, plného účinku, autonomie a v konečném důsledku i specifického charakteru práva zavedeného Smlouvami.⁹³

SDEU poté konstatoval, že je zaprvé třeba ověřit, zda se spory, v nichž má být rozhodováno podle rozhodčí doložky čl. 8 BIT mezi ČSFR a Nizozemskem mají týkat výkladu nebo uplatňování unijního práva. I pokud by navzdory široké formulaci čl. 8 odst. 1 předmětné BIT měl rozhodčí soud rozhodnout pouze o případném porušení této BIT, musí přihlídnout i k platnému právu dotyčné smluvní strany, tedy i právu EU.⁹⁴ Zadruhé bylo nutno dle SDEU ověřit, zda je rozhodčí soud možno považovat za soud členského státu, z důvodu, že právě rozhodnutí takových soudů podléhá mechanismům zajišťujícím plnou efektivitu unijních norem.⁹⁵ Rozhodčí soud figurující ve věci, není součástí soudního systému v Nizozemsku či Slovenku, právě tato charakteristika je dle SDEU jedním z hlavních důvodů existence čl. 8 předmětné BIT. Nelze tedy považovat rozhodčí soud za soud „členského státu“ dle 267 SFEU. Například v dříve řešeném případě nebyl dán žádný platný důvod pro to, aby soud společný několika členským státům nemohl předkládat SDEU předběžné otázky, k tomuto SDEU odkázal například na jeho rozsudky ve věci C-337/98 Parfums Christian Dior a C-196/09 Miles. Rozhodčí soud však nepředstavuje takový soud společný několika členským státům, a tedy nemůže vznést předběžnou otázku k SDEU.⁹⁶

⁹² Rozsudek ze dne 6. března 2018, *Slowakische Republik proti Achmea BV*, C-284/16, body 33-34. (v el. sb. rozh.).

⁹³ Tamtéž body 35-38.

⁹⁴ Tamtéž body 39-42.

⁹⁵ Tamtéž bod 43.

⁹⁶ Tamtéž body 45-49.

Zatřetí bylo třeba ověřit, zda rozhodčí nález vydaný v tomto případě podléhá zejména dle čl. 19 SEU přezkumu soudem členského státu, který zaručuje možnost podání předběžné otázky. SDEU zde poukázal, že podle pro tento případ užitelných pravidel UNCITRAL, si rozhodčí soud zvolí své sídlo, kdy je pak použitelný pro přezkum platnosti nálezu právní řád platný v takovém místě. Jelikož sídlo rozhodčího soudu bylo ve Frankfurtu nad Mohanem, uzavřel SDEU, že v tomto případě je příslušné německé právo, které dle § 1059 odst. 2 občanského soudního řádu stanoví jen omezený přezkum rozhodčího nálezu, týkající se zejména platnosti rozhodčí doložky z hlediska použitelného práva nebo souladu uznání nebo výkonu rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem.⁹⁷

SDEU pak uvádí, že mezinárodní dohoda počítající s vytvořením soudu pověřeného k výkladu jejích ustanovení, jehož rozhodnutí budou pro orgány EU, včetně SDEU, závazná v zásadě není neslučitelná s unijním právem. K takovému závázání však může dojít, pokud bude respektována autonomie Unie a jejího právního pořádku. V tomto případě kromě toho, že spory podle čl. 8 BIT mohou souviset s výkladem i unijního práva, orgánem mimo součást soudního systému Unie, jde též o to, že dohodu neuzavřela Unie, nýbrž členské státy. Článek 8 BIT tak může kromě zásady vzájemné důvěry zpochybnit i zachování specifického charakteru práva zavedeného Smlouvami, které zaručuje řízení o předběžné otázce a není proto v souladu se zásadou loajální spolupráce. SDEU uzavřel, že za těchto podmínek čl. 8 BIT ohrožuje autonomii unijního práva.⁹⁸ SDEU nakonec rozhodl, že články 267 a 344 SFEU musí být vykládány v tom smyslu, že brání takovému ustanovení jako je čl. 8 BIT mezi ČSFR a Nizozemskem, kdy nelze na základě něj iniciovat řízení před rozhodčím soudem proti členskému státu investorem z jiného členského státu.⁹⁹

SDEU tedy uzavřel o nekompatibilitě BITs ve světle principu autonomie unijního práva a zásady loajální spolupráce, kdy ISDS mechanismus zakotvený v čl. 8 předmětné BIT byl hlavním kamenem úrazu. SDEU pak nepřímo blíže představil předpoklady, jak nastavit souladně systém ochrany s právem EU, kdy by o právech a povinnostech rozhodoval orgán zřízený mezinárodní dohodou.

⁹⁷ Rozsudek ze dne 6. března 2018, *Slowakische Republik proti Achmea BV*, C-284/16, body 50-53. (v el. sb. rozh.).

⁹⁸ Tamtéž body 57-59.

⁹⁹ Tamtéž bod 62.

5 Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU a její dopady

Deklarace členských států EU k právním dopadům rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Achmea* byla přijata 15. ledna 2019 a formulovala budoucí úmysl úpravy mezinárodních závazků z intra-unijních BITs. Členské státy v ní prohlásily úmysl ukončit všechny své intra-unijní BITs. Členské státy využily rozsudku *Achmea* jako příležitosti a odůvodnění ke zrušení intra-unijních BITs jednou provždy.¹⁰⁰

V Bruselu 5. května 2020 byla přijata Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy EU (dále jen „Dohoda“).¹⁰¹ Dohodu podepsalo 23 členských států (Dohodu neuzavřelo Irsko, Finsko, Rakousko a Švédsko) a vstoupila v platnost 29. srpna 2020. Kromě ukončení platnosti intra-unijních BITs, Dohoda zahrnuje i ujednání o ukončení případných účinků „sunset clauses“. Účinky těchto doložek zajišťovaly určitou ochranu investicím právě i po zániku intra-unijních BITs.¹⁰² Můžeme shrnout, že Dohoda má tři hlavní dopady, a to zaprvé ukončení intra-unijních BITs, zadruhé ukončení sunset clauses s nepřiznáním jejich účinků a zatřetí odvolání souhlasu k probíhajícím rozhodčím řízením zahájených na základě intra-unijních BITs. Mechanismus postupu v rozhodčích řízeních, která nebyla ukončena a byla zahájena před rozhodnutím ve věci *Achmea*, je upraven Dohodou.¹⁰³ Dohoda se člení na jednotlivé oddíly. Celkem Dohoda obsahuje 4 oddíly, které zahrnují celkem 18 článků, dále Dohodu tvoří přílohy A, B, C, D. V rámci preambule je důležité prohlášení, že se Dohoda nevztahuje na řízení uvnitř EU na základě čl. 26 ECT, avšak v budoucnu i tato řízení mohou být v ohrožení, jelikož prohlášení uvádí, že těmito řízeními se EU a její členské státy budou zabývat později.¹⁰⁴

5.1 Ukončení intra-unijních BITs a jejich sunset clauses

Oddíl druhý Dohody se týká ukončení platnosti intra-unijních BITs a jejich ustanoveních o skončení platnosti, která by mohla vyvolávat účinky. Článek 2 odst. 1 Dohody ukončuje platnost dvoustranných dohod o investicích uvedených v příloze A. Podle čl. 2 odst. 2 a čl. 3

¹⁰⁰ KOCHENOV, LAVRANOS: *Achmea versus the Rule of...*, s. 201.

¹⁰¹ Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 29. května 2020. Úř. Vest. L 169, 29. května 2020, s. 1.

¹⁰² MOARBES, Charbel A. Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union. *International Legal Materials* [online], 2021, roč. 60, č. 1, s. 99 [cit. 7. října 2022]. Dostupné z: <https://doi.org/10.1017/ilm.2020.65>.

¹⁰³ TROPPER, Johannes, REINISCH, August. The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU – A Public International Law Analysis of the Termination Agreement. In: KLAUSEGGER, Christian, KLEIN, Peter, KREMSLEHNER, Florian, PETSCHKE, Alexander, PITKOWITZ, Nikolaus, WELSER, Irene, ZEILER, Gerold (eds.). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2022*. Vídeň: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2022, s. 302.

¹⁰⁴ Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 29. května 2020. Úř. Vest. L 169, 29. května 2020, s. 1.

Dohoda ukončuje platnost ustanovení o skončení platnosti v intra-unijních BITs uvedených v příloze A i B (platnost BITs v příloze B již dříve skončila, avšak ustanovení o skončení platnosti stále mohla vyvolávat účinky).¹⁰⁵ Ustanovení o skončení platnosti poskytují ochranu investorům po další, zpravidla pěti až desetileté období po ukončení platnosti BIT. Mohou být nazývány také jako „sunset clauses“ nebo „grandfathering clauses“. Jejich cílem je pak chránit investici, která je svou podstatou dlouhodobějšího charakteru, aby v případě nějaké neočekávané změny mohl investor své podnikání bezpečně ukončit.¹⁰⁶ Článek 4 odst. 1 Dohody má z hlediska práva EU pouze deklaratorní efekt a z hlediska mezinárodního práva efekt podobný preambulárnímu ustanovení. V rámci něj smluvní strany stvrzují že arbitrážní klauzule zakotvující ISDS mechanismus jsou v rozporu s právem EU ode dne, kdy poslední ze smluvních stran BIT se stala členským státem EU, a od této doby jsou neaplikovatelné.¹⁰⁷

Formální ukončení intra-unijních BITs v souladu s aplikovatelnými pravidly VÚSP je nezbytné k vyvarování se nových arbitrážních řízení zahájených na jejich základě. Do jejich ukončení zůstávají obecně platné pod mezinárodním právem. Arbitrážní tribunály opakovaně poukázaly na nezbytnost členských států podniknout kroky k ukončení intra-unijních BITs, jak to vyžaduje příslušná BIT nebo VÚSP, jestli tyto smlouvy by již neměly platit.¹⁰⁸ Dohoda upravuje že intra-unijní BITs a jejich sunset clauses jsou účinně ukončeny 30 dní po tom co obě smluvní strany příslušné BIT uložily jejich ratifikační listiny v souladu se čl. 4 odst. 2 a čl. 16 odst. 2 Dohody.¹⁰⁹

Z perspektivy práva EU je problematika ukončení sunset clauses jasná, princip přednosti práva EU interpretovaný v rozsudku Achmea, se také vztahuje na sunset clauses. Avšak z pohledu mezinárodního práva veřejného je záležitost složitější a záleží na kolizních normách mezinárodního práva veřejného, v tomto střetu mezi právem mezinárodním a právem EU. Nesporně se survival clauses uplatní v případě jednostranného ukončení BIT, ohledně konsensuálního ukončení tu však může být rozprava.¹¹⁰

¹⁰⁵ Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 29. května 2020, Úř. Vest. L 169, 29. května 2020, s. 1.

¹⁰⁶ BALAŠ, Vladimír. Jsou dvoustranné dohody o ochraně investic uzavřené mezi členskými státy stále platné, nebo došlo po přijetí rozhodnutí Soudního dvora EU k nějaké radikální změně? *Bulletin advokacie*, 2019, roč. 2019, č. 4, s. 32.

¹⁰⁷ TROPPEL, REINISCH: The 2020 Termination Agreement... In: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCHKE, PITKOWITZ, WELSER, ZEILER: *Austrian Yearbook on...*, s. 305.

¹⁰⁸ Tamtéž s. 312-313.

¹⁰⁹ Tamtéž s. 305.

¹¹⁰ WACKERNAGEL, Clemens. The Consensual Termination of Investment Agreements Between EU Member States. In: ANDENAS, Mads, PANTALEO, Luca, HAPPOLD, Matthew, CONTARTESE, Cristina (eds.). *EU External Action in International Economic Law: Recent Trends and Developments*. Haag: Asser Press, 2020, s. 155-156.

Na první pohled čl. 2 odst. 2 a čl. 3 Dohody ukončují veškeré účinky sunset clauses. Článek 54 VÚSP řídí právní předpoklady zániku smlouvy, což znamená pravidla upravující podmínky při jejichž naplnění má být BIT ukončena. Obecně BITs neobsahují specifické předpoklady zániku vyjímaje ustanovení o minimální délce trvání. I tyto ale jsou podrobeny autonomii stran podle čl. 54 písm. b). Sunset clauses se však nezabývají předpoklady zániku smlouvy, pouze předpokládají tento zánik a regulují právní následky ukončení, kdy tento je upraven ve čl. 70 VÚSP.¹¹¹

Existuje názor, že ukončení platnosti sunset clauses nebude v souladu čl. 70 odst. 1 VÚSP. Článek 70 odst. 1 písm. a) VÚSP uvádí, že pokud smlouva „nestanoví jinak“ nebo se strany „nedohodnou jinak“, zánik smlouvy podle jejích ustanovení nebo v souladu s VÚSP zprošťuje strany povinnosti pokračovat v plnění smlouvy. Argumentem je, že v tomto případě právě sunset clause stanoví jinak. Z čehož vyvstává otázka, zda rozhodčí soudy nebudou vyžadovat, aby smluvní strany BIT postupovaly nadále v souladu s ní. Dále čl. 70 odst. 1 písm. b) VÚSP uvádí, že následky zániku smlouvy se nedotýkají žádného práva, závazku nebo právního postavení stran, které vznikly při provádění smlouvy před jejím zánikem. Rozhodčí soudy by tedy mohly vyložit v souladu s výše uvedenými ustanoveními ukončení platnosti sunset clauses jako neplatné.¹¹²

Jiným názorem pak je, že výše uvedené by se týkalo pouze ukončení jednostranného. V survival clause se strany BIT sice dohodly „jinak“, nežli dle dispozitivních pravidel čl. 70 odst. 1 písm. a) a b) VÚSP, ale pro případ jednostranného ukončení BIT. V případě existence Dohody to není BIT, co je „lex specialis“ ke čl. 70 VÚSP, ale ustanovení čl. 2 odst. 2 a čl. 3 Dohody, týkající se konsenzuálního ukončení jsou. Článek 70 VÚSP odkazuje na autonomii stran, což předpokládá že strany jsou si volny ujednat konsenzuálně kdykoliv v čase „jinak“, tedy i odlišné právní následky ukončení BIT, než stanoví samotná BIT. Článek 2 odst. 2 a čl. 3 právě zakládají takové ujednání. I pokud bychom předpokládali že nyní tu jsou dva *leges speciales* ve vztahu ke čl. 70 VÚSP (sunset clause a čl. 2 odst. 2 a čl. 3 Dohody) pozdější by převážil z důvodu kolizních pravidel VÚSP. Článek 70 odst. 1 písm. b) někdy bývá špatně chápán jako ustanovení bránící konsenzuálnímu ukončení survival clauses. Není tomu tak, jelikož je dispozitivního charakteru a týká se práv smluvních stran samotných. Závěrem je, že

¹¹¹ WACKERNAGEL: The Consensual Termination... In: ANDENAS, PANTALEO, HAPPOLD, CONTARTESE: *EU External Action in...*, s. 157.

¹¹² BLANCK, John I. European Union Member States Sign Treaty to Terminate Intra-EU Bilateral Investment Treaties. *ASIL Insights* [online], 2020, roč. 24, č. 18, s. 4-5 [cit. 19. února 2023]. Dostupné z: <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/18/european-union-member-states-sign-treaty-terminate-intra-eu-bilateral>.

čl. 54 a čl. 70 VÚSP nebrání konsenzuálnímu ukončení účinků ustanovení o skončení platnosti.¹¹³

5.2 Dopady pro rozhodčí řízení a vzešlé nálezy

Oddíl 3 Dohody obsahuje ustanovení, které se týkají nároků uplatněných podle intra-unijních BITs.¹¹⁴ Pro oddíl 3 Dohody není rozhodné datum přistoupení členského státu k EU, ale dělicím je vydání rozsudku Achmea, tedy 6. březen 2018. Toto datum slouží jako dělicí datum, na jehož základě Dohoda rozlišuje mezi třemi druhy řízení investiční arbitráže, a to ukončených rozhodčích řízení, probíhajících rozhodčích řízení a nových rozhodčích řízení. Článek 1 odst. 4 Dohody definuje uzavřená rozhodčí řízení, jako ty, která skončila dohodou o vyřešení sporu nebo konečným rozhodčím nálezem vydaným před dnem 6. března 2018, kdy nález byl vykonán před 6. březnem 2018 bez dalších následných řízení o výkonu, o námitkách, o přezkumu, o zrušení, o prohlášení neplatnosti, o revizi ani jinému podobnému a nebyl nález prohlášen před dnem vstupu dohody v platnost za neplatný nebo zrušen. Pouhé vydání konečného nálezu nebo dohody o vyřešení sporu před rozhodnutím Achmea nestačí, aby věc byla kvalifikována jako ukončené rozhodčí řízení.¹¹⁵

Probíhající rozhodčí řízení jsou definována v čl. 1 odst. 5 Dohody, jako řízení zahájené před dnem 6. března 2018, které není kvalifikováno jako uzavřené rozhodčí řízení. Podle čl. 1 odst. 6 Dohody nová rozhodčí řízení jsou taková, která byla zahájena po 6. březnu 2018. Článek 5 Dohody stanoví, že rozhodčí doložky nelze použít jako právní základ pro nové rozhodčí řízení. Co se váže jak k novým řízením, tak řízením probíhajícím dle čl. 7 Dohody je povinnost smluvních stran Dohody, jsou-li smluvními stranami intra-unijní BIT na jejímž základě bylo zahájeno probíhající nebo nové rozhodčí řízení, informovat se navzájem a rozhodčí soudy o důsledcích rozsudku Achmea, jak jsou vymezeny ve čl. 4 Dohody, tedy že rozhodčí doložky v intra-unijních BITs jsou v rozporu s právem EU a tudíž neaplikovatelné. Dále jsou smluvní strany povinny, pokud jsou účastníky řízení týkající se rozhodčího nálezu vydaného na základě intra-unijních BITs, požádat příslušné vnitrostátní soudy zahrnující soudy v jakékoli třetí zemi, aby v závislosti na řízení nález zrušil, prohlásil nález za neplatný nebo jej odmítl uznat a

¹¹³ WACKERNAGEL: The Consensual Termination... In: ANDENAS, PANTALEO, HAPPOLD, CONTARTESE: *EU External Action in...*, s. 158.

¹¹⁴ Mezinárodní Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 29. května 2020. Úř. Vest. L 169, 29. května 2020, s. 1.

¹¹⁵ TROPPER, REINISCH: The 2020 Termination Agreement... In: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCH, PITKOWITZ, WELSER, ZEILER: *Austrian Yearbook on...*, s. 306-307.

vymáhat. V důsledku to znamená, že Dohoda se snaží retroaktivně vyloučit souhlas k jakémukoli řízení iniciovaným investorem před rozhodnutím Achmea.¹¹⁶

Pro probíhající rozhodčí řízení je ale předpokládán propracovanější mechanismus. Ačkoli je čl. 7 Dohody aplikovatelný i na probíhající řízení, přechodná opatření jsou dostupná jako alternativa k rozhodčím řízení za účelem motivování k upuštění od investiční arbitráže. Těmito jsou strukturovaný dialog zakotvený v čl. 9 Dohody, který by měl vést k přátelskému vypořádání sporu nebo druhé alternativě – přístupu k vnitrostátním soudům podle čl. 10 Dohody. Obě jsou subsidiární k jiným režimům řešení sporu dohodnutým mezi investorem a žalovaným státem, pokud je toto řešení v souladu s právem EU, což vyplývá ze čl. 8 odst. 4 Dohody. Pokud investoři podají žádost o strukturovaný dialog a žalovaný stát není ochoten jej zahájit, či strukturovaný dialog selže, investoři se mohou obrátit na vnitrostátní soudy. Také se mohou přímo rozhodnout pro řízení před vnitrostátními soudy namísto strukturovaného dialogu.¹¹⁷

Nyní budou představena tato přechodná opatření. Strukturovaný dialog může iniciovat investor který je žalobcem v probíhajícím rozhodčím řízení nebo žalovaný stát podle čl. 9 odst. 1 Dohody. Strukturovaný dialog je důvěrný postup, na který dohlíží nestranný zprostředkovatel dle čl. 9 odst. 7 Dohody. Předpokladem je, že investor musí pozastavit rozhodčí řízení nebo pokud byl již nález vydán, který však ještě nebyl vymožen či vykonán, investor se musí zavázat, že nezahájí řízení o výkonu rozhodnutí, nebo je přeruší, pokud bylo již zahájeno (čl. 9 odst. 1 písm. a) až b) Dohody). Navíc platí přísné promlčecí lhůty k podání žádosti o strukturovaný dialog, kdy může být druhé straně předložena žádost pouze do šesti měsíců od ukončení platnosti příslušné BIT (čl. 9 odst. 2 Dohody). Dohoda stanoví, že postup pro řešení sporu bude zahájen, pokud již bylo pravomocným rozsudkem vnitrostátního soudu nebo SDEU zjištěno, že opatření, které je předmětem sporu, porušuje právo EU (čl. 9 odst. 3 Dohody). Pokud takové soudní řízení stále probíhá, musí být odloženo do doby, než rozsudek vydaný v rámci něj nabude právní moci (čl. 9 odst. 5 Dohody). Nicméně v druhém případě a případě, že žádné soudní řízení neprobíhá je však stále možné zahájit postup řešení sporu (ale není zahájeno obligatorně), lze-li konstatovat že opatření státu, které bylo předmětem sporu v rámci řízení, může porušovat právo EU (čl. 9 odst. 6 Dohody). Tento požadavek by mohl být potenciálním porušením práva EU. Je třeba též poznamenat, že aby byl strukturovaný dialog použitelný, nesmí být řízení uvedené v čl. 9 odst. 3 Dohody zahájeno před vnitrostátními soudy investorem,

¹¹⁶ TROPPEL, REINISCH: The 2020 Termination Agreement... In: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCHKE, PITKOWITZ, WELSER, ZEILER: *Austrian Yearbook on...*, s. 307.

¹¹⁷ Tamtéž s. 307-308.

který vede probíhající rozhodčí řízení, jelikož čl. 8 odst. 1 Dohody stanoví, že přechodná opatření podle čl. 9 a čl. 10 Dohody nejsou použitelná, pokud bylo opatření napadené v investičním rozhodčím sporu napadeno také u vnitrostátního soudu.¹¹⁸

Zmíněný nestranný zprostředkovatel musí být jmenován na základě společné dohody dotčeného investora a dotčené smluvní strany (čl. 9 odst. 8 Dohody). Pokud není dosaženo dohody do jednoho měsíce od zahájení řízení, lze požádat, aby generální ředitel právní služby Evropské komise určil bývalého soudce SDEU ke jmenování nestranného zprostředkovatele. Ten má usilovat o dosažení přátelského vyřešení sporu do šesti měsíců od svého jmenování, nebo pokud se strany dohodnou i data pozdějšího (čl. 9 odst. 10 Dohody). Pokud strany nedosáhnou přátelského vyřešení sporu, zprostředkovatel může vypracovat konečný písemný návrh, který musí být přijat nebo nepřijat stranami ve lhůtě jednoho měsíce od obdržení návrhu (čl. 9 odst. 12 Dohody). Pokud strana nepřijme konečný návrh musí poskytnout vysvětlení (čl. 9 odst. 13 Dohody). Naopak pokud je návrh přijat, strany musí souhlasit s podmínkami vyřešení sporu obsažených v čl. 9 odst. 14 písm. a) bod i) až ii) Dohody, například jako závazek zdržet se zahájení nového rozhodčího řízení.¹¹⁹

Nyní k druhému přechodnému opatření – přístupu k vnitrostátním soudům dle 10 čl. Dohody. Jedná se tedy o soudní alternativu k probíhajícím řízením, kdy investor může zahájit spor před vnitrostátním soudem za použití prostředků nápravy podle vnitrostátního práva, v případě opatření, které předmětem sporu i v případě, že vnitrostátní lhůty pro podání žalob již uplynuly (čl. 10 odst. 1 Dohody). Podobně jako u strukturovaného dialogu investor musí zastavit probíhající rozhodčí řízení, ale další požadavky jsou přísnější. Investor musí vzít zpět návrh jímž bylo zahájeno probíhající rozhodčí řízení a vzdát se všech práv a nároků vyplývajících z příslušné BIT, nebo výkonu rozhodčího nálezu, který byl vydán, nikoli však s konečnou platností vymáhán či vykonán, dále se investor musí zavázat k zdržení se zahájení nového rozhodčího řízení (čl. 10 odst. 1 písm. a) Dohody). Lhůty pro zahájení řízení jsou uvedeny v čl. 10 odst. 1 písm. a) bod i) až iii) Dohody. Přístup k vnitrostátním soudům je limitován pouze na nároky vycházející z vnitrostátního práva nebo práva Unie (čl. 10 odst. 1 písm. b) Dohody).¹²⁰

V rámci kapitoly byl představen postup členských států v reakci na rozsudek Achmea, kdy byl zvolen výše uvedený postup pro úpravu problematiky investičních rozhodčích řízení

¹¹⁸ TROPPER, REINISCH: The 2020 Termination Agreement... In: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCHKE, PITKOWITZ, WELSER, ZEILER: *Austrian Yearbook on...*, s. 308-309.

¹¹⁹ Tamtéž s. 310.

¹²⁰ Tamtéž s. 311.

iniciovaných na základě intra-unijních BITs. Mohli jsme vidět konkrétní zvolené mechanismy Dohody pro vypořádání s následky prohlášení neslučitelnosti intra-unijních BITs s právem EU. Například poměrně komplikovaný postup pro strukturovaný dialog bude mít v praxi omezený dopad, kdy pravděpodobně jen zřídka přesvědčí investory vzdát se probíhajícího rozhodčího řízení i z důvodu, že je k dispozici omezenému počtu žalobců. Žalobci dále mohou mít pochybnosti o neutralitě jmenovaného zprostředkovatele.¹²¹

6 Budoucnost intra-unijní ochrany zahraničních investic

Nemožnost užití intra-unijních BITs pro ochranu zahraničních investic uvnitř EU vyvolalo obavy o slábnutí ochrany v době, kdy přeshraniční kapitálové toky uvnitř EU nerostly. Obavy se týkají adekvátnosti pravidel práva EU v oblasti ochrany investic a prosazování příslušných pravidel. Přestože právo EU poskytuje mnoho ochranných prostředků, existuje stále určitý prostor pro rozdílný výklad napříč vnitrostátními správními orgány. Navíc v některých členských státech může být prosazování pravidel ochrany investic obtížné a časově náročné.¹²²

Běžné právní záruky obsažené v BITs (blíže popsány v kapitole 3.3.5) zahrnují právo na národní zacházení a na nejvýhodnější národní zacházení, na spravedlivé a rovné zacházení, na ochranu proti vyvlastnění, na volný převod finančních prostředků a právo vznést nárok pro porušení těchto ustanovení před rozhodčí soudy v rámci ISDS. Tato práva byla považována za paralelní s pravidly jednotného trhu Evropskou komisí, což ve výsledku mělo bránit plnému uplatňování práva EU. Komise upozornila, že právo EU přeshraniční investory na dostatečně skrze pravidla jednotného trhu. Investoři, když vykonávají jednu ze základních svobod využívají ochranu, která jim je poskytnuta skrze pravidla SFEU, která zakotvuje svobody jednotného trhu zakotvuje, dále LZPEU, v neposledním také obecnými zásadami práva EU a rozsáhlými odvětvovými právními předpisy.¹²³

6.1.1 Nedůvěra v pravidla ochrany investic EU

Následující tři kategorie příčin byly identifikovány ve studii provedené společnostmi Ecorys a Deloitte, které mohou mít za následek obavy o nedostatečnou ochranu investic v EU, vedoucí ke ztrátě důvěry investorů v pravidla ochrany: (1) Nejasnosti ohledně rozsahu práv na

¹²¹ TROPPER, REINISCH: The 2020 Termination Agreement... In: KLAUSEGGER, KLEIN, KREMSLEHNER, PETSCHKE, PITKOWITZ, WELSER, ZEILER: *Austrian Yearbook on...*, s. 310.

¹²² Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 11. Dostupné z: [doi:10.2874/97803-EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803-EV-01-20-484-EN-N).

¹²³ Evropská komise. *SDĚLENÍ KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU A RADĚ Ochrana investic v rámci EU COM(2018) 547* [online]. Brusel: Evropská komise, 2018, s. 2-3. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>.

poli ochrany investic, (2) Nejednotnost či nedostatečnost pravidel ochrany investic v členských státech, (3) Obtíže při získávání informací ohledně ochrany investic. Kategorie (2) byla dále rozdělena na tři podkategorie: (i) Rozdílná náhrada při omezení vlastnických a hospodářských práv, (ii) Nedostatečné záruky ochrany ve správním řízení, (iii) Nedostatečné záruky předvídatelnosti a stability právního rámce a jasnosti legitimních očekávání. Z výše uvedených kategorií příčin je to zejména předvídatelnost a stabilita regulace v oblasti ochrany investic, kdy vynikla jako nejzávažnější problém. V průzkumu 59 % respondentů při požádání o zvolení mezi řadou potenciálních překážek, označilo právě kategorii (2) podkategorii (iii) jako nejpravděpodobnější příčinu nepříznivého dopadu na investiční rozhodnutí. Následovaná na druhé příčce podkategorií Nedostatečných záruk ochrany souvisejících se správním řízením.¹²⁴

Co se týče první kategorie, týkající se jasnosti rozsahu práv vztahujícím se k investicím bývá kritizováno, že pouhé poskytnutí výčtu existujících pravidel EU ohledně zahraničních investic, jak bylo učiněno ve Sdělení Komise COM(2018) 547 k zajištění jistoty není postačující. Z toho důvodu Portugalsko a Lucembursko učinilo deklaraci k Dohodě, ve které tyto státy volaly po započnutí procesu s cílem zajistit kompletní, silnou a efektivní ochranu investic v rámci EU a přijetí adekvátních nástrojů k tomuto účelu. Záhy Evropská komise jako součást iniciativy začala získávat názory evropské veřejnosti ohledně silných a slabých stránek intra-unijní ochrany investic. Pozice k řešení situace se mezi respondenty různí, avšak existuje (téměř) shoda, že musí být poskytnuta taková míra ochrany, jaká je poskytnuta investorům ze třetích zemí. Za tímto účelem musí být přijaty inovace jak hmotněprávní, tak procesní povahy.¹²⁵

Nyní k druhé kategorii, podkategorií první: Rozdílné náhradě při omezení vlastnických a hospodářských práv. Problémem je, že rozsah škod, které mohou být předmětem náhrady nemusí být jasný a může se lišit pro různé oblasti napříč členskými státy. V reakci na otevřenou veřejnou konzultaci Komise k výhledovému rámci o ochraně investic uvnitř EU, se vyjádřila organizace zastupující skupinu podniků, že i když princip toho, co představuje opatření vyvlastnění investice bylo vyjádřeno SDEU nebo je vyjádřeno legislativou členských států, stále existují nesrovnalosti mezi členskými státy. Dále zástupci podniků pocítují pravidla EU,

¹²⁴ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 14-16. Dostupné z: [doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

¹²⁵ LEIKIN, Eric, KASOŁOWSKY, Boris, BORGDORF, Ingo. *The Future of Intra-EU Investment Protection: An Urgent Call for a New Roof and a Level Playing Field*. [online]. arbitrationblog.kluwerarbitration.com, 7. listopadu 2020 [cit. 24. února 2023]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/07/the-future-of-intra-eu-investment-protection-an-urgent-call-for-a-new-roof-and-a-level-playing-field/>.

jako méně konkrétní nežli ty uvedené v BITs, včetně BITs uzavřených se třetími zeměmi, což dává investorům z těchto zemí nespravedlivou výhodu. Z výsledků otevřené veřejné konzultace Komise vyplývá, že více než 80 % obchodních asociací a podniků si myslí, že by bylo přínosné blíže specifikovat, která opatření členských států mohou představovat vyvlastnění investice a též blíže specifikovat práva investora, které v tomto případném postavení požívá.¹²⁶

LZPEU pokrývá jak ochranu proti vyvlastnění přímému, tak nepřímému. Nepřímé vyvlastnění je zpravidla opředeno těmito nejasnostmi. Například v situaci, kdy investor si zachovává práva k investici, ale je omezena možnost využívat její ekonomické výhody. Pokud tedy není jistota ohledně nepřímého vyvlastnění na úrovni EU, ochrana na národní úrovni se může různit a ve výsledku založit nerovné zacházení. Problémem je též výklad napříč členskými státy pojmu „majetek“ (v angličtině „possessions“) uvedeném v čl. 17 LZPEU. Jak již bylo naznačeno, pravidla ohledně vyčíslení výše náhrady, metodologie pro její výpočet a řízení o ní se různí. To se týká i definic škody způsobilé k náhradě. Mimoto některými respondenty byla vnímána rozhodnutí o náhradě za vyvlastnění jako stoupavě politicky motivovaná.¹²⁷

Nyní k druhé podkategorii: Nedostatečným zárukám ochrany souvisejících se správním řízením. Zbytečná administrativní zátěž musí být řešena pro účely zvýšení výkonu investic v EU. Unie se například zasazuje o snížení prodlev v oblasti získání vládních povolení a schválení s cílem usnadnění investování a podpoření transparentnějšího, efektivnějšího a lépe předvídatelného podnikatelského prostředí. Doložka FET v BITs zahrnuje poskytnutí ochrany proti svévolnému a diskriminačnímu zacházení i ochranu v oblasti transparentnosti počínání státu při přijímání opatření, které ovlivňují investice. Pro investice ve finančním sektoru, se nedostatek ochrany dle FET jeví jako největší výzvou pro investory.¹²⁸

Správní autority napříč členskými státy přirozeně mají různé kompetence a povinnosti, což může narušovat práva investora podle práva EU. Například v některých členských státech správní orgány nemají povinnost podle národního práva odůvodnit jejich rozhodnutí v písemné formě (více viz případová studie¹²⁹). Pak není dosaženo povinnosti členského státu podle LZPEU. Podle průzkumu Ecorys a EU Investor Survey učiněného pro účely studie, správní úkony a zacházení vůči zahraničním investorům jsou druhým nejdůležitějším faktorem, který

¹²⁶ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 17-19. Dostupné z: [doi:10.2874/97803-EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803-EV-01-20-484-EN-N).

¹²⁷ Tamtéž s. 20-21.

¹²⁸ Tamtéž s. 21.

¹²⁹ Tamtéž s. 94.

ovlivňuje rozhodnutí učinit investici, byl vnímán 57 % respondentů průzkumu jako klíčový.¹³⁰ Podle jiné studie, učiněné speciální pracovní skupinou (členské státy, Komise, EIB) správní kapacita byla zmíněna jako specifická oblast pro zlepšení při diskusi o hlavních předpokladech k navýšení počtu investic v EU. Podle této studie správní břemena mohou být významnou finanční položkou pro potenciální investory, zejména pro malé a střední podniky.¹³¹

Poslední podkategorií jsou: Nedostatečné záruky zajišťující předvídatelnost a stabilitu regulačního rámce a nedostatečná jasnost legitimních očekávání. Tento problém má také souvislost s doložkou FET. Sdělení Komise COM(2018) 547 uvádí, že obecnou zásadou práva EU je právní jistota, která zahrnuje ochranu legitimních očekávání. Aby se investoři mohli spolehnout na ochranu skrze legitimní očekávání, jednat musí v dobré víře, obezřetně a uvážlivě. Pokud investor věděl, nebo lze-li se oprávněně domnívat že vědět měl, že zdrojem jeho nároku, pravidla, na nichž zakládá svůj nárok, či jednání veřejných orgánů provádějící tato pravidla, nebo užívaný postup veřejného orgánu, je v rozporu s právem EU, při vznesení nároku na základě zásady legitimních očekávání nebude úspěšný. Ochrany legitimních očekávání by se investoři z EU měli dovolávat v zásadě výjimečně, jelikož svůj nárok mají opřít o základní svobody nebo sekundární právo EU.¹³²

Například Španělsko v roce 2007 zavedlo výhodné podmínky pro investice do obnovitelných energetických zdrojů. Ty byly později zrušeny a nahrazeny novými v červnu 2014. V návaznosti byla po Španělsku požadována kompenzace ve výši 7,8 miliard eur ve 40 arbitrážních řízení podle ECT. Ke 31. červenci 2018 šest těchto řízení bylo rozhodnuto. Dvě byly meritorně zamítnuty a ve čtyřech Španělsko bylo nuceno k finanční náhradě.¹³³ Můžeme tedy vidět, že nárok založený na legitimních očekávání nemusí i v budoucnu být výjimečným, a právo EU na poli investic se jimi bude možná muset i v budoucnu zabývat. Omezení a nedostatky v rámci regulačního rámce se projevují i kvůli neprovedení směrnic EU členskými

¹³⁰ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 21-22. Dostupné z: [doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

¹³¹ Special Task Force (Member states, Commission, EIB). *On investment in the EU - Final Task Force Report* [online]. 2014, s. 12-13. Dostupné z: https://www.eib.org/attachments/efsi_special_task_force_report_on_investment_in_the_eu_en.pdf.

¹³² Evropská komise. *SDĚLENÍ KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU A RADĚ Ochrana investic v rámci EU COM(2018) 547* [online]. Brusel: Evropská komise, 2018, s. 14-15. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>.

¹³³ United Nations Conference On Trade And Development. *FACT SHEET ON INTRA-EUROPEAN UNION INVESTOR-STATE ARBITRATION CASES* [online]. New York, Ženeva: United Nations, 2018, s. 8. Dostupné z: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2018d7_en.pdf.

státy.¹³⁴ Třetí kategorie z důvodu rozsahu práce nebude probírána, pouze bude poukázáno později na její možné řešení.

Výše nastíněné nedostatky na poli intra-unijní ochrany investic mohou mít za následek nedostatek důvěry investorů. Výsledky jednoho z okruhu průzkumu pro studii Ecorys a Deloitte (viz blíže¹³⁵) poukazují na nedostatečnou důvěru v tato pravidla, kdy počet nesouhlasících s hypotézou ohledně dostatečnosti stávajících pravidel převažuje ty, kteří s ní souhlasí v každém případě.¹³⁶ To může být významným ekonomickým problémem, jelikož podle provedeného experimentu Evropské investiční banky (EIB) je implikováno, že zvýšení nejistoty má významný negativní efekt na rozhodnutí společnosti ohledně učinění investice.¹³⁷

6.1.2 Nedůvěra v prosazování pravidel ochrany EU

Studie Ecorys a Deloitte vymezuje tři kategorie obav, týkajících se prosazování investičních pravidel, které jsou rozhodující pro nepříznivé investiční rozhodnutí: (1) Obavy o účinné vnitrostátní mechanismy prosazování práva při ochraně investic, (2) Neefektivita některých procesních postupů, (3) Omezené možnosti prevence sporů.¹³⁸ Třetí kategorie však z důvodů rozsahu práce nebude probírána, pouze bude poukázáno na možné řešení. Zaprvé k obavám ohledně účinných vnitrostátních mechanismů prosazování práva. AFEP a Deutsches Aktieninstitut ve svém společném prohlášení uvádějí, že jsou hluboce znepokojeni negativními následky vycházejících z rozsudku Achmea. Tvrdí, že prohlášení intra-unijních BITs za neslučitelné a s nimi i ISDS mechanismu, zanechá investory bez adekvátního prostředku řešení sporu. A to kvůli zárukám ISDS mechanismu vztahujícím se ke snížení politického risku, nedostatku specializace vnitrostátních soudů, expertízy a přehlcenosti. Dále poukazují na nedostatek nezávislosti a nestrannosti u některých vnitrostátních soudů členských států. Také kritizují to, že investorům ze třetích zemí zůstává zachována možnost přednést spor v rámci ISDS mechanismu.¹³⁹

¹³⁴ Special Task Force (Member states, Commission, EIB). *On investment in the EU - Final Task Force Report* [online]. 2014, s. 13. Dostupné z: https://www.eib.org/attachments/efsi_special_task_force_report_on_investment_in_the_eu_en.pdf.

¹³⁵ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 25-26. Dostupné z: [doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

¹³⁶ Tamtéž

¹³⁷ European Investment Bank. *EIB Investment Report 2019/2020: Accelerating Europe's transformation* [online]. Lucemburk: European Investment Bank, 2019, s. 36. Dostupné z: <https://data.europa.eu/doi/10.2867/68943>.

¹³⁸ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 27-28. Dostupné z: [doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

¹³⁹ AFEP, Deutsches Aktieninstitut. *Building an efficient EU wide mechanism for investor-state dispute settlement within the EU: Overcoming negative consequences of the „Achmea“ judgment of the European Court of Justice and the joint declaration of Member States from 15 January 2019* [online]. afep.com, březen 2019 [cit. 28 února 2023]. Dostupné z: <https://afep.com/en/publications-en/pour-une-meilleure-protection-des-investissements-directs-en-europe/>.

V průzkumu v rámci studie Ecorys a Deloitte byla zjištěna obecná nedostatečná důvěra respondentů v to, že se mohou domoci svých práv před vnitrostátními soudy. Přičemž 38 % respondentů uvedlo, že postrádá důvěru ve schopnost domoci se svých práv a pouze 29 % se cítí přesvědčeno, že mohou u soudů získat nápravu. Příčinou pro nedostatek důvěry byl domnělý stav kvality rozhodnutí, délky řízení, nezávislosti a nestrannosti řízení. Z druhých obav o neefektivitu jistých procesních postupů, vyplývají například z nemožnosti napadnout legislativu v určitých situacích přímo. Jinak řečeno, absence způsobilosti k podání přímé žaloby proti určitým typům opatření státu vyvolává obavy. Dále problémem je skutečnost, že nápravy je třeba se někdy dovolat až v následném (jiném) řízení. Například potřeba dovolat se až následně nápravy po zrušení národních opatření, po zrušení předběžného opatření či po žádosti o výklad vnitrostátního práva způsobem souladným s právem EU.¹⁴⁰

6.1.3 Zhodnocení míry intra-unijní ochrany investic po ukončení platnosti BITs

Hypotéza práce zní: „Právo v rámci EU nebude schopno poskytnout natolik vysoký standard ochrany zahraničních investic uvnitř Unie, jako když byl právní rámec EU a členských států doplněn intra-unijními BITs“. Práva NF a MFN jsou v rámci práva EU nad míru nahrazeny principem nediskriminace, který se promítá do všech odvětví. Omezení převodu finančních prostředků odůvodněných na základě naléhavých důvodů obecného zájmu, může být potenciálně více restriktivní než nejširší interpretace tohoto práva v BITs. Hlavní unijní problém v ochraně investic bude však efektivně replikovat standard FET. Ačkoli základní principy práva EU tento standard v celistvosti zakládají, restriktivní přístup SDEU výrazně omezuje štedrý rozsah záruk ve smyslu FET. Investiční tribunály též vykládaly standard FET široce, kdy jim takový výklad dovolil vzít ohled na širší faktické i právní skutečnosti vedoucí k založení odpovědnosti státu pro porušení FET. Řízení v případě kompenzace za vyvlastnění dle práva EU postrádá předvídatelnost, také uplatňovaný standard náhrady tržní ceny tribunály byl pro investora příznivější. Systém výkonu rozhodnutí v rámci EU je efektivní, avšak liší se nestrannost a nezávislost soudů napříč členskými státy. Expertíza národních soudců může být taktéž problémem. Ve finále by SDEU měl potírat tyto problémy, avšak řízení se může stát z těchto důvodů časově i finančně náročnější.¹⁴¹ Na základě výše uvedeného uzavírám, že hypotéza se ukázala být pravdivou. Domnívám se však, že právo EU může přijetím legislativních opatření v budoucnu poskytnout srovnatelnou či dokonalejší ochranu.

¹⁴⁰ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 31-32. Dostupné z: [doi:10.2874/97803-EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803-EV-01-20-484-EN-N).

¹⁴¹ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 200-201.

6.1.4 Důsledky specifických problémů intra-unijní ochrany a možnosti řešení

Výše uvedené problémy do jisté míry zapříčiňují například nedostatečnou předvídatelnost, stabilitu a jasnost rámce ochrany investic, vyšší nákladnost přeshraničních investic, úbytek intra-unijních investic nebo jejich odklon mimo EU, snížení konkurenceschopnosti, nižší hospodářský a sociální růst, nevyužitý potenciál jednotného trhu a ztráty pracovních míst, také podniků v dodavatelském řetězci a zrušené infrastrukturní projekty v hostitelských zemích.¹⁴² K zamezení nejistoty a nedůvěry investorů, a tedy zabránění uvedeným následkům, v rámci studie od Ecorys a Deloitte byla představena řešení jak pro oblast pravidel ochrany investic, tak prosazování těchto pravidel.¹⁴³

Pro oblast pravidel ochrany byly navrženy dvě hlavní skupiny řešení. První se zabývá zviditelněním stávajících pravidel EU a pravidel vnitrostátních k ochraně intra-unijních investic, a to nad míru kterou nyní poskytuje Jednotná digitální brána.¹⁴⁴ Pravidla by byla zprostředkována na jediném přístupovém bodu spravovaném Evropskou komisí s přispěním členských států. Bylo by zajištěno, že informace jsou aktuální, přesné, spolehlivé a prezentované ve srozumitelném formátu. Jako další prvek, by tato platforma mohla poskytovat informace o investičních příležitostech na úrovni EU a úrovni vnitrostátní.¹⁴⁵

Druhou možností by pak bylo obohatit právní rámec EU za účelem upřesnění pravidel ochrany investic. Tento přístup je samozřejmě kombinovatelný s možností první. Východisko by vedlo k novému předpisu EU, buď směrnici nebo nařízení, zaměřenému na klíčové aspekty ochrany investic, jež investoři považují za důležité. Předpis by zakotvil určitější pravidla v těchto klíčových oblastech ovlivňujících zahraniční investice. Například v oblasti kompenzace za vyvlastnění, oblasti ochrany legitimních očekávání nebo oblasti práv vycházejících z principu řádné správy. Navíc by tento nový předpis EU byl konzistentní a koordinovaný s již existující právní úpravou EU horizontální natury (například směrnicí o službách) či úpravou specifickou pro určitý sektor (například směrnicemi v oblasti finančních služeb). V rámci tohoto řešení by mohla být přijata i ještě rozsáhlejší opatření, jejichž výsledkem by byl komplexní regulační rámec EU ochrany investic. Ten by s výše uvedeným zahrnoval další specifikaci pravidel Smluv EU o volném pohybu kapitálu a dalších základních svobodách a principech EU relevantních pro intra-unijní ochranu investic ve

¹⁴² Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 35. Dostupné z: [doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

¹⁴³ Tamtéž s. 50.

¹⁴⁴ Zřízení Nařízením Evropského parlamentu a Rady 2018/1724 ze dne 2. října 2018, kterým se zřizuje jednotná digitální brána pro poskytování přístupu k informacím, postupům a k asistenčním službám a službám pro řešení problému a kterým se mění nařízení (EU) č. 1024/24. Úř. Vest. L 295, 21. listopadu 2018, s. 1.

¹⁴⁵ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 51. Dostupné z: [Dostupné z: doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

větším legislativním balíčku. V návaznosti by také mohla být konsolidována relevantní judikatura SDEU ohledně volného pohybu kapitálu (např. k vyjasnění typů odůvodněných a neoprávněných omezení).¹⁴⁶

Nyní k řešení obav o prosazování pravidel. Řešení uvedené jsou spolu navzájem kompatibilní s výjimkou možnosti třetí a čtvrté z praktických důvodů. První možností by mohlo být posílení mechanismů prevence sporů a přátelského řešení pomocí specializovaných SOLVIT center pro investory. Ty by byla uzpůsobená k řešení individuálních případů, zahrnovala by investiční kontaktní místa k umožnění dialogu mezi investory a veřejnými autoritami. Druhým řešením by mohlo být zlepšení prosazování pravidel zefektivněním vybraných procesních postupů vztahujícím se ke konkrétním záležitostem, ve kterých je řešena otázka související s jednotným trhem. Možnost by harmonizovala vybraná procesní pravidla, například pravidla pro aktivní legitimaci investora k vznesení jistých nároků při ochraně investice, či pravidla zajišťující efektivnější předběžná opatření.¹⁴⁷

Třetí možností je vytvoření Evropského investičního výboru, ke kterému by investoři mohli vznášet přeshraniční stížnosti vůči státům. Došlo by tím k založení specializovaného mechanismu v oblasti ochrany investic, operujícího na úrovni EU. Kompetence by mu byla svěřena ke zkoumání individuálních případů ochrany investic, doplňující tak vnitrostátní systémy. Mohla by také zahrnovat mediační roli, a mít pravomoc k navržení vhodné nápravy za domnělé porušení práva EU. Zprostředkovatelé by byli zvolení ad hoc experti. Stálý sekretariát by vedl spisy a poskytoval obecnou podporu. Vypracování struktury poplatků by mělo být vzato v potaz. Výbor by tedy měl dvě funkce, a to usnadnění řešení před podáním případu soudu a vydávání stanovisek (posouzení sporů, pokyny pro investory, návrhy možných řešení) na základě žádosti investorů.¹⁴⁸

Čtvrtou možností by bylo zřízení specializovaného investičního soudu na úrovni EU.¹⁴⁹ Možnost zřízení soudu, který by se zabýval individuálními případy, založeným na principu fungování Jednotného patentového soudu (dále jen „UPC“), bylo zmíněno i v dokumentu Evropské komise o počátečním posouzení dopadů v oblasti investic.¹⁵⁰ Nyní se budu věnovat potenciálnímu zřízení takového stálého soudu pro intra-unijní zahraniční investice (dále jen

¹⁴⁶ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 51. Dostupné z: [doi:10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803_EV-01-20-484-EN-N).

¹⁴⁷ Tamtéž s. 51-52.

¹⁴⁸ Tamtéž s. 52.

¹⁴⁹ Tamtéž

¹⁵⁰ Viz: Evropská Komise, Generální ředitelství pro finanční stabilitu, finanční služby a unii kapitálových trhů. *INCEPTION IMPACT ASSESSMENT: Investment protection and facilitation framework* [online]. Evropská komise, 2020. s. 4. Dostupné z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=PI_COM%3AAres%282020%292716046.

„EUZIS“) a jeho možné podoby. Myšlenkou EUZIS je nabídnutí funkčního ekvivalentu v oblasti řešení sporů mezi investorem a státem. Vývoj jakéhokoli institucionálního orgánu v rámci EU a členských států EU musí podléhat Posudku SDEU 1/09.¹⁵¹ V tomto posudku byla zkoumána slučitelnost se Smlouvami návrhu dohody zabývající se vytvořením jednotného systému řešení sporů týkajících se patentů. V rámci této dohody byl navržen Soud pro evropské patenty a patenty Společenství. Bylo řečeno že zamýšlená dohoda tím, že přiznává výlučnou příslušnost k rozhodování o značném počtu žalob jednotlivců, jakož i výklad a použití práva EU, kdy soud má stát vně institucionálního a soudního rámce EU, by připravil soudy členských států o jejich pravomoc v oblasti výkladu a použití práva EU a SDEU by byl připraven o pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách, položených v této oblasti těmito soudy. Takto koncipovaná zamýšlená dohoda byla shledána neslučitelnou s ustanoveními SEU a SFEU.¹⁵² Právě ono postavení vně Unijního rámce bylo problémem například i u ISDS mechanismu.

V této souvislosti břemeno přednosti a autonomie práva EU zatíží každý případný systém urovnání sporů, který zahrnuje interpretaci práva EU. V návaznosti na výše uvedený Posudek 1/09, zamýšlená dohoda byla pro kompatibilitu pozměněna, aby zahrnula Jednotný patentový soud jako součást justičních orgánů EU, což také znamenalo že nečlenské státy nemohou být stranami dohody.¹⁵³ Pro předvedení, jak by mohl EUZIS být strukturálně utvořen, poukážu na strukturu UPC. Dle Dohody o Jednotném patentovém soudu se bude skládat dle čl. 6 ze soudu prvního stupně, odvolacího soudu a soudní kanceláře. Dle čl. 7 odst. 1 soud prvního stupně se skládá z ústřední komory a z místních a regionálních komor. Článek 7 odst. 2 stanoví, že ústřední komora má mít sídlo v Paříži a sekce v Londýně a Mnichově, podle čl. 7 odst. 3 se zřídí místní komora na území smluvního členského státu na jeho žádost. Článek 7 odst. 5 upravuje zřízení regionální komory pro dva nebo více smluvních států na jejich žádost. Dle čl. 9 odst. 1 odvolací soud zasedá ve složení pěti soudců, kdy tři disponují právnickou kvalifikací a jsou státními příslušníky různých smluvních stran, a dvou soudců s technickou kvalifikací z oboru. Dle čl. 9 odst. 5 má odvolací soud sídlo v Lucemburku. Dle čl. 10 se soudní kancelář zřizuje v sídle odvolacího soudu, pobočky jsou zřízeny při soudech prvního stupně.¹⁵⁴

Můžeme si tedy všimnout, že UPC zaujal relativně rozptýlenou a diferencovanou soustavu. Moskvan říká, že by tato rozptýlenost a diferenciacce mohla být zefektivněna ve třech podobách: i) specializovaného soudu odděleného od SDEU, ii) specializovaného soudu nebo

¹⁵¹ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 210-211.

¹⁵² Posudek pléna Soudního Dvora ze dne 8. března 2011, týkající se „slučitelnosti Dohody o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů“, 1/09, body 1-2, 89 (el. sb. rozh.).

¹⁵³ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 212.

¹⁵⁴ Dohoda o Jednotném patentovém soudu ze dne 20. června 2013. Úř. Vest. C 175, 20. června 2013, s. 1.

senátu v rámci SDEU, iii) specializovaných hybridních soudních oddělení implementovaných na úrovni vnitrostátních soudních orgánů. Kombinace uvedených možností, například zahrnutí jak specializovaných vnitrostátních orgánů a specializovaného soudu EU by byla možná. Také by šlo ke specializovaným vnitrostátním orgánům pouze implementovat odvolací mechanismus v rámci SDEU.¹⁵⁵ Nezbytné však pro kompatibilitu s právem EU je zakomponování EUZIS jako součásti institucionálního a soudního rámce EU. Mimo jiné pak i Posudek SDEU 2/13 (týkající se přistoupení EU k EÚLP) zakládá nezbytnost, že mechanismus EUZIS by musel zahrnovat možnost podání předběžné otázky k zajištění jeho souladu s právem EU, a tak nenarušoval autonomii unijního práva.¹⁵⁶ Oba posudky byly zmíněny v rozsudku Achmea¹⁵⁷ a jsou důležité pro potenciální uspořádání EUZIS, jelikož je z nich možno dedukovat náležitosti kompatibility EUZIS s právem EU.

Proč by zřízení EUZIS mohlo pozitivně ovlivnit intra-unijní ochranu investic? EUZIS by v oblasti neutrality předčil vnitrostátní soudy (jelikož v rámci členských států úroveň záruky nezávislosti se různí). I když specializace a konzistentnost vnitrostátních soudů je srovnatelná nebo i vyšší nežli v investiční arbitráži, ale zajištění těchto prvků jde na úkor zdlouhavého soudního řízení s vysokými právními nároky. Pokud by tedy EUZIS zajistil zahrnutí SDEU přímo, či nepřímo (záleželo by na zvolené struktuře) kritérium konzistentnosti a specializace nebude ohroženo. Založení EUZIS by pomohlo upevnit princip právního státu. Dále EUZIS by nabízel náhradu za nedostatky ve zmíněných oblastech, či zajistil jejich dosažený standard. Ideální by samozřejmě bylo vyřešení problémů s nestranností a nezávislostí a nákladovou efektivitou v rámci soudnictví členských států přímo, v praxi to ale není jednoduchým úkolem.¹⁵⁸ EUZIS se zdá z mého pohledu jako pragmatická a uspokojivá volba pro zajištění intra-unijní ochrany zahraničních investic v době po uzavření Dohody.

7 Závěr

Hlavním záměrem práce bylo naznačit možný směr ubírání intra-unijní ochrany zahraničních investic po uzavření Dohody. Jelikož nekompatibilita intra-unijních BITs znamenala zánik jednoho režimu ochrany, práce se snažila zjistit, jaké budou dopady na ochranu zahraničních investic v EU a zda případně vznikne vážná mezera v právech investorů. Z těchto důvodů bylo následně zpracováváno, jestli taková mezera opravdu vznikla a pokud

¹⁵⁵ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 211.

¹⁵⁶ Posudek pléna Soudního Dvora ze dne 18. prosince 2014 týkající se „Přistoupení EU k Úmluvě“, 2/13, body 198-199. (v el. sb. rozh.).

¹⁵⁷ Viz: Rozsudek ze dne 6. března 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, C-284/16, body 32-37, 43, 57 (v el. sb. rozh.).

¹⁵⁸ MOSKVAN: *Protection of Foreign...*, s. 215-217.

ano, jak ji potenciálně vyplnit. Aby takové zkoumání následků bylo možné, bylo zaprvé třeba zjistit, zda předmět ochrany obou režimů je totožný. V rámci BITs je pojem investice široce vymezen, investiční tribunály si pak v praxi vytvořily další skupinu znaků, které aplikují za účelem ověření, zda jsou příslušné k meritornímu rozhodnutí o sporu. V konkrétních případech se může stát, že jisté investici nebude poskytnuta ochrana, právě z důvodu nenaplnění nějakého doplňujícího znaku. Příkladem může být případ při rozlišování FDI a FPI. V rámci práva Unie FPI jsou chráněny alespoň skrze volný pohyb kapitálu, přičemž zda FPI bude požívat ochrany dle BITs bude spočívat na konkrétních okolnostech.¹⁵⁹ Uzavírám, že předmět ochrany je v rámci práva EU širší než v intra-unijních BITs.

Následně byly srovnány záruky běžně poskytnuté v BITs s právy EU, aby bylo možné odhalit, zda nově bude ochrana intra-unijních zahraničních investic v EU na nižší úrovni. Bylo zjištěno že v každém případě, právo poskytnuté v BIT má určitý ekvivalent ochrany v právu EU. Je ale stále sporné, do jaké míry jsou tato práva navzájem překrývající. Arbitrážní tribunál v představeném nálezu ve věci *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, popřel takovou jejich povahu a uvedl, že práva dle příslušné intra-unijní BIT byla potenciálně širší než ta zakotvená v právu EU.¹⁶⁰ Sdělení Komise však v kontrastu hovoří o hmotněprávních pravidlech intra-unijních BITs jako paralelním smluvním systému, který se překrývá s regulací jednotného trhu.¹⁶¹ Pro příklad, princip legitimního očekávání, který v BITs spadal pod doložku FET, v právu EU vychází ze zásady právní jistoty. Sdělení Komise však uvádí, že investoři by měli nárok na základě legitimních očekávání vznášet pouze výjimečně a spoléhat na základní svobody ve Smlouvě (jako proporcionalita, nediskriminace) a sekundární právo EU.¹⁶² Uzavřel bych, že i když jsou práva zakotvená v BITs zajištěná i v rámci práva EU, postup jejich prosazování se bude značně lišit a investoři se budou muset adaptovat. Také míra rozsahu přiznaných práv bude odlišná i z důvodů interpretace unijního práva SDEU. Aby nebyla ztracena důvěra investorů, domnívám se, že je důležité zvolit některý z nabídnutých

¹⁵⁹ Viz k nejisté ochraně FPI v konkrétních případech také: Konference OSN o obchodu a rozvoji. *Comprehensive Study of the Interrelationship between Foreign Direct Investment (FDI) and Foreign Portfolio Investment (FPI)* [online]. Ženeva: United Nations, 1999, s. 36. Dostupné z: <https://unctad.org/system/files/official-document/pogdsdfsbd5.pdf>.

¹⁶⁰ Nález o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení PCA ze dne 26. října 2010, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13, bod 245. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.

¹⁶¹ Evropská komise. *SDĚLENÍ KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU A RADĚ: Ochrana investic v rámci EU COM(2018) 547* [online]. Brusel: Evropská komise, 2018, s. 2. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>.

¹⁶² Tamtéž s. 15.

legislativních postupů alespoň za účelem další úpravy a sjednocení uvedených klíčových práv týkajících se zahraničních investic.

Hlavním důvodem nekompatibility intra-unijních BITs s právem EU byl ISDS mechanismus, který dle SDEU narušoval autonomii práva EU a zásadu loajální spolupráce. Investiční tribunály stojí mimo institucionální a soudní rámec EU, kdy nemohou být kvalifikovány jako soudy „členského státu“ (dle čl. 267 SFEU), a tedy podat předběžnou otázku. V takovém případě pak není zajištěn jednotný výklad práva EU. Návrh nového systému řešení sporů týkajících se zahraničních investic by tedy musel být zakotven uvnitř rámce EU. Dohoda ukončuje intra-unijní BITs a jejich sunset clauses v závislosti na datu ratifikace Dohody smluvními stranami příslušné intra-unijní BIT. Sunset clauses při konsenzuálním ukončení intra-unijních BITs nebudou mít účinky, což nemusí být pro arbitrážní tribunály problémové přijmout. Co ale může být sporné je, že Dohoda se rozhodla ve výsledku vzít zpět souhlas k arbitráži zpětně k datu vydání rozsudku Achmea. Zajímavé tedy bude sledovat, jak na takové ujednání v Dohodě arbitrážní tribunály budou reagovat.

Hnací faktory přeshraničních investičních toků a dopad zahraničních investic je zdokumentován dobře. Problémem však je nízké množství specifické literatury (akademické a politických zpráv), zaměřující se konkrétně na oblast práv ochrany investic a dopad jejich úrovně na množství učiněných investic.¹⁶³ Myslím si, že ochrana zahraničních investic mezi členskými státy EU si obecně zaslouží více pozornosti, zejména v době nejistoty po definitivní terminaci BITs. V budoucnu určitě bude zajímavé sledovat, zda bude přijata nová legislativa na poli ochrany intra-unijních zahraničních investic a co bude jejím obsahem. Také zda dojde k ustavení intra-unijního investičního soudu. Pozornost by si též zasloužil vývoj ochrany intra-unijních investic na základě ECT, kdy v rozsudku Komstroy prohlásil SDEU za neslučitelné s právem EU užití ISDS mechanismu v intra-unijních sporech iniciovaných na jejím základě.¹⁶⁴

¹⁶³ Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021, s. 7. Dostupné z: [doi:10.2874/97803EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803EV-01-20-484-EN-N).

¹⁶⁴ Rozsudek ze dne 2. září 2021, *Moldavská republika proti Komstroy LLC*, C-741/19, bod 66 (v el. sb. rozh.).

Seznam použitých zdrojů

Monografie

1. ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. vydání. Praha: Linde a.s., 2008, 334 s.
2. DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2011, 414 s.
3. MOSKVAN, Dominik. *Protection of Foreign Investments in an Intra-EU Context: Not One BIT?* Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2022, 288 s.
4. ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, 100 s.
5. ALVAREZ, José, Enrique. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leiden: BRILL, 2011, 504 s.
6. DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, 433 s.
7. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 3. vydání. New York: Cambridge University Press, 2010, 554 s.

Příspěvky ve sborníku

1. WEISS, Friedl, STEINER, Silke. The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum: the scope of ‘foreign direct investment’ and the future of intra-EU BITs. In: BAETENS, Freya (ed.). *Investment Law Within International Law*. New York: Cambridge University Press, 2013, s. 355-374.
2. CAPPIELLO, Benedetta. Applicable Law in Investment Arbitration. In: CHAISSE, Julien, CHOUKROUNE, Leila, JUSOH, Sufian (eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*. Singapur: Springer, 2021, s. 1123-1148.
3. GAZZINI, Tarcisio. Bilateral Investment Treaties. In: GAZZINI, Tarcisio, DE BRABANDERE, Eric (eds.). *International Investment Law: the Sources of Rights and Obligations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 99-132.
4. MUCHLINSKI, Peter. The Framework of Investment Protection: The Content of BITs. In: SAUVANT, P. Karl, SACHS, E. Lisa. (eds.). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 37-72.

5. TROPPER, Johannes, REINISCH, August. The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU – A Public International Law Analysis of the Termination Agreement. In: KLAUSEGGER, Christian, KLEIN, Peter, KREMSLEHNER, Florian, PETSCHE, Alexander, PITKOWITZ, Nikolaus, WELSER, Irene, ZEILER, Gerold (eds.). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2022*. Vídeň: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2022, s. 301-340.
6. WACKERNAGEL, Clemens. The Consensual Termination of Investment Agreements Between EU Member States. In: ANDENAS, Mads, PANTALEO, Luca, HAPPOLD, Matthew, CONTARTESE, Cristina (eds.). *EU External Action in International Economic Law: Recent Trends and Developments*. Haag: Asser Press, 2020, s. 153-172.

Odborné články

1. COLE, Tony, VAKSHA, Anuj Kumar. Power-conferring treaties: The meaning of 'investment' in the ICSID convention. *Leiden Journal of International Law* [online], 2011, roč. 24, č. 2, s. 305-330 [cit. 25 října 2021]. Dostupné z: <http://dx.doi.org/10.1017/S0922156511000033>.
2. TOMA-BIANOV, Anamaria. THE TWISTED TALE OF THE COMPATIBILITY OF AN ISDS CLAUSE ESTABLISHED BY AN INTRA-EU BIT WITH THE EU LAW: A SCRUTINY OF THE ADVOCATE GENERAL WATHELET'S OPINION IN THE ACHMEA CASE. *Union of Jurist of Romania Law Review* [online], 2017, roč. 7, č. 2, s. 3-23 [cit. 7. ledna 2022]. Dostupné z: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/twisted-tale-compatibility-isds-clause/docview/2249940411/se-2>.
3. JARKA, Beatrice Onika. THE DECIMATION OF THE INTRA EU BITS. *Challenges of the Knowledge Society* [online], 2018, s. 532-538 [cit. 1. listopadu 2021]. Dostupné z: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/decimation-intra-eu-bits/docview/2130763438/se-2>.
4. BALAŠ, Vladimír. Soumrak BIT v EU? *Acta Universitatis Carolinae Iuridica* [online], 2016, roč. 62, č. 2, s. 105-125 [cit. 10. února 2023]. Dostupné z: https://karolinum.cz/data/clanek/2890/Iurid_2_2016_10_Balas.pdf.
5. KOCHENOV, Dimitry Vladimirovich, LAVRANOS, Nikos. Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union. *Hague Journal on the Rule of Law* [online], 2022, roč. 14, č. 2,

- s. 195-219 [cit. 27. října 2022]. Dostupné z: <https://doi.org/10.1007/s40803-021-00153-7>.
6. KRAJEWSKI, Michal. Associação Sindical dos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma. *European Papers* [online], 2018, roč. 3, č. 1, s. 395-407 [cit. 29. října 2022]. Dostupné z: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/218>.
 7. MOARBES, Charbel A. Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union. *International Legal Materials* [online], 2021, roč. 60, č. 1, s. 99-137 [cit. 7. října 2022]. Dostupné z: [doi:https://doi.org/10.1017/ilm.2020.65](https://doi.org/10.1017/ilm.2020.65).
 8. BALAŠ, Vladimír. Jsou dvoustranné dohody o ochraně investic uzavřené mezi členskými státy stále platné, nebo došlo po přijetí rozhodnutí Soudního dvora EU k nějaké radikální změně? *Bulletin advokacie*, 2019, roč. 2019, č. 4, s. 27-33.
 9. BLANCK, John, I. European Union Member States Sign Treaty to Terminate Intra-EU Bilateral Investment Treaties. *ASIL Insights* [online], 2020, roč. 24, č. 18, s. 1-9 [cit. 19. února 2023]. Dostupné z: <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/18/european-union-member-states-sign-treaty-terminate-intra-eu-bilateral>.

Judikatura

1. Rozsudek ze dne 6. března 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, C-284/16 (v el. sb. rozh.).
2. Rozsudek ze dne 12. prosince 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation proti Commissioners of Inland Revenue*, C-446/04 (v el. sb. rozh.).
3. Rozsudek ze dne 26. března 2009, *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, C-326/07 (v el. sb. rozh.).
4. Rozsudek ze dne 18. prosince 2007, *Laval un Partneri Ltd proti Svenska Byggnadsarbetareförbundet and další*, C-341/05 (v el. sb. rozh.).
5. Rozsudek ze dne 5. října 1994, *Spolková republika Německo proti Radě Evropské unie*, C-280/93 (v el. sb. rozh.).
6. Rozsudek ze dne 4. června 2002, *Komise Evropských společenství proti Belgickému království*, C-503/99 (v el. sb. rozh.).
7. Rozsudek ze dne 12. května 2005, *ERSA proti Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, C-347/03 (v el. sb. rozh.).

8. Posudek pléna Soudního Dvora ze dne 8. března 2011, týkající se „*slučitelnosti Dohody o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů*“, 1/09 (v el. sb. rozh.).
9. Posudek pléna Soudního Dvora ze dne 18. prosince 2014 týkající se „*Přistoupení EU k Úmluvě*“, 2/13 (v el. sb. rozh.).
10. Rozsudek ze dne 2. září 2021, *Moldavská republika proti Komstroy LLC*, C-741/19 (v el. sb. rozh.).

Rozhodčí řízení

1. Rozhodnutí o jurisdickci ICSID ze dne 31. července 2001, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, věc č. ARB/00/4. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.
2. Rozhodčí nález ICSID ze dne 10. ledna 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, věc č. ARB/03/08. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf>.
3. Rozhodnutí o žádosti o zrušení nálezu ICSID ze dne 1. listopadu 2006, *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, věc č. ARB/99/7. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>.
4. Částečný rozhodčí nález ze dne 17. března 2006, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7896.pdf>.
5. Rozhodčí nález ICSID ze dne 29. května 2003, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, věc č. ARB (AF)/00/2. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>.
6. Rozhodčí nález ICSID ze dne 27. srpna 2008, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, věc č. ARB/03/24. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>.
7. Rozhodčí nález ICSID ze dne 7. prosince 2011, *Spyridon Roussalis v. Romania*, věc č. ARB/06/1. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>.
8. Rozhodčí nález ICSID ze dne 2. října 2006, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, věc č. ARB/03/16. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>.

9. Rozhodčí nález ICSID ze dne 13. září 2006, *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, věc č. ARB/04/15. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>.
10. Nález o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení PCA ze dne 26. října 2010, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>.
11. Rozhodčí nález PCA ze dne 7. prosince 2012, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL věc č. 2008-13. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.

Právní předpisy a mezinárodní smlouvy

1. Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 29. května 2020. Úř. Vest. L 169, 29. května 2020, s. 1-41.
2. Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy. Úř. Vest. L 178, 8. července 1988, s. 10-23.
3. Předpis č. 569/1992 Sb., Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic, ve znění předpisu č. 569/1992 Sb.
4. Listina základních práv Evropské unie 2016/C 202/2 ze dne 7. června 2016. Úř. Vest. C 202, 7. června 2016, s. 389-405.
5. Nařízení Evropského parlamentu a Rady 2018/1724 ze dne 2. října 2018, kterým se zřizuje jednotná digitální brána pro poskytování přístupu k informacím, postupům a k asistenčním službám a službám pro řešení problému a kterým se mění nařízení (EU) č. 1024/24. Úř. Vest. L 295, 21. listopadu 2018, s. 1-38.
6. Dohoda o Jednotném patentovém soudu ze dne 20. června 2013, Úř. Vest. C 175, 20. června 2013, s. 1-40.

Ucelené dokumenty publikované na internetu

1. Evropská komise. *SDĚLENÍ KOMISE EVROPSKÉMU PARLAMENTU A RADĚ Ochrana investic v rámci EU COM(2018) 547* [online]. Brusel: Evropská komise, 2018. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>.
2. Uría Menéndez. *Intra-European Union Investment Protection: What Now?* [online]. Uría Menéndez, 2022. Dostupné z:

- <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7651/documento/art04.pdf?id=12812&forceDownload=true>.
3. United Nations Conference on Trade and Development. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration* [online]. New York, Ženeva: United Nations, 2010. Dostupné z: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf.
 4. Ecorys, Deloitte. *Impact assessment study on investment protection and facilitation in the EU* [online]. Brusel: Evropská komise, 2021. Dostupné z: [doi:10.2874/97803EV-01-20-484-EN-N](https://doi.org/10.2874/97803EV-01-20-484-EN-N).
 5. Special Task Force (Member states, Commission, EIB). *On investment in the EU - Final Task Force Report* [online]. 2014. Dostupné z: https://www.eib.org/attachments/efsi_special_task_force_report_on_investment_in_the_eu_en.pdf.
 6. United Nations Conference On Trade And Development. *FACT SHEET ON INTRA-EUROPEAN UNION INVESTOR-STATE ARBITRATION CASES* [online]. New York, Ženeva: United Nations, 2018. Dostupné z: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2018d7_en.pdf.
 7. European Investment Bank. *EIB Investment Report 2019/2020: Accelerating Europe's transformation* [online]. Lucemburk: European Investment Bank, 2019. Dostupné z: <https://data.europa.eu/doi/10.2867/68943>.
 8. Evropská Komise, Generální ředitelství pro finanční stabilitu, finanční služby a unii kapitálových trhů. *INCEPTION IMPACT ASSESSMENT: Investment protection and facilitation framework* [online]. Evropská komise, 2020. Dostupné z: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=PI_COM%3AAres%282020%292716046.
 9. United Nations Conference on Trade and Development. *Comprehensive Study of the Interrelationship between Foreign Direct Investment (FDI) and Foreign Portfolio Investment (FPI)* [online]. Ženeva: United Nations, 1999. Dostupné z: <https://unctad.org/system/files/official-document/pogdsdfsbd5.pdf>.

Internetové stránky

1. LEIKIN, Eric, KASOLOWSKY, Boris, BORGDORF, Ingo. *The Future of Intra-EU Investment Protection: An Urgent Call for a New Roof and a Level Playing Field*. [online]. arbitrationblog.kluwerarbitration.com, 7. listopadu 2020 [cit. 24. února 2023]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/07/the-future-of->

intra-eu-investment-protection-an-urgent-call-for-a-new-roof-and-a-level-playing-field/.

2. AFEP, Deutsches Aktieninstitut. *Building an efficient EU wide mechanism for investor-state dispute settlement within the EU: Overcoming negative consequences of the „Achmea“ judgment of the European Court of Justice and the joint declaration of Member States from 15 January 2019* [online]. afep.com, březen 2019 [cit. 28 února 2020]. Dostupné z: <https://afep.com/en/publications-en/pour-une-meilleure-protection-des-investissements-directs-en-europe/>.