

Právní aspekty investiční politiky Evropské unie

David Müller* – Ondřej Svoboda**

Abstrakt: Článek se zabývá nastavením a vývojem stále relativně nové investiční politiky Evropské unie (EU), se zaměřením na její nejvíce diskutované aspekty. V úvodu je nejprve představena změna kompetencí EU, kterou přinesl vstup Lisabonské smlouvy v platnost, a nový stav, ve kterém se přímé zahraniční investice staly součástí obchodní politiky jako výlučné pravomoci EU, je porovnán s předcházející situací. Článek dále rozebírá tři hlavní okruhy problémů. Prvním z nich je právní statut a povaha bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic jednotlivých členských států po přenosu pravomocí, kdy bylo třeba zvláštní úpravou v rámci evropského práva garantovat jejich další platnost. Druhé téma se týká nového mechanismu nastavení mezinárodní odpovědnosti za závazky z porušení budoucích evropských dohod, respektive právní úpravy rozdělení této odpovědnosti mezi členské státy a Evropskou unii prostřednictvím evropského nařízení. Třetí okruh zkoumaných otázek tvoří budoucí nastavení evropské investiční politiky tak, jak jej původně navrhla Evropská komise, a tak, jak vypadá jeho realizace dosud, včetně smluvních standardů a smluvních partnerů. Evropská komise od roku 2011 zahájila jednání s řadou třetích zemí, přičemž dokončena jsou již vyjednávání s Kanadou, Singapurem a Vietnamem. Celý text tak poskytuje komplexní přehled této nové a velmi živé obchodně-politické agendy.

Klíčová slova: investiční politika, Evropská unie, dohody o ochraně a podpoře investic, společná obchodní politika, mezinárodní odpovědnost

Úvod

Lisabonská smlouva, která vstoupila v platnost 1. prosince 2009, přinesla do fungování Evropské unie (EU) množství zásadních institucionálních, procesních i funkčních změn. Jedna z těchto změn je úprava v oblasti fungování společné obchodní politiky, která nepatří na první pohled k výrazným ani příliš viditelným proměnám, stejně jako nebývala předem více zmiňována či její dopady blíže analyzovány, a přesto se v několika posledních letech od vstupu Lisabonské smlouvy v platnost ukazuje, že její dopad na právní a praktické aspekty specifické politiky členských států i EU je poměrně zásadní. Konkrétně jde o změnu, jež do stávajících článků 131 a 133 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU), nyní článků 206 a 207, vložila ustanovení¹ hovořící o „přímých zahraničních investicích“ v souvislosti s cíli společné obchodní politiky, respektive celní unie (čl. 206), a v souvislosti s jejími jednotnými zásadami a obsahem, kde se přímé zahraniční investice zařadily vedle úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod ohledně obchodu zbožím a službami, obchodních aspektů práv duševního vlastnictví (čl. 207) a dalších otázek, které byly tradičními komponenty společné obchodní politiky. Tato na první pohled poměrně drobná změna prošla přitom bez větší pozornosti členských států ve srovnání

* PhDr. Mgr. Ing. David Müller, PhD. je externím doktorandským studentem Právnické fakulty Univerzity Karlovy a působí na Generálním konzulátu ČR v Torontu. E-mail: davidmuller@davidmuller.cz.

** Mgr. Bc. Ondřej Svoboda je interním doktorandem na katedře mezinárodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy a profesně působí na oddělení mezinárodního práva Ministerstva průmyslu a obchodu ČR. E-mail: ondrej.svoboda@gmail.com. Názory vyjádřené v tomto článku jsou však pouze jejich osobními názory a nevyjadřují oficiální stanoviska. Tento příspěvek byl zpracován jako součást projektu podpořeného Grantovou agenturou Univerzity Karlovy, číslo 1129010 a programu Právnické fakulty Univerzity Karlovy *Progres Q04 – Právo v měnícím se světě*.

¹ Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství (Úřední věstník C 306, 17. 12. 2007), podepsaná v Lisabonu dne 13. prosince 2007, body 157) a 158).

s jinými agendami, aniž by bylo v době projednávání Lisabonské smlouvy zcela zřejmé, jaký může a bude mít praktický dopad. Mezinárodněprávní úprava investic má přitom velký význam s ohledem na hospodářský význam investic, které jsou společně s mezinárodním obchodem vnímány jako jeden z hlavních pilířů hospodářského růstu, posilování konkurenceschopnosti a tvorby nových pracovních míst. A to zvláště ve světle velkých objemů toků zahraničních investic jak z EU, přičemž subjekty z jejich členských států jsou v součtu vedle Spojených států amerických největšími investory ve světě, tak i opačným směrem do EU, která opět společně se Spojenými státy patří mezi největší hostitele zahraničních investic.²

Cílem tohoto článku je, již s odstupem několika let,³ zhodnotit vybrané právní aspekty začlenění přímých zahraničních investic do společné obchodní politiky jako agendy, která je ve výlučné kompetenci EU. Mezinárodní instrumenty, především pak bilaterální smlouvy o ochraně a podpoře investic, přitom představovaly jeden z tradičních mezinárodně smluvních nástrojů, které členské státy často využívaly, a do vstupu Lisabonské smlouvy v platnost vytvořily extenzivní síť více než 1 200 dohod o ochraně a podpoře investic se třetími státy.⁴ První dohodu o ochraně a podpoře investic uzavřel právě členský stát Evropského společenství, Německo, s Pákistánem v roce 1959.

V textu tak bude postupně rozebrána proměna situace ve srovnání před- a polisabonské úpravy, důležitá otázka další existence stávajících a případně budoucích bilaterálních dohod jednotlivých členských států, otázky související s mezinárodněprávní odpovědností vyplývající z porušení případných budoucích evropských dohod o ochraně a podpoře investic a dynamický vývoj nově vytvářené investiční politiky Evropské unie, její povaha a charakter.

1. Situace před Lisabonem

Před hlubším pohledem na změny, které přinesla Lisabonská smlouva, je třeba alespoň v krátkosti připomenout situaci před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost. EU, respektive Evropská komise (EK),⁵ jistým způsobem ingerovala do otázek týkajících se investic

² UNCTAD. *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. New York – Ženeva: United Nations Publications, 2013.

³ K celému tématu je dostupné, vzhledem k jeho relativní novosti, poměrně rozsáhlé množství zdrojů. Autoři se zpočátku věnovali možnosti nastavení systému – např. LEAL-ARCAS, R. The European Union's Trade and Investment after the Treaty of Lisbon. *Journal of World Investment & Trade*. 2010, Vol. 11, No. 4, s. 463–514; BUNGENBERG, J. – GRIEBEL, J. – HINDELANG, S. (eds). *European Yearbook of International Economic Law, Special Issue: International Investment Law and EU Law*. New York: Springer Publishing, 2011; DIMOPOULOS, A. *EU Foreign Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011; TAVASSI, J. The EU Investment Policy: How to ensure a fair regulation of the concerned interests? *Journal of World Investment & Trade*. 2012, Vol. 13, s. 645–660; CALAMITA, N. J. The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps. *Legal Issues of Economic Integration*. 2013, Vol. 39, No. 3, s. 301–329; REINISCH, A. The Future Shape of EU Investment Agreements. *ICSID Review*. 2013, Vol. 28, No. 1, s. 179–196. V současné době se literatura věnuje spíše obsahu konkrétních textů navrhovaných a sjednaných EU – např. HOFFMEISTER, F. – ALEXANDRU, G. A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT. *Journal of World Investment & Trade*. 2014, Vol. 15, No. 3–4, s. 379–401; REINISCH, A. "Putting the Pieces Together ... An EU Model BIT?". *Journal of World Investment & Trade*. 2014, Vol. 15, No. 3–4, s. 679–704; TAMS, CH. J. Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of European Approach? *Journal of World Investment & Trade*. 2014, Vol. 15, No. 3–4, s. 585–611; TITI, C. International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*. 2015, Vol. 26, No. 3, s. 639–661; SCHACHERER, S. TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals. *Journal of International Dispute Settlement*. 2016, Vol. 7, No. 3, s. 628–653.

⁴ Evropská komise. Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů – Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice. KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010, s. 4.

⁵ Pro účely tohoto článku bude pojem Evropská unie odkazovat na kompetence a činnosti v oblasti společné obchodní politiky, které jsou ve výlučné kompetenci Evropské unie a jejichž výkon primárně zajišťuje Evropská komise.

již v době předlisabonské, její role byla nicméně výrazně omezenější. Unijní aktivity se daly soustředit v podstatě do několika bodů. Zaprvé kompetence související s Všeobecnou dohodou o obchodu službami (GATS), zaměřenou na přístup na trh a některé standardy, jako je koncept národního zacházení; zadruhé s tím úzce související úprava v dohodách o volném obchodu (FTA), které EU uzavírala a které se zabývaly otázkou služeb a usazování; a případně některé aspekty Dohody k energetické chartě.⁶ Pokud jde o přímou vazbu dohod o volném obchodu a investic, často se také hovoří o tzv. minimální investiční platformě pro investice v evropských dohodách o volném obchodu, která se soustředila na usazování a obchod v oblasti služeb, které se definičně blíží pojetí investic.⁷ Vazba na investiční právo jako takové byla tedy přinejmenším slabá a investiční politiku tvořily primárně dohody jednotlivých členských států, které tyto smlouvy vyjednávaly samostatně a nezávisle na EU či Evropské komisi.

Bilaterální dohody členských států měly svou historii a víceméně typizovaný obsah. Tento typ dohod vycházel ze standardů, které se postupně rozvíjely a proměňovaly po několik dekád, přičemž členské státy Evropských společenství, respektive Evropské unie, byly původně jedním z hlavních proponentů takových dohod. Dohody mají několik standardních součástí, které se liší mezi sebou pouze v omezené míře. Obsahují standardy zacházení, které je investicím poskytováno – národní zacházení, doložku nejvyšších výhod, ochranu před vyvlastněním a náhradu škody, právo na volný převod zisků plynoucích z investice a v neposlední řadě mechanismus pro řešení sporů nejen mezi smluvními stranami, tedy státy, ale také mezi investorem a hostitelskou zemí, a to v podobě mezinárodní arbitráže. Standardně tyto dohody, především v evropském pojetí, nepřesahovaly rámec zmíněných konceptů a ponechávaly stranou otázky ochrany životního prostředí, pracovněprávních standardů, korporátní odpovědnosti či přístupu na trh.⁸ V podstatě se jednalo o smluvní praxi západoevropských členských států EU, pro niž se také vžilo označení „zlatý standard“.⁹

Je třeba také připomenout, že už před vstupem v platnost měly členské státy EU povinnost harmonizovat své dohody o ochraně a podpoře investic s právem Evropské unie. Proti státům, které tak nečinily, EK zahájila řízení o porušení smlouvy. Konkrétně bylo žalováno Rakousko, Švédsko a Finsko, s poukazem na to, že nesladily, nebo spíše aktivně nevyjednávají se třetími zeměmi o zajištění souladu svých smluv s požadavky na omezení volného toku kapitálu tak, aby byl v souladu s evropským právem. Názor Komise byl potvrzen v rozsudcích Soudního dvora v roce 2009, který konstatoval, že dotčené státy svou povinnost renegociovat dotčené bilaterální dohody skutečně porušují a musí sjednat nápravu.¹⁰

⁶ Česká republika podepsala Dohodu k Energetické chartě 8. června 1995, v platnost vstoupila 16. dubna 1998, viz sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 372/1999 Sb.

⁷ Blíže k této otázce např. MAYDELL, N. The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence. In: REINISCH, A. – KNAHR, C. (eds). *International Investment Law in Context*. Vienna: Eleven International Publishing, 2008, s. 73–92. Je třeba připomenout, že nikdy nedošlo k oficiálnímu potvrzení či zveřejnění této minimální platformy ze strany Evropské komise.

⁸ Pro bližší informace o povaze a základních standardech úpravy např. série UNCTAD: *International Investment Instruments: A Compendium*. Dostupné z: <<http://unctad.org/en/Pages/DIAE/DIAE%20Publications%20-%20Bibliographic%20Index/International-Investment-Instruments-A-Compendium.aspx>>. Zároveň je třeba podotknout, že například americké pojetí ve věci začlenění přístupu na trh do dohod se od evropského liší.

⁹ TITI, C. International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *European Journal of International Law*. 2015, Vol. 26, No. 3, s. 649.

¹⁰ Případy C-205/06 *Commission v Austria* (2009), C-249/06 *Commission v Sweden* (2009), C-118/07 *Commission v Finland* (2009). K celému sporu blíže např. LAVRANOS, N. New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. *The Law & Practice of International Courts & Tribunals*. 2010, Vol. 9, No. 3, s. 417–423.

2. Změny plynoucí z Lisabonské smlouvy

Jak již bylo zmíněno výše, součástí obchodní politiky (čl. 207) se nově staly přímé zahraniční investice. Klíčovým právním problémem spojeným s touto otázkou byl od počátku věcný rozsah kompetencí Unie a nejasnost ohledně samotného poměrně vágně určeného pojmu „přímé zahraniční investice“.

Nejprve je třeba připomenout, že obchodní politika jako celek spadá v souladu s článkem 3, odst. 1, písmeno e) SFEU do výlučné pravomoci Unie.¹¹ Nejasnou však byla přitom otázka, co všechno tedy pojem přímé zahraniční investice může zahrnovat. Samotný článek 207 ale žádnou náповědu v této věci nenabízí, což vedlo k výkladovým sporům mezi EK na jedné straně a Radou a členskými státy na straně druhé. Zásadní byla tedy otázka, jaké kompetence v oblasti přímých zahraničních investic dané ustanovení zahrnuje – zda jak liberalizaci investic prostřednictvím zajišťování přístupu na trh a standardů národního zacházení, tak i širší koncept investiční ochrany.¹² A pokud zahrnuje také širší koncept investiční ochrany, jak předpokládala EK, zahrnuje v plném rozsahu to, co obsahovaly bilaterální dohody o ochraně a podpoře investic jednotlivých členských států? Není proto překvapivé, že oblast investic se stala jedním z nejdůležitějších argumentačních střetů v řízení před Soudním dvorem EU v žádosti EK o posudek k právní povaze dohody o volném obchodu se Singapurem.

Soud vynesl svůj posudek v květnu 2017 a potvrdil element smíšenosti ve dvou aspektech dohody – portfoliových investicích a mechanismu řešení sporů investor–stát (ISDS) a navazujících ustanovení pomocné povahy. Ostatní části dohody byly shledány ve výlučné pravomoci Unie.¹³ Tímto rozhodnutím byly ukončeny dlouhé diskuse o přesném rozsahu výlučné unijní pravomoci k investicím. Ačkoliv tak nebyl potvrzen nárok EK na výlučnou povahu celého spektra investiční ochrany, členské státy nemohou být s výsledkem řízení spokojeny, neboť na řadu jejich argumentů, které se týkaly vyvlastnění, standardů ochrany investic nebo ukončení jejich bilaterálních dohod, Soud nepřistoupil.¹⁴

Bez ohledu na přesné rozdělení pravomocí bezprostředně po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost vyvstalo několik otázek, které bylo třeba neprodleně v souvislosti s novou kompetencí EU řešit. Zaprvé, jaký je nově právní statut bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic členských států EU se třetími zeměmi? Zadruhé, jakým způsobem bude EK vykonávat novou pravomoc v rámci obchodní politiky a jaké jsou její představy? Později se k těmto dvěma tématům přidala otázka třetí, jakým způsobem upravit vztah EU a členských států v budoucích dohodách v případě řešení investičních sporů mezi stranou smlouvy, tedy členským státem či EU, a investorem – kdo bude v jakém případě odpovědný za nárokováné porušení smluvních závazků? Vývoj těchto tří klíčových otázek bude nyní postupně rozebrán.

¹¹ K debatě o kompetenčních otázkách v souvislosti s investiční a obchodní politikou blíže např. FINA, S. – LENTNER, G. M. The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon. *Santa Clara Journal of International Law*. 2016, Vol. 14, No. 2, s. 419–440; LEYS, D. EU Competence in Foreign Direct Investment: Will the EU Court of Justice End the Controversy? *Global Trade and Customs Journal*. 2015, Vol. 10, No. 7–8, s. 267–272; WAIBEL, M. *Competence Review: Trade and Investment*. 2013. Dostupné z: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/270992/bis-14-511-trade-and-investment-competence-review-independent-review-legal-research-by-michael-waibel.pdf>.

¹² Pro další diskuzi viz např. BĚLOHLÁVEK, A. J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 43–48.

¹³ Posudek Soudního dvora EU A-2/15 ze dne 16. května 2017.

¹⁴ Srov. Stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston přednesené dne 21. prosince 2016 v řízení o posudku A-2/15.

3. Bilaterální investiční dohody členských států

Pokud jde o bilaterální dohody členských států, nastala po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost velmi zajímavá právní situace. Z pohledu mezinárodního práva šlo o standardní mezinárodní smlouvy, kterými byly jednotlivé členské státy nadále bez jakékoliv změny vůči třetím zemím zavázány, a nedocházelo v této věci k žádné změně. Zároveň je třeba podotknout, že takovými dohodami se rozumí pouze dohody vůči třetím zemím mimo EU, nikoliv dohody mezi členskými státy vzájemně. Na ty z logických důvodů společná obchodní politika, která je součástí vnějších vztahů EU, žádným způsobem nedopadá a zůstávají tak plně mimo rámec této debaty.¹⁵

I když z pohledu mezinárodního práva bylo vše jasné, velké nejasnosti vyvolávala povaha těchto smluv z pohledu práva evropského, které členské státy EU dostala do situace, kdy měly často uzavřeny rozsáhlé sítě dohod, k jejichž sjednávání náhle neměly žádné kompetence, kterými naopak nově disponovala EU. Oprávněně to tak vedlo ke dvěma otázkám. Zaprvé, jaká je nadále právní povaha bilaterálních investičních smluv? Zadruhé, jakým způsobem nastanou situaci řešit tak, aby byla evropským i zahraničním investorům garantována maximální právní jistota. Optimálním řešením se tak jevil přijetí nějaké formy přechodné úpravy, která by v rámci systému evropského práva nastavila další režim fungování těchto dohod.

V červenci 2010 představila EK tzv. investiční balíček,¹⁶ který obsahoval dva základní dokumenty pro další kroky v oblasti investiční politiky. Prvním z těchto dokumentů bylo Sdělení Evropské komise *Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice*¹⁷ a druhým *Návrh Nařízení, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi*.¹⁸ Návrh EK zmiňoval nejasnosti spojené s nekompatibilitou investičních dohod a evropského práva a potřebu „rychle a rozhodně“ řešit situaci tak, aby se neobjevila jakákoliv právní nejistota ohledně statutu a platnosti těchto dohod.¹⁹ Zmíněná „rychlost a rozhodnost“, včetně problematického hledání shody mezi členskými státy, respektive Radou, Evropskou komisí a Parlamentem se ukázala v průběhu legislativního procesu přijímání nařízení. Ten trval téměř rok a půl, než návrh vstoupil na začátku ledna 2013 v platnost jako *Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi*²⁰ (dále „Nařízení“). Celá debata o Nařízení a jeho výsledná podoba pak mají několik právně velmi zajímavých aspektů.

Zaprvé jde o otázku platnosti stávajících smluv členských států, která musela být s ohledem na zájem evropských investorů ve třetích zemích a zahraničních v EU zajištěna.

¹⁵ Dne 18. června 2015 Evropská komise oznámila, že zahájila řízení pro porušení smlouvy proti pěti členským státům EU (Rakousko, Nizozemí, Rumunsko, Slovensko a Švédsko). Cílem této iniciativy je ukončení bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic, které mají členské státy Unie uzavřeny mezi sebou navzájem. Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm>. V této oblasti se navíc očekává v brzké době zásadní rozhodnutí Soudního dvora EU o předběžné otázce podané německým Spolkovým soudním dvorem dne 23. května 2016, C-284/16, ve věci *Slovenská republika v. Achmea BV*.

¹⁶ European Commission. New EU Investment package set to boost trade and underpin investor rights. 7. července 2010. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146306.pdf>.

¹⁷ Evropská komise. Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů – *Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice*. KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010.

¹⁸ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi, 7. 7. 2010, KOM(2010)344, 2010/0197 (COD).

¹⁹ *Ibidem*, s. 2.

²⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi, OJ L 351, 20. 12. 2012, s. 40–46.

V tomto ohledu bylo zásadní, aby byla zachována a nebyla žádným způsobem zpochybněna právní jistota, pokud jde o existenci uzavřených dohod o ochraně a podpoře investic. Celá kapitola II Nařízení *Zachování stávajících dvoustranných dohod o investicích v platnosti* upravuje různé právní aspekty jejich statutu. Nařízení konstatuje, že při splnění povinnosti členských států notifikovat do 8. února 2013 veškeré dvoustranné investiční dohody podepsané před 1. prosincem 2009 (čl. 2), mohou tyto dohody „být zachovány v platnosti nebo mohou vstoupit v platnost, v souladu se Smlouvou o fungování EU a tímto nařízením, a to až do doby, než vstoupí v platnost dvoustranná dohoda o investicích mezi Uníí a stejnou třetí zemí“ (čl. 3 Nařízení). Toto ustanovení, tzv. *grandfathering*, tak zajišťuje platnost dotčených dohod v rámci evropského práva, a to bez konkrétního časového omezení, což je poměrně důležité (oproti původnímu návrhu byla výrazně zredukována, respektive prakticky vypuštěna možnost Komise autorizaci stáhnout, s čímž počítal čl. 6 původního návrhu).

Zadruhé nebylo a není možné očekávat, že EK bude mít kapacity (i v případě jejího zájmu) v dohledném časovém rámci vyjednat takovou síť investičních dohod, jež by se alespoň částečně blížila dohodám členských států. Pro členské státy tak bylo poměrně důležité udržet si možnost nadále vyjednávat vlastní dohody o investicích, i když za jasně vymezených podmínek (čl. 7 Nařízení). Zájem zahájit jednání se třetí zemí musí nicméně členský stát oznámit EK v patričním předstihu pěti měsíců, přičemž Komise formálně udělí souhlas se zahájením jednání za splnění následujících podmínek (čl. 9 Nařízení):

- a) zahájení nebude v rozporu s právem Unie v rozsahu větším, než představují nesrovnalosti vyplývající z rozdělení pravomocí mezi Uníí a jejími členskými státy;
- b) zahájení nebude zbytečné, protože Komise bude mít zájem s dotčenou zemí jednání zahájit;
- c) zahájení bude v souladu se zásadami a cíli Unie pro vnější činnost;
- d) zahájení nebude představovat vážnou překážku pro jednání Unie o dvoustranných dohodách o investicích se třetími zeměmi.

Poté, co jsou jednání uzavřena, EK znovu posoudí, zda sjednaná dohoda naplňuje výše uvedená ustanovení čl. 9 a v případě, že ano, udělí členskému státu povolení dohodu podepsat a uzavřít (čl. 11 Nařízení). EK tak dostává poměrně široce vymezenou diskreci k rozhodování o podmínkách, za kterých členským státům zahájení jednání umožní. Komise zároveň může žádat, aby členský stát zahrnul (či vyloučil) do dohod specifické ustanovení, které EK považuje za nezbytné s ohledem na investiční politiku Unie nebo její právo (čl. 9). V tomto směru lze do budoucna očekávat zajímavý vývoj, s ohledem na možný zájem EK prosazovat některé vybrané otázky do svých dohod – například zajišťování transparentnosti či některé pracovníprávní či environmentální standardy. Relativně vágním a nevyjasněným konceptem rozšiřujícím možnosti EK vstupovat do vyjednávání členských států je také písmeno d) čl. 9, které odkazuje na *vážné překážky*, které nicméně nejsou konkrétně definovány.

Komise při svém rozhodování bude používat poradní postup (čl. 16 Nařízení) v rámci komitologie ve spolupráci s nově zřízeným Výborem pro dohody o investicích. Tím je role členských států v rozhodovacím procesu udržena omezená, když EK pouze přihlédne co nejvíce k závěrům z jednání ve Výboru a k vydanému stanovisku,²¹ na rozdíl od přezkumného postupu, kde jsou možnosti EK v případě negativního stanoviska výboru limitované.

²¹ Čl. 4 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č 182/2011.

Prakticky lze ovšem očekávat, že Komise bude v naprosté většině případů souhlasit se zahájením jednání a nebude uzavření dohod příliš často zamítat. A to zvláště s ohledem na kapacity EK a dosavadní zkušenost se sjednáváním dohod o volném obchodu, které jsou uzavírány pomalým tempem. Nahrazování investiční sítě jednotlivých členských států unijními dohodami tak rozhodně není otázkou nejbližší budoucnosti, ani nejbližší dekády, ale spíše několika desítek let, jak ostatně potvrzuje postlisabonský vývoj. Tento předpoklad dokládá i dosavadní praxe, kdy členskými státy bylo v posledních letech povoleno uzavřít dohody např. s Kuvajtem,²² Spojenými arabskými emiráty,²³ Makedonií²⁴ nebo Kyrgyzstánem,²⁵ jak dokládá aktuální seznam dohod připravený EK v květnu 2017.²⁶

Nařízení zároveň zasahovala do citlivé agendy vedení sporů, kdy podle čl. 13 Nařízení musí členské státy Komise také oznámit spory, které proti nim zahájí investor. Již tato úprava předjímala potřebu vyřešení problematických interních otázek vztahu mezi Uníí a členskými státy v případě sporové agendy, čemuž se bude věnovat další kapitola.

Mimo rámec dosavadního rozboru je možné dodat, že v souvislosti s debatou o investičním balíčku byla také znovu otevřena otázka tzv. intra-EU dohod, tedy dohod o ochraně a podpoře investic mezi členskými státy EU vzájemně. Mezi členskými státy a Evropskou komisí se dlouhodobě vedla diskuse o tom, nakolik se tyto dohody staly po vstupu nových členských států do EU redundantní. Mezi členskými státy samotnými pak k této otázce existovaly různé postoje, přičemž Evropská komise preferovala řešení této agendy spíše jako otázky vnitřního trhu a volného pohybu kapitálu než ve vazbě na investiční politiku.

4. Mezinárodní odpovědnost v případě řešení sporů

Výhody pro investory spočívající v zajištění určitých standardů vyplývajících z investičních dohod jsou zřejmé, stejně jako výhody plynoucí pro státy z přílivu investic. Vždy však může nastat situace, kdy stát poruší některý ze svých závazků vůči investorům, či se investor domnívá, že jej stát porušil. Pak potenciálně dojde k eskalaci sporu prostřednictvím aktivace mechanismu pro řešení sporů mezi státem a investorem, který je tradiční a v podstatě klíčovou součástí dohod o ochraně a podpoře investic, neboť je nástrojem pro efektivní vymáhání závazků a zajišťuje, že případné porušení mezinárodní odpovědnosti bude sankcionováno.²⁷ Takové řízení pak standardně probíhá mezi investorem, který nárokuje poškození, a státem, kterému je přičítáno opatření, které mělo vést k poškození investora. Ne zcela srovnatelná situace nicméně nastane právě v případě možného sporu na základě unijních dohod o ochraně a podpoře investic, které mechanismus pro řešení sporů také obsahují.²⁸

²² *Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the State of Kuwait on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (12. 6. 2014).

²³ *Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the United Arab Emirates on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* (6. 5. 2014).

²⁴ *Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Macedonian Government for the promotion and reciprocal protection of investments* (8. 5. 2015).

²⁵ *Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Kyrgyz Republic* (22. 4. 2016).

²⁶ Seznam dvoustranných dohod o investicích uvedených v čl. 4 odst. 1 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi (2017/C 147/01), 11. 5. 2017.

²⁷ Při vědomí kritiky a nedostatků současného systému arbitrážního řízení mezi státy a investory.

²⁸ EU byla ale již před zahájením prvních bilaterálních vyjednávání smluvní stranou Dohody k Energetické chartě (1994), která v sobě zahrnuje rovněž mechanismus pro řešení investičních sporů ve formě ISDS.

I když vzhledem k novosti investiční politiky se ještě neobjevil konkrétní příklad, lze důvodně předpokládat, že i na základě těchto dohod budou v budoucnu vedeny investiční spory.

Příčinou je specifická identifikace toho, kdo je za opatření odpovědný, a toho, kdo by měl tím, kdo na podání investora bude reagovat. Přesun pravomocí vedl k situaci, kdy bylo nutné začít rozlišovat mezi odpovědností mezinárodní organizace (EU) a jejích členských států. Tento vývoj přitom zapadá do širšího trendu v současném mezinárodním ekonomickém právu, kdy roste význam mezinárodních organizací a zvyšuje se i role jejich odpovědnosti a odpovědnosti států v souvislosti s chováním mezinárodní organizace.²⁹ V tomto kontextu tedy bylo nezbytné nastavit základní pravidla, která budou příslušný mechanismus upravovat. A to nikoliv mechanismus samotného řízení sporu, jež je či bude upraven v mezinárodní smlouvě (mezi Uníí a jejími členskými státy na straně jedné a třetí zemí na straně druhé), ale mechanismus interního nastavení vztahů mezi EK a členskými státy. Tedy vyřešit primárně otázku, jak a za jakých podmínek bude obranu proti případné arbitráži vést Evropská komise a kdy členský stát, a následně pak další otázky se sporem související (otázky finanční odpovědnosti). Klíčové je bezesporu řešit tento problém komplexně s ohledem na finanční odpovědnost a mezinárodně právní odpovědnost za závazky, a to v rámci vztahu vnějších kompetencí Evropské unie a vnitřních kompetencí členských států, pokud jde o poskytování zacházení.

V červnu 2012 EK vydala návrh normy, která tuto otázku měla řešit v rámci systému evropského práva – *Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti se soudy pro urovnávání sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie smluvní stranou*³⁰. Deklarovaným cílem Nařízení bylo nastavit uvnitř EU pravidla pro vedení sporů z dohod uzavřených mezi EU a členským státem na straně jedné a třetími státy na straně druhé, které budou obsahovat mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. Návrh se soustředil na základní pravidla – za jakých podmínek má vést obranu členský stát a za jakých EK,³¹ pravidla týkající se rozdělení finanční odpovědnosti v případech, kdy spor neproběhne úspěšně a EU nebo členský stát v něm bude shledán odpovědným za porušení dohody nebo v případech, že EU nebo členský stát nebyl shledán odpovědným, avšak tribunál mu nepřiznal náhradu nákladů na vedení sporu. Úvodní návrh byl zajímavý tím, že EK v něm vyvodila z výlučné pravomoci EU v oblasti přímých zahraničních investic také výlučnou odpovědnost vůči třetí straně za závazky obsažené v mezinárodní smlouvě v podobě dohody o ochraně a podpoře investic či příslušné kapitoly. Stejně tak stojí za zmínku, že EK dovodila v důvodové zprávě také pravomoc Unie pro portfoliové investice, a to na základě čl. 63 SFEU o společných pravidlech týkajících se pohybu kapitálu, přičemž tento předpoklad byl později odmítnut Soudem ve výše zmíněném posudku A-2/15.

Návrh nařízení byl po intenzivním projednávání přijat jako Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 912/2014, a to k červenci 2014.³² Nařízení pouze upravuje procesní

²⁹ ŠTURMA, P. – BALÁŠ, V. *Mezinárodní ekonomické právo*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 494.

³⁰ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti se soudy pro urovnávání sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie smluvní stranou, 21. 6. 2012, COM(2012) 335 final, 2012/0163 (COD).

³¹ ŠTURMA, P. Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy). *Obchodněprávní revue*. 2013, č. 5, s. 131.

³² Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 912/2014 ze dne 23. července 2014, kterým se stanoví rámec pro řešení finanční odpovědnosti v souvislosti s rozhodčími soudy pro řešení sporů mezi investorem a státem zřízenými mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie stranou. OJ L 257, 28. 8. 2014, s. 121–134.

aspekty vymáhání náhrady škod způsobených zásahem členského státu, nebo Unie ve smlouvách se třetími státy.³³ Ty především spočívají ve stanovení pravidel pro rozdělení finanční odpovědnosti, jež by mělo stát primárně na principu původce zacházení, které investor označuje jako poškozující. V případě, že tvůrcem aktu je Unie, ponese finanční odpovědnost Unie, a v případě, kdy stát, ponese odpovědnost stát³⁴ (s výjimkou situace, kdy stát jednal na základě požadavku práva Unie). Další klíčovou otázkou, kterou v nařízení upravují konkrétní kritéria, je to, kdo bude vystupovat při arbitráži na žalované straně, tedy opět zda to bude EU nebo členský stát (čl. 9). Návrh umožňuje různé alternativy zajišťující EK možnost zaujmout místo státu jako žalovaného, v situaci, kdy by například nesla Unie zcela nebo zčásti finanční odpovědnost. Nařízení také upravuje zásady spolupráce a konzultace mezi EK a členskými státy. V průběhu jednání o obsahu nařízení se přitom vedla rozsáhlá debata mezi EK a členskými státy, které se většinou domnívaly, že princip finanční odpovědnosti původce by měl být primárně spojen s tím, kdo provede obranu proti arbitráži.^{35,36}

5. Investiční politika Evropské unie

V této kapitole bude nejprve stručně představena úvodní úvaha a pozice EK k investiční politice, jakož i její možné důsledky, a následně bude na základě dostupných informací rozebrán skutečný vývoj, ke kterému v posledních přibližně šesti letech došlo, spolu se specifickými otázkami spojenými s bilaterálními dohodami členských států.

5.1 Východiska investiční politiky EU

Jak již bylo zmíněno, EK představila svou představu o podobě budoucí unijní investiční politiky prostřednictvím již výše uvedeného Sdělení *Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice*.³⁷

Z pohledu EK mělo být Sdělení prvním přípravným krokem a základním stavebním kamenem nově budované investiční politiky EU. Z toho vycházel i formát a povaha Sdělení jako nástroje nezávazné povahy, který Komise standardně používá pro nastínění svých plánů a budoucích politik, ale nejde přitom o právní instrument. EK ve Sdělení logicky poukázala na to, že chápe investiční politiku jako nedílnou součást širší agendy společné obchodní politiky, přičemž ambice Komise tuto politiku uchopit poměrně široce byly více než zřejmé.

³³ MOŠKOVAN, D. Finanční rozměr budoucích investičních arbitráží vedených proti členským státům Evropské unie. *Obchodně-právní revue*. 2014, č. 10, s. 293.

³⁴ Blíže rozbor např. KLEINHEISTERKAMP, J. Financial Responsibility in European International Investment Policy. *International & Comparative Law Quarterly*. 2014, Vol. 63, No. 2, s. 449–476.

³⁵ Council of the European Union: 3203rd Council meeting, 29 November 2012. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/ue/Docs/cms_Data/docs/pressData/EN/foraff/133909.pdf>.

³⁶ Pro úplnost je opět možné doplnit, že v ČR byl návrh Nařízení projednán v Senátu v listopadu 2012 Výborem pro evropské záležitosti a následně na plénu v prosinci téhož roku, přičemž plénum přijalo doporučení podporující základní kritérium pro rozdělení finanční odpovědnosti založené na tom, že odpovědnost nese ten, kdo poskytl sporné zacházení, ale při vědomí toho, že je třeba zajistit vyváženější pozici členských států a Komise, včetně možnosti členského státu účastnit se přímo řízení (Senát ČR: 33. Usnesení Senátu z 2. schůze 5. prosince 2012. Dostupné z: <<http://www.senat.cz/xqw/xervlet/psssenat/htmlhled?action=doc&value=66612>>).

³⁷ Evropská komise. Sdělení komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů – *Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice*, KOM(2010)343 v konečném znění, 7. července 2010.

Samotné Sdělení se dělí na čtyři části, z nichž první *Definice, dopady a nejnovější trendy* představuje jen obecné poznámky nepřesahující rámec standardních vymezení chápání investic a jejich významu pro hospodářských růst a konkurenceschopnost EU. Podobnou roli má druhá kapitola *Investice jakožto nová výzva pro společnou obchodní politiku*, ve které EK poukazuje na již zmíněné vazby na společnou obchodní politiku, ale zároveň bere v potaz i existující silné základy investiční ochrany v podobě bilaterálních dohod jednotlivých členských států, které by měly být inspirací pro budoucí sjednocenou ochranu investic na úrovni EU. Zajímavé je, že Komise v tomto případě zmiňuje také ambici jít nad rámec bilaterálních dohod, pokud jde o jejich rozsah, a to v podobě úpravy také tzv. předinvestiční fáze, tedy okamžik vstupu zahraniční investice či investora na trh druhé smluvní strany, což je přístup používaný spíše ve Spojených státech amerických. V podstatě nejdůležitější je třetí část *Agenda EU pro jednání o investicích*. Ta rozebírá nejprve možné budoucí smluvní partnery, a to buď prostřednictvím investiční kapitoly v dohodě o volném obchodu (Kanada, Indie, Singapur, Mercosur), nebo prostřednictvím sjednání samostatných investičních dohod se zeměmi, se kterými se o sjednávání dohody o volném obchodu v nejbližší době neuvažuje (Čína, Rusko).

Zároveň jsou v této části zmíněny základní standardy pro budoucí dohody, které by měly vycházet především ze zkušeností členských států – jde o běžné a dobře známé standardy nediskriminace prostřednictvím doložky nejvyšších výhod a národního zacházení, spravedlivého a rovného zacházení, úprava vyvlastňování či mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem. V *Závěru* EK pouze potvrzuje, že Sdělení je jen úvodním indikativním dokumentem, nastiňujícím politiku, která se s vývojem v čase může a bude měnit.

Už při analýze Sdělení samozřejmě vyvstávalo množství otázek, které může pravděpodobně zodpovědět pouze praxe. Sdělení například stanovilo pouze velmi vágní kritéria výběru partnerů, jako zemí s potenciálem, kam chtějí směřovat evropští investoři. Kromě toho vyvstala okamžitě otázka, zda EK neměla přistoupit k přípravě vzorové dohody nebo alespoň vzorových ustanovení, kterou EK odmítla s poukazem na to, že každá země si žádá zvláštní přístup a odlišnou smluvní úpravu. Další otázkou je, jaká bude přidaná hodnota nových evropských dohod k existujícím bilaterálním dohodám se třetími zeměmi. Nabízí se několik možných odpovědí, počínaje vyrovnáním, sjednocením a nastavením rovných podmínek pro všechny evropské investory a vytvoření jednotného investičního prostoru přes lepší a modernizované nastavení standardů investiční ochrany a jejich vymáhání či přes zlepšení přístupu na trh prostřednictvím liberalizace až po lepší vyjednávací pozici a vyšší sílu Unie ve vztazích s některými potenciálně problematickými partnery a komplexnější uchopení dohod o volném obchodu skrze začlenění investiční kapitoly.³⁸ Je zřejmé, že jeden evropský standard, který by nahradil 28 odlišných právních úprav jednotlivých členských států, by měl být pro zahraniční investory zajímavý, stejně tak jako by se vyrovnaly a potenciálně zlepšily podmínky pro evropské investory ve třetích zemích. Zároveň, což je neméně důležité, by mohly takové standardy sloužit jako nástroj mezinárodní harmonizace,³⁹ i při vědomí dříve neúspěšných pokusů na půdě OECD.

³⁸ Pro úplnost je možné doplnit, že v ČR bylo Sdělení Poslaneckou sněmovnou vzato na vědomí (Usnesení Výboru pro evropské záležitosti č. 13/2010), zatímco Senát jej projednal a přijal k němu doporučení pro vládu, navrhuje zlepšení vymezení principů a standardů ochrany investic, rozdělení mezinárodní odpovědnosti mezi EU a členskými státy, vytvoření efektivního mechanismu pro řešení sporů, navržených jasnějších kritérií pro výběr smluvních partnerů a doporučení směrem k tomu, aby v budoucnu nahradily dohody jednotlivých členských států unijními dohodami (Senát ČR: 575 Usnesení Senátu z 24. schůze dne 27. října 2010. Dostupné z: <<http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/htmlhled?action=doc&value=57201>>).

³⁹ DE MESTRAL, A. Is a model EU BIT possible – or even desirable? *Columbia FDI Perspectives*. 2010, No. 21, s. 1–3.

Ke Sdělení se zvláště vyjádřil Evropský parlament, který zdůraznil témata, jež tradičně považuje za důležité – právo veřejné moci na regulaci, začlenění environmentálních a sociálních standardů, zvýšení transparentnosti mechanismu řešení sporů, a kromě toho také vyjádřil obavy o směřování výlučných a sdílených pravomocí.⁴⁰ Svou pozici zaujala také Rada, která navrhla využití specifických kritérií pro výběr partnerských zemí, zdůraznila základní principy budoucích dohod a jejich vztah ke zkušenosti členských států a potřebu funkčního a efektivního mechanismu pro řešení sporů.⁴¹

5.2 Investiční vyjednávání EU se třetími zeměmi

Přibližně od léta roku 2011 je Komise aktivní ve sjednávání investičních kapitol v dohodách o volném obchodu nebo samostatných investičních dohod. První jednání EK zahájila právě se Singapurem, Kanadou a Indií s mandáty ze září 2011. Kanada je také první a zatím jedinou zemí, se kterou byla dohoda, Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA), již podepsána a od 21. září 2017 je prozatímně prováděna,⁴² byť s výjimkou právě investiční kapitoly, jejíž aplikace si žádá plné dokončení schvalovacího procesu ze strany všech členských států EU.

V prosinci 2011 pak Rada udělila Komisi mandát k jednání o investiční kapitole se čtyřmi zeměmi jižního Středomoří – Marokem, Tuniskem, Egyptem a Jordánskem – a o rok později, v prosinci 2012, dala Rada souhlas se zahájením jednání s Japonskem. V říjnu 2013 potvrdila Rada mandát pro zahájení jednání s Čínou o vůbec první samostatné investiční dohodě a zároveň autorizovala změnu mandátu pro jednání o dohodě o volném obchodu se zeměmi ASEAN, což umožnilo Komisi začít jednat o investicích s Malajsií, Thajskem a Vietnamem.⁴³ S poslední uváděnou zemí se již podařilo dosáhnout shody nad textem a lze očekávat další kroky v podobě schvalovacích procesů. Mezi další dohody, ke kterým EK dostala mandát jednat, patří samostatná investiční dohoda s Myanmarem, ke které byl mandát Radou udělen v březnu 2014,⁴⁴ dohody o volném obchodu s Filipínami v listopadu 2015⁴⁵ a Indonésií v červenci 2016⁴⁶ jako zbylé země ASEAN a modernizace globální dohody s Mexikem v květnu 2016. V kompletním výčtu samozřejmě nemůže chybět v červenci 2013 udělená autorizace pro jednání se Spojenými státy americkými o Transatlantickém obchodním a investičním partnerství (TTIP), jehož součástí měla být i investiční kapitola.⁴⁷

⁴⁰ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice [2010/2203(INI)].

⁴¹ Conclusions on a comprehensive European international investment policy, 3041st Foreign Affairs Council meeting, 25. října 2010, b. 14–15. Dostupné z: <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf>.

⁴² European Commission: Statement: EU and Canada agree to set a date for the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement. Statement by Mr Jean-Claude Juncker, President of the European Commission and Mr Justin Trudeau, Prime Minister of Canada, Statement/17/1959, 8 July 2017. Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1959_en.htm>.

⁴³ Main results of the Council Meeting, 3266th Foreign Affairs Council meeting, 18. října 2013. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/EN/foraff/139062.pdf>; European Commission: EU investment negotiations with China and ASEAN, 18 October 2013. Dostupné z: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-913_en.htm>.

⁴⁴ European Commission. EU and Myanmar/Burma to negotiate an investment protection agreement. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1045>>.

⁴⁵ Press release of the Council of the EU: EU-Philippines free trade agreement: Negotiations to start, 16. listopadu 2015. Dostupné z: <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/16-eu-philippines-trade-agreement/>>.

⁴⁶ Press release of the Council of the EU: EU-Indonesia free trade agreement: Negotiations to start, 18. července 2016. Dostupné z: <http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/7/47244644420_en.pdf>.

⁴⁷ European Commission: Member States endorse EU-US trade and investment negotiations. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=918>>.

Přehled negociačních partnerů⁴⁸

| Země | Datum mandátu | Typ mandátu | Typ dohody | Dohody s členy EU |
|------------------------|---------------|-------------|----------------------------------|-------------------|
| Singapur | 9/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 12 |
| Indie | 9/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 23 |
| Kanada | 9/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 6 |
| Maroko | 12/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 20 |
| Tunis | 12/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 19 |
| Egypt | 12/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 25 |
| Jordánsko | 12/2011 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 19 |
| Japonsko | 12/2012 | Nový mandát | Kapitola v rámci FTA | 0 |
| Spojené státy americké | 7/2013 | Nový mandát | Kapitola v rámci FTA | 9 |
| Malajsie | 10/2013 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 15 |
| Thajsko | 10/2013 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 12 |
| Vietnam | 10/2013 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 20 |
| Čína | 10/2013 | Nový mandát | Samostatná dohoda | 25 |
| Myanmar/Barma | 3/2014 | Nový mandát | Samostatná dohoda | 0 |
| Filipíny | 11/2015 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 14 |
| Mexiko | 5/2016 | Nový mandát | Kapitola v rámci globální dohody | 15 |
| Indonésie | 7/2016 | Modifikace | Kapitola v rámci FTA | 8 |

Bylo to právě vyjednávání o TTIP, které vyvolalo značný a především kritický zájem o unijní investiční politiku ze strany veřejnosti. Do té doby úvodní vyjednávání probíhala poměrně bez většího zájmu, a to i po zveřejnění prvních dojednaných textů investičních kapitol s Kanadou a Singapurem. V nich lze nalézt silné právo států na regulaci, přesné vymezení standardů rovného a spravedlivého zacházení a modernizovaný systém řešení sporů mezi investorem a státem. EK tyto texty označila za velmi progresivní a poukazuje na to, že omezují paralelní žaloby, zvyšují ochranu proti neodůvodněným žalobám, upravují chování arbitrážů včetně přijetí pravidel pro jednání a zároveň zajišťují plně transparentní řízení.⁴⁹

Rostoucí odpor části veřejnosti a některých nevládních organizací vůči vyjednávání se Spojenými státy však donutil EK v červnu 2014 pozastavit jednání o investicích a vyhlásit veřejnou konzultaci k investiční kapitole v TTIP, během které obdržela téměř 150 000 odpovědí.⁵⁰ Na základě vyhodnocených výsledků konzultace EK představila koncepční dokument *Investice v TTIP a dále: Posílení práva na regulaci a posun od současné arbitráže ad hoc směrem k investičnímu soudu*.⁵¹ Jak z názvu vyplývá, Komise pod tlakem veřejné kritiky přistoupila k přehodnocení své dosavadní politiky a zaměřila se především na další posílení práva na regulaci a rozchod s ISDS.⁵² Toto směřování potvrdil i připravený

⁴⁸ Přehled vyjednávání o FTAs a jiných obchodních vyjednáváních. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf> [cit. 2017-10-01]; UNCTAD. International Investment Agreements Navigator. Dostupné z: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> [cit. 2017-10-01].

⁴⁹ European Commission. Investment Provisions in the EU–Canada free trade agreement (CETA). 2016. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf>.

⁵⁰ 97 % z nich však bylo podáno za pomoci online nástrojů a platform, které umožnily respondentům odeslat svým jménem předem nadefinované odpovědi.

⁵¹ European Commission: Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. 5. května 2015.

⁵² Blíže k veřejné konzultaci např. SVOBODA, O. TTIP and ISDS: not irreconcilable acronyms. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*. 2015, Vol. 6, s. 345–356.

návrh investiční kapitoly pro TTIP z listopadu 2015 i následná investiční kapitola v FTA s Vietnamem, uzavřená v prosinci 2015, a změny investiční kapitoly v CETA zveřejněné v únoru 2016. Ve všech těchto textech je právo na regulaci samostatným ustanovením přímo v textu kapitoly a mechanismus ISDS je nahrazen dvoustupňovým kvazisoudním systémem, sestávajícím z prvoinstančního tribunálu s 15 soudci a šestičlenného odvolacího tribunálu.⁵³ Ten se označuje jako systém investičního soudu (*investment court system*). Jeho prosazování se mělo stát prvním krokem pro dosažení ambicióznějšího cíle – vytvoření multilaterálního systému pro řešení investičních sporů.

Z dalších připravovaných dohod je třeba speciálně zmínit dohodu s Čínou, která je pokusem sjednat ambiciózní investiční smlouvu předtím, než se bude jednat případně o dohodě o volném obchodu. Specifikem vyjednávané dohody je to, že jejím cílem není zajistit pouze vysoké standardy ochrany evropským investorům, ale zároveň i zajistit odstranění nebo redukci překážek při vstupu na čínský trh.⁵⁴ Potažmo s ohledem na smluvní reciprocitu i na evropský, kde jsou nicméně již nyní překážky vstupu na trh poměrně nízké.

Původně se očekávalo, že unijní investiční dohody budou obsahovat stejné standardy jako dohody jednotlivých členských států, protože zde není příliš prostoru pro odchylky od víceméně globálně uznávaných standardů. Tento předpoklad se nicméně ukázal jen částečně správným. Sjednané texty představují v mnoha ohledech odklon od tradičního evropského modelu, kdy jsou zpřesněny závazky smluvních stran,⁵⁵ přidaly se nové substantivní a procesní výjimky a rozšířila se transparentnost.⁵⁶ Tato úprava spíše připomíná přístup, který přijaly Spojené státy a Kanada ve svých vzorových dohodách na základě zkušeností z NAFTA než dosavadní praxi západoevropských zemí.

K posunu došlo navzdory mandátu, kterým Rada udělila EK povolení k jednání, kde bylo uvedeno, že v jednotlivých ustanoveních se mělo vycházet ze zkušeností a praxe členských států s jejich dohodami.⁵⁷ První unijní texty tak představují novou generaci investičních dohod, které se vzdálily „zlatému standardu“ stávajících dohod členských států, a proto někteří autoři v jejich souvislosti mluví o „platinovém standardu“ EU.⁵⁸

5.3 Vztah unijních dohod a bilaterálních dohod členských států

Specifickou otázkou je způsob, jakým byla vyřešena problematika prozatímního provádění unijních dohod. EU v podstatě všechny uzavřené obchodní dohody dosud prozatímně prováděla, a to v částech, kde se jednalo o výlučné unijní kompetence. Z povahy společné obchodní politiky tedy šlo o podstatnou část dohod, respektive prakticky téměř celé dohody. S rozšířením pravomocí v Lisabonské smlouvě EK navrhla v případě CETA s Kanadou také předběžné provádění včetně investiční kapitoly.⁵⁹ To by vytvořilo několik

⁵³ V FTA s Vietnamem došlo k jeho modifikaci spočívající ve snížení počtu soudců.

⁵⁴ European Commission. EU and China begin investment talks. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1013>>.

⁵⁵ Např. v případě vyvlastnění nacházíme patrnou inspiraci rozhodnutími některých investičních tribunálů, ze kterých do velké míry vycházely vzorové BITS Spojených států a Kanady při definování konkrétních podmínek vyvlastnění.

⁵⁶ Dohody EU odkazují na použití Pravidel transparentnosti v arbitrážních řízeních mezi investory a státy na základě mezinárodních smluv UNCITRAL (2014).

⁵⁷ Viz např. odtajněný mandát pro jednání o investicích s Kanadou. Dostupné z: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/en/pdf>>.

⁵⁸ TITI, C. Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible EU Model BIT. *Journal of World Investment & Trade*. 2014, Vol. 15, No. 3–4, s. 537–538.

⁵⁹ Návrh Rozhodnutí Rady o prozatímním provádění Komplexní dohody o hospodářské a obchodní spolupráci mezi Kanadou na jedné straně a Evropské unii a jejími členskými státy na straně druhé, COM(2016) 470 final. 5. 7. 2016.

zajímavých právních problémů a pravděpodobně i z tohoto důvodu a s ohledem na politickou citlivost byla převážná investiční část z prozatímního provádění dohody nakonec vyloučena.⁶⁰

Dále je nutné se podívat, jak budou unijní dohody vůbec nakládat s bilaterálními dohodami členských států EU. Pravděpodobně by je měly v momentě vstupu v platnost nahrazovat.⁶¹ Nicméně v případě předběžného provádění je s ohledem na odlišné vnitrostátní schvalovací procesy a povahu bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic patrně nebudou moci nahradit. Na tyto dohody nemá z pohledu mezinárodního práva vliv přenesení pravomocí uvnitř EU. Změna a případné ukončení těchto smluv musí být dle mezinárodního práva provedeno smluvními stranami.⁶²

Tento problém je možné uvést na příkladu České republiky, která standardně jako ostatní členské státy EU obchodní dohody předběžně provádí, nicméně české dohody o podpoře a ochraně investic jsou sjednány jako prezidentské smlouvy a mohly by tím pádem být ukončeny až na základě odpovídajícího vnitrostátního schvalovacího procesu, tedy včetně udělení souhlasu Parlamentem a po ratifikaci prezidentem republiky. Jde tedy o stejný proces, jaký předpokládají smíšené unijní dohody o volném obchodu pro svůj vstup v platnost. Proces pro prozatímní provádění je nicméně mnohem jednodušší a stačí pro jeho spuštění souhlas Rady. Ten ale samozřejmě není dostačující pro ukončení platnosti české bilaterální dohody. Mohl by tak vzniknout paradox dvou paralelně uplatňovaných mezinárodních režimů pro zahraniční investory. CETA v čl. 30.8 stanoví, že k nahrazení bilaterálních dohod dojde ve chvíli, kdy CETA vstoupí v platnost. Vzhledem k tomu, že převážná část investiční kapitoly se předběžně neprovádí a vstoupí v platnost až po dokončení vnitrostátních schvalovacích procesů členskými státy, tedy v případě České republiky po vyslovení souhlasu s ratifikací Parlamentem a následnou ratifikací prezidentem, by měl být tento potenciální rozpor vyřešen.

Závěr

Po více než sedmi letech po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost unijní investiční politika prozatím nedospěla do stádia, kdy by bylo možné konstatovat její plné etablování. V mnoha ohledech nabízí stále spíše otázky než odpovědi. Přesto došlo ve dvou zásadních oblastech k nastavení pravidel a konečně také stanovení jejího rozsahu z hlediska rozdělení pravomocí mezi Unii a jejími členskými státy. S posudkem Soudního dvora EU ve věci FTA mezi EU a Singapurem lze nyní víceméně s jistotou určit smíšenou povahu dohod z hlediska kompetencí, kdy na straně jedné musí stát EU a její členské státy, a na straně druhé třetí strana. Jestli EU v budoucnu přistoupí k omezení obsahu dohod o prvky smíšenosti, je určitě jednou ze zvažovaných alternativ Komisí. Nelze ovšem očekávat, že by členské státy byly připraveny takovou variantu snadno akceptovat, neboť by znamenala, že by dohody o volném obchodu byly sjednávány ve výlučné působnosti EU.

Dnes je i zřejmý rámec, ve kterém je zajištěna existence systému bilaterálních dohod jednotlivých členských států. Ten nadále tvoří, s více než 1 200 bilaterálními dohodami, základ systému ochrany a podpory investic evropských investorů. Platnost těchto dohod

⁶⁰ Rozhodnutí Rady (EU) 2016/38 ze dne 28. října 2016 o prozatímním provádění Komplexní hospodářské a obchodní dohody (CETA) mezi Kanadou na jedné straně a Evropské unii a jejími členskými státy na straně druhé, 10974/16. 5. 10. 2016.

⁶¹ Podobně viz také BALAŠ, V. Soumrak BIT v EU? *Acta Universitatis Carolinae. Iuridica*. 2016, sv. 62, č. 2, s. 125.

⁶² BĚLOHLÁVEK, A. J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*, s. 209–210.

byla, bez zpochybnění jejich stavu z pohledu mezinárodního práva, potvrzena i v systému evropského práva, a členské státy nadále mají možnost sjednávat v konkrétně vymezených případech a při splnění nastavených kritérií bilaterální dohody o ochraně a podpoře investic.

Známo je také již, jak bude fungovat systém rozdělení odpovědnosti za porušení mezinárodních závazků mezi EU a jejími členskými státy. Nejde pouze o to, že je známa podoba nařízení, ale také o to, že o fungování systému v praxi lze uvažovat spíše jen teoreticky, neboť praktickou zkušeností v této věci nikdo nedisponuje. Stále lze tak jen spekulovat o tom, jaké přitom může taková proměna mít dopady na nastavení celého systému mezinárodní odpovědnosti. EU prozatím obdržela mandát pro jednání se 17 zeměmi, ať už ve formě mandátu pro jednání o dohodě o volném obchodu, či ve formě samostatné investiční dohody. Jedinou podepsanou dohodou je prozatím dohoda s Kanadou, u které je však nejisté, kdy bude investiční kapitola plně prováděna, neboť je k tomu nutná ratifikace ze strany všech členských států. Ačkoliv jsou texty dohod se Singapurem a Vietnamem dojednány a s Japonskem byla v červenci 2017 oznámena „politická dohoda“ nad textem, ani u jedné prozatím nezačal schvalovací proces.

Poslední roky a zvláště dva momenty – zahájení vyjednávání o TTIP se Spojenými státy, které spustilo nepředvídatelný řetěz událostí, a posudek Soudního dvora EU A-2/15 mají zásadní vliv na směřování Evropské unie v investiční oblasti. Na konkrétní dopady této nové politiky v delším časovém horizontu je však nutné počkat. Myšlenky sjednocení evropských standardů, vytvoření jednotného investičního prostředí a modernizace základních konceptů zacházení s investory i mechanismu řešení sporů se zdají být jako cesta správným směrem, stejně jako snaha o vytvoření mezinárodního investičního soudu. Pokud se Unii v tomto směru podaří, i přes počáteční problémy, úspěšně prosadit svůj přístup v probíhajících a budoucích jednáních, může stát také v čele reformy celého mezinárodního systému úpravy investic, o jejíž potřebě není vcelku pochyb.⁶³

⁶³ Blíže k této otázce např. CHAISSE, J. Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How will the new EU Competence on FDI affect the emerging global regime? *Journal of International Economic Law*. 2012, Vol. 15, No. 1, s. 51–84.

Legal Aspects of the EU Investment Policy

David Müller – Ondřej Svoboda

Abstract: The purpose of this article is to analyze the main features and development of the newly created European Union (EU) investment policy, giving particular attention to its key concerns. First, the article introduces the shift of competences from the Member States to the EU, following the entry into force of the Lisbon Treaty. This new playing field, based upon the inclusion of foreign direct investment within the framework of common commercial policy, is compared to the previous situation and legal framework. Consequently, the article identifies and analyzes three essential concerns associated with the EU investment policy. First, it follows the uncertain legal statute and nature of Member States' bilateral investment treaties after the transfer of power to the EU. The high level of uncertainty required drafting and swift adoption of the particular EU regulation, which laid down the foundation for the conformity of these bilateral agreements with the EU law. Second, the anticipated setting of European investment policy is discussed, based on the initial Commission Communication, as well as on its current practice, including the basic standards of treatment and selection of negotiating partners. So far, the EU has commenced negotiations with a number of third countries, while negotiations are already concluded with Canada, Singapore and Vietnam. The final part concerns the draft of mechanism for the division of respondents and financial responsibility between Member States and the EU for future investor-state dispute settlements, using European regulation.

Key words: investment policy, European Union, investment treaties, Common commercial policy, international responsibility