

System investičního soudu: Překotný rozchod Evropské unie s investiční arbitráží

Ondřej Svoboda*

Abstrakt: System řešení investičních sporů založený na investiční arbitráži známé jako řešení sporů investor–stát (ISDS) je předmětem značné kritiky, zvláště v kontextu regionálních obchodních a investičních vyjednávání. V roce 2015 se Evropská unie po veřejné konzultaci a diskusi unijních institucí v kontextu vyjednávání o Transatlantickém obchodním a investičním partnerství (TTIP) se Spojenými státy rozhodla mechanismus ISDS ve svých dohodách nahradit novým přístupem k řešení investičních sporů pojmenovaným system investičního soudu (ICS). Podle Evropské komise je tento nový způsob řešení sporů nezbytnou odpovědí na nedůvěru, která panuje vůči ISDS, a odpovídá nárokům kladeným demokratickými zásadami a veřejným dohledem. Článek se proto nejdříve pokusí vysvětlit změnu postoje EU a následně se zaměří na tři oblasti fungování ICS, které poutají nejvíce pozornosti: nestrannost a nezávislost rozhodců, předvídatelnost a konzistenci rozhodování a výkon rozhodnutí. Jejich analýzou se dospěje k celkovému hodnocení ICS a jeho zasazení do širších snah o reformu mezinárodního investičního práva.

Klíčová slova: ochrana investic, Evropská unie, řešení sporů investor–stát, system investičního soudu

Úvod

Dne 30. října 2016 podepsala Evropská unie a Kanada Komplexní hospodářskou a obchodní dohodu (CETA), která mj. zahrnuje také investiční kapitulu. Tato kapitola je unikátní ve dvou ohledech. Jedná se o první úpravu ochrany investic, kterou sjednala EU na mezinárodní úrovni, a navíc v sobě obsahuje zcela nový přístup k řešení investičních sporů známý jako tzv. system investičního soudu (*investment court system*, ICS). Tento system nahrazuje dosavadní arbitrážní mechanismus řešení sporů investor–stát (*investor-state dispute settlement*, ISDS),¹ založený na modelu mezistátních arbitráží, jehož průběh samotného řízení se příliš neodchyluje od mezinárodní obchodní arbitráže.² Brzy po podpisu CETA prosadila Unie ICS také do dohody o ochraně investic se Singapurem, jejíž finální podoba byla oznámena v dubnu 2018,³ dohody o ochraně investic s Vietnamem, jejíž vyjednávání Unie ukončila v červnu 2018,⁴ a oficiálně bylo potvrzeno přijetí tohoto systému i v rámci končících vyjednávání s Mexikem v dubnu 2018.⁵ Potvrzuje se tak vyjádření komisařky pro obchod Cecilie Malmströmové, že uvedený přístup bude EU navrhovat ve

* 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. Názory vyjádřené v tomto článku jsou však pouze jeho osobními názory a nevyjadřují oficiální stanovisko. Tento příspěvek byl zpracován jako součást projektu Právnické fakulty Univerzity Karlovy *Progres Q04 – Právo v měnícím se světě*. E-mail: ondrej.svoboda@gmail.com.

¹ Podle analýzy OECD provedené na základě 1 660 bilaterálních investičních dohod 96 % z nich obsahuje ISDS. POHL, J. – MASHIGO, K. – NOHEN, A. *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements. A Large Sample Survey. OECD Working Papers on International Investment*. 2012, č. 2, s. 10.

² ŠTURMA, P. – BALAŠ, V. *Mezinárodní ekonomické právo*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 414, 438.

³ European Commission. *European Commission proposes signature and conclusion of Japan and Singapore agreements*. 18. 4. 2018 [cit. 2018-05-08]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1826>>.

⁴ European Commission. *EU and Vietnam finalise trade and investment discussions*. 26. 6. 2018 [cit. 2018-08-15]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1875>>.

všech unijních obchodních a investičních vyjednáváních: „*Tento nový systém investičního soudu nahradí starý ISDS model ve všech našich probíhajících a budoucích obchodních vyjednáváních, včetně obchodních jednání mezi EU a USA.*“⁶ V nejnovější obchodní strategii Unie *Obchod pro všechny: Cesta k zodpovědnější obchodní a investiční politice* byl následně tento postoj potvrzen: „*Dvoustranné dohody EU zahájí transformaci starého systému řešení sporů mezi investory a státem na veřejný soudní systém pro investice sestávající ze soudu prvního stupně a z odvolacího soudu, které budou fungovat jako tradiční soudy [...].*“⁷ Podle Evropské komise (dále také „Komise“) tento nový systém, odpovídající nárokům kladenými demokratickými zásadami a veřejným dohledem, je nevyhnutelnou odpovědí na nedůvěru, která panuje vůči ISDS: „*Evropa musí převzít odpovědnost jej reformovat a modernizovat.*“⁸

Evropská unie tak těmito kroky zásadním způsobem vstoupila do diskuse o reformě ISDS, nad kterou je poměrně široká shoda, že je důležitá, ale současně také pro řadu důležitých aktérů nechtěná a kontroverzní.⁹ Systém investičního soudu proto od svého počátku poutá značnou pozornost, a to nejen odborníků, ale také širší veřejnosti. V zahraničí se ICS stal brzy předmětem značné kritiky, a to především ze strany zastánců stávajícího ISDS.¹⁰ Kritika však mířila i z „druhé strany barikády“, nevládních organizací a občanské společnosti, pro které je jen pokračováním ISDS v jiné podobě, ale se stejnými vadami.¹¹ Existuje však i řada studií, které se snaží tento projekt objektivně zhodnotit a určit jeho potenciální výhody a nevýhody.¹² V České republice nicméně ICS prozatím větší odbornou diskuzi nevyvolal,¹³ a to i přes bohaté zkušenosti ČR s investiční arbitráží a široký zájem o toto specifické odvětví mezinárodního práva.¹⁴

⁵ European Commission. *EU and Mexico reach new agreement on trade*. 21. 4. 2018 [cit. 2018-07-09]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1830>>.

⁶ MALMSTRÖM, C. *Proposing an Investment Court System*. 16. 9. 2015 [cit. 2018-06-30]. Dostupné z: <http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en>.

⁷ Evropská komise. *Obchod pro všechny: Cesta k zodpovědnější obchodní a investiční politice*. 2015, s. 17.

⁸ European Commission. *Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations*. 16. 9. 2015 [cit. 2018-05-15]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364>>.

⁹ Srov. GONZÁLES GARCÍA, L. Making Impossible Investor-State Reform Possible. In: KALICKI, J. E. – JOUBIN-BRET, A. (eds). *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*. Leiden: Brill, 2015, s. 426.

¹⁰ EBERHARDT, P. *The zombie ISDS: Rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die*. Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, 2016; Greenpeace. *From ISDS to ICS: a leopard can't change its spots*. 11. 2. 2016.

¹¹ European Federation for Investment Law and Arbitration. *TASK FORCE PAPER regarding the proposed International Court System (ICS)*. 1. 2. 2016.

¹² ANSONG, A. The EU Commission's Proposed Investment Court System: Striking the Sovereignty Balance and Multilateralising Bilateral Rules. *International Company & Commercial Law Review*. 2016, Vol. 27, No. 12, s. 424–431. BAETENS, F. The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges. *Legal Issues of Economic Integration*. 2016, Vol. 43, No. 4, s. 367–384. BERNARDINI, P. The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis. *ASA Bulletin*. 2017, Vol. 35, No. 4, s. 812–836. HEPPNER, S. A Critical Appraisal of the Investment Court System Proposed by the European Commission. *Irish Journal of European Law*. 2016, Vol. 19, No. 1, s. 38–63. KHO, S. S. – YANOVICH, A. – CASEY, B. R. – STRAUSS, J. The EU TTIP Investment Court Proposal and the WTO Dispute Settlement System: Comparing Apples and Oranges? *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. 2017, Vol. 32, No. 2, s. 326–345. LOPÉZ-RODRIGUEZ, A. M. Investor-State Dispute Settlement in the EU: Certainties and Uncertainties. *Houston Journal of International Law*. 2017, Vol. 40, No. 1. REINISCH, A. Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*. 2016, Vol. 19, No. 4, s. 761–786. SCHWIEDER, R. W. TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2016, Vol. 55, No. 1, s. 178–227.

¹³ Výjimkou jsou BALAŠ, V. Nové trendy v mezinárodněprávní ochraně investic (ISDS v. ICS) – „znárodnění“ řešení investičních sporů? In: GERLOCH, A. – ŽÁK KRŽYŽANKOVÁ, K. (eds). *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017; a na něj navazující a předložené argumenty dále rozvádějí BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*. Praha: Wolters Kluwer, 2018. K této monografii a jejím tezím se bude autor níže vracet.

Autor má proto v úmyslu tímto příspěvkem upozornit na dynamický vývoj v oblasti řešení investičních sporů a navázat také na svůj předchozí text na stránkách *Právnicka*, jehož je spoluautorem a který má za cíl přiblížit základy, východiska a vytváření unijní investiční politiky jako nové pravomoci EU získané Lisabonskou smlouvou.¹⁵ Podpis CETA a dokončení vyjednávání dalších unijních mezinárodních dohod s ICS jakožto jedním ze základních prvků reformního přístupu EU k ochraně zahraničních investic je tak přirozeným dalším krokem ve zkoumání této oblasti. Cílem textu bude podrobně představit a analyzovat unijní přístup k řešení investičních sporů a důvody, které vedly k odmítnutí ISDS a jeho nahrazení systémem investičního soudu. Pozornost se následně soustředí na samotný ICS, především na jeho základní charakteristiky a také otázku, jestli je vhodnou odpovědí na vytýkané vady ISDS. Současně bude tento unijní návrh zohledněn v kontextu jiných iniciativ v reformě systému mezinárodního investičního práva. Stranou záměrně zůstane otázka souladu ICS s unijním právem, která je předmětem probíhajícího řízení před Soudním dvorem EU (SDEU),¹⁶ nebo problematika investičních dohod uzavřených mezi členskými státy EU (tzv. intra-EU BITs) po rozhodnutí SDEU ve věci *Achmea*.¹⁷

1. Cesta ke změně v přístupu EU

V základním dokumentu ke společné investiční politice EU *Sdělení Evropské komise – Cesta k ucelené evropské mezinárodní investiční politice*,¹⁸ který je programovým dokumentem Komise vydaným sedm měsíců poté, co vstoupila v platnost Lisabonská smlouva, byl mechanismus ISDS označen za „základní prvek, který Unie převzala z dvoustranných smluv členských států o investicích“ a „již zavedeným charakteristickým prvkem dohod o investicích“.¹⁹ Při dalším vývoji tohoto mechanismu Komise zamýšlela „vycházet z praktických zkušeností členských států, aby byl tento mechanismus co nejvyspělejší“. Je také zajímavé, že se Komise na tomto místě vyjádřila ke dvěma často kritizovaným otázkám spjatým s fungováním ISDS. Zavázala se k zajištění transparentnosti arbitrážního řízení a zvážení, zda by roztržičnosti sporů a výkladů nepomohlo zavedení kvazi-stálých rozhodců a/nebo odvolacích mechanismů.²⁰ V říjnu 2010 na Komisi navázala Rada, která přijala závěry k evropské investiční politice, zdůraznila vedle úrovně ochrany také v praxi osvědčené postupy členských států. Jednalo se především o obvyklé standardy zacházení a ISDS. Tyto principy by měly podle Rady představovat základní pilíře budoucích investičních dohod EU.²¹ Poněkud odlišný postoj ve vztahu k ISDS zaujal Evropský parlament. Připustil sice, že „je nutné uplatňovat také postup urovnávání sporů mezi investorem a stá-

¹⁴ Česká republika je čtvrtou nejžalovanější zemí ze strany zahraničních investorů. Viz UNCTAD. *Investor-state dispute settlement review of developments in 2017. IIA Issues Note*. 2018, No. 2, s. 3.

¹⁵ MÜLLER, D. – SVOBODA, O. Právní aspekty investiční politiky Evropské unie. *Právnick*. 2018, Vol. 157, No. 3, s. 221–235.

¹⁶ Žádost o posudek podaná Belgickým královstvím na základě čl. 218 odst. 11 SFEU (Posudek 1/17).

¹⁷ Rozsudek ve věci C-284/16, *Slovenská republika v. Achmea BV*, 6. března 2018. V daném rozhodnutí SDEU označil rozhodčí doložku v dohodě o ochraně investic uzavřené mezi Nizozemskem a Slovenskem za neslučitelnou s unijním právem. Rozsudek tak potvrdil dlouhodobý postoj Evropské komise a některých členských států a lze očekávat, že povede k ukončení všech intra-EU BITs.

¹⁸ 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. 7. 2010 (dále také jen „*Sdělení Komise*“).

¹⁹ *Sdělení komise*, s. 9–10.

²⁰ *Ibidem*, s. 10.

²¹ Council of the European Union. *Conclusions on a comprehensive European international investment policy*, 3041st Foreign Affairs Council Meeting, 25. 10. 2010, b. 14.

tem, aby byla zajištěna rozsáhlá ochrana investic,“ jedním dechem ale dodal, že „současný systém urovnávání sporů se musí výrazně změnit“. Konkrétně byly mezi požadovanými změnami uvedeny větší transparentnost a možnost odvolání.²² Lze tedy shrnout, že mezi bruselskými institucemi panoval minimální konsenzus, že by investiční dohody EU měly zajistit vysokou ochranu evropských investorů, včetně mechanismu ISDS.

V praktické rovině se tento závěr poprvé promítl do mandátu, který Rada udělila v červenci 2011 Komisi pro jednání k ochraně investic v rámci vyjednávání s Kanadou o CETA.²³ Tomu odpovídal také výsledný text CETA zveřejněný na podzim 2014, tj. před změnami provedenými v rámci právního čištění pod vlivem nového přístupu.²⁴ Procesní pravidla investiční kapitoly, která byla zahrnuta, představovala tradiční, byť v několika směrech reformovaný mechanismus ISDS. Velká část novinek byla zaměřena na osoby rozhodců. Dojednaný text předpokládal smluvními stranami vytvoření seznamu rozhodců (tzv. *roster*), z nichž jedna třetina je vybírána EU, druhá třetina Kanadou a zbylá třetina, z níž budou vybírání předsedové tribunálu, budou občané třetích zemí, s nimiž budou obě strany souhlasit. Po rozhodcích byla požadována zkušenost v oblasti mezinárodního práva, zvláště mezinárodního investičního práva. Žádoucí byla také odbornost nebo zkušenosti v oblasti mezinárodního obchodního práva a řešení sporů vyplývajících z mezinárodních investičních obchodních dohod. CETA se tak stala první dohodou svého typu, která obsahovala závazná etická pravidla pro rozhodce v investičních sporech. Text obsahoval i úpravu proti podvodným a manipulativním žalobám. V podobném směru byl navržen i mechanismus proti neopodstatněným a nepodloženým žalobám. Velký posun představoval odkaz na použití Pravidel transparentnosti UNCITRAL v arbitrážních řízeních mezi investory a státy²⁵ zajišťující, aby všechny dokumenty jako např. podání stran či rozhodnutí tribunálu byly veřejně přístupné na webu a slyšení před tribunálem byla otevřena veřejnosti. Poslední významná inovativní změna se týkala hrazení nákladů řízení, které ponese neúspěšná strana (*loser pays principle*). Na konec textu bylo také vloženo ustanovení připouštějící pozdější vytvoření odvolacího mechanismu. Jednalo se však o ustanovení neurčité a nezávazné povahy a je z něj patrné, že pro vyjednaváče nebylo toto téma prioritou, což je v ostrém kontrastu s vývojem, který měl brzy následovat.

Zlom přichází až s vyjednáváním se Spojenými státy o Transatlantickém obchodním a investičním partnerství (TTIP), které vyvolalo mnohonásobně větší zájem veřejnosti. To, že TTIP neměl představovat žádnou pomyslnou revoluci v investiční politice a že instituce EU k této dohodě přistupovaly stejně jako ke všem jiným vyjednáváním, dokládá mandát pro jednání schválený v červnu 2013.²⁶ V oblasti ochrany investic svým obsahem kopíruje předcházející mandát s Kanadou. Změnu lze zaznamenat pouze u detailnějšího popisu ISDS. Nově bylo uvedeno, že tento mechanismus by měl zajišťovat transparentnost, nezávislost rozhodců, předvídatelnost dohody a pojistky proti zjevně neopodstatněným a podvodným žalobám. Zdůrazněna byla navíc i možnost vytvoření odvolacího mechanismu a vhodná úprava vztahu mezi ISDS a domácími prostředky nápravy.

²² Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice (2010/2203(INI)), b. 31, 32.

²³ Mandát byl odtajněn až v prosinci 2015 v souvislosti s kritikou transparentnosti vyjednávání o dohodě TTIP. Část k ochraně investic dostupná z: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/en/pdf>> [cit. 2018-05-04].

²⁴ Text dostupný z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf> [cit. 2018-05-04].

²⁵ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 2014.

²⁶ Mandát byl odtajněn v říjnu 2014 po velkém nátlaku veřejnosti a kritice nedostatečné transparentnosti ze strany evropské ombudsmanky. Dostupné z: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>> [cit. 2018-04-02].

Kvůli narůstajícímu odporu, především v západoevropských zemích, vůči vyjednávání se Spojenými státy, kdy jednou z nejvíce kritizovaných částí se stala ochrana investic a mechanismus ISDS, vyhlásila Komise v červnu 2014 pozastavení jednání o investicích a vyhlásila veřejnou konzultaci k investiční kapitole v TTIP. Vzhledem k velkému zájmu veřejnosti přilákala veřejná konzultace, která probíhala v období od března 2014 do července 2014, bezprecedentní počet respondentů. Získáno bylo téměř 150 000 odpovědí.²⁷ Zpráva o výsledcích veřejné konzultace byla následně Komisí zveřejněna 13. ledna 2015 a je čistě faktického charakteru.²⁸ Neobsahuje žádná politická doporučení a za nejdůležitější část lze považovat čtyři základní oblasti, kterým by podle Komise měla být v nadcházejících debatách věnována větší pozornost, a to: ochrana práva státu na regulaci, ustavení a fungování arbitrážních tribunálů, vztah mezi domácími právními systémy a ISDS a přezkum rozhodčích nálezů prostřednictvím odvolacího mechanismu.²⁹

V květnu 2015 na závěry zprávy navázala Komise koncepčním dokumentem *Investice v TTIP a dále: Posílení práva na regulaci a posun od současné ad hoc arbitráže směrem k investičnímu soudu*.³⁰ Jak z názvu vyplývá, Komise pod tlakem veřejné kritiky přistoupila k přehodnocení své dosavadní politiky a zaměřila se především na posílení práva na regulaci a transformaci arbitrážních tribunálů ISDS do blíže nespecifikované podoby soudního orgánu. Při bližším pohledu tento dokument v úvodu objasňuje značný posun, který v oblasti investičních ochrany znamenala již dojednaná CETA. Pokud jde o TTIP, byla tato vyjednávání prezentována jako příležitost k zavedení dalších inovativních prvků, s jejichž pomocí bude Komise minimalizovat obavy veřejnosti a odstraní nejvíce vytýkané slabiny ISDS. U ustanovení a fungování tribunálů mají být v budoucnu všichni arbitři vybíráni ze seznamu předem stanoveného stranami dohody. Odvolací mechanismus zamýšlela Komise vytvořit jako bilaterální odvolací orgán se sedmi stálými členy. Tento návrh se měl stát prvním krokem pro dosažení ambiciózního cíle – vytvoření multi-laterálního systému pro řešení investičních sporů.

Myšlenky obsažené v koncepčním dokumentu představila 6. května 2015 komisařka Malmströmová nejdříve v parlamentním výboru pro mezinárodní obchod (INTA) a o den později na zasedání Rady. Reakce v INTA byla poměrně příznivá³¹ a také Rada ve svém oficiálním prohlášení dokument Komise a v něm obsažené návrhy opatrně přivítala.³² Evropský parlament následně stanovil v červenci 2015 ve svém doporučení Komisi k jednání o TTIP mantinely, ve kterých musela připravit politicky přijatelný návrh: „nahradit mechanismus urovnávání sporů mezi investory a státem (ISDS) novým systémem pro urovnávání sporů mezi investory a státem, který by se řídil demokratickými zásadami a podléhal přezkumu, a v jehož rámci by případné věci byly projednávány transparentně, veřejně

²⁷ Celkem 97 % z nich však bylo podáno za pomoci on-line nástrojů a platform, které umožnily respondentům odeslat svým jménem předem nadefinované odpovědi.

²⁸ European Commission. Commission Staff Working Document, Report: Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), SWD(2015) 3 final. 13. 1. 2015 [cit. 2018-05-12]. Dostupné z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf>.

²⁹ Blíže k veřejné konzultaci a okolnostem jejího průběhu např. SVOBODA, O. TTIP and ISDS: not irreconcilable acronyms. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*. 2015, Vol. 6, s. 345–356.

³⁰ 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. 5. 2015.

³¹ Záznam z jednání dostupný z: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20150506IPR51209&language=EN&format=XML>> [cit. 2018-06-25].

³² Council of the European Union. Outcome of the Council Meeting, 3384th Foreign Affairs Council Meeting. 7. 5. 2015.

jmenovanými a nezávislými odbornými soudci během veřejných jednání a který by zahrnoval mechanismus odvolání, přičemž by byl zajištěn soulad judikatury a byla by respektována příslušnost soudů EU a členských států a soukromé zájmy by nemohly oslabovat cíle veřejných politik“.³³ Tento požadavek musela Komise ve svých plánech zohlednit, pokud chtěla v budoucnu pomýšlet na parlamentní souhlas s TTIP.

Nový návrh investiční kapitoly pro TTIP byl Komisí zveřejněn v září 2015 s poznámkou, že text je interním dokumentem Unie a Komise jej prodiskutuje s členskými státy v Radě a s Parlamentem.³⁴ Po konzultacích nad tímto konkrétním textem představila Komise v listopadu 2015 jeho konečnou verzi, která doznala oproti původní jen několika málo změn.³⁵ Dříve zmiňovanou radikální proměnou prošla část týkající se ISDS, která byla nahrazena novým mechanismem, o němž bude pojednáno ve zbytku textu.

Ještě před tím je ale vhodné poukázat na jistý paradox. Zatímco se uzavření TTIP stalo s novou americkou administrativou prezidenta Donalda Trumpa nereálným, proběhla interní unijní diskuse, kterou TTIP vyvolal, měla dopad na všechna ostatní bilaterální investiční jednání, která EU vedla a vede. Na začátku prosince 2015, necelý měsíc po představení konečné verze návrhu investiční kapitoly pro TTIP, oznámila Komise překvapivou zprávu, že vyjednávání s Vietnamem byla úspěšně dokončena a Vietnam v dohodě souhlasil se zahrnutím ICS.³⁶ Podobný vývoj prodělala CETA, která byla od října 2013 v procesu právního čištění textu.³⁷ Komise v obavách, že dohoda obsahující „starý“ systém ISDS nebude v Parlamentu schválena, přesvědčila Kanadu k akceptování změn, které v podstatě znamenaly přijetí všech podstatných prvků nového přístupu.³⁸ V dubnu 2018 následovalo oznámení investiční dohody se Singapurem poté, co byla oddělena od obchodní dohody EU–Singapur.³⁹ Zatím poslední zemí, která ve vyjednáváních s EU na návrh ICS přistoupila, je Mexiko v rámci modernizace globální dohody.⁴⁰ Jediným vyjednávacím partnerem, kterého Unie dosud nepřesvědčila, je Japonsko.⁴¹ V současnosti je pak ICS předmětem řady dalších bilaterálních investičních vyjednávání, která EU vede, např. s Myanmarem, Čínou, Indonésií, Filipínami nebo Tuniskem.⁴²

³³ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 8. července 2015 obsahující doporučení Evropského parlamentu Evropské komisi týkající se jednání o Transatlantickém obchodním a investičním partnerství (TTIP) (2014/2228(INI)), b. xv.

³⁴ Text dostupný z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf> [cit. 2018-05-02].

³⁵ Text dostupný z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf> [cit. 2018-05-12].

³⁶ European Commission. The EU and Vietnam finalise landmark trade deal. 12. 12. 2015 [cit. 2018-07-22]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409&title=The-EU-and-Vietnam-finalise-landmark-trade-deal>>.

³⁷ European Commission. EU and Canada strike free trade deal. 18. 10. 2013 [cit. 2018-05-11]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=973&title=EU-and-Canada-strike-free-trade-deal>>.

³⁸ European Commission. CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement. 29. 2. 2016 [cit. 2018-07-25]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468&title=CETA-EU-and-Canada-agree-on-new-approach-on-investment-in-trade-agreement>>.

³⁹ European Commission. European Commission proposes signature and conclusion of Japan and Singapore agreements. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1826>> [cit. 2018-07-25]. Dohoda o volném obchodu mezi EU a Singapurem, obsahující investiční kapitolu, byla sjednána v 2014. Následně byla kvůli kompetenčním sporům mezi Radou a Komisí předložena k posouzení její právní povahy Soudnímu dvoru EU. S ohledem na posudek zveřejněný v květnu 2017 bylo rozhodnuto rozdělit původní dohodu na obchodní část ve výlučné pravomoci Unie a investiční část ve formě samostatné investiční dohody ve smíšené pravomoci.

⁴⁰ European Commission. EU and Mexico reach new agreement on trade. 21. 4. 2018 [cit. 2018-07-25]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1830>>.

⁴¹ European Commission. EU-Japan investment negotiations. 11. 8. 2018 [cit. 2018-07-25]. Dostupné z: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1888>>.

⁴² To lze odvodit ze zpráv z jednotlivých vyjednávacích kol, nebo konkrétních textových návrhů předložených Komisí pro daná vyjednávání, které jsou dostupné na webových stránkách Ředitelství Komise pro obchod: <<http://ec.europa.eu/trade/>>.

2. Hlavní rysy systému investičního soudu

Nový systém investičního soudu je navržen jako dvoustupňový kvazisoudní systém složený z prvoinstančního patnáctičlenného tribunálu a šestičlenného odvolacího tribunálu. Struktura tak na první pohled připomíná systém řešení sporů ve Světové obchodní organizaci (WTO), na jehož vrcholu je odvolací orgán se sedmi členy jmenovanými členskou základnou WTO. Jeho využití jako vzoru pro ICS má své zastánce⁴³ i odpůrce.⁴⁴ Členové tribunálů ICS⁴⁵ budou jmenováni smluvními stranami na šestileté funkční období, přičemž u prvoinstančního tribunálu bude pět soudců/členů občany EU, pět občanů druhé smluvní strany a pět občanů třetích zemí a obdobně bude toto rozdělení platit v poměru 2:2:2 i u odvolacího tribunálu. Investiční spory budou zpravidla rozhodovány tříčlenným senátem, jehož složení bude podobně jako u vnitrostátních soudů určeno na rotační bázi, tak aby složení senátů bylo náhodné a nepředvídatelné. Členové tribunálu musejí mít kvalifikaci požadovanou v jejich zemi ke jmenování do soudní funkce, nebo být obecně uznávanými právníky. Ačkoliv lze obdobný požadavek najít např. u Mezinárodního soudního dvora,⁴⁶ požadovaná kvalifikace může být z praktického hlediska problematická. Požadavky na soudce se mohou v jednotlivých právních řádech diametrálně lišit, např. v případě partnerů EU, kteří ICS přijali – Kanady, Vietnamu, Singapuru a Mexika. Členové dále musejí mít prokazatelné odborné znalosti v oblasti mezinárodního práva veřejného a dále je vhodné, aby měli odborné znalosti zejména v oblasti mezinárodního investičního práva, mezinárodního obchodního práva a v oblasti řešení mezinárodních investičních nebo obchodních sporů. Toto je s ohledem na fakt, že ještě v roce 2012 pouze 1,5 % z analyzovaných BITs obsahovalo požadavky na kvalifikaci rozhodců, pozitivní trend.⁴⁷ Pochybnosti vzbuzuje, zda bude dostupné dostatečné množství osob splňujících tato kritéria.⁴⁸ Zvláště pro země jako Vietnam nebo Singapur bude obtížné mezi vlastními občany nelézt odborníky, které mohou do tribunálu jmenovat. Pravděpodobně z tohoto důvodu bylo také v pozdější verzi ICS oproti návrhu pro TTIP doplněno, že smluvní strany mohou jmenovat „svými“ členy i občany třetích zemí.⁴⁹

V rámci odvolacího řízení bude mít odvolací tribunál pravomoc přezkoumávat jak právní, tak i zjevně chybné faktické posouzení prvoinstančních rozhodnutí. Základem pro odvolání mohou být také důvody stanovené v Úmluvě ICSID pro zrušení nálezu.⁵⁰

⁴³ KATZ, R. L. Modelling an International Investment Court After the World Trade Organisation Dispute Settlement Body. *Harvard Negotiation Law Review*. 2016, Vol. 22, No. 163, s. 163–188.

⁴⁴ KHO, S. S. – YANOVICH, A. – BRENDAN, R. C. – STRAUSS, J. *The EU TTIP Investment Court Proposal and the WTO Dispute Settlement System: Comparing Apples and Oranges?*, s. 326–345.

⁴⁵ V návrhu pro TTIP se místo „členů“ používá označení „soudci“.

⁴⁶ Srov. čl. 2 Statutu: „Dvůr se skládá ze sboru nezávislých soudců, volených, nehledíc na jejich státní příslušnost, z osob vysoké morální úrovně, které jsou způsobilé, aby byly ve svých zemích jmenovány na nejvyšší soudní úřady, nebo jsou uznávanými znalci mezinárodního práva.“ Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 16. ledna 1947 o chartě Spojených národů a statutu Mezinárodního soudního dvora, sjednaných dne 26. června 1945 na konferenci Spojených národů o mezinárodní organizaci, konané v San Francisku.

⁴⁷ POHL, J. – MASHIGO, K. – NOHEN, A. *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements. A Large Sample Survey*, s. 27.

⁴⁸ BEATENS, F. *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticism of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, s. 370.

⁴⁹ Viz např. poznámka pod čarou č. 11 k čl. 8.27 odst. 2 CETA.

⁵⁰ Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420 ze dne 8. dubna 1992, o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států. Čl. 52: „Každá strana může požádat o zrušení rozhodčího nálezu písemnou žádostí adresovanou generálnímu tajemníkovi z jednoho nebo více následujících důvodů: a) Soud nebyl řádně vytvořen; b) Soud zjevně překročil svoji pravomoc; c) na straně člena Soudu se vyskytla korupce; d) došlo k závažnému porušení základních procesních pravidel; nebo e) v rozhodčím nálezu nebyly uvedeny důvody, na kterých je založen.“

S ohledem na budoucí vývoj je také zajímavé, že EU v textu jasně deklaruje i závazek k budoucí multilateralizaci systému, kdy se „*Strany spolu s ostatními obchodními partnery zasadí o zřízení mnohostranného tribunálu pro investice a odvolacího mechanismu pro řešení investičních sporů.*“⁵¹ Mimo výše uvedené hlavní oblasti obsahuje návrh další reformní prvky. Obsažena je např. úprava financování třetími stranami, role třetích stran v řízení či možnost uložení povinnosti uhradit zálohu na náklady řízení žalobci nebo plná transparentnost řízení. Na tomto místě není nutné podrobně popisovat jednotlivé kroky v řízení před ICS, které se na mnoha místech překvapivě příliš neodchyluje od procesu v ISDS a spoléhá se na tradiční a nejrozšířenější rozhodčí pravidla UNCITRAL a ICSID.

V další části textu budou diskutovány pouze hlavní problematické body ICS, zvláště s ohledem na nejčastější kritiku vůči ISDS a zda má na ni ICS adekvátní odpověď. Nicméně je ještě vhodné uvést, že při porovnání návrhu pro TTIP a textů investičních kapitol v FTA s Vietnamem⁵² a revidované CETA s Kanadou⁵³ lze velice rychle zjistit, že celá struktura ICS byla podle tohoto vzoru do uvedených dohod prosazena. Přestože se navzájem příslušná ustanovení v detailech liší, základ v návrhu pro TTIP je evidentní a tyto odlišnosti s nejvyšší pravděpodobností můžeme přičíst specifickým požadavkům Vietnamu a Kanady a jedná se o ústupky učiněné Komisí za rychlé přijetí ICS. Na diskutovaných dvou dohodách se tak potvrdil deklarovaný záměr Komise mít návrh pro TTIP jako vzorový vyjednávací text a z dlouhodobého hlediska tato dohoda představuje nepopíratelný precedent pro další prosazování ICS.

2.1 Nestrannost a nezávislost členů ICS

Výběr rozhodců stranami sporu založený na autonomii stran je základní charakteristikou rozhodčího řízení a také výhodou oproti jiným způsobům řešení sporů.⁵⁴ Je s ním ale současně spojeno nejvíce kritiky směřující vůči ISDS. Někteří rozhodci zastávají v rámci systému ISDS vícero rolí (tzv. *double hatting*). Mohou být např. právními zástupci stran, nebo přizvanými experty v jiných, i podobných, sporech. Nejedná se přitom o výjimečný jev, ale rozšířenou praxi.⁵⁵ Tato situace vyvolává obavy, zda jejich rozhodování může být nestranné a nezávislé.⁵⁶ Pochybnosti zaznívají zvláště u právníků zaměstnaných mezinárodními advokátními kancelářemi. Proti tomuto stavu míří úprava zakazující členům tribunálů „*vystupovat jako právní zástupce, znalec jmenovaný stranou nebo svědek v některém probíhajícím nebo novém investičním sporu podle této nebo jiné mezinárodní dohody.*“⁵⁷

⁵¹ Čl. 8.29 CETA. Podobně např. čl. 3.12 investiční dohody mezi EU a Singapurem.

⁵² Text dostupný z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf> [cit. 2018-07-25].

⁵³ Text dostupný z: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf> [cit. 2018-07-14].

⁵⁴ BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2009, s. 563; WAIBEL, M. *Arbitration Selection: Towards Greater State Control*. In: KULICK, A. (ed). *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 333–334.

⁵⁵ V nedávné studii bylo zjištěno, že v 47 % z 1 077 zkoumaných případů alespoň jeden z rozhodců vystupoval jako právní zástupce v jiném sporu. LANGFORD, M. – BEHN, D. – LIE, R. H. *The Ethics and Empirics of Double Hatting*. *ESIL Reflections*. 2017, Vol. 6, No. 7, s. 3.

⁵⁶ HACHEZ, N. – WOUTERS, J. *International investment dispute settlement in the twenty-first century: does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model*. In: BAETENS, B. (ed.). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 428–431.

⁵⁷ Čl. 8.30 CETA.

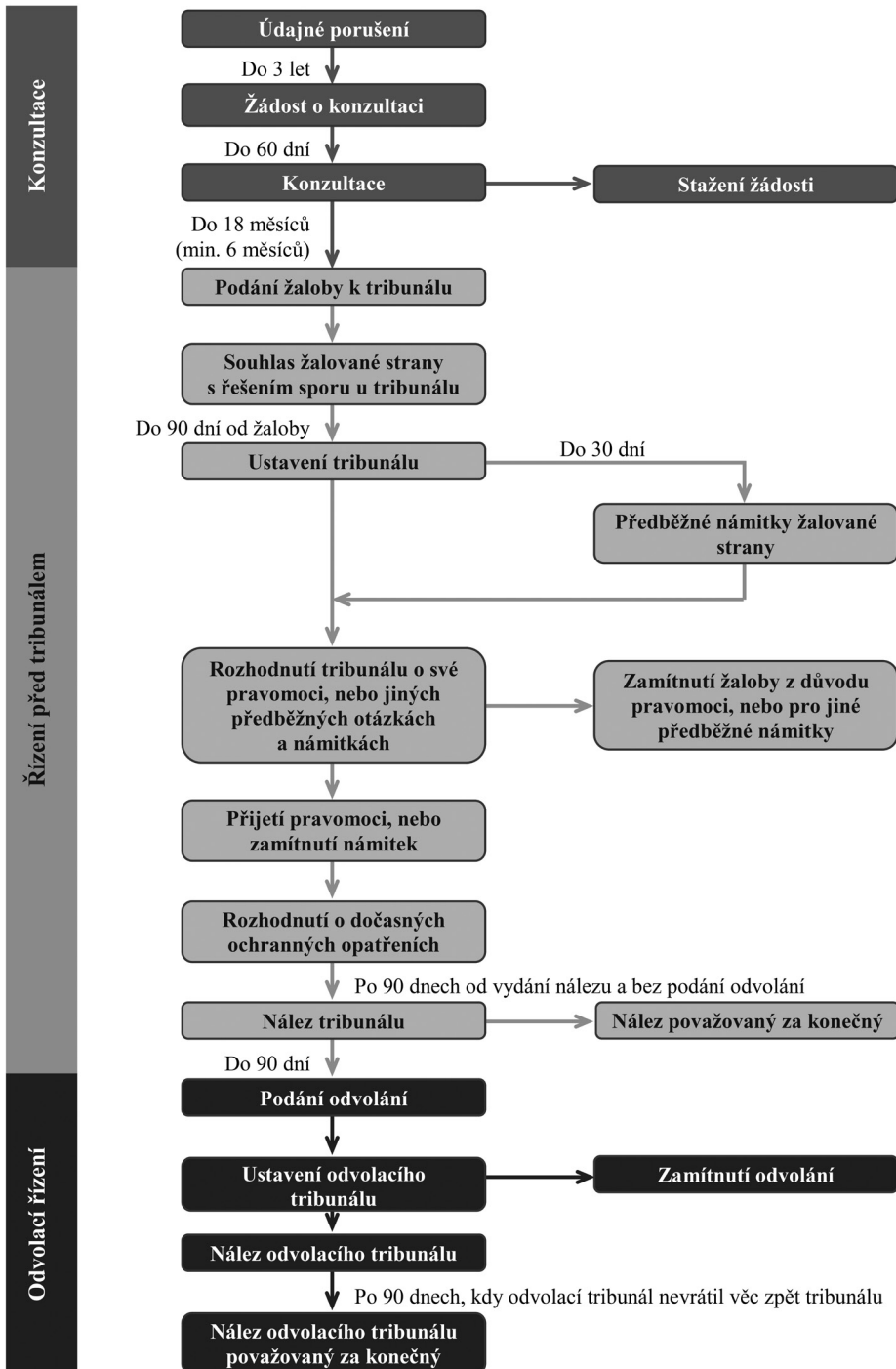


Schéma řízení před ICS v CETA (volně převzato z dokumentu Evropského parlamentu *From arbitration to investment court system (ICS)*, PE 607.251. 2017, s. 16)

Problematické je také to, že arbitrážní komunita je poměrně malá a rozhodci si často získávají postupně pověst „prostátního“, nebo „proinvestorského“. Na základě této reputace jsou pak vybíráni stranami sporu, které chtějí mít v tribunálu rozhodce, který bude pravděpodobněji vstřícnější vůči jejich argumentům a hájit je při rozhodování v rámci tribunálu.⁵⁸ V případě, že nepřesvědčí většinu tribunálu (tj. jeho předsedu) ve prospěch strany, která jej jmenovala, vydá často alespoň v její prospěch disentující stanovisko.⁵⁹ Kritika také směřuje na přímý finanční zájem, který mohou rozhodci mít na co největším počtu sporů, které rozhodují, což rovněž snižuje jejich nezávislost.⁶⁰ Všechny tyto předpoklady vytváří situaci, kdy podle právního experta OSN „rozhodci nejsou přirození strážci veřejného zájmu, ale zájmů byznysu a, jak se ukazuje, nového odvětví, které upřednostňuje investory před veřejností“.⁶¹

Je samozřejmě potřeba uvést, že se jedná o často rozporovanou tezi. Na rozhodce se vztahují, jak podle pravidel UNCITRAL, tak ICSID etické normy, které vytvářejí minimální podmínky pro nestranné rozhodování. Nicméně návrhy na vyloučení rozhodce z nesplnění těchto důvodů jsou úspěšné jen v přibližně 30–40 % případech mimo ICSID a u ICSID, kde jsou pravidla pro vyloučení nastavena přísněji,⁶² jde jen o několik individuálních případů.⁶³ A to i přesto, že počet návrhů na vyloučení rozhodců roste. Tyto údaje je nicméně důležité zohledňovat v kontextu konkrétních sporů, kdy námitky podjatosti podávají i žalované státy v případech zjevného porušení jejich smluvních závazků.⁶⁴

U ICS dochází k zásadní změně, kdy investoři ztrácí vliv na výběr rozhodců.⁶⁵ Jak již bylo uvedeno výše, všichni jsou jmenováni smluvními stranami prostřednictvím smíšeného výboru, kde jsou v případě CETA zástupci EU, členských států EU a Kanady. To vyvolává určité pochybnosti o možné budoucí nestrannosti ICS.⁶⁶ Členové tribunálu budou ve svém jmenování zcela závislí na vůli smluvních stran, což může ovlivnit také jejich nestrannost při rozhodování. Text sice stanovuje, že „[č]lenové tribunálu jsou nezávislí. Tyto osoby nesmí mít vztah k žádné vládě. Pokud jde o záležitosti týkající se sporu, nejednají podle pokynů žádné organizace nebo vlády. Nezúčastňují se při posuzování jakéhokoli sporu, který by mohl způsobit přímý nebo nepřímý střet zájmů.“⁶⁷ Nicméně připojená poznámka pod čarou vyvolává pochybnosti, pokud dovoluje, aby člen tribunálu byl finančně

⁵⁸ WAIBEL, M. *Arbitration Selection: Towards Greater State Control*, s. 344.

⁵⁹ NOLAN, M. Challenges to the Credibility of the Investor-State Arbitration System. *American University Business Law Review*. 2015, Vol. 5, No. 3, s. 441.

⁶⁰ BROWER, CH. N. – SCHILL, S. W. Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *Chicago Journal of International Law*. 2009, Vol. 9, No. 2, s. 490–491. Tato obava zazněla i ze strany států na Kulatém stole pro svobodu investic. OECD. Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report. 14. 12. 2012, s. 16.

⁶¹ DE ZAYAS, A.-M. Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order on the adverse impacts of free trade and investment agreements on a democratic and equitable international order. A/HRC/30/44 (2015), odst. 15.

⁶² Viz čl. 14, 57 a 58 Úmluvy ICSID.

⁶³ PANTALEO, L. Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices? *European Business Law Review*. 2017, Vol. 28, No. 2, s. 180.

⁶⁴ BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*, s. 117.

⁶⁵ Precedentem, kdy investoři ztratili vliv na složení rozhodčího tribunálu, je však Investiční dohoda pro společný investiční prostor Společného trhu pro Východní a Jižní Afriku (COMESA) podepsaná v roce 2007. Podle této dohody jmenují smluvní strany rozhodce do stálého seznamu, ze kterého jsou tři rozhodci vybráni pro rozsouzení vzniklého sporu generálním tajemníkem sekretariátu COMESA.

⁶⁶ Viz podobně BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*, s. 121–122.

⁶⁷ Čl. 8.30, odst. 1 CETA.

závislý na vládě, která jej nominovala.⁶⁸ Nelze tak vyloučit ani situaci, kdy v tribunálu bude zasedat úředník pracující vedle výkonu své funkce člena tribunálu pro žalovanou vládu. Oprávněně je tak toto ustanovení označováno za jedno z nejproblematictějších v celém systému, protože danou osobu nebude možné pokládat za zcela nezávislou.⁶⁹ Toto podezření potvrzuje i skutečnost, že tribunál bude z většiny složen z občanů smluvních stran. To je podle současných pravidel v Úmluvě ICSID téměř vyloučeno.⁷⁰ EU ale pravděpodobně následovala přístup u odvolacího orgánu WTO, který umožňuje, aby spory rozhodovali občané stran sporu.⁷¹ V případě Mezinárodního soudního dvora je dokonce umožněno, pokud stát, který je stranou sporu, nemá mezi soudci vlastního občana, aby jmenoval vlastního *ad hoc* soudce.⁷² Přestože to v očích investora může vzbuzovat obavy o nezávislost takového člena tribunálu, lze na druhou stranu připustit i pozitivní vliv takového uspořádání na celkovou legitimitu ICS. Vlastní občan může jako součást tribunálu zajistit, aby byly partikulární zájmy státu, který jej jmenoval, vzaty v úvahu.⁷³ Zbylou úpravu zaměřenou na chování členů tribunálu lze hodnotit kladně, protože výrazně omezuje obavy ze střetu zájmů, pokud vylučuje, aby členové zastávali více rolí v jiných sporech.

Institucionalizace řešení investičních sporů ve formě posunu ke stálému kvazisoudnímu orgánu se „soudci“, u kterých nebude hrozit střet zájmů je pozitivní vývoj. Způsob výběru členů pouze státy může nicméně představovat vážné riziko. Státy při výběru soudců do mezinárodních soudních orgánů mnohdy nezohledňují pouze odbornost a zkušenosti kandidátů, ale mohou sledovat také politická nebo jiná kritéria. Posílení vlivu smluvních stran na výběr rozhodců lze navíc chápat jako součást aktuálních širších snah států získat větší kontrolu nad mezinárodním systémem ochrany zahraničních investic,⁷⁴ s rizikem, že budou vybírání rozhodci naklonění státům. Někteří autoři upozorňují, že se může jednat o skrytý pokus států o posílení vlivu na výsledky sporů zahájených zahraničními investory.⁷⁵ To může vést k narůstající nedůvěře investorů a v konečném důsledku k nepoužívání daného mechanismu.⁷⁶

V tuto chvíli není stále známo, jakým způsobem budou členové smluvními stranami vybíráni. Pro naplnění sledovaného cíle vytvoření nezávislého a nestranného mechanismu, který bude mít důvěru států i investorů, lze následovat alespoň některá Doporučení z Osla k posílení legitimacy mezinárodních soudů, např. otevřená a transparentní nominace a výběr, více kandidátů na jedno místo nebo prokázání jejich nezbytné odbornosti

⁶⁸ Poznámka pod čarou č. 12: „Pro upřesnění je třeba uvést, že skutečnost, že určitá osoba pobírá odměnu od vlády, sama o sobě neznamená, že tato osoba není způsobilá stát se členem tribunálu.“

⁶⁹ BERNARDINI, P. *The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis*, s. 815; BAETENS, F. *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticism of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, s. 370.

⁷⁰ Čl. 39 a 52 odst. 3 Úmluvy ICSID.

⁷¹ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb. ze dne 19. září 1995 o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO), Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů, čl. 17.

⁷² Statut Mezinárodního soudního dvora, čl. 31, odst. 2.

⁷³ KOIJMANS, P. H. Article 31. In: ZIMMERMANN, A. – TOMUSCHAT, CH. – OELLERS-FRAHM, K. (eds). *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 498. Složitější situace v tomto ohledu nastává v případě samotné EU, kdy všechny členské státy nebudou mít v ICS vlastního občana. Reálná je tak situace, kdy bude Česká republika žalována kanadským investorem a v tribunálu bude zasedat kanadský člen, za EU francouzský člen a předsedající bude občan Spojených států. Někteří autoři v této souvislosti upozorňují na jednoznačné znevýhodnění členských států EU. Viz BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*, s. 115–116.

⁷⁴ WAIBEL, M. *Arbitration Selection: Towards Greater State Control*, s. 355.

⁷⁵ PANTALEO, L. *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?*, s. 182.

⁷⁶ LAVRANOS, N. How the European Commission and the Member States Are Reasserting Their Control over Their Investment Treaties and ISDS Rules. In: KULICK, A. (ed.) *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*. Cambridge, 2017, s. 323.

a kompetence.⁷⁷ Důležitým faktorem je také skutečnost, že státy nebudou při výběru členů tribunálů zohledňovat pouze své defenzivní zájmy, ale také zájmy svých investorů. Alespoň u hospodářsky vyspělých zemí se tak očekává, že budou mít v procesu jejich výběru vyrovnaný přístup.⁷⁸

2.2 Předvídatelnost a konzistence rozhodování

Další často vytýkanou vadou ISDS je nekonzistentní rozhodování rozhodčích tribunálů, které vede k právní nejistotě a nepředvídatelnosti. To je v případě natolik decentralizovaného systému jako v případě investičního práva, založeného na více než 3 322 mezinárodních smlouvách,⁷⁹ pochopitelné. Navíc i u vnitrostátních soudních systémů je jistá míra odchýlení se od ustálené judikatury tolerovatelná v případech, kde je to vhodné. Tribunály v ISDS nicméně svým rozhodováním opakovaně prokázaly, že se jedná o kritiku opodstatněnou.⁸⁰

V minulosti je zaznamenán neúspěšný pokus zavést odvolací mechanismus v rámci ICSID (přestože čl. 53 Úmluvy ICSID stanoví, že nálezy nebudou předmětem odvolání)⁸¹ a některé státy se ve svých dohodách zavázaly k jeho zvažování v budoucnu, nebo tuto možnost připouští ve svých vzorových textech.⁸² Konference OSN o obchodu a rozvoji (UNCTAD) zavedení takového přezkumu doporučuje již řadu let. V části odborné komunity se tak považuje pouze za otázku času, než se odvolací řízení do investiční arbitráže prosadí. Takový krok by pak měl zvýšit konzistenci rozhodování, jeho předvídatelnost a legitimitu závazného mechanismu řešení investičních sporů. Nicméně by byl také na úkor konečnosti nálezu a rychlosti rozhodčího řízení, jak oponují jeho odpůrci.⁸³

Teprve nyní Evropská unie připravila v rámci ICS vážný návrh vícestupňového mechanismu s možností odvolání a přezkumu prvoinstančního rozhodnutí. Navržený mechanismus, který dovoluje odvolání proti všem nálezům prvoinstančních tribunálů a poskytuje personální a institucionální kontinuitu v porovnání *ad hoc* tribunálů, má potenciál vytvořit konzistentní judikaturu. Ačkoli ICS neobsahuje nic, co by nasvědčovalo tomu, že rozhodnutí odvolacího tribunálu budou precedenční povahy a závazná pro další rozhodování, dá se předpokládat, že budou představovat přesvědčivější *jurisprudence constante*, než je tomu u ISDS.⁸⁴ V citlivých sporech navíc poskytne „další názor“, což může posílit legitimitu rozhodování ICS. V porovnání se současným stavem tedy půjde o výrazné zlepšení.⁸⁵

⁷⁷ Oslo Recommendations for Enhancing the Legitimacy of International Courts. 26. 7. 2018 [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/Oslo%20Reccs%20Legitimacy%20of%20ICs.pdf>>. Pro podporu systémových opatření k posílení legitimacy ICS jako transparentní výběr soudců, např. po konzultaci se zainteresovanými osobami a na základě veřejného slyšení viz BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*, s. 122.

⁷⁸ 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. 635.

⁷⁹ UNCTAD. World Investment Report 2018. 2018, s. 88.

⁸⁰ Pro některé příklady viz PANTALEO, L. *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?*, s. 175; HACHEZ, N. – WOUTERS, J. *International investment dispute settlement in the twenty-first century: does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model*, s. 421–423.

⁸¹ ICSID. Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper. 22. října 2004.

⁸² United States Model BIT 2012, čl. 28.10; SADC Model BIT 2012, čl. 29.20; India Model BIT 2015, čl. 29.

⁸³ Pro komplexní pojetí této diskuze viz např. SAUVANT, K. P. *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*. New York: Oxford University Press, 2008.

⁸⁴ SCHACHERER, S. *TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals*, s. 642–643.

⁸⁵ Srov. BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*, s. 98–99, 109–110.

Zjevnou slabinou odvolacího mechanismu je jeho bilaterální povaha, kdy bude mít pravomoc rozhodovat pouze spory na základě dohody mezi EU a druhou smluvní stranou.⁸⁶ Sjednocování judikatury tak bude mít omezený dopad v rámci rozhodování podle každé konkrétní bilaterální dohody, kterou EU uzavře. Sledovaný cíl zajištění konzistentní judikatury tribunálů může zajistit pouze mechanismus s globálním dosahem. Otázku jeho účelnosti si také pokládají autoři, kteří upozorňují, že hmotněprávní ustanovení k investiční ochraně byla v unijních dohodách podrobně upravena a neumožňují široký výklad. Nevidí proto ani přesvědčivý důvod pro odvolací tribunál, pokud prvoinstanční tribunály budou mít na základě znění dohody omezený prostor pro její rozdílnou interpretaci.⁸⁷

2.3 Výkon rozhodnutí

Současný ISDS je jedním z mála mechanismů v mezinárodním právu, který nabízí účinný výkon rozhodnutí. Ten zaručují Newyorská úmluva⁸⁸ a Úmluva ICSID, které se obě vztahují k výkonu rozhodnutí *rozhodčích tribunálů*. Není proto překvapivé, že právě v otázce výkonu rozhodnutí se Uníí deklarovaný koncept soudu střetává s požadavkem na jeho praktickou využitelnost, kterou se vyznačuje ISDS. Systém investičního soudu proto v tomto ohledu zcela záměrně a neskrývavě navazuje na ISDS, kdy se spoléhá na obvyklá rozhodčí pravidla a ve výkonu svých rozhodnutí na Newyorskou úmluvu a Úmluvu ICSID, mezinárodněprávní instrumenty sloužící pro rozhodčí řízení. Text ICS k výkonu rozhodnutí tak stanovuje, že konečná rozhodnutí tribunálu mají být posuzována jako nálezy ve smyslu Newyorské úmluvy a Úmluvy ICSID.⁸⁹ Tato úprava nicméně vyvolává v odborné komunitě řadu kritických ohlasů a pochybností ohledně funkčnosti vydávání soudních rozsudků za rozhodčí nálezy.⁹⁰ Podle některých je v současné podobě výkon podle obou úmluv vyloučen.⁹¹

Pro posouzení této otázky je nutné analyzovat povahu ICS, tedy jestli se jedná o rozhodčí nebo soudní orgán. Stálá struktura s předem jmenovanými členy na určité období jsou obvykle charakteristické pro soudní instituce oproti rozhodčímu řízení s jeho *ad hoc* formou a rozhodci vybranými stranami sporu pro konkrétní případ.⁹² Je proto nezpochybné

⁸⁶ Srov. SCHREUER, Ch. Investment Arbitration. In: ROMANO, P. R. R. – ALTER, K. J. – SHANY, Y. (eds). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 313.

⁸⁷ BERNARDINI, P. *The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis*, s. 824; WILSKÉ, S. – SHARMA, G. – RAWAL, R. *The Emperor's New Clothes: Should India Marvel at the EU's New Proposed Investment Court System?* *Indian Journal of Arbitration Law*. 2017, Vol. 6, No. 2, s. 84.

⁸⁸ Vyhláška Ministra zahraničních věcí č. 74/1959 Sb. ze dne 6. listopadu 1959 o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.

⁸⁹ Čl. 8.41 odst. 5: „Konečný nálezy vydaný podle tohoto oddílu je rozhodčím nálezem, na který se nahlíží, jako by plynul z žalob na základě obchodního vztahu či transakce pro účely článku I Newyorské úmluvy.“ Čl. 8.41 odst. 6: „Pro upřesnění je třeba uvést, že v případě žaloby podané podle čl. 8.23 odst. 2 písm. a) se konečný nálezy vydaný podle tohoto oddílu považuje za nálezy podle kapitoly IV oddílu 6 Úmluvy ICSID.“

⁹⁰ GAFFNEY, J. *The EU proposal for an Investment Court System: what lessons can be learned from the Arab Investment Court?* *Columbia FDI Perspectives*. 2016, No. 181, s. 2; WILSKÉ, S. – SHARMA, G. – RAWAL, R. *The Emperor's New Clothes: Should India Marvel at the EU's New Proposed Investment Court System?*, s. 94.

⁹¹ BERNARDINI, P. *The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis*, s. 834.

⁹² ICS přesto není prvním stálým investičním tribunálem. Dřívější regionální iniciativy v tomto směru lze zaznamenat na Blízkém východě a Latinské Americe. Blíže viz GARCÍA-BOLÍVAR, O. E. *Permanent Investment Tribunals: The Momentum Is Building Up*. In: KALICKI, J. E. – JOUBIN-BRET, A. (eds). *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, s. 394–402.

nitelné, že návrh ICS je výrazným posunem k institucionalizaci celého mechanismu. Strany sporu nemají žádný vliv na složení tříčlenného tribunálu, který bude k jeho rozsouzení složen z předem jmenovaných členů. Lze tak mluvit o kvazisoudním způsobu řešení sporů, což oprávněně vzbuzuje pochybnosti, zda jeho rozhodnutí budou vykonatelná podle obou instrumentů Newyorská úmluva a Úmluva ICSID, protože se nemusí jednat o rozhodčí nálezy.⁹³

Pro úplnou analýzu je ale potřebné zohlednit i další faktory. V minulosti existovalo několik historických příkladů, kdy byly na určitou dobu sestaveny stálé rozhodčí tribunály k rozsouzení většího množství sporů. Pravděpodobně nejvýznamnější je Tribunál pro íránsko-americké nároky (*Iranian-United States Claims Tribunal*), kde byli rozhodci označováni za „soudce“ a hlavní vliv na jejich výběr měly Spojené státy a Írán. Existovala ale také řada tzv. smíšených komisí pro vypořádání různých nároků s podobnou strukturou. Přes jejich charakteristiku byly všechny považovány za rozhodčí orgány.⁹⁴ Newyorská úmluva navíc nedefinuje pojem „rozhodčí nálezy“ ani „rozhodčí orgán“, a dokonce připouští, že „zahrnuje nejen nálezy vydané rozhodci ustanovenými pro každý jednotlivý případ, nýbrž i nálezy vydané stálými rozhodčími orgány, jimž se strany podrobily“.⁹⁵ Polostálá struktura ICS by tedy neměla být překážkou pro výkon podle Newyorské úmluvy.

Situace je složitější v případě Úmluvy ICSID, a to i v případě, pokud se odhlédne od nemožnosti EU být smluvní stranou této smlouvy.⁹⁶ Ve vztahu k Úmluvě ICSID představuje CETA změnu mnohostranné smlouvy ve vztazích mezi některými stranami podle Vídeňské úmluvy o smluvním právu za předpokladu, že je změna slučitelná s řádným plněním předmětu a účelu smlouvy jako celku.⁹⁷ Za předpokladu, že se jedná o změnu slučitelnou s předmětem a účelem Úmluvy ICSID,⁹⁸ zavazuje CETA pouze její smluvní strany, tj. členské státy EU a Kanadu, a ze smlouvy nemůže vniknout závazek pro žádné třetí strany. Nálezy vydané ICS tak nebudou podle Úmluvy ICSID pravděpodobně vykonatelné mimo EU a Kanadu.⁹⁹ Zaznělo proto např. i doporučení uzavřít za tímto účelem se zeměmi, kde k výkonům rozhodnutí může dojít, dvoustranné mezinárodní dohody o jejich uznávání. Minimální okruh takových zemí by mohli být smluvní partneři EU, se kterými se EU dohodne na vytvoření ICS.¹⁰⁰

Výkon rozhodnutí ICS vyvolává řadu komplexních otázek bez jistých odpovědí. Je proto možné, že vnitrostátní soudy, které nakonec budou orgány výkonu těchto rozhodnutí, mohou docházet k různým závěrům, což může u investorů vyvolávat další nejistotu.

⁹³ PANTALEO, L. *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?*, s. 182.

⁹⁴ Blíže viz např. BRAY, H. L. Understanding change: Evolution from international claims commissions to investment treaty arbitration. In: SCHILL, S. W. – TAMS, Ch. J. – HOFMANN, R. (eds). *International Investment Law and History*. Edward Elgar, 2018, s. 102–135.

⁹⁵ Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, čl. 1 odst. 2.

⁹⁶ Čl. 67 omezuje přistoupení k úmluvě pouze na členské státy Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj, popřípadě účastníky Statutu Mezinárodního soudního dvora. Evropská unie nespĺňuje ani jednu podmínku.

⁹⁷ Vyhláška ministra zahraničních věcí o Vídeňské úmluvě o smluvním právu. Předpis č. 15/1988 Sb., čl. 41.

⁹⁸ Pro podrobné analýzy, které dochází k takovému závěru, viz REINISCH, A. *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, s. 776–782. LÉVESQUE, C. The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, in with the New? *Investor-State Arbitration Series, Paper*. 2016, No. 10, s. 13–15.

⁹⁹ Pro. PANTALEO, L. *Investment Disputes under CETA: From Gold Standards to Best Practices?*, s. 183; BAETENS, F. The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticism of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges. *Legal Issues of Economic Integration*. 2016, Vol. 43, No. 4, s. 382.

¹⁰⁰ BAETENS, F. *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticism of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, s. 382.

Závěr

Ačkoli je systém ISDS stále relativně mladý způsob řešení mezinárodních sporů, prokázal již značnou míru přizpůsobivosti. Na ní se nepodílí jenom státy jako tvůrci systému a jeho uživatelé s narůstajícími zkušenostmi, ale také samotní rozhodci.¹⁰¹ V podstatě všechny státy dnes přicházejí z důvodu menší či větší nespokojenosti s návrhy na změny ISDS nebo jeho alternativami. Zatímco přístup EU a konkrétně posuzovaná CETA představují rozchod s tradičním ISDS, je tento mechanismus pevnou součástí jiných regionálních vícestranných iniciativ jako Komplexní a progresivní dohoda pro transpacifické partnerství (CPTPP) nebo Regionální komplexní hospodářské partnerství (RCEP). Tyto protichůdné vize vedou ISDS na historickou křižovatku.¹⁰² Zásadní otázkou tak je, zdali místo evoluce není v ochraně zahraničních investic nevyhnutelná spíše revoluce.¹⁰³ Návrh Evropské unie je možné v tomto kontextu chápat jako důležitý obrat, kdy se EU jako první významný aktér systému odhodlal k zásadním změnám ve svém přístupu k řešení investičních sporů a ochraně investic obecně.¹⁰⁴ Že nejen členské státy Evropské unie, ale také řada dalších zemí sdílí toto přesvědčení, potvrzují výsledky ve vyjednávání s Kanadou, Vietnamem a Mexikem i probíhající debata na půdě Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo.

Cílem tohoto příspěvku bylo vysvětlit důvody změny v přístupu EU k mechanismu řešení investičních sporů, který spočíval v rozchodu s ISDS a jeho nahrazení ICS. Přitom ISDS bylo na počátku vytváření unijní investiční politiky její pevnou součástí. Veřejná konzultace k vyjednávání o TTIP však dovedla Unii do bodu, ze kterého nebyla cesta zpět, a výsledkem bylo vypracování návrhu ICS.

Vytvoření ICS, hybridního *sui generis* orgánu,¹⁰⁵ je jistě součástí širšího trendu institucionalizace a judicializace mezinárodního práva.¹⁰⁶ Je však nutné jej v první řadě vnímat jako odpověď na kritiku ISDS rozšířenou v řadě členských států EU a částech evropské občanské společnosti. Návrh se proto pokouší reagovat na některé z nejčastěji vytykávaných vad ISDS, především co se týče osob rozhodců a nekonzistentního a nepředvídatelného rozhodování. Nicméně prozatím není jisté, jestli bude pro tyto kritické hlasy přijatelný, až začne rozhodovat první investiční spory. Jisté je, že na narůstající kritiku ISDS neexistuje ideální řešení.¹⁰⁷

Koncept ICS vzbuzuje současně řadu nových pochybností. Především není jasné, nakolik bude ICS prakticky využitelný pro investory. Smluvní strany mohou jmenovat do tribunálů rozhodce, kteří nebudou mít žádné pochopení pro legitimní zájmy investorů, kteří pak ztratí v tento systém důvěru. Řízení se může s odvolacím stupněm stát také

¹⁰¹ LAMM, C. B. – NAGARAJAN, K. The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement. *Indian Journal Arbitration Law*. 2016, Vol. 5, No. 2, s. 108–112.

¹⁰² SCHILL, S. W. Editorial: US versus EU Leadership in Global Investment Governance. *Journal of World Investment & Trade*. 2016, Vol. 17, No. 2, s. 1.

¹⁰³ SORNARAJAH, M. Evolution or revolution in international investment arbitration? The descent into normlessness. In: BROWN, Ch. – MILES, K. (eds). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge University Press, 2011, s. 631–657.

¹⁰⁴ HACHEZ, N. – WOUTERS, J. *International investment dispute settlement in the twenty-first century: does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model*, s. 447–448.

¹⁰⁵ LAVRANOS, N. *How the European Commission and the Member States Are Reasserting Their Control over Their Investment Treaties and ISDS Rules*, s. 321.

¹⁰⁶ Srov. ŠTURMA, P. Globální rozměr společenských procesů jako výzva pro nauku mezinárodního práva. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2014, sv. 5, č. 1, s. 56–59.

¹⁰⁷ OSMANSKI, E. Investor-State Dispute Settlement: Is There a Better Alternative? *Brooklyn Journal of International Law*. 2018, Vol. 43, No. 2, s. 659.

zdlouhavé, a tedy opět pro investory méně atraktivní. Navíc existuje riziko, že i konečné rozhodnutí ve prospěch investora nebude mimo území smluvních stran vykonatelné. Všechny tyto nejistoty mohou vést investory k restrukturalizaci svých investic takovým způsobem, aby zahájili tradiční arbitrážní řízení podle starších investičních dohod. Samostatnou otázkou, prozatím bez odpovědi, je, kolik takových bilaterálních systémů založených unijními investičními a obchodními dohodami Komise zamýšlí a nakolik je tento model dlouhodobě udržitelný, pokud se nepodaří dosáhnout deklarovaného cíle mnohostranného investičního soudu. Zda bude ICS úspěšný projekt, napoví teprve používání tohoto nového mechanismu pro řešení investičních sporů v praxi.

Investment Court System: European Union's Abrupt Divorce with Investment Arbitration

Ondřej Svoboda

Abstract: Investment dispute settlement system based on investment arbitration and known as investor-state dispute settlement (ISDS) has been a subject of substantial criticism, particularly in the context of regional trade and investment negotiations. After the public consultation and inter-institutional discussions, the European Union decided in 2015 in the context of the Transatlantic Trade and Investment Partnership negotiations with the United States, to replace ISDS in its treaties by a new approach to investment dispute settlement known as investment court system (ICS). According to the European Union the new dispute settlement mechanism is a necessary reaction to the public's lack of trust towards ISDS and subjects to democratic principles and public scrutiny. This article at first attempts to explain the transformation of EU's position. It then focuses on three issues of ICS functioning which draw the most attention: impartiality and independency of arbitrators, predictability and consistency in decision-making and enforcement of awards. The overall evaluation of ICS and its positioning into broader efforts to reform international investment law are reached by analysing these issues.

Key words: investment protection, European Union, investor-state dispute settlement, investment court system