

STATI

Budoucnost investiční arbitráže v EU – od rozsudku Achmea k mnohostrannému investičnímu soudu

Zuzana Mazánková*

Abstrakt: Příspěvek analyzuje vývoj a budoucnost investiční arbitráže v Evropské unii po klíčovém rozsudku Achmea, který zásadně změnil právní postavení a úroveň ochrany zahraničních investorů. Rozhodnutí Komise následně ukončilo možnost využívání investiční arbitráže v rámci Smlouvy o energetické chartě (ECT) mezi členskými státy EU. Článek uvažuje důsledky těchto rozhodnutí, zaměřuje se na právní nejistotu pro investory i státy, kterou změny přinesly, a konflikt mezi evropským a mezinárodním právem, se kterým se s různou úspěšností musejí vypořádat všechny tribunály a soudy, kterých se rozhodnutí týkají. Evropská unie se snaží vydat v oblasti řešení investičních sporů vlastním směrem a přispět k institucionalizaci investiční arbitráže vytvářením bilaterálních soudů (ICS) permanentní povahy a časem i mnohostranného investičního soudu, a tím přispět k posílení stability, předvídatelnosti investičního prostředí v EU a odstranit rozdíly v zacházení s investory. Naneštěstí nedávné snahy způsobily přesný opak, a ačkoliv význam komplexních dohod o obchodu a investicích narůstá, důležitější než konkrétní reformy mechanismu je v krátkém časovém horizontu ujistit investory, že jejich práva jsou chráněna dnes a mohou se spolehnout, že budou i v budoucnu. K tomu se ovšem bude muset EU vypořádat hned s několika výzvami, které si za posledních sedm let vytvořila.

Klíčová slova: mezinárodní investiční arbitráž, Achmea, mnohostranný investiční soud

Úvod

V dubnu 2018 rozhodl velký senát Soudního dvora EU (SDEU) přelomovým rozsudkem označovaným jako *Achmea* ve věci *Achmea BV vs. Slovenská republika*¹ o předběžné otázce ohledně slučitelnosti rozhodčí doložky v bilaterální dohodě o podpoře a vzájemné ochraně investic (BIT) uzavřené mezi Slovenskou republikou a Nizozemským královstvím s unijním právem a dospěl k závěru, že rozhodčí doložky z takových dohod jsou v rámci členských států a jejich investorů neslučitelné s právem EU. Ze strany Unie nešlo o překvapivý krok, nýbrž o kulminaci dlouhodobých snah Komise zakázat BITs mezi členskými státy (intra-EU BITs), a především ukončit investiční arbitráž mezi investory a státy jako způsob ochrany investic z nich. Ačkoliv se zákaz doložek obsažených v BITs vztahuje pouze na dohody členských států mezi sebou, EU už mnoho let bojuje za komplexní reformu mezinárodní investiční arbitráže, a to jak ve vztahu ke svým partnerům v rámci nově sjednávaných a revidovaných bilaterálních dohod o volném obchodu a investicích, tak na půdě Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL), kde se zasazuje o zřízení

* Mgr. Ing. Zuzana Mazánková, katedra mezinárodních ekonomických vztahů, Vysoká škola ekonomická v Praze. E-mail: zuzana.mazankova@vse.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4668-3455>. Příspěvek byl připraven s finanční podporou interní grantové soutěže IGS.

¹ Rozsudek SDEU C-284/16 ze dne 6. dubna 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, „Achmea“.

mnohostranného investičního soudu. Tento příspěvek zhodnocuje úspěšnost dosavadních snah a pokouší se odpovědět na otázku, jakým směrem by se měla Unie dále vydat. V první kapitole vysvětluje cestu k přelomovému rozsudku, především v argumentaci Evropské komise a SDEU, následně v další části zkoumá, jak *Achmea* ovlivnila další rozhodování SDEU, reakci členských států, investorů a roli národních soudů. Ve třetí kapitole se zaměřuje na výzvy, které přineslo vztahení závěrů z rozsudku *Achmea* na rozhodčí doložku v mnohostranné Smlouvě o energetické chartě. Dále článek shrnuje dosavadní rozhodování tribunálů uvnitř a mimo EU, národních soudů členských států i třetích zemí a výkon nálezů ve světle rozsudků *Achmea*, *Komstroy* a *PL Holdings*. Pátá část se věnuje budoucnosti investičních vztahů se třetími zeměmi včetně komplexních dohod o volném obchodu. Poslední kapitola shrnuje posun a zásadní problémy EU v oblasti investiční arbitráže a hodnotí možnosti přechodu na institucionalizovaný mnohostranný investiční soud.

1. Od kritiky intra-EU BITs k rozsudku *Achmea*

Rozhodnutí představovalo obrat v přístupu SDEU k řešení sporů mezi zahraničními investory a státy (investor-state dispute settlement, ISDS). Přestože dříve soud v oblasti rozhodčího řízení rozhodoval a lze nalézt rozsudky, ve kterých přímo či okrajově některý z aspektů arbitráže včetně investiční posuzoval, explicitně nevyjádřil výhrady k jejich paralelní existenci se systémem ochrany poskytovaném vnitrostátními soudy.

Nevole, se kterou organizace dlouhodobě nahlížela na intra-EU BITs, nicméně naznačovala, jakým směrem se budou záměry Unie ubírat. Poprvé Evropská komise upozornila na možnou potřebu revize dohod v roce 2006 a od roku 2015 se snaží je nahradit jiným mechanismem, neboť je považuje za zastaralé a neslučitelné s právem EU.² Tento názor sdílely i některé členské státy a dobrovolně ukončily své dohody již o několik let dříve. Komise poté v daném roce podnikla kroky proti pěti členským státům (včetně Slovenska a Nizozemska) navádějící k ukončení platnosti intra-EU BITs s odůvodněním, že okolnosti a důvody jejich uzavření pominuly přijetím zemí do EU během tří kol rozšíření po přelomu tisíciletí. Zatímco v 90. letech měly praktický význam pro ochranu investic z EU v zemích, o jejichž politické či hospodářské stabilitě panovaly pochyby, v dnešní době díky komplexním pravidlům o ochraně jednotného trhu a zákazu diskriminace je podle Komise ochrana dostatečná a intra-EU BITs naopak umožňují znevýhodňování spočívající v jiném zacházení s vybranými zahraničními investory, což poškozuje jednotný trh a zakládá neslučitelnost s právem EU.

Komise své stanovisko podpořila případem *Micula*, ve kterém bylo v arbitráži dle pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID) v souladu s platnou BIT rozhodnuto o náhradě škody, která podle Komise porušovala unijní pravidla o státní podpoře. Zrušení daňových výhod, které Rumunsko zavedlo v rámci příprav na vstup do EU, představovalo porušení investiční dohody, ale zaplacení náhrady škody Komise zakázala z důvodu neslučitelnosti s pravidly vnitřního trhu.³

² Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties (press release). In: *European Commission* [online]. 18. 6. 2015 [cit. 2024-08-15]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5198.

³ Rozhodnutí Komise (EU) 2015/1470 ze dne 30. března 2015 o státní podpoře SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) poskytnuté Rumunskem – Rozhodčí nálezy ve věci *Micula vs. Rumunsko* ze dne 11. prosince 2013.

SDEU ve svých dřívějších rozhodnutích bral na vědomí existenci investiční arbitráže v EU, aniž by se výslovně vyjadřoval k její slučitelnosti s evropským právem. Obecněji v rozsudku *Budějovický Budvar* v roce 2009 SDEU stanovil, že ačkoliv úprava určité oblasti unijním právem zásadně nevylučuje použití režimu ochrany vybudovaného bilaterálními smlouvami mezi členskými státy, není možné je použít v případě, že jsou s unijním právem v rozporu. Dané ustanovení je třeba posuzovat tímto způsobem i v situaci, kdy by použitím ochrany z bilaterální smlouvy ztrácela unijní úprava smysl či byla obcházena.⁴ SDEU tímto akceptoval existenci zvláštních soudních orgánů mimo vnitrostátní a unijní systém s pravomocí vykládat a aplikovat ustanovení z mezinárodní smlouvy, kterou byly založeny, pokud neohrozí autonomii unijního práva. Otázkou nadále zůstávalo, zda intra-EU BITs, respektive arbitrážní řízení na jejich základě, takové ohrožení představují.

Vodítko představovaly případy *Eco Swiss a Mostaza Claro*,⁵ ve kterých SDEU konstatoval obecnou slučitelnost rozhodčího řízení s unijním právem. Rozsudky se sice týkaly obchodní arbitráže, nikoliv investiční, ale tento fakt měl mít dopad nanejvýš na posuzování obsahu nálezu, nikoliv na platnost rozhodčích doložek obecně. Soud, který předběžnou otázku v případě *Achmea* položil, následně tuto argumentaci použil a tvrdil, že není důvod, proč by měl být přístup k této problematice odlišný ve sporech mezi soukromými subjekty a členským státem. Generální advokát Wathelet ve svém stanovisku také zcela jednoznačně a s podporou více než 200 poznámek pod čarou argumentoval ve prospěch slučitelnosti ustanovení BIT s unijním právem.⁶

V případě *Achmea* tvrdila nizozemská společnost Achmea BV (dříve Eureko) porušení platné BIT, a kromě podání stížnosti ke Komisi zahájila v roce 2008 podle této dohody řízení proti Slovenské republice, které v souladu s rozhodčími pravidly UNCITRAL⁷ probíhalo v Německu. Už zde Slovenská republika namítala, že rozhodčímu soudu nenáleží jurisdikce z důvodu uplatňování intraunijních pravidel, která poskytují mnohem komplexnější ochranu investic, a že by věc měla být předložena SDEU k posouzení. Podle žalovaného nelze zároveň namítat porušení BIT, primárního práva EU (Smluv), a domáhat se svých práv zároveň u rozhodčího soudu a Evropské komise, neboť rozhodčí doložka a Smlouvy nejsou vzájemně slučitelné. BIT byla podle Slovenské republiky přistoupením země v roce 2004 nahrazena právem EU v souladu se zněním Vídeňské úmluvy o smluvním právu (VÚSP) upravujícím vztah dříve a později uzavřených smluv,⁸ které mají v případě rozporu ustanovení přednost, což mimo jiné neumožňuje využít rozhodčí doložku k řešení tohoto sporu. Rozhodčí soud argumentaci žalovaného odmítl a přisvojil si pravomoc ve věci rozhodnout bez omezení, ačkoliv uznal, že rozhodnutí tohoto případu s sebou ponese důsledky nejen pro strany případu, ale může rozhodnout budoucnost intraunijních BITs a investiční arbitráže v EU obecně.⁹

⁴ Rozsudek SDEU C-478/07 ze dne 8. září 2009, *Budějovický Budvar, národní podnik vs. Rudolf Ammersin GmbH*, „Budějovický Budvar“, body 98, 120, 128 a 129.

⁵ Rozsudek SDEU C-126/97 ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, „Eco Swiss“, odst. 35–37, s odvoláním na *Eco Swiss* zopakováno též v rozsudku SDEU C-168/05 ze dne 26. října 2006, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, „Mostaza Claro“, odst. 34–38.

⁶ Stanovisko generálního advokáta Melchiora Watheleta ze dne 17. září 2017 ve věci C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*.

⁷ UNCITRAL. Arbitration Rules. 1976.

⁸ Především čl. 30 a 59 Vídeňské úmluvy o smluvním právu ze dne 23. května 1969.

⁹ *Achmea B.V. vs. Slovenská republika*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (dříve *Eureko B.V. vs. Slovenská republika*). Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 26. října 2010.

V roce 2012 arbitrážní soud vydal nález, ve kterém shledal porušení BIT ze strany Slovenska a přiznal nizozemské společnosti náhradu škody přesahující 22 milionů EUR. Slovensko s nálezem nesouhlasilo a podalo žalobu k německým soudům ve snaze dosáhnout jeho zrušení.¹⁰ Argumentaci založilo na zpochybnění slučitelnosti arbitrážní doložky sjednané v bilaterální investiční dohodě s článkem 18 Smlouvy o fungování EU (SFEU), který zakazuje jakoukoliv diskriminaci na základě státní příslušnosti a rozdílná ochrana založená bilaterálními smlouvami podle něj představovala porušení tohoto článku, dále s článkem 267 zakládajícím pravomoc SDEU rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se výkladu Smluv a aktů orgánů, institucí a jiných subjektů Unie, a článkem 344, který stanoví, že spory o výklad nebo provádění těchto Smluv musí být řešeny pouze tak, jak Smlouvy stanoví.¹¹

Přednost unijního práva před dohodami mezi členskými státy nelze rozporovat, frankfurtský Vrchní zemský soud nicméně kategoricky odmítl, že by se výše zmíněné články na projednávanou věc vztahovaly, a to především proto, že se jedná o spor jednotlivce s členským státem, pro které není stanoven specifický soudní postup a netýká se přímo výkladu Smluv. Jednotný výklad a uplatňování práva EU je u nálezů zajištěn možnostmi přezkumu národními soudy podle vnitrostátního práva. Z hlediska záměru obou právních úprav je jejich cíl totožný, tedy ochrana volného pohybu kapitálu a plateb.

Nakonec se spor dostal v rámci opravných prostředků k německému Spolkovému soudnímu dvoru, který sice také nezastával názor, že by rozhodčí doložka byla neslučitelná se zmiňovanými články SFEU, ale přesto se v roce 2016 obrátil na SDEU s žádostí o výklad práva EU prostřednictvím institutu předběžné otázky. Jednotné rozhodování v oblasti investičních dohod a především rozhodčích doložek, které se k nim vztahují, viděl jako klíčové vzhledem k velkému množství BITs uzavřených mezi členskými státy a z nich plynoucích sporů,¹² jejichž počet rapidně narůstal.¹³

2. Konec investiční arbitráže mezi členskými státy EU?

Ad hoc ustanovené rozhodčí tribunály nemohou být v žádném případě považovány za soudy členského státu, neboť nesplňují vaassenská kritéria,¹⁴ a to především požadavek

¹⁰ Členské státy, snažící se dosáhnout zrušení nálezu, ve kterém tribunál rozhodl ve prospěch investora a přiznal žalobci náhradu škody, jsou typickým úkazem po rozsudku *Achmea*. Státy se snaží zamezit rozhodčímu řízení či následnému vymáhání rozhodnutí např. prostřednictvím *anti-suit*, respektive *anti-enforcement injunctions* (soudem nebo rozhodčím tribunálem vydané opatření, kterým stranám zakazuje zahájit nebo pokračovat v řízení ve třetím státě, respektive podnikat kroky k vymáhání zahraničního rozhodnutí či nálezu) a dostat případy znovu před národní soudy.

¹¹ Rozhodnutí Vrchního zemského soudu ve Frankfurtu nad Mohanem (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) ze dne 18. prosince 2014, sp. zn. 26 Sch 3/13.

¹² Usnesení Spolkového soudního dvora I ZB 2/15 ze dne 3. března 2016. Dostupné z: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74612&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>.

¹³ Viz HALLAK, Issam. Investor-state Protection disputes involving EU Member States: State of Play. In-depth Analysis, *European Parliamentary Research Service*, PE 738.216. 2022, listopad. Dostupné také z: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA\(2022\)738216_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA(2022)738216_EN.pdf).

¹⁴ Čl. 267 SFEU nedefinuje, které orgány jsou oprávněné předložit předběžnou otázku, požadovaná kritéria dovodil SDEU v rozsudku C-61/65 ze dne 30. června 1966, *G. Vaassen-Göbbels (vdova) v. Bestuur van Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, „Vaassen“*. Vaassenská kritéria (též uváděno jako „vaassenská“ v českém jazyce) stanoví pět atributů, které byly v následné judikatuře dále rozvíjeny. Především byl časem modifikován požadavek trvalé povahy tribunálu, který byl značně rozšířen.

trvalé povahy.¹⁵ Vzhledem k tomu, že přenesení jurisdikce na rozhodčí soud probíhá soukromoprávní cestou, nemohou být za soud dle čl. 267 SFEU považovány ani stálé rozhodčí soudy.¹⁶ Nejsou-li považovány za soud členského státu, nemohou se s předběžnou otázkou obracet na SDEU ani dobrovolně, ani povinně v případě nenapadnutelnosti nálezu opravnými prostředky podle vnitrostátního práva (rozhodoval-li soud poslední instance). Jedinou výjimku by tvořil rozhodčí soud, jehož pravomoc a složení nejsou dány dohodou mezi stranami, nýbrž zákonem.¹⁷ Obecně je možné, aby se rozhodčí soud obrátil na vnitrostátní soud s žádostí o pomoc, interpretaci ustanovení právního řádu, nebo aby přezkoumal rozhodčí nález v souladu s vnitrostátními procesními předpisy, přičemž tento soud má právo či povinnost se na SDEU s předběžnou otázkou obrátit.¹⁸ Možnost podpůrného či následného zásahu soudu dle čl. 267 SFEU je ovšem závislá na vnitrostátních předpisech členského státu, nejednotná a značně nejistá, což bylo hlavním argumentem SDEU v konečném rozhodnutí o neslučitelnosti intraunijních BITs.

Podle SDEU je přijatelné za určitých podmínek omezit pravomoc národních soudů posoudit porušení právních předpisů EU v případě rozhodnutí rozhodčích řízení mezi soukromými subjekty, aby se zachovala efektivita arbitráže. Musí však být zajištěna možnost přezkumu nálezu v otázce souladu se základními ustanoveními unijního práva a veřejným pořádkem. V rozsudku *London Steam-Ship* později SDEU dovodil, že tento rozpor může vyplývat i z ustanovení sekundárního práva.¹⁹ Ke zrušení nebo odmítnutí uznání rozhodčího nálezu by však mělo být přístupováno pouze v mimořádných případech.²⁰

SDEU v rozporu s názory generálního advokáta, předkládajícího soudu i některých dřívějších rozsudků konstatoval neslučitelnost rozhodčí doložky v BIT se závěrem, že ohrožuje autonomii unijního práva, neboť nelze zaručit jednotnou interpretaci. Takový rozhodčí tribunál, jehož jurisdikce se omezuje na porušení ustanovení intra-EU BIT, přesto vykládá a uplatňuje unijní právo alespoň v oblasti základních svobod, jako jsou ustanovení o volném pohybu kapitálu. Neodstranitelný problém spatřoval ve dříve popsáném charakteru arbitráže, která v závislosti na možnostech daných vnitrostátním právem může vyloučit či limitovat co do rozsahu přezkum platnosti nálezu a jeho slučitelnosti se základními ustanoveními unijního práva. Tento nesoulad by však bylo smysluplnější řešit sjednocením úpravy vnitrostátních norem členských států, nikoliv omezováním arbitráže.

Odklon od předchozích rozhodnutí v oblasti obchodní arbitráže soud vysvětlil tak, že zatímco případy jako *Eco Swiss* a *Mostaza Claro* jsou rozhodované na základě vůle smluvních stran, investiční arbitráž vyplývá z dohody států vyjmout spory, které mohou zasahovat do autonomie unijního práva, z pravomoci národních soudů, a tím ze systému

¹⁵ GHARAVI, Hamid G. The Proper Scope of Arbitration in European Community Competition Law. *Tulane European and Civil Law Forum*. 1996, Vol. 11, s. 185–202.

¹⁶ Rozsudek SDEU C-102/81 ze dne 23. března 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, „Nordsee“*.

¹⁷ Rozsudek SDEU C-109/88 ze dne 17. října 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, jednající za Danfoss, „Danfoss“*.

¹⁸ Rozsudek *Nordsee*, bod 14 a 15.

¹⁹ Rozsudek SDEU C-700/20 ze dne 20. června 2022, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited vs. Kingdom of Spain, „London Steam-Ship“*.

²⁰ Rozsudek SDEU C-126/97 ze dne 1. června 1999, *„Eco Swiss“*, odst. 35–37, s odvoláním na *Eco Swiss* zopakováno též v rozsudku SDEU C-168/05 ze dne 26. října 2006, *„Mostaza Claro“*, odst. 34–38.

zaručených opravných prostředků. Takový postup je v rozporu se závazky členských států ze Smluv a zásadou loajální spolupráce, což znemožňuje naplnit požadavek zajištění plné efektivity unijního práva.

Rozsudek *Achmea* nemusel nutně bez dalšího vyloučit platnost rozhodčích doložek obsažených v BITs, pokud by nenarušovaly autonomii evropského práva. Proto se vyčkávalo na další kroky Komise, členských států a vnitrostátních soudů, jak k závěrům SDEU přistoupí. V polovině roku 2018 Evropská komise vydala prohlášení, ve kterém ujistila investory, že ochrana investic v EU není ohrožena, ačkoliv jejich zájmy budou poměřovány s cíli veřejné politiky a ochrana v tomto směru může být omezena. Komise věřila, že SDEU rozsudkem potvrdil její obecný názor, že „pro investiční arbitráž mezi investory a státem není ve vztazích mezi členskými státy na jednotném trhu místo.“²¹

Investoři mají podle Komise zajištěnou ochranu na celoevropské úrovni vyplývající z primárního práva, resp. pravidel upravujících základní svobody, Listiny základních práv EU, obecných zásad evropského práva a rozsáhlé sektorové legislativy v oblastech jako energetika, duševní vlastnictví nebo finanční služby, a to po celou dobu existence investice. Unijní právo upravuje přístup na vnitřní trh, aktivity po dobu trvání investice (např. obchodní operace, přeměny, ochranu práv investorů) i odchod z trhu a reguluje možnosti zákazu či omezení investic aplikovatelná členskými státy. Komise dále tvrdí, že unijní mechanismy ochrany jsou mnohem širěji pojaté a místo zaměření se výlučně na náhradu škody cílí i na předcházení sporům a zefektivnění soudní ochrany včetně následného vymáhání rozhodnutí.²²

Precedentní povaha rozsudku se zanedlouho projevila v soudní praxi členských států; např. v roce 2021 Vrchní zemský soud ve Frankfurtu s odkazem na případ *Achmea* prohlásil rozhodčí řízení mezi Chorvatskem a rakouskou Raiffeisen Bank z doložky obsažené v rakousko-chorvatské BIT za nepřípustné. Soud jednoznačně odmítl, že by tvrzený nedostatek důvěry v nestrannost a efektivnost chorvatských národních soudů představoval mimořádnou okolnost, která by ospravedlnila odlišný závěr nebo vyžadovala položení nové předběžné otázky.²³ Tento závěr následně potvrdil i SDEU v případě nuceného prodeje podílu zahraničního investora PL Holdings v polské bance. Investor zahájil v roce 2014 arbitráž ve Švédsku na základě BIT uzavřené mezi Polskem a Belgicko-lucemburskou ekonomickou unií. Nález rozhodčího tribunálu dal za pravdu investorovi,²⁴ načež se Polsko obrátilo na švédské soudy s žalobou na zrušení nálezu pro rozpor rozhodčí doložky s unijním právem. Soud žalobu zamítl s tím, že neslučitelnost rozhodčí doložky v investiční dohodě v souladu s judikátem *Achmea* nevylučuje možnost (i konkludentně takovým jednáním, které dává najevo, že žalovaný s řízením před tribunálem souhlasí) uzavřít *ad hoc* smlouvu o rozhodci vztahující se ke stejnému sporu. Švédský ústavní soud se následně obrátil s předběžnou otázkou na SDEU, aby rozhodl, zda se závěry z rozsudku *Achmea* vztahují i na případy, kdy je pravomoc tribunálu konstituována dohodou mezi členským státem a investorem, nikoliv předem státy mezi sebou. Generální advokátka

²¹ European Parliament. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment, COM(2018) 547 final ze dne 19. července 2018.

²² Ibidem.

²³ Usnesení Vrchního zemského soudu ve Frankfurtu nad Mohanem (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) ze dne 11. února 2021, sp. zn. 26 SchH 2/20.

²⁴ *PL Holdings S.a.r.l. v. Poland*, SCC Case No. V 2014/163, Award ze dne 28. září 2017.

ve svém stanovisku zavrhl, že by takový *ad hoc* souhlas k arbitráži představoval podstatný rozdíl a ohrožoval autonomii práva EU méně než rozhodčí doložky z BITS. Investiční arbitráže mezi státy EU podle ní nejsou v souladu s právem Unie, pokud umožňují jeho obcházení.²⁵

SDEU s generální advokátkou souhlasil a rozhodl, že nelze obcházet zákaz rozhodčích doložek tím, že členský stát a investor uzavřou *ad hoc* dohodu o stejném obsahu, aby bylo umožněno pokračovat v arbitrážním řízení.²⁶ Vzhledem k tomu, že jádrem konfliktu nejsou samotné BITS v podobě mezinárodních smluv a jejich rozhodčí doložky, ale absence mechanismu, podle kterého by bylo možné nálezy přezkoumat vnitrostátními soudy nebo podřídit rozhodování SDEU prostřednictvím institutu předběžné otázky, lze očekávat, že by se tato interpretace mohla vztahovat na jiné *ad hoc* investiční arbitráže, než jen ty kopírující obsah doložek z BITS.²⁷ Takový závěr by ovšem zcela zásadně zasahoval do práv investorů a omezoval jejich právo se volně rozhodnout o tom, jak budou své spory řešit.

Kontroverzní byl rozsudek SDEU *Micula*, podle kterého pozbyly platnost intra-EU BITS vstupem země (zde konkrétně Rumunska) do EU s tím, že bez rozhodčí doložky nemůže arbitráž proběhnout. Obzvláště znepokojující bylo narušení zásady legitimního očekávání tím, že závěry z rozsudku *Achmea* vztahuje nejen na dobu před vydáním rozsudku, ale částečně dokonce před vstupem Rumunska do EU.²⁸ Následkem by mohlo být, že investoři, kterým byla v rozhodčím řízení přiznána náhrada škody ještě před rozsudkem *Achmea*, by mohli být nuceni žádat o výkon mimo EU a stát, který má podle nálezu platit, by využil všechny možnosti v rámci EU i jinde, aby tomu zabránil.

Mezitím v lednu 2019 podepsaly některé členské státy Deklaraci o právních následcích rozsudku *Achmea* a ochraně investic,²⁹ ve které se dobrovolně dohodly na ukončení využívání ochrany investic v režimu intra-EU BITS, resp. na podniknutí potřebných kroků k dosažení tohoto výsledku. Státy převzaly argumentaci SDEU, potvrdily závazek společně s Komisí provést zhodnocení ochrany investorů na unijní úrovni a provést požadované změny k jejímu zlepšení. Členské státy se v Deklaraci také zavázaly prostřednictvím svých vnitrostátních soudů nevykonávat či případně zrušit rozhodčí nálezy, které byly vydány na základě těchto dohod. Deklarací intra-EU BITS ovšem nezanikly, státy pouze potvrdily, že akceptují právní následky rozsudku *Achmea* a chápou svou povinnost dohody ukončit. Šest zbylých členských států podepsalo vlastní deklarace s obdobným významem, ale ohradilo se proti vztahení závěrů o neslučitelnosti intra-EU BITS na mnohostrannou mezinárodní smlouvu.³⁰

²⁵ Opinion of the Advocate General of the Court of Justice of 22 April 2021, *Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl*, C-109/20, bod 34.

²⁶ Rozsudek SDEU C-109/20 ze dne 26. října 2021, *Republic of Poland v. PL Holdings Sàrl*, „PL Holdings“, bod 47.

²⁷ Srov. von PAPP, Konstanze. Arbitration, Investment, and EU Legal Order. In: GROUSSOT et al. (eds.). *The EU Law of Investment: Past, Present and Future*. Oxford: Hart Publishing/Bloomsbury, 2023.

²⁸ Rozsudek SDEU C-638/19 P ze dne 25. ledna 2022, *European Commission v. European Food SA and Others*.

²⁹ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union ze dne 15. ledna 2019.

³⁰ Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union ze dne 16. ledna 2019; Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union ze dne 16. ledna 2019.

Některé státy se pokoušely prokázat, že Deklarace představovala pozdější dohodu nebo důkaz následné praxe podle interpretačních pravidel vyjádřených v čl. 31 odst. 3 písm. a) a b) VÚSP. Tento přístup širokou podporu nezískal,³¹ odmítl ho např. i tribunál v případě *Griffin vs. Polsko*. Stát s plnou podporou Evropské komise v postavení *amicus curiae* tvrdil, že BIT mezi ním a Lucemburskem pozbyla platnosti v roce 2004, když Polsko vstoupilo do EU, a že dřívější dohoda zanikla podle čl. 59 odst. 1 písm. b) (obě strany přijaly novou úpravu, která se mimo jiné týkala daného předmětu a ustanovení byla vzájemně neslučitelná), což oba státy potvrdily podepsáním Deklarace, která podle jejich názoru splňuje formální požadavky na to být považována za pozdější dohodu. Nicméně i kdyby čl. 59 nebylo možné uplatnit a BIT nadále zůstávala v platnosti, její provádění by nebylo možné, protože dle čl. 30 odst. 3 VÚSP je ustanovení obsahující rozhodčí doložku stále neslučitelné s ustanoveními smlouvy pozdější, kterou představuje primární právo. Žalobce argumentaci odmítl, protože podle něj nelze Smlouvy považovat za pozdější dohodu, netýkají se s dostatečnou konkrétností stejného předmětu a neexistuje přesvědčivý důkaz, že by ustanovení byla neslučitelná.³² Podobnou argumentaci jako Polsko použil rozhodce Kohen v roce 2020 ve svém odlišném stanovisku ohledně dovození jurisdikce tribunálu *Adamakopoulos vs. Kypr*,³³ a ačkoliv ve věci zatím nebylo rozhodnuto, tribunál si právo rozhodnout ve věci dovodil. Otázka, jaké právní následky Deklarace vyvolá, byla vyřešena o rok později a potvrdila názor, že se jednalo spíše o politické prohlášení.

Česká republika se připojila k dalším 22 státům EU a dne 5. května 2020 podepsala mnohostrannou dohodu, která definitivně ukončila užívání intraunijních BITs.³⁴ V listopadu 2021 ČR dohodu ratifikovala a ta vstoupila v platnost v prosinci téhož roku.³⁵ Ujednání ukončilo platnost přibližně 130 bilaterálních dohod mezi stranami této dohody a proti státům, které dvoustranné dohody nezačaly ukončovat, zahájila Komise řízení o nesplnění povinností.³⁶ Výhrady a deklarace připojené k této dohodě několika členskými státy nicméně naznačují, že ačkoliv se státy podřídily rozhodnutí unijních institucí a akceptovaly autoritativní výklad evropského práva v této otázce, neztotožňují se s názorem Komise, že stávající ochrana zájmů investorů a jejich legitimních očekávání právem EU je dostatečná, a urgují revizi stávajících mechanismů nebo zavedení nových.

Deklarace a následně Dohoda snad již definitivně uzavřely debatu o tom, zda přistoupení států k EU (resp. Lisabonská smlouva) ukončily platnost intra-EU BITs v souladu s obyčejovým mezinárodním právem kodifikovaným ve VÚSP, a to dle zásady *lex posterior derogat priori* s odvoláním na čl. 59 odst. 1 b) z důvodu neslučitelnosti obou smluv a jejich ustanovení. Proti takovému závěru hovořilo namítané nesplnění podmínek pro

³¹ Detailněji viz ALCOLEA, Lucas C. States as Masters of (Investment) Treaties: The Rise of Joint Interpretative Statements. *Chinese Journal of International Law*. 2023, September, Vol. 22, No. 3, s. 479–527; ROWE, Samantha J. – GOH, Nelson. Resolving Perceived Norm Conflict through Principles of Treaty Interpretation: The January 2019 EU Member States' Declarations. *European Investment Law and Arbitration Review*. 2020, Vol. 5, No. 1, s. 167–195.

³² *GPF GP S.à.r.l v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/168, především body 319–385.

³³ *Theodoros Adamakopoulos and others v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49. Statement of Dissent of Professor Marcelo G. Kohen ze dne 3. února 2020.

³⁴ Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 5. května 2019.

³⁵ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 39/2021 Sb. m. s., o sjednání Dohody o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie ze dne 8. prosince 2021.

³⁶ Evropská komise. Prosincové případy nesplnění povinností: hlavní rozhodnutí ze dne 2. prosince 2021. In: *Evropská komise* [online]. [cit. 2024-08-22]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/cs/inf_21_6201.

nahrazení BITs unijní legislativou i chování členských států, které mimo jiné dodnes nezaujímají dostatečně jednotný a konstantní postoj k dané problematice. Kdyby na tomto názoru členské státy trvaly, nebylo by třeba uzavírat dohodu, jejímž smyslem je intra-EU BITs zbavit platnosti.³⁷ Dohoda navíc odstraní spory o to, zda mají členské státy povinnost své dohody ukončit, jestliže nepozbyly účinnost Lisabonskou smlouvou.

Zatím nejasné následky bude mít rozhodnutí států Dohodou vyloučit použití *sunset* či *survival clauses*,³⁸ které zaručují prodloužení ochrany podle ustanovení BITs pro investice provedené před ukončením platnosti investiční dohody na určitou dobu po jejím skončení. *Sunset clause* zajišťuje zvýšenou právní jistotu investora, aby se stát nemohl náhle a bez souhlasu investorů zbavit svých závazků a zhoršit tak jejich právní postavení. Dohoda 23 zemí EU v čl. 2 a 3 ukončila spolu s intra-EU BITs platnost i těchto ustanovení, dle zmíněného článku „v zájmu větší jistoty“, přestože to jsou naopak tato zrušená ustanovení, která jistotu investorů posilují. Vyloučení účinků *sunset clause* lze možná pochopit jako snahu o zajištění jednotného zacházení s investory a aplikace unijního práva (případně vyhnout se povinnosti nahradit škodu spojenou se změnami politik), ale argumentace právní jistotou je zcestná a zůstává otázkou, jestli státy při eliminaci *sunset clauses* mohou tvrdit, že své závazky plnily v dobré víře.

O přípustnosti ukončení platnosti těchto ustanovení polemizuje např. Letizia,³⁹ podle kterého se zde střetává zásada smluvní volnosti, jejímž aspektem je také rozhodnutí, že smlouva a její ustanovení zaniknou se souhlasem všech (resp. obou u bilaterálních dohod) stran,⁴⁰ se smyslem a účelem *sunset clause*. Podle Balaše jsou *sunset clauses* ujednání ve prospěch třetí strany a jednostranné zrušení (jednostranné je zde třeba posuzovat jako bez účasti investorů) by znamenalo porušení povinnosti plnit závazky v dobré víře.⁴¹ Obecně však převažuje názor, že zatímco domluvou obou (resp. všech u mnohostranných dohod) stran mohou státy sjednat, že ochrana provedených investic, která by jinak pokračovala dalších až dvacet let (podle specifických ujednání v BIT) skončí spolu s dohodou, nelze ji ukončit jen jednostranným rozhodnutím.⁴² Ironie zde spočívá v nečekaném ukončení platnosti klauzule, která má investory bránit před negativními následky

³⁷ Ačkoliv někteří komentátoři mají za to, že EU cíleně opakovaně vysílá stejnou zprávu, aby nevznikly pochyby o postoji unie vůči ISDS a neposkytla tak tribunálům prostor pro argumentaci. Viz ALCOLEA, Lucas C. *States as Masters of (Investment) Treaties: The Rise of Joint Interpretative Statements*, body 40–46.

³⁸ V češtině je buď překládáno jako *stmívací klauzule* nebo častěji používáno v původní anglické formě. Pro účely tohoto příspěvku bude používána nepeložená verze.

³⁹ LETIZIA, Valerio. The EU Termination Agreement and Sunset Clauses: No 'Survivors' on the (Intra-EU) Battlefield? In: *Kluwer Arbitration Blog* [online]. 21. 6. 2022 [cit. 2024-08-25]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/06/22/the-eu-termination-agreement-and-sunset-clauses-no-survivors-on-the-intra-eu-battlefield/>.

⁴⁰ Vídeňská úmluva o smluvním právu z roku 1969 (zánik smluv konkrétně v čl. 54).

⁴¹ BALAŠ, Vladimír. Jsou dvoustranné dohody o ochraně investic uzavřené mezi členskými státy stále platné, nebo došlo po přijetí rozhodnutí Soudního dvora EU k nějaké radikální změně? In: *Advokátní deník* [online]. 21. 5. 2019 [cit. 2024-08-14]. Dostupné z: <https://advokatnidenik.cz/2019/05/21/jsou-dvoustranne-dohody-o-ochrane-investic-uzavrene-mez-i-clensky-mi-staty-stale-platne-nebo-doslo-po-prijeti-rozhodnuti-soudniho-dvora-eu-k-nejake-radikalni-zmene/>.

⁴² Srov. VOON, Tania et al. Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2014, Vol. 29, No. 2, s. 451–473; REINISCH, August – FALLAH, Sara M. Post-Termination Responsibility of States? – The Impact of Amendment/Modification, Suspension and Termination of Investment Treaties on (Vested) Rights of Investors. *CSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2022, Vol. 37, No. 1–2, Winter/Spring, s. 101–120; ZAROWNA, Agnieszka. Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect? In: *Kluwer Arbitration Blog* [online]. 28. 2. 2017 [cit. 2024-08-19]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/?print=pdf>.

náhlého⁴³ ukončení ochrany státem, navíc pokud je vzato v potaz, že jednou z hlavních výhod rozhodčího řízení je zmírnění nepoměrně silnějšího postavení státu oproti investorům v řízeních před národními soudy. Členské státy samy uvádějí, že nevyvážené časté rozhodování sporů ve prospěch investorů je jednou z hlavních příčin, proč se odkláníjí od ISDS.

Dohoda rozlišuje, zda rozhodčí řízení ještě nebylo zahájeno, bylo ukončeno, či v době vstupu dohody v platnost probíhalo. Nové už podle ukončovaných BITs zahájit nelze a ukončená se znovu nezahajují (čl. 5 a 6), ale pro probíhající rozhodčí řízení byla stanovena detailní pravidla. Smluvní strany měly povinnost informovat rozhodčí tribunál o právních důsledcích rozsudku *Achmea* a v případě, že ohledně takového rozhodčího nálezu probíhalo soudní řízení, musel požádat soud o zrušení, prohlášení neplatnosti či odmítnutí uznání a výkonu nálezu (čl. 7).

Pro ukončené spory platí čl. 70 odst. 1 písm. b) VÚSP, podle kterého se zánik smlouvy nedotýká již vzniklých práv, závazků a právního postavení. Problematický je přístup k probíhajícím sporům, na něž by se měl vztahovat čl. 69 odst. 2 písm. b) VÚSP, který z následků neplatnosti smlouvy vyčlenil úkony provedené v dobré víře před dovoláním se neplatnosti.⁴⁴ Mezinárodní právo v zásadě neumožňuje zpětné odvolání souhlasu s probíhajícím řízením, zejména s ohledem na obecnou zásadu legitimního očekávání a ochrany nabytých práv nelze souhlas s probíhajícími řízeními odvolat⁴⁵ a snaha dosáhnout opaku by mohla vést k narušení základů právního státu. Členský stát proto nemůže proběhnutí arbitráže přímo zabránit, ale následně se pokusí zamezit, aby se investor tímto způsobem úspěšně domohl výsledku.

Investor s členským státem v probíhajícím rozhodčím řízení by měl nadále vést strukturovaný dialog ve snaze dosáhnout řešení v situaci, kdy nebylo možné vydat, a především vykonat nález (čl. 9), případně se obrátit na vnitrostátní soud. Soudní řízení v takovém případě je umožněno i v případě, že lhůty k podání žaloby už uplynuly, ale nesmělo být této možnosti zneužito jako nových prostředků nápravy, které by jinak investor neměl či využito k dosažení dvojí náhrady (čl. 10). Lze polemizovat o efektivitě vedení strukturovaného dialogu ohledně sporu, který už před mnoha lety dospěl do stádia rozhodčího řízení a o problematice řešení sporů před národními soudy blíže pojednávají jiné příspěvky.⁴⁶ Každopádně by bylo vhodné zvážit, jestli vzhledem k rozdílům v kvalitě právní kultury a nezávislosti soudnictví je nejlepší řešení svěřit toto rozhodování do rukou vnitrostátních soudů, obzvláště když mají na výsledku sporu vlastní zájem.

Zákaz výkonu je potřeba posoudit v kontextu Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, příp. Washingtonské úmluvy (Úmluva ICSID), které jsou smlouvami mezinárodního práva veřejného. Jestliže o výkon nálezu vydaného v členském státě

⁴³ „Náhle“ je třeba chápat ve světle toho, že PZI dosahují výše milionů či miliard EUR a doba provádění investice může být otázkou mnoha let.

⁴⁴ PCA Case No. 2016-12, *WCV World Capital Ventures Cyprus Ltd. & Channel Crossings Ltd. v. Czech Republic*, Second Interim Award on Intra-EU Objection ze dne 29. září 2020.

⁴⁵ Srov. TROPPER, Johannes – REINISCH, August. The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU: A Public International Law analysis of the termination agreement. *Austrian Yearbook on International Arbitration*. 2022, s. 301–339.

⁴⁶ Obecně např. NOVÝ, Zdeněk. Mezinárodní investiční arbitráž a vláda práva v hostitelských státech. *Právník*. 2019, č. 10, s. 909–933. Konkrétněji GOMEZ, David P. Crisis of the Rule of Law in Europe: The Cases of Hungary, Poland and Spain. *Athens Journal of Law*. 2021, Vol. 7, No. 3, s. 379–398; BUGARIC, Bojan. Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge. *LEQS Paper*. 2014, No. 79, s. 1–44.

bude žádán vnitrostátní soud členského státu, v souladu se svými závazky ze Smluv a např. čl. V odst. 1 písm. a) Newyorské úmluvy to odmítne. Tento názor byl potvrzen v září 2022, kdy výkon nálezů podle pravidel ICSID neslučitelných s unijním právem v členských státech EU zakázal rozsudek SDEU *Romatsa*.⁴⁷

Situace ovšem může být jiná, pokud bude žádost předložena soudům nečlenských států, a ještě významněji v případě, že byl původní nález vydán podle práva státu mimo EU. Nečlenské státy nejsou vázány unijním právem a rozsudkem *Achmea* se tudíž nemusí nutně řídit, proto je v prvním zmíněném případě nejisté, zda dovodí možnost odepřít vykonání nálezu podle čl. V Úmluvy. V druhém případě může mít povinnost nález vykonat, kdyby podle *lex loci arbitri* nebyla dovozena neplatnost rozhodčí doložky.⁴⁸

V České republice mají mezinárodní smlouvy podle čl. 10 Ústavy přednost před zákonem a jsou součástí právního řádu. Newyorská a Washingtonská úmluva, intra-EU BITs a další bilaterální i mnohostranné smlouvy sem spadají, zatímco přenos pravomocí na EU a s tím spojená přednost unijního práva byla provedena podle čl. 10a odst. 1 Ústavy – ovšem také mezinárodní smlouvou. Z pohledu členského státu je ještě možné dovodit aplikační přednost unijního práva před vnitrostátním, resp. mezinárodními závazky podle čl. 10, ale mezinárodní právo podobnou konstrukci neumožňuje a SDEU nemá pravomoc tento vztah autoritativně určit. Rozhodčí tribunály a národní soudy mimo EU nemají povinnost dát přednost unijnímu právu, naopak vycházejí ze zásady *pacta sunt servanda* a neexistence hierarchie mezinárodních norem. Stát se proto může dostat do situace, kdy má povinnost plnit závazek podle evropského i mezinárodního práva, přestože nařizují opačné chování a dodržováním jednoho dochází k porušování druhého.

3. Smlouva o energetické chartě

Nejsou to jen bilaterální dohody mezi členskými zeměmi, proti kterým EU protestuje. Komise v prohlášení reagujícím na rozsudek *Achmea* také uvedla, že se dle jejího názoru tyto závěry vztahují na přeshraniční investice podle mnohostranné Smlouvy o energetické chartě (ECT), kterou vidí z hlediska účelu jako sektorovou obdobu BIT.⁴⁹ Problém spočívá v tom, že ECT není pouhou dohodou mezi členskými státy a EU, ale smlouvou řídící se mezinárodním právem s přibližně padesáti smluvními stranami.

Paralelně s ukončováním platnosti intraunijních BITs Komise navrhla revizi ECT, neboť její znění nadále nerefletovalo základní teze investiční politiky EU a cílů stanovených v Zelené dohodě pro Evropu, mimo jiné právě v otázce řešení sporů. Unie tím potvrdila jak své závazky spojené s klimatickými cíli, tak i odklon od investiční arbitráže a omezení ochrany investorů ve prospěch environmentálních zájmů, neboť jí vadilo, že stávající znění ECT umožňuje, aby provozovatelé uhelných elektráren či těžaři ropy úspěšně žalovali státy o náhradu škody. Vzhledem k tomu, že hodnota infrastruktury fosilních paliv v EU⁵⁰

⁴⁷ Rozsudek SDEU C-333/19 ze dne 21. září 2022, *DA and Others v. Romanian Air Traffic Services Administration (Romatsa) and Others*, „*Romatsa*“.

⁴⁸ SINGLA, Tania. *Achmea: The Fate and Future of Intra-EU Investment Treaty Awards under the New York Convention*. In: *EJIL: Talk!* [online]. 8. 5 2018 [cit. 2024-08-23]. Dostupné z: <https://www.ejiltalk.org/achmea-the-fate-and-future-of-intra-eu-investment-treaty-awards-under-the-new-york-convention/>.

⁴⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment, COM(2018) 547 final ze dne 19. července 2018.

⁵⁰ Včetně Velké Británie a Švýcarska.

je odhadována na téměř 350 miliard EUR⁵¹ a podle odhadů by investorům prostřednictvím ISDS mohlo být za postupné vyřazování fosilních paliv globálně přiznáno až 340 miliard USD,⁵² zájem Unie a členských států na změně smlouvy je značný.⁵³ Návrh v otázce řešení sporů mezi členskými státy EU (resp. mezi členskými státy libovolné organizace regionální integrace) místo neuznávaného ISDS odkazoval na prozatím neexistující mnohostranný investiční soud a nabízel využití systému permanentních bilaterálních tribunálů, který EU a členské státy nově zavádějí v dohodách se třetími zeměmi v rámci komplexních „new generation“ FTAs, které kromě obchodních vztahů upravují také investice.⁵⁴

Zatímco EU považovala investiční arbitráž za automaticky neslučitelnou s vnitřním trhem po rozsudku *Achmea*, několik států se této interpretaci vzpíralo a požadovalo důslednější objasnění. Tribunály se k tomuto názoru také stavěly odmítavě. V případě *Eskosol vs. Italy*⁵⁵ tribunál v EU odmítl námitky žalovaného a dovodil svou jurisdikci v souladu s ECT, protože ani rozsudek *Achmea*, ani Deklarace nelze považovat za interpretační nástroj, který by jednoznačně vztáhl závěry o intraunijních BITs na ECT. Někteří autoři zkoumají myšlenku, že investiční arbitráž podle ECT přestala být způsobem řešení sporů se vstupem Lisabonské smlouvy v platnost podle čl. 41 VÚSP o dohodách pozměňujících mnohostranné smlouvy ve vztazích jen mezi některými stranami.⁵⁶ Tato teorie ovšem vyžaduje, aby strany svůj úmysl oznámily ostatním stranám, což omezuje možnost argumentovat zpět do minulosti.

Září 2021 přineslo upevnění právního názoru, že investiční arbitráž do vztahů členských států a investorů obecně vůbec nepatří. Rozsudek SDEU *Komstroy* ukončil investiční arbitráž jako mechanismus řešení sporů stanovený ECT v rámci EU.⁵⁷ SDEU argumentoval, že smlouva je sice mnohostranná, ale jednotlivé závazky mají dvoustranný charakter. Následkem rozhodnutí není možné rozhodčí nález vydaný v rozporu s tímto zákazem vymáhat soudem členského státu. Prohlášení neslučitelnosti investiční arbitráže z ECT se samozřejmě nemělo týkat sporů s jinými státy či sporů třetích stran mezi sebou a očekávalo se, že obdobně jako po vydání rozsudku *Achmea* se soudy třetích zemí budou muset vypořádat s žádostmi o vynucení nálezu mimo jurisdikci EU.

Přestože bylo vyjednávání o modernizaci ECT v rámci EU v červnu 2022 úspěšně ukončeno, Komise dosáhla revize zastaralých ustanovení a předložila návrh Radě EU, výsledné znění neprošlo přes blokační menšinu. Modernizovaná verze nebyla ratifikována, Komise vzala zpět svůj návrh na změnu smlouvy⁵⁸ a zvažovala další kroky. Nakonec v červnu 2023 začala usilovat o koordinované odstoupení EU i členských států od ECT a zdůraznila,

⁵¹ MOLDENHAUER, Oliver – SCHMIDT, Nico. ECT data analysis: Results and Methods. In: *Investigate Europe* [online]. 23. 2. 2021 [cit. 2024-08-15]. Dostupné z: <https://www.investigate-europe.eu/en/posts/ect-data>.

⁵² TIENHAARA, Kyla et al. Investor-state disputes threaten the global green energy transition. *Science*. 2022, 376, s. 701–703.

⁵³ Prozatím je naopak nejvíce investičních arbitráží v EU vedeno proti Španělsku a České republice kvůli změnám ve státní podpoře obnovitelných zdrojů energie.

⁵⁴ EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT), Part V [ECT] Dispute Settlement, s. 15–16.

⁵⁵ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection ze dne 7. května 2019.

⁵⁶ SACERDOTI, Giorgio. After *Komstroy*. Have the EU Member States Withdrawn by the Lisbon Treaty, as an Inter-se Agreement under Article 41 VCLT, their Consent to ICSID Jurisdiction on ECT Intra-EU Investment Disputes? *Arbitration as Balanced Administration of Justice*. 2024, s. 371–424.

⁵⁷ Rozsudek SDEU C-741/19 ze dne 2. září 2021, *République de Moldavie v. Komstroy LLC*, „*Komstroy*“.

⁵⁸ European Commission. Commission decision of 7 July 2023 withdrawing the Proposal for a Council Decision on the position to be taken on behalf of the European Union the 33rd meeting of the Energy Charter Conference COM(2022) 521 final, C(2023) 4720 final.

že článek 47 odst. 3,⁵⁹ který obsahuje *sunset clause* prodlužující ochranu provedených investic 20 let po odstoupení, se na intraunijní investice „*nikdy nevztahoval, nevztahuje a nikdy vztahovat nebude*,“⁶⁰ Tato informace je prokazatelně nepravdivá, což dokládá spor *Rockhopper vs. Itálie*.⁶¹ Společnost zahájila řízení proti Itálii v roce 2017, rok po vystoupení státu z ECT. Rockhopper je britská společnost, tudíž v době zahájení arbitráže byly obě strany členskými státy EU a spor vznikl z porušení ECT s použitím *sunset clause*.

V březnu 2024 Komise upravila své doporučení pro další postup; navrhla dovést do úspěšného konce změnu smlouvy a s ní vyloučení ISDS mezi členskými státy, následně odstoupit a ponechat na jednotlivých členských státech, aby zvážily, zda chtějí být pozměněnou smlouvou nadále vázány v podobě, která neumožňuje mechanismus pro ně zakázaný rozsudkem *Komstroy*,⁶² čehož lze dosáhnout buď sjednáním výjimky, nebo revizí ECT. Jednotlivé evropské státy mají odlišné zájmy, a zatímco Itálie odstoupila sama už dříve, je jasné, že jiné se budou snažit v ECT setrvat kvůli ustanovením usnadňujícím tranzit a přístup na kapitálové trhy.

O tři měsíce později EU a EURATOM oznámily odstoupení od smlouvy a se členskými státy vydaly deklaraci, prostřednictvím které zároveň popřely, že by ustanovení smlouvy kdy mohlo sloužit jako základ pro intraunijní rozhodčí řízení a vyloučily použití *sunset clause* v řízeních mezi sebou.⁶³ Není zřejmé, zda se jedná o záměr, či nešťastnou formulaci, ale prohlášení, že arbitrážní doložka v ECT „nikdy“ nebyla použitelná jako základ pro řízení mezi členským státem a unijním investorem,⁶⁴ není pravda ani při argumentaci, která se nejvíce snaží vyjít vstříc názoru Evropské komise. I v tom případě by „někdy“ doložka platná byla, a to před účinností Lisabonské smlouvy. Chování států ani po roce 2009 rozhodně nepodporuje tezi, že ECT nikdy nebyla zamýšlena jako právní nástroj ve vztazích uvnitř Unie a měla pouze vytvořit rámec pro spolupráci se třetími zeměmi. Itálie, nespokojená s výsledky rozhodčích řízení proti ní a obávající se nesouladu ECT s klimatickými cíli, představovala jeden z mála případů jasně vyjádřeného úmyslu nebyt smlouvou nadále vázán. Lze usoudit, že další státy Itálii následovaly, neboť v průběhu posledních dvou let ECT opustila třetina členských států a další budou asi pokračovat, ale není jasné, jestli se zbylé členské státy spokojí s modernizovanou smlouvou, nebo dojde k definitivnímu exodu. Vzhledem k povaze ECT je navíc ještě výrazněji než v BITs nejisté, jestli vyloučení *sunset clause* obstojí před rozhodčími tribunály, ale to se projeví až v následujících letech.⁶⁵

⁵⁹ „Na investice, které na území smluvní strany učinili investoři jiných smluvních stran nebo které na území jiných smluvních stran učinili investoři dané smluvní strany, se ustanovení této smlouvy použijí po dobu 20 let po dni, kdy odstoupení dané smluvní strany nabude účinku.“ České znění čl. 47 odst. 3 ECT viz Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 18/2023 Sb. m. s., kterým se vyhláší Smlouva o energetické chartě a které nahrazuje sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 372/1999 Sb.

⁶⁰ European Commission. Proposal for a Council decision on the Union withdrawal from the Energy Charter Treaty COM (2023) 447 final.

⁶¹ *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Award.

⁶² Evropská komise. Návrh rozhodnutí Rady o postoji, který má být zaujat jménem Evropské unie na Konferenci energetické charty, COM(2024) 104 final ze dne 1. března 2024.

⁶³ Prohlášení o právních důsledcích rozsudku Soudního dvora ve věci *Komstroy* a obecné shodě o nepoužitelnosti článku 26 Smlouvy o energetické chartě jako základu pro rozhodčí řízení uvnitř EU ze dne 26. června 2024.

⁶⁴ European Commission Press release. EU notifies exit from Energy Charter Treaty and puts an end to intra-EU arbitration proceeding. In: *European Commission* [online]. 28. 6. 2024 [cit. 2025-02-15]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_24_3513/IP_24_3513_EN.pdf.

⁶⁵ Viz BRAOUDAKIS, Nikos et al. Neutralising the ECT Sunset Clause Inter Se. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2024, květen.

V prosinci 2024 byla přijata modernizovaná verze ECT. Je flexibilnější, zelenější a bude prozatímně prováděna od září 2025. Nová verze výrazně oslabuje ochranu investic do fosilních paliv a zkracuje její délku na deset let od účinnosti dodatků k ECT, některým projektům ji od září 2025 odebírá zcela.⁶⁶ Zajímavé je, že pokud tribunály budou trvat na použití *sunset clause* proti členským státům, které ECT opustily, budou zaručovat fosilním palivům výrazně delší ochranu než současné smluvní strany a jejich negativní vliv na životní prostředí tak bude mnohem znatelnější.

Státy EU navíc dosáhly i svého hlavního cíle; vyjednały si výjimku a vyloučily ve sporech mezi sebou použití rozhodčí doložky v čl. 26 ECT, čímž se stala slučitelnou s evropským právem a zvýšila jistotu investorů. Není ovšem nemyslitelné, že investoři na to zareagují přesunem do zemí mimo EU, ve které budou mít výhodnější ochranu v rámci tzv. *forum shopping* praktik.

4. Rozhodování tribunálů, národních soudů a výkon nálezů

Vydání rozsudků *Achmea a Komstroy* představovalo výzvu pro rozhodčí řízení, která na ně musela rychle reagovat, často v už dříve zahájených sporech. Souběžně jsou rozhodovány spory podle pravidel ICSID, UNCITRAL a dalších, přičemž výsledky nejsou zcela konzistentní. Méně kvůli bezdůvodným rozdílům v argumentaci a více kvůli právnímu řádu, kterým se řídí.

Například v případech *Infracapital F1 Sarl vs. Španělsko*⁶⁷ a *Kruck vs. Španělsko*⁶⁸ se tribunály zabývaly otázkou, zda mají pravomoc rozhodovat intraunijní spory z ECT mezi členskými státy a investory z jiného členského státu. Případy byly specifické tím, že v obou případech tribunály rozhodly ještě před vydáním rozsudku *Komstroy*. Španělsko tvrdilo, že závěry SDEU o rozporu provedené arbitráže s právem EU jsou důvodem pro zrušení nálezu, ale tribunály argumentaci odmítly.

Tribunály v obou případech namítaly, že řízení podle pravidel ICSID se při rozhodování o pravomoci neřídí evropským, ale mezinárodním právem, přičemž ECT nepřipouští možnost jiného zacházení s členskými státy při řešení sporů tak, jak to požaduje rozsudek *Komstroy*. Členské státy i EU závazky z ECT přijaly dobrovolně a nedojednaly si jiný režim pro řešení investičních sporů mezi sebou, proto pro ně platí stejná pravidla jako pro ostatní smluvní strany. Neslučitelnost investiční arbitráže s právem EU, které je právním řádem odděleným od mezinárodního práva veřejného, je tudíž závěr vztahující se na členské státy EU, nikoliv na třetí země – to je koneckonců závěr, ke kterému SDEU ve zmínovaném rozsudku sám dospěl. Pokud ovšem nedostatek pravomoci tribunálu vyplývá z jiného právního řádu, než je mezinárodní právo, kterým se ECT a tribunál řídí a ustanovení samotné smlouvy tuto možnost nepřipouští, není možné nedostatek pravomoci dovodit. Tribunály navíc upozornily, že zrušení nálezů by zásadním způsobem narušilo právní jistotu investora; nejenže spory již probíhaly roky před vydáním rozsudku *Komstroy*, ale Španělsko s rozhodčím řízením v době zahájení dalo platně souhlas.

⁶⁶ Energy Charter Secretariat. Decision of the Energy Charter Conference: Amendments to the Energy Charter Treaty, CCDEC 2024 12 GEN ze dne 3. prosince 2024.

⁶⁷ *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Respondent Request for Reconsideration regarding the Intra-EU Objection and the Merits ze dne 1. února 2022.

⁶⁸ *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23.

Španělsko se pokusilo zvrátit výsledek arbitráže *Infracapital* ještě jednou, a to s odvoláním na případ *Green Power vs. Španělsko*, ve kterém bylo rozhodnuto až následně, a představovalo tudíž novou skutečnost, která mohla ovlivnit výsledek řízení. Arbitráž ve věci *Green Power*, kde tribunál dovedl nedostatek své pravomoci, se nicméně konala podle pravidel Stockholmské obchodní komory (SCC) ve Švédsku a dle *lex loci arbitri* se řídila švédským právem. Španělsko namítalo, že vzhledem k obsahu rozhodnutí *Komstroy* nebyla dána jurisdikce *ratione voluntatis*. Tribunál dal v případě *Green Power* za pravdu Španělsku, protože musel čl. 26 ECT posuzovat v kontextu norem švédského, a tudíž také evropského práva, které neumožňovalo Španělsku v rozporu se závěry SDEU udělit souhlas s arbitráží.⁶⁹ Rozhodci dále poukázali na to, že nutnost rozhodnout o jurisdikci je dána vzhledem k „*okolnostem tohoto případu*“,“⁷⁰ a že se žalobce dobrovolně rozhodl k řízení před SCC, přestože mohl využít pravidel ICSID.⁷¹ Tribunál v případě *Infracapital* skutečně odmítl výsledek ve světle rozhodnutí *Green Power* přehodnotit, protože okolnosti nejsou srovnatelné a jakákoliv analogie je vyloučená.⁷² Za zajímavý detail lze považovat, že podobnost případu s okolnostmi popsanými v rozsudku *Achmea* odmítl mimo jiné i proto, že ECT není bilaterální dohoda mezi členskými státy, ale mnohostranná smlouva, jejíž stranou se stala sama EU, a která je tudíž jejími ustanoveními včetně čl. 26 vázaná.⁷³

Do konce září 2024 mnoho dalších tribunálů podle pravidel ICSID usoudilo, že mají pravomoc intra-EU řízení rozhodnout (*Vatenfall vs. Německo*, *Masdar Solar a Wind vs. Španělsko*, *Cavalum vs. Španělsko*, *RREEF Infrastructure vs. Španělsko*, *OperaFund a Schwab Holding vs. Španělsko* a další), méně častá, ale s obdobným výsledkem jsou řízení podle pravidel UNCITRAL (*LC Corp vs. Polsko*, *Photovoltaik Knopf Betriebs vs. Česká republika*), zatímco SCC neudržel argumentační linii z *Green Power vs. Španělsko* (která ovšem podle komentářů trpí interpretačními nedostatky a není pravděpodobné, že by měla na výsledky budoucích rozhodčích řízení zásadní vliv⁷⁴) a v případě *Festorino Invest a další vs. Polsko* naopak svou pravomoc rozhodnout dovedl. Celkově se za posledních šest let státy pokusily namítnout nedostatek pravomoci tribunálů v několika desítkách řízení a většinou neúspěšně.

V květnu 2024 podaly společnosti *EIG* a *Euroholds* žalobu proti Rumunsku podle pravidel ICSID, která je jiná než předchozí spory. Přestože intra-EU BITs byly ukončeny, investoři se odvolávají na prodlouženou (a také státy zrušenou) ochranu v *sunset clause*.⁷⁵ Na začátku roku 2025 zatím stále není jisté, jak se k žalobě ICSID postaví, ale mohlo by jít o přelomové rozhodnutí, protože se tribunál bude muset vyjádřit k postavení investorů

⁶⁹ *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain*, SCC Case No. V 2016/135, především body 476–477.

⁷⁰ *Ibidem*, bod 475.

⁷¹ *Ibidem*, body 159–162.

⁷² *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, Second Decision on Reconsideration ze dne 19. srpna 2022, bod 46.

⁷³ *Ibidem*, bod 302.

⁷⁴ MÜLLER, Daniel. EU Law And Arbitration Under International Investment Instruments: The Surprising Award In *Green Power v. Spain*. In: *Daily Jus* [online]. 28. 5. 2022 [cit. 2024-08-27]. Dostupné z: <https://dailyjus.com/world/2022/06/the-surprising-award-in-green-power-v-spain>; PADDEAU, Federica I. – TAMS, Christian I. Interpreting Away Treaty Conflicts? *Green Power*, ISDS and the Primacy of EU Law. In: *Kluwer Arbitration Blog* [online]. 23. 8. 2023 [cit. 2024-08-29]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/08/23/interpreting-away-treaty-conflicts-green-power-isds-and-the-primacy-of-eu-law/>.

⁷⁵ *Eurohold Bulgaria AD and Euroins Insurance Group AD v. Romania*, ICSID Case No. ARB/24/18.

v rámci investičních dohod a k tomu, zda je přípustné zrušení *sunset clause* státy bez svolení těch, pro jejichž ochranu byla úprava sjednána.

Žaloby o zrušení nálezu či zastavení řízení (*anti-suit injunction*) mají také smíšené výsledky a nezáleží zdaleka jen na tom, zda jde o unijní soud či ne. V dubnu 2024 odmítl švýcarský Nejvyšší federální soud zrušit nález podle pravidel UNCITRAL pro nedostatek pravomoci tribunálu s odůvodněním, že argumentace SDEU v rozsudku *Komstroy* nerespektuje pravidla interpretace mezinárodních smluv, a že neslučitelnost arbitrážních doložek podle unijního práva nemá na rozhodovací praxi ve Švýcarsku žádný vliv.⁷⁶

V březnu 2023 okresní soud v Amsterdamu zamítl žádost Polska o zastavení řízení, což by zabránilo investorovi pokračovat v arbitráži podle pravidel UNCITRAL v Londýně. Soud zdůraznil, že tribunál má právo rozhodnout o své vlastní jurisdikci (tzv. Kompetenz-Kompetenz), vzal v potaz, že sídlo arbitráže se nachází mimo EU, a tudíž se na rozhodování nevztahuje evropské právo. „To, že je rozhodčí řízení v rozporu s unijním právem, podle soudu neznámá, že podání žaloby u rozhodčího soudu v Londýně, tedy mimo Evropskou unii, představuje zneužití práva.“⁷⁷ V srpnu 2023 rozhodnutí potvrdil odvolací soud.⁷⁸

Soudy v některých členských zemích EU, především v Německu, Švédsku, Francii a Lucembursku nálezy podle pravidel ICSID zrušily či rozhodly o nepřípustnosti arbitrážního řízení. Německý Spolkový soudní dvůr pronesl, že v intraunijním kontextu považuje za povinné, aby národní soudy prováděly přezkum rozhodčích nálezů ICSID z důvodů, které se týkají práva EU, i když je to v rozporu s Úmluvou ICSID (především porušením konečnosti rozhodnutí), protože evropské právo má přednost, a to i před mezinárodním právem.⁷⁹ V okamžiku, kdy německý soud rozhodl, že rozhodčí řízení je nepřípustné pro absenci účinného souhlasu s arbitráží, v Německu už nadále není možné nález uznat ani vykonat. Nutno ovšem podotknout, že německý právní řád umožňuje kontrolu arbitrability,⁸⁰ což není ve vnitrostátních právních úpravách členských zemí univerzální institut. Standardně se sice neprovádí po registraci žádosti k zahájení rozhodčího řízení, ale v daném případě si soud dovodil přípustnost pro dodržení zásady efektivity.⁸¹

Ve Švédsku soudy zrušily nálezů několik, zvláště problematicky jeden vydaný SCC ve dříve zmiňovaném případě *Festorino Invest a další vs. Polsko*, kde byl jedním z investorů mimounijní subjekt. Soud se rozhodl zrušit celý rozhodčí nález, včetně částí týkajících se neunijního investora, ačkoliv arbitrabilita by v jeho případě neměla být nijak omezená. Soud to odůvodnil rozparem se zásadami evropského práva, ke kterému došlo porušením zákazu rozhodčích doložek.⁸² Soudce Mats Holmqvist v odlišném stanovisku s rozhod-

⁷⁶ Švýcarský nejvyšší federální soud (Bundesgericht) ze dne 3. dubna 2024, sp. zn. 4A_244/2023.

⁷⁷ Okresní soud v Amsterdamu. Rozsudek ze dne 8. března 2023, sp. zn. C/13/721410 / HA ZA 22-614.

⁷⁸ Odvolací soud v Amsterdamu. Rozsudek ze dne 29. srpna 2023, zp. zn. C/13/720363 / KG ZA 22-636.

⁷⁹ Dokonce i v Německu ale lze v přístupu k intraunijní investiční arbitráži nalézt rozpor. Než se případ (respektive tři případy – I ZB 43/22, I ZB 74/22 a I ZB 75/22) dostal k soudnímu dvoru, Vyšší zemský soud v Berlíně (sp. zn. 12 SchH 6/21) rozhodl, že národní soudy členských států ani sama EU nemají kontrolní funkci vůči arbitrážím podle ICSID a nález zrušit nemohou. Vrchní zemský soud v Kolíně nad Rýnem (sp. zn. 19 SchH 15/21 a 19 SchH 14/21) ve dvou obdobných případech kontroval, že národní soudy nerozhodují podle pravidel ICSID, ale zda existuje účinný souhlas s arbitráží v souladu s evropským právem.

⁸⁰ Zivilprozessordnung. § 1032 odst. 2. Zákon ze dne 30. ledna 1877, ve znění pozdějších předpisů.

⁸¹ Bundesgerichtshof. Upstream national legal protection possible against intra-EU investor-State ICSID arbitral proceedings on the basis of the Energy Charter Treaty: Decisions of 27 July 2023 – I ZB 43/22, I ZB 74/22 and I ZB 75/22, Nr. 126/2023. In: *Bundesgerichtshof* [online]. 27. 7. 2023 [cit. 2024-08-25]. Dostupné z: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2023/2023126.html?nn=17771950>.

⁸² Odvolací soud pro Svealand (Svea hovrätt). Rozhodnutí ze dne 20. prosince 2023, sp. zn. T 12646-21.

nutím souhlasil, dodal ovšem, že je potřeba zohlednit mezinárodněprávní závazky a je-li možné oddělit od ostatních projednávaných otázek a v rozhodčím nálezu ty, které se vztahují jen na investora ze třetí země, nález by měl být zrušen jen částečně.⁸³ Francouzský Odvolací soud v Paříži zaujal jasný postoj a nálezy ruší, z jeho strany ambivalence není pocítována.⁸⁴

Ohledně výkonu nálezu se již rýsuje vcelku jasný obrázek. Vzhledem k neochotnému uznávání *Achmea* a souvisejících rozsudků mimo jurisdikci EU se strany často obracejí na jiné státy s žádostí o výkon nálezu, v mnoha případech úspěšně. Mezi státy, ve kterých návrhy často uspívají nebo vývoj naznačuje, že tomu tak bude, patří Austrálie,⁸⁵ Velká Británie⁸⁶ a USA.⁸⁷

5. Dohody se třetími zeměmi – BITs nebo FTAs?

Panuje nejistota, zda *Achmea* a následující kroky EU předznamenávají konec bilaterálních investičních dohod se třetími zeměmi.⁸⁸ Dosavadní praxe naznačuje, že by tomu tak být nemělo. Rozsudek *Komstroy* od sebe jasně oddělil arbitráž mezi členskými státy a se třetími stranami, přičemž druhý zmíněný typ shledal z pohledu slučitelnosti s unijním právem za bezproblémový.

Indie se v nedávném sporu *Deutsche Telekom v. India* snažila dosáhnout zrušení nálezu příkazujícího náhradu škody argumentací, že extra-EU BITs mohou ohrozit autonomii evropského práva stejně jako intra-EU dohody tím, že zakládají mechanismus řešení sporů, který neumožňuje položení předběžné otázky SDEU v případě, že by tribunál musel aplikovat právo EU, a navíc na rozdíl od mechanismů řešení sporů v new-gen FTAs nemusí tribunály zřízené podle extra-EU BITs posuzovat právo EU jako skutkovou okolnost. Německý Spolkový soudní dvůr v říjnu 2023 tyto důvody pro zrušení nálezu neuznal a objasnil, že neslučitelnost nespočívá v samotném vytvoření alternativního mechanismu,

⁸³ Odvolací soud pro Svealand (Svea hovrätt). Odlišné stanovisko (Skiljaktig mening) soudce Matse Holmqvista ze dne 20. prosince 2023, sp. zn. T 12646-21.

⁸⁴ Odvolací soud v Paříži, Komora 5-16, Strabag a Raiffeisen Centrobank, ze dne 19. dubna 2022, No. 20-13085; Odvolací soud v Paříži, Komora 5-16, CEC Praha a Slot Group ze dne 19. dubna 2022, No. 20-14581.

⁸⁵ FORRESTER, Danielle – YIN, Boxun. Australia as a Recognition and Enforcement Jurisdiction? The High Court of Australia's Reasoning in Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. [2023] HCA 11 and Likely Implications. In: *Kluwer Arbitration Blog* [online]. 28. 8. 2023 [cit. 2024-09-02]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/28/australia-as-a-recognition-and-enforcement-jurisdiction-the-high-court-of-australias-reasoning-in-kingdom-of-spain-v-infrastructure-services-luxembourg-s-a-r-l-2023-hca-11-and-likely-impl/>.

⁸⁶ LATAZS, Karolina – CHICCO, Ruggero. The English High Court Greenlights Enforcement of an ICSID Arbitration Award Issued in Intra-EU Investment Treaty Proceedings. In: *International Institute for Sustainable Development* [online]. 30. 9. 2020 [cit. 2024-09-02]. Dostupné z: <https://www.iisd.org/itn/en/2023/09/30/the-english-high-court-greenlights-enforcement-of-an-icsid-arbitration-award-issued-in-intra-eu-investment-treaty-proceedings/>.

⁸⁷ MORRIS, Danielle – YOUNG, Alex L. D. C. Circuit Resolves District Court Split on the Enforcement of Intra-EU Investment-Treaty Awards in the United States. In: *WilmerHale* [online]. 11. 9. 2024 [cit. 2024-09-17]. Dostupné z: <https://www.wilmerhale.com/insights/client-alerts/20240911-dc-circuit-resolves-district-court-split-on-the-enforcement-of-intra-eu-investment-treaty-awards-in-the-united-states>; MAVROIDIS, Petros C. – ORTINO, Frederico. Intra-EU Investment Disputes and the Monopoly Over the Interpretation of EU Law. *American Review of International Arbitration*. 2023, Vol. 33, No. 4, s. 341–356.

⁸⁸ Srov. ANKERSMIT, Laurens. Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe? In: *International Institute for Sustainable Development* [online]. 24. 4. 2024 [2024-08-24]. Dostupné z: https://www.iisd.org/itn/en/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/#_edn9; DECLÈVE, Quentin. Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements. *European Papers*. 2019, Vol. 4, No. 1, s. 99–108.

nýbrž je potřeba ji posuzovat ve světle postavení práva EU mezi členskými státy, zásady loajální spolupráce a předpokladu vzájemné důvěry, které by uplatňování mechanismu obcházejícího právní řád EU narušilo, což však nelze přenést na vztahy se třetími zeměmi. V těchto sporech se dále také nepředpokládá spolupráce se SDEU prostřednictvím institutu předběžné otázky, a proto nelze uplatnit kritiku postavení rozhodčího soudu mimo tento systém.⁸⁹

V říjnu 2023 Evropská komise představila modelová ustanovení pro extra-EU BITs. Tyto klauzule, uvedené v neoficiálním dokumentu s poznámkami, slouží jako doporučující materiál pro členské státy při jednáních nebo revizi svých BITs s třetími zeměmi. Ustanovení zahrnují i mechanismus řešení sporů, který mimo jiné obsahuje omezení pravomocí arbitrážních rozhodců v souvislosti s vnitrostátním a unijním právem (tribunál je má považovat jen za skutkové okolnosti) a vyhrazuje si právo na změnu svých politik, aniž by tím stát dal důvod k žalobě. Přestože zde Komise prosazuje do budoucna zřízení jiného stálého mechanismu, ustanovení flexibilně nezakazují ani ISDS. Navzdory nezávazné povaze lze z dosavadního chování EU a členských států dovodit, že modelová ustanovení pravděpodobně ovlivní budoucí podobu extra-EU BITs, neboť odrážejí přístup EU k investicím a navíc vysílají jasný signál, že Unie prozatím s bilaterálními dohodami nadále počítá,⁹⁰ přestože zároveň aktivně rozvíjí iniciativy o konsolidaci ekonomických vztahů se třetími zeměmi prostřednictvím komplexních dohod o volném obchodu sjednávaných Uní, sjednocujících podmínky pro všechny členské státy.

V roce 2015 vydal SDEU posudek 2/15 ohledně rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy v oblasti dohod o volném obchodu. Posudek se vztahoval na FTA uzavřenou se Singapurem, kterou SDEU považuje za obchodní dohodu nové generace, a to mimo jiné z důvodu zahrnutí dalších oblastí souvisejících s obchodem, jako jsou veřejné zakázky nebo právě ochrana investic. New-gen FTAs upravují ekonomické vztahy se třetími zeměmi důsledně, což by časem mělo vést k nahrazení extra-EU BITs těmito dohodami, na druhou stranu jejich složitost a zahrnutí citlivých témat komplikuje nejen jejich sjednávání s partnery, ale i hledání konsenzu mezi členskými zeměmi.⁹¹ Hlavní otázka, na kterou SDEU odpovídal, se týkala rozdělení pravomocí při uzavírání obchodních dohod mezi EU a členské státy. Stanovil, že pokud spadá oblast úpravy do výlučné pravomoci EU, přebírá v této oblasti pravomoci členských států. Následkem toho může nejen sjednat a uzavřít novou dohodu se třetí zemí, ale také ukončit a nahradit již existující dohody v této oblasti; teoreticky by se mohlo jednat i o některé části extra-EU BITs.

Podle tohoto posudku SDEU většina pravomocí při sjednávání a uzavírání dohody o volném obchodu náleží EU jako celku, a to včetně ochrany přímých zahraničních investic, ale otázka řešení sporů mezi investory a státy je pravomocí sdílenou, díky které nemůže dohodu uzavřít EU sama (a případně nahradit bez souhlasu států extra-EU BITs). Řešení sporů mezi investory a státem podle SDEU nutně spadá do sdílené pravomoci, protože členské státy musejí souhlasit s vynětím těchto sporů z jejich jurisdikce.⁹²

⁸⁹ Rozsudek Spolkového soudního dvora ze dne 12. října 2023, sp. zn. I ZB 12/23.

⁹⁰ EU. Annotations to the Model Clauses for BIT negotiations. In: *CIRCABC* [online]. 24. 10. 2023 [cit. 2024-09-02]. Dostupné z: <https://circabc.europa.eu/ui/group/be8b568f-73f3-409c-b4a4-30acfec5283/library/f9a070c6-16dd-41e6-8fec-d2ce67473870/details?download=true>.

⁹¹ Viz stále neratifikovaná asociační dohoda mezi EU a MERCOSUR, která byla vyjednáвана dvacet let a od dokončení v roce 2019 zamrzla na mrtvém bodě především z důvodu národních zájmů některých států.

⁹² Posudek pléna SDEU 2/15 ze dne 16. května 2017, především bod 78 an.

Předložené argumenty v tomto posudku představují důkaz, že Evropská komise se dlouhodobě pokouší stanovovat jednotný právní rámec pro investiční spory na celounijní úrovni a omezit možnosti členských států uzavírat vlastní dohody o ochraně investic. SDEU názor Komise, že má pravomoc uzavírat komplexní dohody sama, nepodpořil, a naopak doporučil uzavírat dohody v oblasti investic separátně od obchodních, což ale snížilo pravděpodobnost, že se strany na mechanismu řešení sporů shodnou. Nelze však popřít, že EU včetně jejího soudního orgánu nahlíží na současnou podobu investiční arbitráže s velkou skepsí a pokouší se nastavit mechanismy řešení sporů v institucionalizované podobě.

Zřejmě je to z nových počínů jako Komplexní hospodářská a obchodní dohoda EU s Kanadou (CETA) z roku 2016, která počítá s ustanovením *stálého investičního tribunálu* s patnácti předem vybranými rozhodci jmenovanými stranami dohody s daným procesním postupem, lhůtami, jasnými pravidly o střetu zájmů rozhodců a dvojinstančním řízením.⁹³ CETA je stejně jako dohody EU se Singapurem a Vietnamem považována za FTA nové generace a problematiku řešení sporů upravuje promyšleným způsobem.

Belgie v roce 2017 požádala SDEU o posudek ohledně slučitelnosti mechanismu s primárním právem.⁹⁴ Soud dovodil, že mechanismus řešení sporů v CETA slučitelný s unijním právem je, a to především proto, že na rozdíl od obdobných sporů mezi členskými státy EU nebude vykládat a aplikovat vnitrostátní a unijní právo, ale pouze ustanovení v CETA a mezinárodní právo veřejné. Protože se vztahy neřídí právem EU, vynětí sporu z jurisdikce národních soudů nenaruší zásadu vzájemné důvěry členských států. Systém evropského a mezinárodního práva zůstane důsledně oddělen a dohoda stanoví, v jakém kontextu spolu mohou interagovat. V zásadě však by měl tribunál z dohody CETA posuzovat unijní právo jako skutkové zjištění a bude povinen se řídit výkladem SDEU, zatímco výklad unijního práva tribunálem nebude závazný pro soudy EU.

Obdobně jako CETA, také Dohoda o volném obchodu s Vietnamem (EVFTA) z roku 2019 klade požadavky na kvalifikaci rozhodců jmenovaných stranami dohody na čtyřleté funkční období a zavádí dvoustupňové řízení ustanovením stálého Odvolacího tribunálu.⁹⁵ Dalším zásadním aspektem tohoto mechanismu je možnost v odvolacím řízení přezkoumávat nejen otázky právní, ale i skutkové. Z formálního hlediska je dohoda v souladu s posudkem SDEU 2/15 rozdělena na dvě – jednu o volném obchodu a druhou o ochraně investic.⁹⁶ Dohoda o ochraně investic musí být ratifikována členskými státy podle jejich interních postupů, což mimo jiné znamená, že upravený systém rozhodčího řízení přijímá každý stát dobrovolně. Stálý investiční tribunál s těmito klíčovými rysy obsahuje dále dohoda mezi EU a Singapurem (EUSFTA), připravovaná revize Globální dohody s Mexikem⁹⁷ a nikdy nerealizovaná dohoda TTIP s USA, ve které se tento mechanismus objevil poprvé.

⁹³ Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA) mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé ze dne 14. ledna 2017, čl. 8.21 an.

⁹⁴ Posudek pléna SDEU 1/17 ze dne 30. dubna 2019.

⁹⁵ Čl. 3.38 odst. 4 a 5, čl. 3.39 EVFTA.

⁹⁶ Evropská komise. Rozhodnutí Rady o podpisu Dohody o ochraně investic mezi Evropskou unií a jejími členskými státy na jedné straně a Vietnamskou socialistickou republikou na straně druhé jménem Evropské unie, COM(2018) 694 final ze dne 17. října 2018.

⁹⁷ CIRCABC. Modernisation of the Trade part of the EU-Mexico Global Agreement Without Prejudice: 19 Investment Dispute Resolution. In: CIRCABC [online]. Aktualizováno 11. 9. 2022 [cit. 2024-08-13]. Dostupné z: <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/9f9e6630-7c43-49df-8a5f-653a23839b94/details>.

Mechanismy řešení sporů v těchto dohodách sblížíují rozhodčí řízení s procesním postupem uplatňovaným vnitrostátními soudy a omezují volnost stran (resp. investora) při výběru rozhodců, čímž sice zajišťují vyšší právní kvalitu celého procesu, na druhou stranu tím arbitráž zbavují mnoha výhod, pro které investoři dávají tomuto mechanismu přednost. Přesto lze na budoucnost investiční arbitráže v EU nahlížet pozitivně. Výše zmíněné snahy nejsou náhodnými pokusy, ale zjevně ucelenou snahou o postupné vytvoření efektivního systému ochrany investic pro podmínky 21. století prostřednictvím systému bilaterálních investičních soudů (ICS), které zachovají pozitivní rysy investiční arbitráže (nezávislost tribunálu na státu, flexibilita) a pokusí se odstranit její nejpalčivější nedostatky, jako je nejednotné rozhodování obdobných případů, netransparentnost nebo příležitostně problematická osobnost rozhodce. ICS je však jenom plánovaný mezikrok na cestě za ambicióznějším projektem.

Evropská komise se souhlasem členských států se od roku 2015 pokouší o vytvoření stálého mnohostranného investičního soudu, který by znamenal úplné opuštění systému *ad hoc* řešení sporů ISDS. Vodítkem k finální podobě by měly být právě new-gen FTAs, resp. části dohod o ochraně investic, ve kterých je mechanismus řešení sporů obsažen vždy pro každou dohodu samostatně, ale se společnými rysy. Mezi ty patří výše zmíněná dvojinstančnost zavádějící přezkoumatelnost rozhodnutí, profesionální a morální předpoklady rozhodců, dále jurisdikce pouze na základě dohod, které řízení mezi investorem a státem povolují, nemožnost v konkrétním případě ovlivnit výběr rozhodců a mechanismus donucení výkonu rozhodnutí.⁹⁸ Mechanismy obsažené v těchto dohodách alespoň teoreticky napravují podstatnou část nedostatků ISDS a naplňují doporučení komentátorů pro podobu budoucího mnohostranného investičního soudu.⁹⁹ Některé aspekty, jako obavy ze stranění rozhodců státům, které mají na rozdíl od ISDS ve stálých investičních tribunálech výlučnou pravomoc určovat rozhodce, je třeba dále sledovat a případně změnit,¹⁰⁰ ale obecně tyto dohody počítají s možností, že časem vznikne jednotný mezinárodní soud místo separátních pro každou dohodu.

V posledních letech rostoucí nespokojenost a kritika mezinárodní investiční arbitráže vedla k přehodnocení názoru mnoha zemí na BITs, případně ICSID. Mezi ně patří Indie, Indonésie, Jižní Afrika, Ekvádor, Venezuela, Bolívie a další, z nichž mnoho mělo uzavřené dohody s členskými státy EU. Nově sjednávané a modelové BITs se typicky vyznačují oslabeným postavením investorů od nezařazení *sunset clauses* či zkrácení doby, po kterou je tato ochrana poskytována, až po vymezení důvodů, pro které může stát bez rizika žaloby omezit práva investora.¹⁰¹ Jejich počet od zlomu v roce 2017 klesá, zájem o uzavírání nových upadá hlavně ze strany rozvojových zemí, které při jejich uzavírání nedomys-

⁹⁸ Multilateral Investment Court project. In: *European Commission* [online]. [cit. 2024-08-17]. Dostupné z: https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en.

⁹⁹ KIM, Jin Woo – WINNINGTON-INGRAM, Lucy M. Investment Court System Under EU Trade and Investment Agreements: Addressing Criticisms of ISDS and Creating New Challenges. *Global Trade and Customs Journal*. 2021, Vol. 16, No. 5, s. 181–192.

¹⁰⁰ GARCIA, Frank J. – GUVEN, Brook S. Designing a Multilateral Investment Court for Procedural Justice. *The Journal of World Investment & Trade*. 2023, Vol. 24, No. 3, s. 461–486.

¹⁰¹ BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie – BREWIN, Sarah. Terminating a Bilateral Investment Treaty: IISD BEST PRACTICES SERIES – MARCH 2020. In: *International Institute for Sustainable Development* [online]. 2020 [cit. 2024-08-12]. Dostupné z: <https://www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-en.pdf>, s. 13–14.

lely důsledky¹⁰² a často platí nepřiměřeně vysoké náhrady škody. Na jednu stranu to znamená, že ochrana investic funguje, jak má, na druhou stranu tím stát odrazuje od účasti v tomto mechanismu.

Indie své BITS vypověděla po roce 2016 jako odpověď na záplavu žalob investorů, které byly často rozhodnuty (případně lze očekávat, že budou rozhodnuty) proti Indii. Země krok odůvodnila neurčitostí pravidel pro ISDS ponechávajících přílišnou volnost *ad hoc* tribunálům, které rozhodovaly neúměrně ve prospěch investorů, čímž domněle narušovaly suverenitu země. Tento názor je nicméně komentátory odmítán a žaloby, které razantní krok Indie zapříčinily, jsou považovány za legitimní a opodstatněně rozhodované proti státu.¹⁰³ Ukončení BITS negativně ovlivnilo toky přímých zahraničních investic,¹⁰⁴ což je standardní reakce investorů na omezení ochrany nebo zvýšení nejistoty. Indie následně představila koncept modelové BIT s – dle svých slov – vyváženějším postavením investorů a státu, podle kterých začala nové dohody uzavírat. Jejím záměrem je úprava podmínek v investičních dohodách, aby zúžila prostor pro žaloby. Ve vztahu k EU Indie nahrazuje bilaterální dohody FTA s kapitolou zabývající se investicemi, přičemž mechanismus ISDS či jiný způsob přímého domáhání se svých práv investorem do ní zatím zařazen nebyl.¹⁰⁵

Jižní Afrika také po zhodnocení existujících investičních dohod začala od roku 2012 vypovídat či odmítla prodloužit své BITS, mimo jiné s členskými státy EU. Hlavní výtkou bylo obdobně jako v případě Indie neadekvátní zvýhodňování zahraničních investorů na úkor státu, což se projevilo v několika arbitrážních řízeních zahájených po změně domácí legislativy a zavedení nových veřejných politik k narovnání historických křivd, které stát provedl ve veřejném zájmu.¹⁰⁶ Na rozdíl od Indie Jižní Afrika evropské investory ujistila, že jejich zájmy budou dostatečně chráněny vnitrostátním právem a nové dohody uzavírat neplánuje. Tento krok vedl ke zhoršení vztahů s EU, přitom se zásadně neliší od způsobu, jakým sama EU nedávno odstoupila od ECT. S jednou zásadní výjimkou, že Jižní Afrika nevyloučila použití *sunset clauses*.

Indie a Jižní Afrika představují dva modelové případy, většina zemí odůvodnila svou revizi BITS buď nedostatečným prostorem pro změnu domácí legislativy a politik, omezováním suverenity nebo nevyváženým přístupem tribunálů nakloněných investorům.

Jiné země jako Austrálie sice také některé BITS ukončují, ale spíše s úmyslem nahradit je komplexními mechanismy podobnými new-gen FTAs (např. Komplexní a progresivní dohoda o transpacifickém partnerství mezi Austrálií, Brunejí, Chile, Japonskem, Kanadou, Malajsií, Mexikem, Novým Zélandem, Peru, Singapurem a Vietnamem). Sama Austrálie vyjádřila zájem o sjednání stálého investičního tribunálu podle vzoru CETA. Proto lze

¹⁰² KÁBRT, Martin. Soumrak BIT: nejistá budoucnost správy mezinárodních investic. In: ČNB [online]. 25. 2. 2021 [cit. 2024-09-01]. Dostupné z: https://www.cnb.cz/cs/o_cnb/cnblog/Soumrak-BIT-nejista-budoucnost-spravy-mezinarodnich-investic/.

¹⁰³ RANJAN, Prabhash. The present and the future of the indian BIT programme: Throw the bathwater, but keep the baby. *Global Trade and Customs Journal*. 2019, Vol. 14, No. 7–8, s. 372–375.

¹⁰⁴ KOTYRLO, Elena – KALACHYHIN, Hryhorii M. The effects of India's bilateral investment treaties termination on foreign direct investment inflows. *Economics of Transition and Institutional Change*. 2023, Vol. 31, No. 4, s. 1007–1033; HARTMANN, Simon – SPRUK, Rok. The impact of unilateral BIT terminations on FDI: Quasi-experimental evidence from India. *The Review of International Organizations*. 2023, Vol. 18, s. 259–296.

¹⁰⁵ RANJAN, Prabhash. *The present and the future of the indian BIT programme: Throw the bathwater, but keep the baby*.

¹⁰⁶ Republic of South Africa. Bilateral Investment Policy Framework Review: Government Position Paper. In: *Department of Trade and Industry* [online]. 2009, červen [cit. 2024-09-15]. Dostupné z: <https://static.pmg.org.za/docs/090626trade-bi-lateralpolicy.pdf>.

důvodně předpokládat, že stálý tribunál bude s vysokou pravděpodobností také součástí sjednávané FTA¹⁰⁷ mezi EU a Austrálií.

EU aktivně sjednává nové dohody, ale téměř od počátku kritiky ISDS si přála jednat o podobě soudu s dalšími partnery na půdě UNCITRAL a otevřít jej k přistoupení všem zemím, které by projevíly zájem se připojit.¹⁰⁸ Myšlenka vytvoření multilaterálního mechanismu ve spolupráci s UNCITRAL a ICSID byla poprvé vznesena během konzultací EU s veřejností při sjednávání TTIP a shodly se na ní četní zástupci obchodních společností, asociací a profesních sdružení, NGOs a jiných organizací.¹⁰⁹ EU tuto myšlenku adoptovala, rozpracovala a začala ji navrhopvat svým obchodním partnerům. Výsledky jednání o FTA s Kanadou tyto snahy reflektují, a to natolik, že v červenci 2016 na Světovém investičním fóru pořádaném UNCITRAL navrhli účastníkům vytvoření investičního soudu společně.¹¹⁰

Pracovní skupina III UNCITRAL na postupném vytvoření stálého mechanismu řešení mezinárodních investičních sporů (kromě dalších aktivit v oblasti reformy ISDS) pracuje od roku 2017,¹¹¹ poslední verze návrhu statutu a dílčích otázek byla probírána na jaře 2024 za účasti delegací více než sedmdesáti států a čtyřiceti mezinárodních organizací.¹¹² EU od počátku vyvíjí značný tlak na podobu těchto prací a zastává názor, že vznik mnohostranného investičního soudu je jediná vhodná reforma systému mezinárodní ochrany investorů. Tento systém by měl připomínat mechanismus řešení sporů Světové obchodní organizace a obsahovat podobné klíčové prvky jako soud navrhovaný Evropskou komisí, ale zatím nebyl odsouhlasen žádný koncept a pokračují jednání o klíčových prvcích.¹¹³

Situaci komplikují postoje zemí, které mají rozdílné představy o jeho podobě a další, které myšlenku investičního soudu zcela odmítají. Některé státy nemají dokonce vůbec zájem umožnit arbitráž mezi investory a státem a chtějí ponechat jen mechanismus řešení investičních sporů mezi státy.¹¹⁴ Už nyní je tak zcela jasné, že počtem stran se budoucí investiční soud nebude blížit univerzální účasti a s mnoha státy bude EU muset své investiční vztahy nadále řešit na bilaterální nebo regionální úrovni.

¹⁰⁷ Srov. KURTZ, Jürgen – NOTTAGE, Luke R. Investment Treaty Arbitration 'Down Under': Policy and Politics in Australia. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2015, Vol. 30, No. 2, s. 465–480; NOTTAGE, Luke. Australia's Ambivalence Again Around Investor-State Arbitration: Comparisons with Europe and Implications for Asia. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2024, Vol. 39, No. 2, s. 1–29.

¹⁰⁸ Council of EU. Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, 12981/17 ADD 1 DCL 1 ze dne 20. března 2018.

¹⁰⁹ 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 ze dne 13. ledna 2015.

¹¹⁰ European Commission. Co-sponsored discussion paper – Establishment of a multilateral investment dispute settlement system. In: *CIRCABC* [online]. 13. 9. 2022 [cit. 2024-09-05]. Dostupné z: <https://circabc.europa.eu/ui/group/7fc51410-46a1-4871-8979-20cce8df0896/library/a3002620-408d-4469-8d27-4131bc3e1bb6/details>.

¹¹¹ UNCITRAL Working Group III. Investor-State Dispute Settlement Reform. A/CN.9/WG.III/WP.239 – Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Draft statute of a standing mechanism for the resolution of international investment disputes ze dne 8. února 2024.

¹¹² UN Information Service Vienna. UNCITRAL Working Group III concludes its work on the draft statute of an advisory centre on international investment dispute resolution, UNIS/L/355 ze dne 8. dubna 2024.

¹¹³ Smyslem tohoto příspěvku není detailně rozebírat možné podoby investičního soudu a v literatuře bývá čteně analyzován, proto se jeho popis omezí jen na výše uvedené.

¹¹⁴ MENON, Trishna – ISAAC, Gladwin. Developing Country Opposition to an Investment Court: Could State-State Dispute Settlement be an Alternative? In: *Kluwer Arbitration Blog* [online]. 17. 2. 2018 [cit. 2024-09-16]. Dostupné z: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/17/developing-country-opposition-investment-court-state-state-dispute-settlement-alternative/>.

6. Zamyšlení nad budoucností investiční arbitráže EU

Zmatek, který rozsudky *Achmea*, *Komstroy* a *PL Holdings* vnesly nejen do vztahů s investory, ale i do vztahu mezi evropským a mezinárodním právem, bude mít dalekosáhlé následky. Rozličná kritika, například právě za interpretaci vztahu mezi evropským a mezinárodním právem, se snáší na vnitrostátní soudy a mezinárodní rozhodčí tribunály. Jestliže se SDEU pokoušel zamezit diskriminaci některých investorů kvůli odlišným podmínkám v jednotlivých BITs, způsobil tím nanejvýš její přesun do procesní roviny a zintenzivnění celého problému vůči třetím zemím. Místo (možných) předvídatelných rozdílů v BITs, o kterých investor věděl předem, se nejistota přesouvá do okamžiku, kdy je – pravděpodobně mnoho let po provedení investice – nutné vyřešit vzniklý spor. Rozhodnutí SDEU v této věci ve výsledku pouze zhoršila ochranu investorů v EU.¹¹⁵

Švýcarský Nejvyšší federální soud rozsudky *Achmea* a *Komstroy* rozsáhle kritizoval za ignorování pravidel o interpretaci ustanovení mezinárodních smluv a mezinárodního práva obecně. Především článek 26 ECT podle něj nelze interpretovat v souladu s VÚSP tak, že by bezvýhradný souhlas být vázán mezinárodní smlouvou mohl bez dalšího vyloučit spory mezi některými smluvními státy, a to bez ohledu na odlišný režim, který mezi sebou státy mohou uplatňovat. Evropské právo z pohledu soudů mimo EU není nadřazené mezinárodnímu, a tudíž ustanovení mezinárodní smlouvy (ať VÚSP nebo ECT) nemohou ustoupit pravidlům sjednaným mezi členskými státy.¹¹⁶ Na druhou stranu členství v EU státům neumožňuje porušovat či obcházet evropské právo s ospravedlněním, že jednají v souladu se závazky přijatými v mezinárodní smlouvě. Například pro Českou republiku to znamená, že nesmí umožnit výkon rozhodnutí, kterým by porušila unijní právo, ačkoliv tím naopak porušuje své mezinárodní závazky.¹¹⁷ Navíc nelze požadovat po nečlenských národních soudech, aby porušovaly své vlastní mezinárodní závazky z VÚSP, Washingtonské či Newyorské úmluvy a dalších tím, že převezmou argumentaci v rozsudcích *Achmea* či *Komstroy*.

Vytrvalá snaha Unie vyloučit rozhodčí řízení ve vztazích mezi členskými státy a jejich investory je úspěšná pouze částečně a dosavadní vývoj nenaznačuje, že by měl být očekáván zásadní zlom; naopak lze předpokládat, že se tribunály neztotožní s názorem, že je možné proti vůli investorů ukončit účinnost *sunset clauses* mezi členskými státy EU, alespoň v případě států, které opustily ECT před modernizací, a státy se vysokým náhradám škody stejně nevyhnou. Opačná interpretace by dle názoru autorky vedla k závěru, že stát může jednostranně libovolně upravovat, interpretovat nebo vypovídat mezinárodněprávní závazky podle vlastního uvážení a potřeb a nemusí ani jednat v dobré víře, což by mělo nedožrnné následky. Probíhající i ukončená řízení ukazují, že investoři se nehodlají vzdát a budou se pokoušet svých práv domoci tam, kde tribunály mohou evropské právo ignorovat, a mezitím státy využijí všech možných nástrojů, jak zabránit arbitráži nebo její výsledek změnit, což spíše než ke konstruktivnímu dialogu o budoucnosti investiční

¹¹⁵ Srov. KOČENOV, Dimitrij V. – LAVRANOS, Nikos. *Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2022, Vol. 14, s. 195–219.

¹¹⁶ Swiss Federal Supreme Court, Judgment 4A_244/2023 (3 April 2024) regarding the award issued in *EDF Energies Nouvelles S.A. v. Kingdom of Spain*, PCA Case No. AA613, odst. 7.6.–7.7.

¹¹⁷ Rozsudek Soudu prvního stupně (druhého senátu) T-70/89, *British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd v. Commission of the European Communities* ze dne 10. července 1991, bod 77.

arbitráže povede k bojovné mentalitě obou stran. Úspěchy států jsou smíšené a vedou k ještě nesmyslnějším průtahům, než jaké už doposud byly zásadním problémem ISDS.

Rozdíly přetrvávají i v ochraně investorů ve vztazích se třetími zeměmi. Přestože se snaží EU jít směrem sjednávání společných pravidel a procesní ochrany investorů investičními dohodami, jejich podoba se liší a v některých případech zcela chybí vůle k vytvoření mechanismu založeného na sporu mezi investorem a státem. Mezi odpůrci ISDS nejsou jen rozvojové země, jak by se na první pohled mohlo zdát, ale například i Japonsko. Je tudíž zřejmé, že systém stálých mezinárodních tribunálů v komplexních obchodních dohodách ani multilaterální investiční soud nejsou v nejbližší době reálnou alternativou a EU se mimounijních BITs jistě v dohledné době zbavovat nebude. Evropská unie získala po roce 2009 v oblasti přímých zahraničních investic rozsáhlé pravomoci, které jí mohou mimo jiné umožnit efektivnější sjednávání smluv se třetími zeměmi, ale zároveň to může potenciálně vývoj zpomalit.

Jednou z hlavních oblastí, na kterou by se měla nyní zaměřit, je budoucnost členských států v ECT. V současnosti jsou na půli cesty dovnitř či ven, což se zdá být nejhorší možností, neboť odchod velkých evropských ekonomik odradí jiné státy, které by jinak k modernizované verzi přistoupily, a zároveň tyto ekonomiky nechává reálně nejvíce otevřené žalobám v oblasti fosilních paliv. Zároveň je jisté, že část EU z této dohody odcházet nehodlá, což však znamená jiné postavení a úroveň ochrany investorů.

Ve výsledku na zvolené formě mechanismu či jejich kombinaci záleží minimálně, pokud by fungoval tak, jak má a efektivně chránil zájmy investorů. Výzvou po zmatcích okolo budoucnosti intra-EU BITs bude přesvědčit stávající i potenciální investory, že režim ochrany splňuje požadavky na transparentnost, rovnost stran a nediskriminační zacházení, nezávislost soudu a nestrannost rozhodců/soudců, efektivitu, stabilitu a předvídatelnost investiční politiky.¹¹⁸ Nebo alespoň že nový režim není krokem zpátky a ke změně nedošlo za účelem zamezení legitimních žalob proti členským státům, jak státy v několika případech samy naznačily. Za tím účelem by bylo vhodné zpřesnit formulace svých vyjádření v dohodách a politických deklaracích (a důsledně oddělit oba druhy), prokazovat větší respekt vůči mezinárodním závazkům členských států, usnadnit jim dodržování zásady *pacta sunt servanda* a nenavádět k retroaktivitě.

Nejhorší scénář odlivu přímých zahraničních investic se naplní, jestliže ohledně investiční politiky bude panovat nejistota.¹¹⁹ Evropa v dnešní době nutně potřebuje strategické investice, aby zvládla zelenou transformaci, digitalizaci a udržela si v následujících letech konkurenceschopnost. K tomu, aby situaci stabilizovala, je třeba mnohem více vyjasnit vztah jejího právního řádu s mezinárodním právem, než svépomocí provést globální reformu ISDS a smluv jako ECT (lze i s trochou nadsázky říci, že největší díl práce na modernizaci dohody EU v poslední době vykonala tím, že od ní odstoupila a odblokovala hlasování). Koneckonců není to jenom EU, kdo aktivně mechanismy modernizuje – v předchozích letech byla aktualizována pravidla ICSID, SCC a Stálého rozhodčího soudu, vznikla nová úmluva o transparentnosti, mediační pravidla a UNCITRAL se kromě příprav investičního soudu zaměřuje i na mechanismy předcházení sporům a zavádění etických kodexů.

¹¹⁸ Srov. SAPIR, Elena V. – KARACHEV, Igor A. Challenges of a new investment policy: Investment promotion and protection. *Finance: Theory and practice*. 2020, Vol. 24, No. 3, s. 118–131.

¹¹⁹ K tomu více NGUYEN, Canh P. – LEE, Gabriel S. Uncertainty, financial development, and FDI inflows: Global evidence. *Economic Modelling*. 2021, June, Vol. 99, 105473; JARDET, Caroline et al. Foreign direct investment under uncertainty evidence from a large panel of countries. *Review of International Economics*. 2023, August, Vol. 31, No. 3, s. 854–885.

Závěr

Budoucnost investiční arbitráže v EU zůstává nejasná a s množstvím výzev, zejména kvůli snahám o celkovou reformu a sjednocení ochrany investorů. Rozsudky SDEU jako *Achmea* a *Komstroy* daly najevo, že Unie chce vztahy mezi členskými státy řešit sjednoceným postupem, což vedlo k ukončení intra-EU BITS a vytěsňování arbitrážního řízení z právního rámce. Tento proces byl ve výsledku bolestivější, než se čekalo, zejména z hlediska právní jistoty a ochrany investorů, které byly po desetiletí zajišťovány právě prostřednictvím rozhodčích doložek a arbitrážních tribunálů.

Unie se pokouší nahradit tento systém zavedením nových mechanismů, jako jsou stále investiční soudy a snad časem i mnohostranný investiční soud. Tyto iniciativy však vyžadují široký mezinárodní konsenzus ohledně velkého množství aspektů, což je vzhledem k různorodým představám a obavám jednotlivých států složité. Budování investičních soudů zůstává klíčovým cílem, ale současný vývoj nahrává spíše reformě systému ISDS. Budoucnost bude pravděpodobně spočívat v mnohem více institucionalizovaných formách ochrany, které se pokusí vyvážit zájmy a potřeby investorů a států. V průběhu těchto změn bude klíčové zajištění dostatečné právní jistoty, aby EU neztratila atraktivnost pro investory a situace nesváděla např. k investování prostřednictvím subjektu v třetí zemi (*treaty shopping*) nebo aby nevolili bezpečnější, ale pro EU méně žádoucí investiční projekty. EU stojí před nelehkým úkolem vytvořit si systém, který bude efektivně chránit investory a zároveň respektovat principy unijního práva i mezinárodní závazky států. Modernizovaná ECT je dobrým prvním kompromisním řešením, ale bude záležet na tom, jak se členské státy postaví k dalším krokům, jako je revize a modernizace unijních mechanismů.

Future of the Investor-State Dispute Settlement in the EU – from the Judgment Achmea to Multilateral Investment Court

Zuzana Mazánková (<https://orcid.org/0000-0002-4668-3455>)

Abstract: The article analyzes development and future of investment arbitration in the European Union following the landmark Achmea ruling, which fundamentally altered the legal standing and level of protection for foreign investors. The Komstroy decision subsequently ended the possibility of using investment arbitration under the Energy Charter Treaty (ECT) between EU member states. The article examines the consequences of these decisions, focusing on the legal uncertainty for both investors and states that these changes have engendered, as well as the conflict between European and international law that all pertinent tribunals and courts must address with varying degrees of success. The European Union seeks to pursue its own path in the area of investment dispute resolution and contribute to the institutionalization of investment arbitration by creating bilateral courts of a permanent nature (ICS) and, eventually, a multilateral investment court. This aims to strengthen the stability and predictability of the investment environment within the EU and eliminate discrimination of investors. Unfortunately, recent efforts have had the exact opposite effect. While the significance of comprehensive trade and investment agreements is growing, in the short term, it is more important to reassure investors that their rights are protected today and can be relied upon tomorrow than specific reforms of the mechanism. To achieve this, however, the EU will have to tackle several challenges that it has created for itself over the past six years.

Keywords: investor-state dispute settlement, Achmea, multilateral investment court