

## SOUMRAK BIT V EU?

VLADIMÍR BALÁŠ

**Abstract:** **The Twilight of BITS in the European Union?**

The paper analyses current EU competences in the area of Common Trade Policy after the adoption of the Lisbon Treaty. It also looks into the manners in which these competences have been seized by the European Commission in the area of investment protection. After a concise historical overview of foreign property protection and generally accepted positive discrimination in favour of business-making foreigners, the paper reviews the most frequently used arguments of the Commission rejecting validity of intra-EU BITs after the adoption of the Lisbon Treaty. The paper generally deals with the relation between international law and EU law, shortly touches upon issues of extra-EU BITs and their possible replacement by Investment Chapters in Free Trade Agreements, and attempts to answer the question whether the above-mentioned transfer of competences is beneficial to the Czech Republic.

**Keywords:** investment protection, medieval treaties, Byzantium, Venice, Bohemian Kingdom, Hansa, capitulation treaties, classics of international law, FCN treaties, diplomatic protection, international law, EU Law, TFEU, EU exclusive competency, Common Trade Policy, conflict of international law and EU law, BITs, backlash against BITs, FTA, investment disputes, arbitral tribunals, ICSID, OECD

**Klíčová slova:** ochrana investic, středověké dohody, Byzanc, Benátky, České království, Hansa, kapitulační smlouvy, klasikové mezinárodního práva, dohody o přátelství plavbě a obchodu, diplomatická ochrana, mezinárodní právo, právo EU, Smlouva o fungování Evropské unie, výlučná pravomoc Unie, střet mezinárodního práva a práva EU, dvoustranné dohody o ochraně investic, odmítání dohod o ochraně investic, dohody o volném obchodu, investiční spory, arbitrážní tribunály, ICSID, OECD

### 1. ÚVOD

Lisabonská smlouva přinesla pro Evropskou unii řadu změn, jednou z nich je zjevná snaha o zpřehlednění a posílení pravomocí Unie v oblasti vnějších politik. Změna se dotýká rovněž institucionálních otázek a posílení role Evropského parlamentu v oblasti vnější obchodní politiky. Nově je Komise např. povinna informovat Parlament o stavu vyjednávání mezinárodních obchodních dohod. Kromě posílení role Evropského parlamentu dochází ke změně způsobu jednání v Radě a souhlas se sjednáváním a uzavíráním dohod podléhá nově kvalifikované většině, s výjimkou taxativně

stanovených případů. Klíčovým ustanovením je v tomto ohledu ustanovení článku 207 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále „SFEU“). Čl. 207 SFEU v odst. 1 stanoví, že společná obchodní politika se zakládá na jednotných zásadách, zejména pokud jde o úpravy celních sazeb, uzavírání celních a obchodních dohod týkajících se obchodu zbožím a službami, obchodní aspekty duševního vlastnictví a další, a výslovně uvádí jako součást společné obchodní politiky i přímé zahraniční investice.

V čl. 3 odst. 1 SFEU nalezneme výčet oblastí zařazených mezi výlučné pravomoci Unie a mezi nimi je pod písmenem e) uvedena společná obchodní politika, a to v celé šíři znění čl. 207 SFEU. Důležitou součástí vymezení výlučné pravomoci je rovněž odstavec druhý. Citované ustanovení upravuje výlučnou pravomoc uzavírat mezinárodní smlouvy. Obecná pravomoc je zakotvena v čl. 216 SFEU. Výlučná pravomoc Unie uzavřít takové dohody je dána, buď pokud Unie přijme legislativní akt v rámci svých pravomocí a ten ukládá uzavření mezinárodní smlouvy, anebo je uzavření mezinárodní smlouvy nezbytné k výkonu vnitřních pravomocí Unie včetně pravomocí implicitních založených na podmínkách čl. 352 a za podmínek zásady paralelismu, nebo když uzavření mezinárodní smlouvy může ovlivnit společná pravidla EU nebo změnit jejich působnost.

Dlužno podotknout, že i přes výše uvedenou snahu EU stanovit rozsah pravomocí pokud možno co nejpřesněji, existuje řada pochybností, jak to s pravomocemi v níže popisované oblasti vlastně je. Z pohledu mezinárodněprávní ochrany investic se SFEU dotýká dvou druhů mezinárodních smluv, jedny, uzavřené mezi stávajícími členskými státy EU jsou označovány jako „intra-EU BITS“, druhé, uzavírané členskými státy EU a třetími státy (státy mimo EU), jsou označeny jako „extra-EU BITS“. Příspěvek se nebude příliš zabývat rozsahem pravomocí, spíše se pokusí zaměřit na to, jak se postupně vyvíjel systém ochrany majetku cizinců, a to zejména v prostoru, který dnes zabírá EU. Pokusíme se podat chronologický přehled hmotněprávních i procesněprávních aspektů ochrany investic v době před vznikem EU a jednotlivých Společenství a poté se zaměří na některé aspekty argumentace v neprospěch ochrany investic prostřednictvím dvoustranných mezinárodních dohod, předkládané zejména Komisí. V závěru se pokusí shrnout, zda je snaha zbavit se smluv o ochraně investic dobrým krokem, který bude sloužit zájmům EU.

## 2. VÝVOJ OCHRANY MAJETKU CIZINCŮ

### 2.1 BYZANC – RANÝ STŘEDOVĚK

Chceme-li se zabývat ochranou majetku cizích podnikajících subjektů, můžeme začít před více než tisíci lety. Jen na okraj bychom měli uvést, že ochrana zahraničních obchodníků je patrně ještě mnohem starší. Pro zjednodušení však začneme v raném středověku, kdy byzantský císař Basileios II Bulgaroktonos, který vládl se svým bratrem Konstantinem VIII a ve své italské politice se opíral právě o Benátskou republiku, vydal roku 992 chrysobullu (listinu opatřenou zlatou pečetí), kterou uděloval Benátkám výhodné obchodní podmínky. Chrysobulla poskytovala benátským

obchodníkům právo obchodovat v byzantských přístavech a na dalších místech Byzance.<sup>1</sup> Benátky pak uznávaly byzantskou svrchovanost a měly být Byzanci k dispozici se svým loďstvem pro ochranu jihoitalských držav. Spojenectví bylo zpečetěno i sňatkem mezi byzantskou šlechtičnou, dcerou významného člena Basileiova dvora Mariou Argyrou, a synem benátského dóžete Pietra II Orseola.<sup>2</sup> V roce 1082 poskytl císař Alexius I Comenus Benátkám zvláštní celní výsady a čtvrt v Konstantinopoli, aby usnadnil obchod benátským obchodníkům, kteří byli v hlavním městě Byzance již delší dobu usídleni. Ze strany byzantského císaře šlo o odměnu a projev uznání za benátskou pomoc v boji proti Normanům.<sup>3</sup> Podobné výsady měli v Konstantinopoli i obchodníci dalších italských městských států, např. Janované.<sup>4</sup>

## 2.2 STŘEDOVĚK

Středověcí evropští panovníci, vedeni velmi racionálními pohnutkami, poskytovali ochranu cizím kupcům a snažili se získat cizí řemeslníky, stejně jak to dělali byzantští císařové. V řadě případů jsou jejich akty doložitelné. Např. anglický král Jindřich II poskytl v roce 1175/76 ochranu německým obchodníkům z Kolína a jejich sídlům a podnikům v Londýně.<sup>5</sup>

Zvláštní obchodní privilegia poskytl Jindřich II Hanse, zejména tržová práva bez povinnosti platit v Londýně poplatky a právo volně obchodovat po celé Anglii.

Přestože granty a koncese nelze považovat za smlouvy, ale za jednostranné akty panovníka, jejich vydání bylo zpravidla výsledkem jednání a dohodnutého recipročního zacházení s vlastními poddanými, a pochopitelně bylo vedeno i očekáváním vlastních výhod.

Takto racionální uvažování jistě vedlo krále Erika Norského k tomu, aby v roce 1296 poskytl hamburským obchodníkům rozsáhlé výsady pro zlepšení ekonomické situace vlastních zemí právě prostřednictvím obchodu (*ad meliorandum terram nostram cum mercaturis*).<sup>6</sup>

Obecný trend naznačený výše se nevyhnul ani českému království a čeští panovníci se chovali podobně jako jiní evropští panovníci. I oni měli zájem na tom, aby jejich

<sup>1</sup> Viz např. MAGDALINO, P.: The Maritime Neighborhoods of Constantinople: Commercial and Residential Functions, Sixth to Twelfth Centuries. *Dumbarton Oaks Paper*. 2000, No. 54, s. 209.

<sup>2</sup> Viz NICOL, D. M.: *Byzantium and Venice: A Study in Diplomatic and Cultural Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, s. 40. Srov. rovněž *An Online Encyclopedia of Roman Emperors*, <http://www.roman-emperors.org/basilii.htm>.

<sup>3</sup> DURSTELER, E. R.: *Venetians in Constantinople: Nation, Identity, and Coexistence in the Early Modern Mediterranean*. Johns Hopkins University Press, 2006, s. 23 an.

<sup>4</sup> Srov. např. TIETJE, C. – SIPIORSKI, E.: The evolution of investment protection based on public international law treaties: Lessons to be learned. In BJORKLUND, A. – REINISCH, A. (eds): *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar, 2012, s. 195.

<sup>5</sup> SARNOWSKY, J. In HARRELD, D. J. (ed.): *A Companion to the Hanseatic League*. Brill, 2015, s. 35 a 61 an.

<sup>6</sup> SALACUSE, J. W.: *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 42; FISCHER, P. – WAELDE, T. W. (eds): *A Collection of International Concessions and Related Instruments*, vol. I. Oceana Publications, Inc., 1981, s. 15–18; SALACUSE, J. W.: *The Law of Investment Treaties*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 89.

království ekonomicky prosperovalo, a proto se snažili vytvářet příhodné podmínky pro přeshraniční obchod a rozvoj řemesel tím, že poskytovali cizím kupcům a řemeslníkům ochranu a nejrůznější výhody. Patrně nejzjevnější přehled českých středověkých smluv podává Miroslav Stieber ve své práci *České státní smlouvy, historický nástin, Díl I. 1910 od Přemysla Otakara II do založení říše habsburské*.

Jak uvádí Stieber: „*Nevlastní a přechozí lid v zemi toho kterého smluvce, jak se nám jeví ve smlouvách, může rozdělit na dvě skupiny, jednak na poddané druhého smluvce, nalézající se u něho v míru a ochraně, jednak na osoby mimo tento mír a ochranu.*“<sup>7</sup> „*I cizí poddaní nevyšlí z míru svého poddanského pána, mohou ve dvojí poměr vcházeti k pánovi cizího území. Smlouvami může býti mu ukládáno v příčině nich jisté povinnosti konání, nebo jisté opominutí. Takovým konáním je jejich ochrana. Jsou jí účastni v plné míře. Četné smlouvy ji slibují cizím státním příslušníkům.*“<sup>8</sup>

Smlouvou ze dne 4. prosince 1314 prohlašuje německý král Ludvík vůči králi Janovi: „*Item promittimus, quod ipsum regem Boemiae, nobiles, vasallos, castrenses, ministeriales, cives, oppidanos et quoscunque subditos ecclesiasticos et saeculares suos, regnorum suorum et dominiorum, servabimus et tuebimur per sacrum Imperium in libertatibus, bonis, consuetudinibus et statutis suis hucusque per eos habitis et usitatis.*“<sup>9</sup>

Národní zacházení a plnou ochranu a bezpečnost („national treatment“ a „full protection and security“) můžeme nalézt například ve smlouvě ze dne 14. března 1353, v níž se vévoda rakouský Rudolf zavazuje, že Karlovy a Janovy poddané bude ve svých zemích chránit přede všemi útoky, přede vším násilím a bezprávím, ať kdekoli jeho zeměmi jdou nebo v nich bydlí, a že proti škůdcům jich zakročí jako proti vlastním nepřátelům a lupičům a donutí je k náhradě škody.<sup>10</sup>

Smlouvou ze dne 4. dubna 1358 přijímá Karel IV. měšťany benátské ve svou „*et sacri romani imperii ac regni corone Boemie benignam protectionem*“. Mohou volně a bezpečně procházet v jeho zemích, zdržovat se v nich a provozovat obchod. Smlouva byla založena na principu reciprocity a stejný závazek přijal dříve benátský vůči říšským a českým měšťanům.<sup>11</sup>

Ochrana „podnikajících“ (zejména kupců) poddaných jiných suverénů byla často založena smluvně nebo na principu reciprocity. Jak uvádí Stieber: „*Péče o kupectvo děje se jinak po většině jen milostí samého zeměpána, zvláštním obdarováním. Činí tak vůči cizím kupcům panovníci čeští, i vůči českým kupcům panovníci cizí.*“<sup>12</sup>

Český král Václav III. v roce 1305 povoluje řezenským kupcům 14denní obchod s tím, že nesmějí ze země vyvážet zlaté a stříbrné mince, ale pouze pražské peníze. Král Jan v roce 1326 (15. 12. 1326) povoluje norimberským kupcům volný přechod jeho zemí proti placení obvyklých cel. „*Johannes Bohemiae rex declarat quod cives Ratisponenses a festo pentecostes intra biennium per regnum Bohemiae comitatumque*

<sup>7</sup> STIEBER, M.: *České státní smlouvy, historický nástin, Díl I. 1910 od Přemysla Otakara II do založení říše habsburské*, s. 153.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, s. 154 a 235.

<sup>10</sup> *Ibid.*, s. 154 a 269.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> STIEBER, M., *ibid.*, s. 157.

*Lucemburgensem tute et secure cum omnibus mercationibus et merimoniis ire, redire et morari possint.*<sup>13</sup>

„Karel IV. dne 1. 2. 1361 nařizuje, že mohou se svým zbožím a beze vši překážky procházeti kupci augšpurští Čechami a Polskem a Moravou jako jeho věrní měšťané norimberští.“<sup>14</sup> Obdobně závazky respektoval Karel IV i ve vztahu k hanzovním městům, které v jeho době zažívaly zlatý věk.<sup>15</sup> Norimberským roku 1460 jejich privilegia potvrdil Jiří z Poděbrad a umožnil jim přes své království průchod do Uher a Polska, aby mohli provozovat obchod, platíce obvyklá cla.<sup>16</sup>

### 2.3 POČÁTEK NOVOVĚKU

Počátkem novověku lze vystopovat celou škálu dohod uzavřených mezi vládci nově se formujících moderních států a připomínajících pozdější smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě (FCN treaties).

Standardně tyto smlouvy zakotvovaly ochranu a bezpečí cizinců a jejich majetku, zvláštní prostředky ochrany a repatriace majetku a peněžní převody, doložku nejvyšších výhod, národní zacházení a garantovaný přístup k spravedlnosti a záruky proti jeho porušení

Takové smlouvy byly jak dvoustranné, tak mnohostranné. Z dvoustranných smluv lze zmínit např. mírovou smlouvu mezi Španělskem a Nizozemím z roku 1648 (např. majetek obchodníků nesměl být k uspokojení dluhů, jiných závazků a smluv zabrán ani v případě válečného konfliktu, resp. mohl být zabrán pouze na základě soudního rozhodnutí). Příkladem mnohostranných či vícestranných smluv jsou Westfálské smlouvy z roku 1648<sup>17</sup> nebo několik ustanovení Závěrečného aktu Vídeňského kongresu z roku 1815, resp. jeho dodatků.

Pro svůj obsah garantující svobodu a bezpečnost obchodujících cizinců a jejich majetku, bývají tyto smlouvy označovány za první „International Bill of Rights“.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Reg. boica, 6, 371 (1331).

<sup>14</sup> STIEBER, M., *ibid.*, s. 157.

<sup>15</sup> SARNOWSKY, J. In HARRELD, D. J. (ed.): *A Companion to the Hanseatic League*. Brill, 2015, s. 64.

<sup>16</sup> STIEBER, M., *ibid.*

<sup>17</sup> Srov. např. čl. LXX: „*The Rights and Privileges of Territorys, water'd by Rivers or otherways, as Customs granted by the Emperor; with the Consent of the Electors, and among others, to the Count of Oldenburg on the Viserg, and introduc'd by a long Usage, shall remain in their Vigour and Execution. There shall be a full Liberty of Commerce, a secure Passage by Sea and Land: and after this manner all and every one of the Vassals, Subjects, Inhabitants and Servants of the Allys, on the one side and the other, shall have full power to go and come, to trade and return back, by Virtue of this present Article, after the same manner as was allowed before the Troubles of Germany; the Magistrates, on the one side and on the other, shall be oblig'd to protect and defend them against all sorts of Oppressions, equally with their own Subjects, without prejudice to the other Articles of this Convention, and the particular laws and Rights of each place. And that the said Peace and Amity between the Emperor and the Most Christian King, may be the more corroborated, and the publick Safety provided for; it has been agreed with the Consent, Advice and Will of the Electors, Princes and States of the Empire, for the Benefit of Peace.*“

<sup>18</sup> Srov. např. NEUFELD, H.: *The International Protection of Private Creditors from the Treaties of Westphalia to the Congress of Vienna*. Leiden: Sijthoff, 1971, s. 98. DOLZER, R. – STEVENS, M.: *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 10 an. K doktrinálním koncepcím pozdního středověku raného novověku viz např. SORNARAJAH, M.: *The International Law of Foreign Investment*. 3rd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 19 an.

Smlouvy tohoto typu se neomezují pouze na křesťanské evropské země, za velmi významnou lze považovat např. smlouvu uzavřenou francouzským králem a otomanským sultánem v roce 1536, zakotvující reciproční obchodní a plavební práva mezi poddanými obou vládců. Ačkoli je formálně smlouva založena na zásadě rovnosti a vzájemnosti, ve skutečnosti zvýhodňovala evropské příslušníky, kteří měli v té době technologický náskok a mohli tak výhod využívat.

Smlouvy tohoto druhu bývají považovány za základ tzv. kapitulačních smluv. Jednotlivé kapitoly smluv (individual treaty chapters) – *capitula* – garantovaly zahraničním obchodníkům různé výsady, včetně vynětí z celních povinností, práva, aby bylo jejich obchodování podřízeno právu jejich vlastního státu, vynětí z pravomoci místních soudů a právo soudit se (žalovat a být žalován) před zvláštními konzulárními soudy. Kapitulační smlouvy platily nejen pro evropské obchodníky, ale i pro vybrané skupiny poddaných otomanského sultána. Kapitulační systém skončil s koncem období kolonialismu a vznikem nových svrchovaných států.

## 2.4 DIPLOMATICKÁ OCHRANA

### 2.4.1 PŮVOD TEORETICKÉ KONCEPCE

S doktrinárními pracemi na téma zacházení s cizinci ze strany „hostitelského státu“ se můžeme setkat už u Francisca de Victorii<sup>19</sup> nebo Huga Grotia.<sup>20</sup> Jak uvádí Sornarajah, tyto práce zavdaly spíše k pozdějším sporům o tom, jaké zacházení má být cizincům přiznáno.<sup>21</sup> Podle Victorii musí být cizímu obchodníkovi přiznáno stejné postavení jako domácím, což lze, vytrhneme-li Victoriovo dílo poněkud z kontextu, označit jako snahu ospravedlnit „národní zacházení“ s cizinci. Ve skutečnosti šlo o na svou dobu relativně korektní ospravedlnění kolonizace nově objevených území Španělska. To, že se praktické provádění kolonizace a představy Victorii často diametrálně rozcházel, není vinou Victorii; bez jeho snahy mohla být situace ještě horší. Vzhledem k tomu, že je Victoriova práce adresována primárně Španělům, je z ní vidět jasná snaha o kultivaci chování španělských dobyvatelů, která může být do jisté míry spíše chápána jako ochrana původního domorodého obyvatelstva. Grotiovu práci je rovněž nutno interpretovat v daném kontextu, a tím nesporně je snaha ospravedlnit stejné nároky pro všechny, a tím rozbít do té doby převládající monopol Španělska a Portugalska a nově vznikající snahy o ovládnutí světového obchodu Angličany. Tím zároveň Grotius položil politické a ideologické základy nově vzniklé holandské námořní říše<sup>22</sup> a pomohl tím otevřít Nizozemcům cestu do Asie a Afriky a koloniální expanzi do Ameriky.<sup>23</sup> Nic to

<sup>19</sup> Franciscus de Victoria, *De Indis Recenter Inventis Relectio Prior, Sectionis Tertiae, II Prop.* případně V. Prop.

<sup>20</sup> Hugo Grotius, *De Iure Praede*, 12th Chapter – *Mare Liberum* (1604–1606).

<sup>21</sup> SORNARAJAH, op. cit.: „*Vitoria suggested that, because trading was an expression of the feeling of community that is inherent in man, the alien trader must be given equality with the national.*“

<sup>22</sup> Srov. VAM ITTERSUM, M. J.: *Profit and Principle: Hugo Grotius, Natural Rights Theories and The Rise of Dutch Power in the East Indies (1595–1615)*. Brill, 2006, s. IX.

<sup>23</sup> SORNARAJAH, op. cit.

však nemění na tom, že i takové účelové práce mohou pozitivně inspirovat pokračovatele obou významných myslitelů.

Mezi autory, kteří jsou považováni za otce mezinárodního práva, najdeme řadu významných jmen. Obecně se uvádí, že autorem doktríny, která dává státu právo zasáhnout v případě, že je jeho státní příslušník poškozen protiprávním jednáním jiného státu, je Emer de Vattel (1714–1767). Základ diplomatické ochrany můžeme nalézt v jeho stěžejním díle *Le droit des gens. Ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains* (*The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*) (1758). I přesto, že řada myšlenek obsažených ve Vattelově díle je převzata od jeho předchůdců, zejména Wolffa nebo Grotia, je dopad jeho díla mimořádný. Důvodem je nejen srozumitelné a moderní podání díla, ale i to, že reaguje na aktuální otázky své doby a je napsáno jazykem srozumitelným tehdejší intelektuální elitě, ve francouzštině. Nejvýznamnější dopad mělo Vattelovo dílo zejména ve Spojených státech; Vattel je společně s Pufendorfem a Grotiem citován Jeffersonem a jak připomíná James Crawford,<sup>24</sup> George Washington si vypůjčil výtisk Vattelova *Droit des gens* z Newyorské veřejné knihovny v roce 1789 a zapomněl jej vrátit. Nakonec bylo dílo vráceno po 211 letech.<sup>25</sup>

Stěžejní pasáž, která položila základ institutu diplomatické ochrany, představuje následující text Knihy II, kapitola VI, § 71:

„*Of the Concern a Nation may have in the Actions of her Citizens.*

**§71. The sovereign ought to revenge the injuries of the state, and to protect the citizens**

*We have seen in the preceding chapters what are the common duties of nations towards each other; how they ought mutually to respect each other; and to abstain from all injury, and all offence, and how justice and equity ought to reign between them in their whole conduct. But hitherto we have only considered the actions of the body of the nation, of the state, of the sovereign. Private persons, who are members of one nation, may offend and ill-treat the citizens of another, and may injure a foreign sovereign: it remains for us to examine, what share a state may have in the actions of her citizens, and what are the rights and obligations of sovereigns in this respect.*

*Whoever offends the state, injures its rights, disturbs its tranquillity, or does it a prejudice in any manner whatsoever, declares himself its enemy, and exposes himself to be justly punished for it. Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor; and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is safety.“<sup>26</sup>*

Standard zacházení s cizinci pak popisuje Vattel v další části svého díla.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> CRAWFORD, J.: *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 8.

<sup>25</sup> <http://www.theguardian.com/books/booksblog/2010/may/20/george-washington-library-book>.

<sup>26</sup> DE VATTEL, E.: *Le droit des gens. Ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains* (*The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*) (1758), Kniha II, kapitola VI, § 71.

<sup>27</sup> *Ibid.*, Kniha II, kapitola VIII, § 104 an.

#### 2.4.2 PRAKTICKÉ UPLATNĚNÍ DIPLOMATICKÉ OCHRANY PŘI OCHRANĚ INVESTORŮ V 19. A 20. STOLETÍ

Vattem formulovaný způsob ochrany zájmů vlastních občanů je postaven na tezi, že poškozením zájmů vlastních státních příslušníků dochází k poškození zájmu samotného státu. Systém spočívá na tom, že v takovém případě může nároky poškozených fyzických a právnických osob převzít stát a vymáhat je na státu, který porušil své mezinárodněprávní závazky. Diplomatičká ochrana se na 250 let stala klíčovou formou ochrany zájmů vlastních státních příslušníků poškozených mezinárodně protiprávním jednáním jiného státu. Svůj význam si v určitých ohledech udržuje i nyní a skutečnost, že jde o stále živý institut mezinárodního práva, dokládá i přijetí návrhu článků o diplomatičké ochraně, vypracovaného Komisí OSN pro mezinárodní právo, v roce 2006.<sup>28</sup>

Nejprve se diplomatičká ochrana objevuje ve smlouvách o přátelství, obchodu a plavbě (Friendship, Commerce, Navigation Treaties – dále „FCN smlouvy“). S FCN smlouvami se můžeme setkat od konce 18. století, v 19. století a v podstatě až do druhé poloviny 20. století. První FCN smlouva byla uzavřena mezi Spojenými státy a Francií v roce 1778 a další následovaly bezprostředně poté. Poskytování diplomatičké ochrany má své výhody, a také celou řadu nevýhod. Základním problémem pro efektivní uplatnění diplomatičké ochrany je neexistence obligatorního judičiálního řešení sporů. Jakékoli diplomatičké řešení sporů je možno protahovat a vést jednání do ztracena. Pouze některé z FCN smluv obsahují obligatorní judičiální (soudní nebo arbitrážní) mechanismy k řešení sporů. I přes tento nedostatek se můžeme setkat s řadou sporů, které mají původ v ochraně zájmů vlastních fyzických a právnických osob před mezinárodně protiprávním jednáním jiných států, které byly řešeny před nejruznějšími arbitrážními tribunály, Stálým dvorem mezinárodní spravedlnosti nebo Mezinárodním soudním dvorem. Svým způsobem se za poskytnutí diplomatičké ochrany dají považovat i spory řešené v rámci WTO. Domovský stát investora není povinen chránit investory zájmy, považuje-li to za bezúčelné. Úplné zřeknutí se nároků není pouze možné, ale navíc nezavazuje zřeknuvší se stát poskytnout svému občanovi kompenzaci, a to ani v případě, kdy stát získal zřeknutím se nároků svého příslušníka sám pro sebe určité finanční či politické výhody. Při jednání s cizím státem nemůže domovský stát garantovat žádný určitý výsledek. Domovský stát se navíc může zřeknout části nároků, aby dosáhl alespoň paušální kompenzace, např. za znárodňovací opatření učiněné bez souhlasu osob, jejichž majetek byl znárodněn. Stát, který se zřiká části nároků, není povinen a nekompenzuje své občany za částečnou ztrátu. Částka, kterou domovský stát získá při výkonu práva diplomatičké ochrany, nepřipadá automaticky poškozené osobě, ačkoliv jí stát tuto částku obvykle předá. Existují ovšem i výjimky a v dobách totalitního Československa byly finanční prostředky poskytnuté jako kompenzace poškozeným občanům předávány způsobem, který byl výhodný spíše pro stát, než pro samotného poškozeného.

<sup>28</sup> Text adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/61/10).



Pouze výjimečně je domovský stát považován za mandátáře (zmocněnce) svého státního příslušníka. Tak např. úroky z prodlení při platbě přiznané rozhodnutím Francouzsko-italské smírčí komise byly považovány za majetek žalobce (navrhovatele – claimant), a nikoliv jeho domovského státu.

Domovský stát je skutečným pánem těchto záležitostí a je zjevné, že jakékoliv zřeknutí se práva na diplomatickou ochranu, k tomu, aby bylo skutečně efektivní, vyžaduje projev vůle státu, ne jednotlivce, který má zájem na výkonu tohoto práva, které mu ovšem nepatří. Stát se může zdráhat poskytnout takovou ochranu, neexistuje-li v dané věci žádný státní zájem, např. v případě pouze formální státoobčanské vazby (srov. *Barcelona Traction* a postoj Kanady). Stejně tak se může stát zdráhat poskytnout ochranu z důvodů politických, ekonomických či jiných. Při uplatňování práva na diplomatickou ochranu může hrát do značné míry roli i faktická nerovnost států a nedá se tedy říci, že by šlo o opravdu efektivní nástroj ochrany zájmů vlastních fyzických či právnických osob. Bez ohledu na to však stát obvykle poskytuje ochranu ve svém vlastním zájmu.

Uplatňování síly v mezinárodních vztazích se v historii promítlo i do poskytování diplomatické ochrany. Stejně jako se mohly zdráhat slabší státy poskytovat ochranu svým příslušníkům proti silnějším státům, uplatňovaly silnější státy svou převahu tím, že vynucovaly preferenční zacházení se svými příslušníky za použití síly. Na takovou praxi reaguje **Calvova klauzule**, která byla formulována primárně jako odpověď na politiku dělových člunů a prosazuje obecně zásadu, podle níž mohou hostitelské státy omezit poskytování diplomatické ochrany cizincům. Cizinci se navíc mají domáhat svých práv před místními soudy a nemají uplatňovat své právo na diplomatickou ochranu. Má jim být poskytnuto stejné zacházení jako domácím podnikajícím subjektům (národní zacházení).<sup>29</sup> Calvova teze ztratila význam až přijetím Drago-Porterovy Úmluvy, resp. jejím včleněním do úmluvy o pokojném řešení sporů v roce 1907. Drago-Porterova úmluva stanoví zákaz používat sílu při vymáhání dluhů. Svým způsobem se však Calvovy myšlenky znovu objevují v argumentaci Komise EU za zrušení intra-EU BITs, přičemž jedním z tvrzených důvodů je, že tyto smlouvy mohou diskriminovat investory z různých členských států uvnitř EU.

Diplomatické ochrany bylo úspěšně využito v celé řadě sporů, které se týkaly vyvlastnění nebo znárodnění majetku cizinců. Z těch nejnámějších se sluší zmínit spory mezi Spojenými státy a Mexikem, týkající se kompenzace za vyvlastněný majetek amerických vlastníků při rozsáhlé pozemkové reformě v Mexiku ve 20. letech. Právě tento spor a znárodnění ropných polí v Mexiku ve 30. letech nakonec vedly ke zvýšení ochrany majetku cizinců nejen tím, že byla v souvislosti s pozemkovou reformou a vyvlastněním ustavena smíšená smírčí a arbitrážní komise (General Claims Commission z roku 1923), ale také proto, že po vyvlastnění ropných polí v roce 1938 Mexikem následovala písemná diplomatická komunikace ministra zahraničních věcí Spojených států amerických Cordella Hulla s jeho mexickým rezortním protějškem, v níž jsou americkým State Secretary formulovány základní podmínky legálního vyvlastnění, známé podle svého autora jako **Hullova formule**. Náhrada za

<sup>29</sup> CALVO, C.: *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, vol. 3, 1868, s. 138.

vyvlastněný majetek musí být okamžitá, adekvátní a efektivní („prompt, adequate and effective“).<sup>30</sup>

Ochrana majetku cizinců se mezi I. a II. světovou válkou dostala na pořad jednání Výboru expertů pro progresivní kodifikaci mezinárodního práva zřízeného v roce 1924 Společností národů. Jedním z témat zralých pro kodifikaci byla odpovědnost států za škodu způsobenou na jejich území cizincům nebo jejich majetku. Osmé Shromáždění Společnosti národů toto téma zařadilo na program první Konference pro kodifikaci mezinárodního práva (1930) svým rozhodnutím z 27. září 1927. Kodifikační konferenci předcházela řada výzkumů připravovaných mezinárodními nevládními organizacemi nebo akademickými pracovišti (ILA, l'Institute de droit international, Harvardská právnická fakulta a další). V roce 1929 připravila Harvardská právnická fakulta návrh úmluvy o odpovědnosti států za škodu způsobenou na jejich území cizincům nebo jejich majetku (1929 Harvard Draft). Kodifikační konference v roce 1930 se pak snažila přijmout Úmluvu o zacházení s cizinci (Convention on the Treatments of Foreigners).

## 2.5 VÝVOJ PO II. SVĚTOVÉ VÁLCE

Rovněž po II. světové válce se můžeme setkat se snahou kodifikovat ochranu cizinců a jejich majetku a snahou zakotvit ochranu investora v Havanské chartě (1948), viz např. čl. 11 a 12.<sup>31</sup>

Jedním z nejvýznamnějších dokumentů, který se zabýval snahou o nalezení efektivní ochrany investic, byla tzv. Abs-Shawcross Convention (1959) nazývaná také jako „Velká Charta investorů“.<sup>32</sup>

Návrh, který má své kořeny částečně v roce 1957, byl nazván „*The International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries*“ a publikován skupinou německých podnikatelů známou pod označením „The Society to Advance the Protection of Foreign Investments“.

Návrh úmluvy zakotvoval minimální mezinárodní standard (minimum standard of treatment) definovaný jako „fair and equitable treatment“ (FET), ochranu proti nerozumným nebo diskriminačním opatřením (protection against „unreasonable and discriminatory measures“), dodržování závazků (observance of undertakings) a spravedlivou a efektivní náhradu za vyvlastněný majetek (just and effective compensation for expropriation).

Důležité rovněž je, že Abs-Shawcrossův návrh úmluvy (Draft Convention) byl prvním instrumentem, který výslovně zakotvoval přímou arbitráž mezi investorem a hostitelským státem.

<sup>30</sup> Srov. např. NEWCOMBE, A. – PARADELL, L.: *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009, s. 18.

<sup>31</sup> Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment, Interim Commission for the International Trade Organization, Lake Success, New York, April, 1948. Havana Charter for an International Trade Organization, including Annexes.

<sup>32</sup> Návrh byl pojmenován po Hermannu Absovi, the Director-General of Deutsche Bank, a Lordu Shawcrossovi, bývalému Attorney General of the UK a britskému žalobci u Norimberského tribunálu.

Čl. VII uvádí, že státní příslušníci mohou nároky za porušení úmluvy žalovat před arbitrážním tribunálem založeným podle úmluvy za předpokladu, že stát souhlasil s tím, že arbitrážní tribunál má pravomoc, ve zvláštní dohodě nebo jednostranným prohlášením.<sup>33</sup>

Dva roky poté, v roce 1961, připravili Louis Sohn a Richard Baxter na žádost Sekretariátu OSN návrh úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za újmu způsobenou cizincům.<sup>34</sup> Cílem návrhu bylo kodifikovat mezinárodní právo o odpovědnosti států. Harvardský návrh z roku 1961 je doplněnou a aktualizovanou verzí harvardského návrhu z roku 1929 (1929 Harvard Draft). Počáteční harvardské návrhy z roku 1961 byly postoupeny Komisi OSN pro mezinárodní právo a staly se základem po několik desetiletí zpracovávaného návrhu o Odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní jednání, jehož konečná verze byla jako Draft Articles on International Responsibility of States for International Wrongful Acts přijata v roce 2001. Tyto rané návrhy byly opakovaně citovány řadou mezinárodních investičních arbitrážních tribunálů jako autoritativní vyjádření určitých aspektů minimálního standardu zacházení.<sup>35</sup>

Návrh byl mimo jiné citován např. v částečném nálezu ve věci *Saluka Investments BV v. Czech Republic*:

„256. Téměř před čtyřiceti pěti lety Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens („Harvard Draft Convention“), což je dokument, o němž se opírá argumentace České republiky, rozlišil následující kategorie převzetí bez náhrady – nekompenzované odnětí majetku cizince nebo zbavení možnosti užívat majetek cizince vyplývající z provádění daňových předpisů; ze všeobecné změny v hodnotě měny; z kroků příslušných státních orgánů při udržování veřejného pořádku, zdraví nebo morálky; nebo z platného výkonu válečných práv nebo jinak vyplývající z normálního fungování zákonů daného státu se nepovažují za závadná.

257. Jak *Saluka* Tribunálu správně připomenula, výše uvedená pasáž Harvard Draft Convention podléhá čtyřem důležitým výjimkám. Odnětí bez náhrady typu, který je uveden výše, není považován za nezákonný za následujících pokud:

- (a) nepředstavuje jasné a diskriminační porušení zákonů daného státu;
- (b) není výsledkem porušení jakéhokoli ustanovení článku 6 až 8 [Draft Convention];
- (c) nepředstavuje nepřiměřenou odchylku od zásad spravedlnosti zakotvených v hlavních světových právních systémech;

<sup>33</sup> „1. Any dispute as to the interpretation or application of the present Convention may, with the consent of the interested Parties, be submitted to an Arbitral Tribunal set up in accordance with the provisions of the Annex to this Convention. Such consent may take the form of specific agreements or of unilateral declarations. In the absence of such consent or of agreement for settlement by other specific means, the dispute may be submitted by either Party to the International Court of Justice.

2. A national of one of the Parties claiming that he has been injured by measures in breach of this Convention may institute proceedings against the Party responsible for such measures before the Arbitral Tribunal referred to in paragraph 1 of this Article, provided that the Party against which the claim is made has declared that it accepts the jurisdiction of the said Arbitral Tribunal in respect of claims by nationals of one or more Parties, including the Party concerned.“

<sup>34</sup> Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Alien (1961) 55 AJIL 545. Text Harvardského návrhu je doprovázen rozsáhlým komentářem.

<sup>35</sup> Viz NEWCOMBE, P. – PARADELL, L.: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Walters Kluwer, s. 23, fn 126.

(d) nepředstavuje zneužití pravomocí uvedených v tomto odstavci za účelem zbavit cizince jeho majetku.<sup>36</sup>

Stejně tak v něm rozhodci citovali např. i návrh úmluvy OECD o ochraně zahraničního majetku z roku 1967 (OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property).<sup>37</sup>

Významným a úspěšným regionálním nebo subregionálním pokusem na poli ochrany investorů bylo zcela přirozeně založení EHS v roce 1957, o čemž vypovídají např. čl. 43 (nyní čl. 49 SFEU), 47 a 56 (nyní čl. 63 SFEU) Smlouvy o založení EHS.<sup>38</sup> Po přijetí Lisabonské smlouvy se začala živě diskutovat otázka, nakolik je předem dán obecný rámec, na jehož základě má EU pravomoc stanovit pravidla pro přístup a zacházení s investicemi ze třetích zemí (z nečlenských států EU), a jaké jsou vlastně vnitřní a vnější pravomoc v této oblasti. Další otázka, kterou se Komise intenzivně zabývá v souvislosti s investicemi, se týká slučitelnosti tzv. intra-EU BITs s právem EU. S ohledem na omezený rozsah příspěvku se v další části zaměříme na některé praktické otázky spojené se slučitelností intra-EU BITs a práva EU. Podrobněji se k výše uvedeným otázkám kompetencí nebudeme vyjadřovat, literatura je opravdu bohatá a snad stačí odkázat na řadu zahraničních a některé domácí publikace k dané materii.<sup>39</sup>

### 3. ICSID

Poválečná obnova a následující rozvojové programy vedly k zahájení nové etapy v ochraně zahraničních investorů. Prostředky pro obnovu válkou zničených ekonomik po II. světové válce poskytované Mezinárodní bankou pro obnovu a rozvoj (IBRD) byly získány z veřejných prostředků. Zejména po založení Mezinárodní finanční korporace (IFC) v roce 1956 a Mezinárodní rozvojové asociace (IDA) v roce 1960, a s tím spojenými rozvojovými programy, se stalo zjevným, že prostředky poskytované smluvními státy Světové banky nebudou k naplňování ambiciózních rozvojových programů stačit. Jediný volný kapitál, který byl k dispozici, se podařil od války naakumulovat soukromým podnikatelům. Jeho využitelnost záležela do značné míry na důvěře soukromých investorů v to, že jejich investice bude chráněna proti nekomerčním rizikům. To byl jeden z hlavních důvodů, proč byla v roce 1965 přijata smlouva o zří-

<sup>36</sup> Partial Award, 17. 3. 2006, odst. 256–257.

<sup>37</sup> Ibid., odst. 259: „Tribunál dále připomíná, že doprovodný komentář k návrhu úmluvy OECD o ochraně zahraničního majetku z roku 1967 obsahuje ustanovení, že opatření přijatá při sledování ‚politických, sociálních nebo ekonomických cílů‘ států nepředstavují vyvlastnění s nárokem na náhradu.“

<sup>38</sup> Srov. např. HINDELANG, S. – MAYDELL, N.: The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots. In BUNGENBERG, M. – GRIEBEL, J. – HINDELANG, S. (eds): *International Investment Law and EU Law, European Yearbook of International Economic Law, Special Issue*. Springer, 2011, s. 1–28.

<sup>39</sup> Srov. např. FEČÁK, T.: *Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo Evropské unie*. Walters Kluwer, 2015; BUNGENBERG, M.: The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics. In BUNGENBERG, M. – GRIEBEL, J. – HINDELANG, S. (eds): *International Investment Law and EU Law, European Yearbook of International Economic Law, Special Issue*. Springer, 2011, s. 29–42; nebo REINISCH, A.: The Division of Powers Between the EU and Its Member States „After Lisbon“. In BUNGENBERG, M. – GRIEBEL, J. – HINDELANG, S. (eds): *International Investment Law and EU Law, European Yearbook of International Economic Law, Special Issue*. Springer, 2011, s. 43–54.

zení Mezinárodního střediska pro řešení investičních sporů (ICSID)<sup>40</sup> a v roce 1988 zřízena Mnohostranná investiční záruční agentura (MIGA), ale také jeden z hlavních důvodů, proč se začaly objevovat dvoustranné dohody na ochranu investic. Středisko pro řešení investičních sporů bylo sice formálně založeno v roce 1965, první BIT, která obsahovala „rozhodčí doložku“ umožňující řešit spor mezi investorem a hostitelským státem u ICSID, byla uzavřena mezi Indonésií a Nizozemím v roce 1968, první spor byl u ICSID registrován v roce 1972<sup>41</sup> a první nálezy byly vydány 29. srpna 1977.<sup>42</sup>

Dvoustranné dohody na ochranu investic doplňují mnohostrannou úpravu. Klíčovým ustanovením v nich je vyslovení souhlasu států s tím, že se v případě sporu mezi státem a zahraničním investorem z druhého smluvního státu podrobí pravomoci rozhodčího senátu zřízeného zpravidla buď v rámci ICSID, nebo v *ad hoc* arbitráži.<sup>43</sup> Tím odpadá poněkud těžkopádné a málo efektivní řešení sporů prostřednictvím institutu diplomatické ochrany. Dvoustranné dohody o ochraně investic se začínají objevovat již začátkem 60. let; první BIT byla uzavřena mezi Pákistánem a Spolkovou republikou Německo v roce 1959. Dvoustranné dohody na ochranu investic přibývaly pomalu, v 80. letech uzavřely evropské země s rozvojovými zeměmi 150 BITs, v 90. letech začíná smluv rychle přibývat a v současné době jejich počet dosahuje cca 3800. Standardním obsahem BIT jsou hmotněprávní standardy zacházení s investory a sada procesních ustanovení.

#### 4. STANDARDY ZACHÁZENÍ S INVESTORY

Mezi hmotněprávní standardy zacházení patří ty, které byly formulovány a ustálily se během uplynulých staletí, a kam patří mezinárodní minimální standard, doložka nejvyšších výhod a národní zacházení. Konkrétní obsah výše uvedených principů pak byl specifikován a dále rozvinut zejména v praxi mezinárodních judičiálních orgánů ve 20. století, výrazně pak poté, co se objevily první investiční spory řešené rozhodčími tribunály podle dvoustranných dohod o ochraně investic. Mezi nově formulované a v řadě dvoustranných dohod výslovně zakotvené standardy zacházení patří zákaz diskriminace (non-discrimination), spravedlivé a rovné zacházení („fair and equitable treatment“ – FET), legitimní očekávání (legitimate expectation), plná ochrana a bezpečnost (full protection and security), zákaz nejružnějších forem vyvlastnění bez náhrady, včetně jakýchkoli zásahů státu, které mají vyvlastňovací účinky (any measures tantamount to expropriation). V souvislosti s vyvlastněním nebo jednáním, které má stejný účinek, se poměrně často diskutuje otázka, zda a kdy do této kategorie zásahů státu patří regulační opatření vydávané státy při plnění vrchnostenských funkcí.

<sup>40</sup> Washingtonská úmluva o urovnávání investičních sporů mezi státy a občany jiných států (Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – „ICSID Convention“), přijatá ve Washingtonu 18. 3. 1965. Úmluva ICSID vstoupila v platnost v roce 1966.

<sup>41</sup> *Holiday Inns and Others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1.

<sup>42</sup> *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire*, ICSID Case No. ARB/74/1.

<sup>43</sup> Srov. např. BALAŠ, V.: Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic. *Právník*. 2004, č. 8, s. 43–67.

Mezi procesní principy a pravidla pak patří denial of benefits clause, fork in the road, umbrella clause, sunset clause a další.<sup>44</sup>

## 5. SMLUVNÍ ZAKOTVENÍ ŘEŠENÍ SPORŮ

Spory mezi státy a investory jsou nejčastěji řešeny v *ad hoc* arbitráži zpravidla podle pravidel UNCITRAL; tímto způsobem byla řešena většina sporů, které byly investory vedeny proti České republice. Alternativně přichází v úvahu institucionalizovaná arbitráž, a v tomto případě je patrně nejvýznamnější možností řešení sporu v rámci Mezinárodního střediska pro řešení investičních sporů (případně arbitráž za použití ICSID Additional Facility rules opravňujících Centrum administrovat spory, jejichž řešení není v jeho pravomoci, protože hostitelský stát nebo stát, jehož příslušníkem je investor, nejsou smluvní stranou ICSID).<sup>45</sup> Inovací by mohl být model, který navrhuje Komise EU v TTIP, totiž soud po vzoru WTO DSU, včetně odvolací instance.

Mechanismy ochrany investic zakotvuje již v současnosti celá řada regionálních smluv, tzv. dohody o volném obchodu (FTAs). Mezi takové smlouvy patří Investiční dohoda arabských států podepsaná v roce 1980, ASEAN Investment Agreement z 15. prosince 1987, Mercosur (1991) nebo COMESA Treaty (1993). Mezi nejznámější regionální smlouvy patří bezesporu NAFTA (1992), se svou investiční kapitolou (Chapter 11), a Smlouva k energetické Chartě (ECT), která byla otevřena k podpisu v roce 1994, poté byla prozatímně prováděna a nakonec vstoupila v platnost v roce 2009.<sup>46</sup> Zhruba od 90. let existuje snaha přijmout mnohostrannou investiční smlouvu; patrně nejvýznamnějším, byť neúspěšným pokusem, byl návrh mnohostranné dohody o investicích (MAI) připravený v OECD. Kromě toho se můžeme setkat se zakotvením možnosti řešit spory výše uvedeným způsobem, tedy u nezávislého mezinárodního rozhodčího tribunálu, např. ve vnitrostátní právní úpravě některých států nebo v koncesních smlouvách.

Během „novodobého“ fungování systému ochrany investic se můžeme setkat s řadou problémů, které se postupně objevovaly a stále objevují. Důvodem je velmi obecná formulace pravidel v jednotlivých investičních smlouvách a poměrně roztříštěná a mnohdy nejednotná rozhodovací praxe. To je však zcela přirozené, a při letném pohledu na to, jak je systém nastaven, se ani nelze příliš divit. I přes značné výhrady se systém postupně konsoliduje a existuje dost zkušeností, které by mohly sloužit k nastavení skutečně funkčního modelu. To vše je primárně v rukách států.

Odpor zejména proti dvoustranným dohodám na ochranu investic se objevuje poté, co státy začaly prohrávat investiční spory. Politikům je zpravidla zcela jedno, že ve většině případů není problémem zvolený mechanismus řešení sporů, ale nekompetentnost, korupce a další nešvary doprovázející řízení státu. Kritika systému řešení investičních

<sup>44</sup> Srov. např. ŠTURMA, P. – BALAŠ, V.: *Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 303–440.

<sup>45</sup> Rules governing the additional facility for the administration of proceedings by the secretariat of the ICSID (Additional Facility Rules), art. 2.

<sup>46</sup> Srov. např. ŠTURMA, P. – BALAŠ, V. – SYLLOVÁ, J. – JIRÁSKOVÁ, V.: *Výbrané problémy sjednávání a provádění mezinárodních smluv*. Univerzita Karlova v Praze, 2011; nebo ŠTURMA, P. – BALAŠ, V.: *Prozatímní provádění Dohody k energetické chartě*. *Právník*. 2011, roč. 150, č. 11, s. 833–848.

sporů založeného na dvoustranných dohodách na ochranu investic primárně vychází z rozdílné interpretace přijatých závazků státy na jedné straně (subjektivní interpretace) a rozhodčími tribunály rozhodujícími investiční spory na straně druhé (objektivní interpretace). Musíme připustit, že v některých případech je kritika zcela oprávněná. Mezi nejoblavější místa patří relativně jednoduchá možnost zneužití, což ovšem lze poměrně efektivně řešit zakotvením omezení stanovícího, komu bude ochrana poskytována a komu ne (denial of benefits clause), problematická bývá mnohdy samotná definice investice a investora, slabým místem bývá tzv. umbrella clause, která umožňuje investičnímu rozhodčímu tribunálu rozhodovat jak o sporech vyplývajících z porušení mezinárodní smlouvy, tak o porušení smluvního závazku vycházejícího ze soukromoprávních vztahů (treaty claims v. contractual claims). Další problematické a kritizované otázky jsou ve stávajícím systému spojeny s korupcí, netransparentností, neexistencí jasné úpravy stanovící způsoby vypočtení náhrady škody, problematickou možností státu regulovat a v té souvislosti i s ochranou zvláště významně chráněných hodnot, jakými jsou ochrana lidských práv nebo ochrana životního prostředí. Ke kritizovaným patří i sada problémů procesního charakteru, v současné době se stále intenzivněji diskutuje problém spojený s paralelním řízením a zdá se, že jde o mnohem širší problém, než jak jej známe z doby, kdy se o něm začalo diskutovat v souvislosti s dvěma investičními spory vedenými proti České republice.<sup>47</sup> Kritizovaným je rovněž relativně úzký „pool“ rozhodců, což však může být naopak chápáno jako výhoda. Řada dalších výhrad i návrhů na jejich řešení je průběžně diskutována a lze dokonce tvrdit, že se systém ve své dynamice dostává do rovnováhy a začíná svému účelu sloužit lépe, než jak tomu bylo v jeho počátcích.<sup>48</sup> Výhody, které systém má, nebudeme na tomto místě zdůrazňovat; jsou zřejmé a dle našeho názoru převyšují potenciální nebo skutečné problémy.

## 6. DVOUSTRANNÉ DOHODY O OCHRANĚ INVESTIC A EU

Evropská unie se otázkou mezinárodních dohod na ochranu investic začala zabývat relativně nedávno. Existují tři okruhy otázek spojené s novou pravomocí EU v oblasti obchodní politiky. Jde zejména o otázky tzv. intra-EU BITS, extra-EU BITS

<sup>47</sup> Srov. *CME v. Czech Republic a Lauder v. Czech Republic*.

<sup>48</sup> K námitkám proti stávající koncepci ochrany investic a k možnostem řešení jejich nedostatků srov. např. WAIBEL, M. – KAUSHAL, A. – CHUNG, K. L. – BALCHIN, C. (eds): *The Backlash against Investment Arbitration, Perception and Reality*. Walters Kluwer, 2010. Problematických míst je skutečně celá řada, jen namátkou můžeme doplnit následující: shrinking of domestic policy space; competitive pressures to sign investment treaties as a reason why increased investment flows may prove elusive; inflexibility of treaty obligations and lack of coordinated responses to changing circumstances, especially in financial crises; renegotiation and termination of bilateral investment treaties; lack of democratic accountability and pro-investor bias; pervasive secrecy and confidentiality of arbitral proceedings; conflicts of interest and the continuing quest for effective rules governing the conduct of arbitrator and counsel; reassessment of the traditionally perceived advantages of arbitration, such as speed, low cost, and neutrality; the extent of protection afforded to shareholders in connection with denial of benefits clauses; third parties as representatives of the public interest or advocates for organized private interests; relationship between EU law and BITS; restrictions on international arbitration in constitutional law; investment tainted by corruption; transfer of funds clauses and exchange controls; and the practice of treaty shopping and forum shopping.

a investičních kapitol v dohodách o volném obchodu uzavíraných EU. V poslední době projevila Evropská Komise (dále „Komise“) výrazně větší iniciativu ve snaze zbavit Evropskou unii dvoustranných dohod o ochraně investic uzavřených mezi stávajícími členskými státy Evropské unie (dále „intra-EU BITs“). Zatímco se mezi původními členskými státy tyto dohody neuzavíraly, byla řada dvoustranných dohod o ochraně investic uzavřena mezi původními členskými státy a později přistupujícími zeměmi, stejně jako mezi dříve nečlenskými zeměmi EU navzájem. Od přistoupení deseti států k EU v roce 2004, dvou dalších v roce 2007 a jednoho v roce 2013 zavazuje členské státy EU téměř 200 dvoustranných dohod na ochranu investic. V posledních deseti letech Komise stále častěji opakuje, že dvoustranné dohody na ochranu investic jsou neslučitelné s právním řádem EU.

Investoři se v minulé dekádě snažili hájit svá práva a domáhat se ochrany garantované podle intra-EU BITs před investičními rozhodčími senáty buď v rámci institucionalizované arbitráže podle pravidel ICSID, nebo v *ad hoc* arbitrážích, zpravidla podle pravidel UNCITRAL. Reakce ze strany žalovaných států a Komise byla různá. Jednou z nejčastějších obhajob používaných jak státy, tak Komisí byla jurisdikční námitka založená na tvrzení, že intra-EU BITs byly zrušeny právem EU, a to zejména po přijetí Lisabonské smlouvy. Veřejně známé nálezy investičních tribunálů, které rozhodovaly intra-EU investiční spory, vypovídají o tom, že tato jurisdikční námitka u investičních tribunálů neobstála; pokud je autorovi tohoto příspěvku známo, rozhodčí tribunály výše uvedený argument obecně odmítly ve všech známých sporech a konstatovaly jednotně, že mají pravomoc o sporu rozhodovat bez ohledu na přijetí Lisabonské smlouvy.

Komise v posledních deseti letech stále častěji intervenovala v řadě investičních sporů a předkládala *amicus curiae* brief nebo jiná písemná podání, jejichž účelem bylo přesvědčit investiční tribunál o tom, že by měl odmítnout svou pravomoc. S tímto záměrem obvykle souhlasil i žalovaný stát. Ve věci *Eastern Sugar v. Czech Republic* Komise v roce 2006 vyjádřila svůj názor v dopise a nótě, které byly předány tribunálu a nakonec tribunálem zveřejněny v částečném nálezu.<sup>49</sup>

V roce 2009 předložila Komise *amicus curiae* briefs dvěma investičním tribunálům zřízeným podle úmluvy ICSID, a to ve věci *Electrabel v. Hungary*<sup>50</sup> a *AES v. Hungary*.<sup>51</sup> V roce 2010 Komise předložila písemné podání ve věci *Eureko v. Slovak Republic*.<sup>52</sup> Jak vyplývá z usnesení o pravomoci (jurisdictional award) z roku 2012, zveřejněného v dubnu 2015 ve sporu *EURAM v. Slovakia*, intervenovala Komise v roce 2011 i v tomto sporu.<sup>53</sup> Zajímavé je, že ve sporu intervenovala také Česká republika a Rakousko. Názory Rakouska na platnost BIT byly diametrálně odlišné od názorů Komise a České republiky. V roce 2014 předložila Komise *amicus curiae* brief ve věci *U.S. Steel v. Slovakia*.<sup>54</sup> Spor byl podle informací autora tohoto příspěvku zastaven v červnu 2014 po dohodě stran.

<sup>49</sup> *Eastern Sugar v. Czech Republic* (SCC Case No. 088/2004), s. 24 an., odst. 119, a s. 27, odst. 126.

<sup>50</sup> ICSID Case No. ARB/07/19.

<sup>51</sup> ICSID Case No. ARB/07/22.

<sup>52</sup> PCA Case No. 2008-13.

<sup>53</sup> *EURAM v. Slovakia* (PCA Case No. 2010-17), s. 41, odst. 116 an.

<sup>54</sup> PCA Case No. 2013-6.



Analýza kroků Komise ve výše uvedených sporech demonstruje postupný vývoj v postupu Komise, vedoucímu k stále odmítavějšímu názoru Komise k intra-EU BITs. Komise postupně zesiluje svůj tlak a snaží se např. blokovat vyplacení přisouzené náhrady škody a v poslední době dokonce pohrozila, že zahájí „infringement proceedings“ proti státům, které neukončí platnost intra-EU BITs.

Komise v investičních sporech vystupuje jako *amicus curiae* a ve svých podáních (*amicus curiae* briefs) předkládá řadu vzájemně propojených argumentů, které lze shrnout v následujících bodech. Formát příspěvku bohužel nedovoluje detailněji shrnout, jak na námitky Komise reagují jednotlivé rozhodčí tribunály, ani analyzovat, jakou relevanci námitky Komise skutečně mají. Přesto může být přehled užitečný.

- a) Článek 351 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále „SFEU“),<sup>55</sup> který zachovává platnost smluvních závazků přijatých členským státem EU před tím, než se stal členem, nelze aplikovat poté, co se všechny smluvní státy takové smlouvy uzavřené před dnem jejich přistoupení k EU staly členskými státy EU.
- b) Investiční dohody nejsou uvnitř jednotného trhu EU potřebné a jejich obsah byl nahrazen právem EU při přistoupení státu k EU. V právu EU existují rovnocenná hmotněprávní ustanovení chránící investice a investory a otázky upravující ochranu investic spadají do rozsahu úpravy primárního práva EU.
- c) Řešení investičních sporů arbitrážními tribunály může vést k tomu, že nebudou zohledněny důležité otázky práva EU, které by jinak mohly být předloženy jako předběžná otázka Soudnímu dvoru EU.
- d) Povolení investiční arbitráže v kontextu intra-EU BITs může umožnit investorům tzv. forum shopping, investoři tak mohou předložit spor rozhodčímu senátu, místo aby jej řešili u vnitrostátních soudů nebo u evropských soudů.
- e) Rozhodování sporů podle BITs bez toho, že by bylo přihlíženo k právu EU, může vyústit v nerovné zacházení s investory z různých členských států uvnitř EU, což by mohlo vyústit v diskriminaci, která je podle práva EU zakázána.
- f) Podle názoru Komise je EU nadnárodní organizace s právem přijímat rozhodnutí zavazující členské státy a samotná Unie je proto jednotným právním prostorem. Investoři se státní příslušností některého z členských států EU se proto nemohou odkazovat na dohody o ochraně investic a žalovat jiný členský stát EU, zejména je-li žaloba založena na opatření, k němuž je stát zmocněn podle práva EU.
- g) Investiční dohody mohou být v rozporu s právem EU, např. s pravidly upravujícími státní podporu. Komise např. ve sporu *Electrabel v. Hungary* tvrdila, že když členský stát EU dodržuje své závazky vyplývající z práva EU, nelze státní podporu

---

<sup>55</sup> „Práva a povinnosti vyplývající ze smluv uzavřených před 1. lednem 1958 nebo pro přistupující státy přede dnem jejich přistoupení mezi jedním nebo několika členskými státy na jedné straně a jedním nebo několika třetími zeměmi na straně druhé nejsou Smlouvami dotčeny. Pokud jsou uvedené smlouvy neslučitelné se Smlouvami, použije příslušný členský stát či členské státy všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. V případě potřeby si členské státy poskytnou vzájemnou pomoc k dosažení tohoto cíle a zaujmou případně společný postoj. Při používání smluv uvedených v prvním pododstavci členské státy přihlížejí k tomu, že výhody poskytované ve Smlouvách každým z členských států jsou nedílnou součástí založení Unie, a jsou proto neoddělitelně spojeny s vytvořením společných orgánů, se svěřením pravomocí těmto orgánům a s poskytováním stejných výhod všemi ostatními členskými státy.“

považovat za porušení Smlouvy k energetické chartě (Energy Charter Treaty, dále „ECT“) v případě, že Evropské společenství má chránit práva investorů, jak pokud jde o hmotněprávní garance, tak pokud jde o mechanismy sloužící k jejich dodržování způsobem, který lze považovat za alespoň rovnocenný těm, jež poskytují příslušné standardy ECT.<sup>56</sup>

- h) V případě konfliktu mezi právem EU a ustanoveními BITs má přednost právo EU. Zásada přednosti práva EU platí rovněž pro předvstupní dvoustranné dohody mezi členskými státy, což znamená, že se na dohody mezi členskými státy neslučitelné s právem EU nepoužije pravidlo *pacta sunt servanda*. Ustanoveními mezinárodních smluv nelze podle práva EU ospravedlnit porušení práva EU. Stejně tak se soukromá strana sporu nemůže spolehnout na takové dohody, aby získala výhodu v možnosti využít mechanismus řešení sporu, který je v rozporu s právem EU.
- i) Z článku 344 SFEU, podle něž se členské státy zavazují, že spory týkající se výkladu nebo provádění Smluv (EU Treaties) nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy, vyplývá, že členský stát EU nesmí použít metodu řešení sporu stanovenou v BIT v případě, že předmět sporu spadá do kompetence EU. Členské státy nesmějí zeslabovat právní systém EU tím, že by postupovaly spory zahrnující právo EU externím tribunálům, nebo tím, že budou investorům nabízet možnost předkládat spory takovým tribunálům.
- j) Ukončení intra-EU BITs není automatické, ale musí být provedeno v souladu s postupy stanovenými v relevantních BITs. Podle názoru Komise by však intra-EU BITs měly být, a dokonce musí být ukončeny v okamžiku, kdy předmět jejich úpravy přejde do kompetence EU.

Rozhodčí senáty se zatím přilíší k názoru Komise nepřiklánějí. V rozhodnutích obecně uvádějí, že s názory Komise nesouhlasí a většinou konstatují, že pro ně není argumentace Komise závazná.

Při rozhodování o své pravomoci se rozhodčí senáty řídí pravidly mezinárodního práva veřejného, zejména dvoustrannými a vícestrannými či mnohostrannými dohodami na ochranu investic, jejichž porušení je důvodem žaloby ze strany investorů a na ta jejich ustanovení, v nichž je vyjádřen souhlas států podrobit se investiční arbitráži. Ve výše citovaném případě *Electrabel v. Hungary* zdůraznil rozhodčí senát, že nemůže vzít v úvahu několik podání Komise, protože tvrzení v nich obsažená jsou založena jednostranně na hierarchii právních norem pouze z hlediska práva EU aplikovatelného uvnitř EU.<sup>57</sup> Tribunály rovněž v odůvodnění svých rozhodnutí poukazují na to, že žaloby jsou

<sup>56</sup> *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, odst. 4.104, s. 32 a 33.

<sup>57</sup> *Ibid. Electrabel v. Hungary*, odst. 4.112: „Under Article 26 ECT and Article 42 of the ICSID Convention, the Tribunal is required to apply the ECT and applicable rules and principles of international law“. In other words, this Tribunal is placed in a public international law context and not a national or regional context. Moreover, this ICSID arbitration does not have its seat or legal place of arbitration in Hungary or elsewhere in the European Union. Such an arbitral seat could trigger the application of the *lex loci arbitri* and give rise to the jurisdiction of the local courts in regard to the arbitral process, including challenges to the award. This ICSID arbitration is a dispute resolution mechanism governed exclusively by international law. As a result of the Tribunal's international status under the ECT and the ICSID Convention, several of the Commission's submissions cannot be taken into account in this arbitration, because they are based on a hierarchy of legal rules seen only from the perspective of an EU legal order applying within the EU,

založeny na dohodách na ochranu investic, např. na ECT nebo příslušné BIT, a jako takové neodkazují na právo EU.

Z hlediska mezinárodního práva a jeho výkladu lze přinejmenším za sporné považovat tvrzení, že by s ohledem na ustanovení čl. 26 ECT ve spojení s čl. 42 ICSID (applicable law) nemělo být aplikováno mezinárodní právo.

Je ovšem otázkou, zda je právo EU možno považovat za „součást vnitrostátního právního řádu hostitelského státu“, nebo zda se jedná o regionální mezinárodněprávní úpravu, kterou je nutno při interpretaci aplikovat v souladu s ustanovením č. 31 odst. 3(c) Vídeňské úmluvy o smluvním právu.<sup>58</sup>

I když bychom posuzovali příslušná konfliktní ustanovení práva EU a dohod o ochraně investic jako rovnocenná mezinárodněprávní pravidla, nemuseli bychom nutně dospět k názoru, že právo EU nelze aplikovat. V takovém případě by bylo nutno posoudit, která z pravidel jsou novější, resp. která z nich představují speciální úpravu; jednoduše bychom postupovali podle kolizních ustanovení, jako jsou např. ta, jež jsou obsažena v čl. 30 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, resp. ta, jež jsou součástí obyčejového mezinárodního práva. Pravdou ale je, že interpretovat příslušné rozhodné právo je výsostným právem rozhodčího senátu, který rozhoduje příslušný spor.

Rozhodčí senáty se celkem shodují v tom, že z čl. 344 SFEU<sup>59</sup> nevyplývá, že by měl Soudní dvůr EU nutně interpretační monopol na výklad práva EU, ostatně národní soudy a rozhodčí senáty napříč EU vykládají a aplikují právo EU dennodenně.

## 7. ZÁVĚR

Jak jsme uvedli výše, rozhodčí tribunály v investičních sporech často argumenty Komise odmítají. Ve sporu *Electrabel* tribunál např. odmítl názor, že investora je třeba považovat za evropského investora, když jeho nárok směřuje proti opatření EU, čímž spor podle názoru Komise ztrácí mezinárodní prvek. Zajímavá byla ve sporu i argumentace žalobce, který ve vyjádření podaném po konání ústního jednání (post-hearing brief) uvedl, že (i) ve sporu se neaplikuje právo EU, (ii) EU smlouvy jsou součástí mezinárodního práva, (iii) EU smlouvy inkorporují ECT (tedy smlouvu, která naopak je rozhodným právem), (iv) i kdyby existovala nějaká nekonzistentnost, má ECT přednost a (v) právo EU a ECT je nutno vykládat v souladu. K bodu (i) své argumentace pak otočil častý argument Komise o tom, že nelze investora z jedné členské země pozitivně diskriminovat, a uvedl, že vzhledem k tomu, že právo EU neplatí pro všechny smluvní strany ECT, nelze jej pro účely ECT aplikovat jako mezinárodní právo. V opačném případě by to znamenalo, že bude s investorem z EU zacházeno méně příznivě (spolehne-li

---

*whereas this Tribunal is required to operate in the international legal framework of the ECT and the ICSID Convention, outside the European Union.*“

<sup>58</sup> 3. Spolu s celkovou souvislostí bude brán zřetel: a) na každou pozdější dohodu, týkající se výkladu smlouvy nebo provádění jejich ustanovení, k níž došlo mezi stranami; b) na jakoukoliv pozdější praxi při provádění smlouvy, která založila dohodu stran, týkající se jejího výkladu; c) na každé příslušné pravidlo mezinárodního práva použitelné ve vztazích mezi stranami.

<sup>59</sup> Článek 344 (bývalý článek 292 Smlouvy o ES): „Členské státy se zavazují, že spory o výklad nebo provádění Smluv nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy.“

se Maďarsko na přednost práva EU před ECT) než s investory ze smluvního státu mimo EU (odst. 71 a 73 podání). V podobném duchu pokračuje se svými dalšími argumenty podobného rázu.

Tribunál se povahou evropského práva zabýval poměrně podrobně, a stejně tak se zabýval i vztahem práva EU a ECT a otázkou harmonické interpretace závazků podle práva EU a ECT, souladu práva EU a závazků podle ECT a nakonec řešil otázku, zda ECT a právo EU mají stejný předmět úpravy. Citované rozhodnutí je patrně jedním z nejpropracovanějších rozhodčích nálezů zabývajících se vztahem práva EU a ECT a obecně vztahem závazků z mezinárodního a evropského práva. I přes velmi detailní odůvodnění, které lze nalézt jak v rozhodnutí po pravomoci, tak v samotném nálezu, předložila Komise opakovaně své argumenty v dalších rozhodčích sporech.

Pokračovat v rozboru asi nemá cenu. Spíše je vhodné zamyslet se nad tím, zda a v jaké míře je boj Komise proti intra-EU BITs racionální. Věnovat otázce zrušení těchto smluv pozornost je nepochybně legitimní za předpokladu, kdyby intra-EU investiční smlouvy představovaly skutečnou hrozbu zájmům EU. Zda tomu tak je, můžeme dokumentovat na počtu sporů, které v posledních letech vyvolávají. Žádné oficiální statistiky sice k dispozici nemáme, můžeme se ale opřít o informace, které uvádí proti intra-EU BITs zaměřený lobbistický Transnational Institute. Jeho statistika uvádí počet investičních sporů vedených členskými státy EU k lednu 2013. Vyplyvá z ní, že zatímco členské země EU ze střední a východní Evropy byly žalovány v 77 případech a z nich v 50 šlo o žaloby založené na intra-EU BITs, byly země ze západní Evropy žalovány pouze sedmkrát a pouze jeden spor byl založen na nároku z intra-EU BIT.<sup>60</sup> Jde pochopitelně o nepoměr, bohužel se neuvádí, jaké jsou příčiny žalob. V současné době lze do statistik přidat řadu žalob proti Španělsku, které jsou stejně jako řada žalob proti České republice vyvolány subvencováním výroby energie z obnovitelných zdrojů. Jde tedy o spory, jejichž původ lze nalézt v problematickém rozhodnutí na úrovni EU. Možná, že Komise za toto ne zcela domyšlené rozhodnutí cítí odpovědnost, a proto se do boje s intra-EU BITs pustila tak vehementně. V každém případě ze statistiky vyplývá, že celkem bylo možno k lednu 2013 napočítat 51 sporů, v nichž investoři své nároky opírají o porušení intra-EU BIT. Když k tomuto číslu přičteme zhruba 30 dalších „fotovoltaických“ sporů, nedosáhne celkový počet ani stovky. Každý si jistě sám odpoví na otázku, zda jde o vážné ohrožení zájmů EU nebo zda jde spíše o marginální problém. Kromě toho je jistě rozumné odpovědět na otázku, jaký efekt bude mít zrušení intra-EU BITs. Budou členské státy a potažmo celá EU ochráněny před metlou představovanou „zlovolnými investory“? Odpověď je bohužel negativní. To by bylo možné pouze v případě, že by byly zrušeny všechny smlouvy na ochranu investic. Není totiž nic jednoduššího, než po zrušení intra-EU BITs zaparkovat svou investici mimo EU a získat tak v zásadě stejnou ochranu, jaká je zakotvena v intra-EU BITs.

Jak je známo, EU zatím zrušení všech dvoustranných dohod na ochranu investic po svých členských státech nevyžaduje. Rušení se zatím netýká extra-EU BITs, i když i zde se díky novým kompetencím získaným v Lisabonské smlouvě situace poněkud

---

<sup>60</sup> OLIVET, C.: *A Test for European Solidarity: The Case of Intra-EU Bilateral Investment Treaties*. Transnational Institute, January 2013, s. 3.

mění. V některých případech, a může k tomu docházet stále častěji, budou patrně extra-EU BITs nahrazovány investičními kapitolami v nově uzavíraných dohodách o volném obchodu. Ty už neuzavírají členské státy, ale EU. Konečně se dostáváme k tezi naznačené v názvu příspěvku. Znamená zrušení intra-EU BITs a nahrazení extra-EU BITs koncem systému, který obtížně vznikal celá staletí (jak naznačujeme výše) nebo nikoli. Nesporně se poněkud smráká nad dvoustrannými dohodami o ochraně investic, v dohledné době ale nelze předpokládat, že by všechny mohly být jednoduše nahrazeny investičními kapitolami v dohodách o volném obchodu. Rozhodně to ale neznamena, že by EU tendovala k zrušení ochrany investorů jako takových. Otázku, zda je lepší, aby kompetence v oblasti ochrany investic zůstala v rukách členských států, nebo zda je lepší ji definitivně svěřit do rukou EU, nelze zodpovědět jednoznačně. Obě varianty mají svá pro i proti, obě varianty mohou zvýhodnit některé členské státy nebo naopak znevýhodnit jiné. Problematické je najít nejnižší společný jmenovatel a dohodnout se na tom, jak by společná smluvní ochrana investic měla vypadat. Problémem je rozdílná ekonomická úroveň členských států a z toho plynoucí možné rozdílné zájmy mezi investice vyvážejícími zeměmi a investice dovážejícími zeměmi. Z pohledu České republiky je zřejmé, že náš zájem na poskytování ochrany investicím nemusí plně ladit s požadavky např. Spolkové republiky Německo, a to je Česká republika poměrně otevřená, ve srovnání s jinými středo- a východoevropskými zeměmi. Na druhou stranu je zjevné, že při uzavírání mezinárodní smlouvy na ochranu investic hraje důležitou roli negociační síla (faktická nerovnost) smluvních stran. Z tohoto hlediska má EU rozhodně výrazně silnější pozici než Česká republika. Při rozumně uchopené kompetenci, která bere do jisté míry v potaz i rozdílné zájmy členských států, by přenesení pravomocí v této oblasti mělo být pro Českou republiku spíše výhodou. Záleží na tom, jak bude schopna své zájmy formulovat a prosazovat uvnitř EU. Soumrak BIT v EU nakonec nemusí být vnímán příliš drasticky. Počkáme a uvidíme.

**Autor:**

doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.,  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze,  
balas@prf.cuni.cz