

Skutečnost, že oba smluvní státy, které spolu uzavřely dohodu o ochraně investic, jsou současně členy Evropské unie, není překážkou tomu, aby arbitrážní tribunál ustanovený na základě této dohody projednal spor vyvolaný investorem proti hostitelskému státu.

To je hlavní závěr mezitímního arbitrážního nálezu ve věci Eureko B.V. proti Slovenské republice, který byl vynesen dne 26. října 2010.[1]

Věcně se spor týká změny pravidel podnikání v oblasti veřejného zdravotního pojištění na Slovensku po změně vlády v roce 2006. Společnost Eureko, akcionář jedné ze slovenských zdravotních pojišťoven, v této změně podmínek spatřuje porušení dohody mezi Nizozemskem a ČSFR o podpoře a vzájemné ochraně investic z roku 1992 ze strany Slovenské republiky.

Předmětem mezitímního nálezu, kterého se týká tento článek, bylo jen rozhodnutí o jurisdikci – tribunál zatím posuzoval jen otázku, zda má vstup Slovenské republiky do EU vliv na platnost dohody o ochraně investic s Nizozemskem (dále v textu také jen jako „investiční dohoda“) a na kompetenci tribunálu věcně projednat spor vzniklý na základě domnělého porušení této dohody.

Expozice problému: Eastern Sugar a bezradnost Komise

Otázka intra-unijních investičních dohod a jejich platnosti dnes již není nová. Z pohledu teorie patří mezi otázky poměrně složité a doktrína jen s obtížemi přináší uspokojivá řešení. Ještě komplikovanější je tato otázka z pohledu praxe, kde je postoj jednotlivých aktérů přímo ovlivněn jejich politickými a ekonomickými zájmy.

Státy střední a východní Evropy, jež předtím tvořily součást východního bloku, začaly počátkem 90. let uzavírat dohody o ochraně investic se západními státy, včetně tehdejších členských států Evropské unie. V dané době se jednalo o chování racionální a pochopitelné – tyto dohody zvyšovaly atraktivitu postsocialistických zemí pro zahraniční investory, protože mezinárodně právní garance obsažené v těchto dohodách do určité míry vyvažovaly slabě vyvinuté vnitrostátní právní a justiční systémy. S postupnou stabilizací zdejších poměrů a jejich přiblížením se západním standardům se hodnota investičních dohod s vyspělými ekonomikami pro středoevropské a východoevropské členy EU stává čím dál tím víc diskutabilní. Zatímco přínos v podobě přilákání většího počtu investorů je jen těžko měřitelný, náklady vyjádřené odškodněním, které státy musí platit investorům v prohraných arbitrážích, lze vyčíslit poměrně přesně. „Nejzářivějším“ příkladem je v tomto ohledu Česká republika, která v celkovém počtu investičních arbitráží zaujímá v celosvětovém měřítku druhou příčku za Argentinou.

Problém dozrál po vstupu 10 zemí střední a východní Evropy do EU v roce 2004, kdy se ve velkém měřítku rozšířil nový fenomén tzv. intra-komunitárních (dnes už spíše intra-unijních) investičních dohod. Záhy se vynořila otázka, zda jsou takové dohody, zejména způsob řešení sporů prostřednictvím arbitráží, který zakládají, slučitelné s pravidly o fungování vnitřního trhu EU a s *acquis communautaire* jako takovým. V roce 2006 Evropská komise v dopise Radě ministrů hospodářství a financí (ECOFIN) uvedla, že v rámci vnitřního trhu tyto dohody již zřejmě nejsou potřebné a navíc jejich právní povaha po vstupu smluvních stran do EU není úplně jasná. Proto členským státům doporučila, aby prostřednictvím výměny diplomatických nót ukončily platnost těchto dohod.[2] Tato iniciativa Komise se ovšem nesečkala s valným ohlasem u členských zemí, zejména co se týče původních členských států, které se obvykle řadí mezi vývozce kapitálu a pro které je stávající systém spíše výhodný. Naopak, myšlenky ukončení platnosti intra-unijních dohod jsou více nakloněny nové členské státy, které by se tak zbavily břemene v podobě investičních arbitráží ze strany západoevropských investorů. Neaktivnější je v tomto směru Česká republika, které se zatím podařilo ukončit platnost pěti intra-unijních dohod.[3]

Nejasná právní povaha intra-unijních dohod čas od času oživí i úvahy nad tím, zda úprava v nich obsažená nebyla vstupem smluvních států do EU zcela nahrazena unijním *acquis*. Tyto názory jsou silněji prosazovány zejména tehdy, pokud k tomu účastníka vedou pragmatické důvody, jak je tomu i v předmětném sporu v případě Slovenské republiky. Otázka platnosti a účinnosti intra-unijní dohody již byla minimálně jednou[4] řešena i před arbitrážním tribunálem,

konkrétně ve věci *Eastern Sugar B.V. proti České republice* [5], shodou okolností také podle dohody o ochraně investic mezi ČSFR a Nizozemskem (mezitímní nálezn byl vydán 27. března 2007). Česká republika zde kromě jiného namítala, že od jejího vstupu do EU je dohoda o ochraně investic neaplikovatelná, protože byla nahrazena právem EU. Své stanovisko tribunálu tehdy poskytla i Evropská komise. Podle jejího názoru nebyla dohoda mezi ČR a Nizozemskem automaticky ukončena – k tomu by členské státy musely dodržet příslušnou formální proceduru. Komise ovšem poukázala na komplikovaný vztah mezi oběma právními úpravami a znovu vyslovila přesvědčení, že v zájmu odstranění nejasností by platnost existujících dohod o ochraně investic mezi členskými státy měla být ukončena postupem tam upraveným.

Tribunál ve věci *Eastern Sugar* se s argumentací České republiky neztotožnil a konstatoval svoji pravomoc k věcnému projednání sporu. K tomuto konstatování jej dovedly následující dílčí závěry:

- Ani dohoda o ochraně investic, ani přístupové dokumenty České republiky platnost investiční dohody výslovně neřeší, proto nelze tvrdit, že její platnost byla explicitně (výslovně) ukončena.
- Investiční dohoda nebyla nahrazena právem EU ani implicitně, protože (i) investiční dohoda a Smlouva o založení ES nepokrývají stejný předmět; (ii) Česká republika neprokázala společný úmysl smluvních stran dohodu ukončit; a (iii) úprava investiční dohody a ustanovení práva EU nejsou vzájemně neslučitelná, nýbrž komplementární.

Další posun ve věci znamenal přijetí Lisabonské smlouvy a její účinnost v prosinci 2009. Od tohoto okamžiku získala Unie výlučnou vnější pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic, která nově spadá do společné obchodní politiky. Unie tak bude uzavírat investiční dohody se třetími zeměmi namísto členských států, které tyto dohody doposud uzavíraly ve vlastní kompetenci. Ačkoliv nová pravomoc účinkuje směrem navenek a nedotýká se tak přímo intra-unijních dohod, jejich přetrvávající existence za této situace působí ještě poněkud bizarněji než doposud. V souvislosti s tímto vývojem lze proto očekávat i razantnější postup Komise vůči členským státům, které na její výzvy k ukončení platnosti těchto dohod zatím nereagují.

Skutkový základ sporu

Vzhledem k tomu, že tribunál zatím nerozhodoval meritorně a ve svém mezitímním nálezu posuzoval takřka výlučně vztah investiční dohody a práva EU, slouží níže uvedené zkrácené vyličení skutkového základu sporu jen pro zasazení argumentace tribunálu do širšího kontextu.

Ve Slovenské republice existuje od roku 1994 systém veřejného zdravotního pojištění, v rámci kterého může zdravotní pojištění poskytovat více státních nebo soukromých subjektů. V roce 2004 prošel tento systém zásadní reformou, která jej liberalizovala a zavedla do něj vícero tržních prvků. Žalobce, nizozemská společnost Eureko B.V., na základě těchto opatření vstoupila v roce 2006 na slovenský trh zdravotního pojištění prostřednictvím založení dceřiné společnosti Union zdravotná poisťovňa, a.s. Do ledna 2007 získala na slovenském trhu zdravotního pojištění podíl kolem 8,5 procenta.

V roce 2006 nová vláda, jež vzešla z parlamentních voleb, zavedla opatření, která restriktivním způsobem změnila reformu z roku 2004. V devíti z těchto opatření shledává žalobce porušení dohody o ochraně investic mezi SR a Nizozemskem.

V únoru 2008 podala společnost Eureko stížnost k Evropské komisi, která vedla k zahájení řízení vůči Slovenské republice na základě článku 226 Smlouvy o založení ES. Řízení bylo v době vydání mezitímního nálezu v běhu. Vzhledem k omezenému vlivu stěžovatele na průběh řízení, jakož i k problematické možnosti domáhat se prostředky práva EU náhrady škody, byla společnost Eureko dle vlastního vyjádření nucena domáhat se odškodnění prostřednictvím investiční arbitráže. Úvodní notifikaci o existenci sporu zaslalo Eureko slovenské straně v březnu 2008, arbitrážní řízení pak bylo zahájeno v říjnu téhož roku.

Mezitímní nálezn Eureko: potvrzení linie nastolené rozhodnutím Eastern Sugar

V souladu s dohodou stran sporu bylo předmětem mezitímního nálezu pouze posouzení jurisdikční námitky Slovenské republiky založené na členství SR v Evropské unii. Slovenská republika namítala, že vstupem Slovenské republiky do EU byla platnost investiční dohody s Nizozemskem ukončena, resp. rozhodčí doložka v ní obsažená se stala neúčinnou, a proto ustavený tribunál nemá pravomoc rozhodovat předmětný spor.

Jak bylo uvedeno výše, s takovou námitkou nebyl arbitrážní tribunál konfrontován poprvé. V případě *Eastern Sugar* obdobnou situaci vyřešil v neprospěch hostitelského státu a odmítl, že by členství obou smluvních států mělo vliv na jeho pravomoc projednat spor podle investiční dohody. I když rozhodnutí arbitrážních tribunálů nemají striktně vzato povahu závazných precedentů, jen stěží se dalo očekávat, že by se tribunál v nynějším sporu výrazně odchytil od závěrů vyvozených v předešlém rozhodnutí. I rozhodnutí ve věci *Eureko* ovšem stojí za pozornost minimálně ze dvou důvodů. Zaprvé, na rozdíl od případu *Eastern Sugar*, skutkový stav zakládající údajné porušení investiční dohody ve věci *Eureko* nastal až po vstupu hostitelského státu do EU. Tento rozdíl teoreticky mohl mít na konečný verdikt určitý vliv. Zadruhé, odůvodnění rozhodnutí *Eastern Sugar* lze hodnotit jako poněkud kusé a zkratkovité. V mezidobí vnímání problematiky intra-unijních dohod mezi odbornou veřejností značně pokročilo. Tribunál měl proto možnost vyjádřit se na dané téma komplexněji, za použití hlubší argumentace.

Slovenská republika postavila svoji námitku na čtyřech hlavních bodech:

- Z pohledu mezinárodního práva, aplikací článku 59 Vídeňské úmluvy o smluvním právu (dále také jen „VÚ“)[6] (Zánik smlouvy nebo přerušování jejího provádění v důsledku uzavření pozdější smlouvy), byla platnost investiční dohody ukončena přistoupením Slovenské republiky ke Smlouvě o založení Evropského společenství (dále také jen jako „Smlouva ES“).
- Z pohledu mezinárodního práva, aplikací článku 30 Vídeňské úmluvy[7] (Provádění po sobě uzavřených smluv, které se týkají téhož předmětu), od přistoupení Slovenské republiky k Smlouvě o založení ES je rozhodčí doložka v investiční dohodě neúčinná.
- Z pohledu práva EU, které představuje součást slovenského práva jakožto jednoho ze závazných pramenů práva, tribunál nemá pravomoc, protože rozhodčí doložka není slučitelná se Smlouvou o založení ES, se zásadou autonomie práva EU a se zásadou nadřazenosti práva EU.
- Z pohledu německého práva (jako *lex loci arbitri*) není dána arbitrabilita sporu z důvodu rozporu s právem EU.

a) ukončení platnosti dohody podle článku 59 Vídeňské úmluvy

Článek 59 VÚ stanoví, za jakých okolností se mezinárodní smlouva považuje za zaniklou v důsledku uzavření pozdější smlouvy. Podmínkou aplikace článku 59 VÚ je, že se obě smlouvy týkají téhož předmětu. Zároveň musí být dán úmysl stran upravit tento předmět pozdější smlouvou, anebo ustanovení obou smluv musejí být natolik neslučitelná, že nemohou být aplikována současně.

Slovenská republika ve svém stanovisku shledala naplnění všech uvedených podmínek. Stejný předmět investiční dohody a Smlouvy ES měl být dán stejným chápáním investora a investice, stejným účelem, jakož i stejnými standardy ochrany investora poskytovanými oběma smlouvami. Za pozornost stojí zejména otázka standardů ochrany, která je důležitá nejen z pohledu platnosti dvoustranných investičních dohod, ale mimo oblast předmětného sporu i pro vymezení kompetence EU v oblasti zahraničních investic. Svě argumenty SR shrnula do následující srovnávací tabulky, která měla demonstrovat paralelní úpravu obsaženou v obou příslušných dohodách[8]:

Dohoda o ochraně investic	Smlouva o založení ES
Volné převody kapitálu (čl. 4)	Volný pohyb kapitálu (čl. 56)

Řádné a spravedlivé zacházení (čl. 3(1))	Zákaz diskriminace (čl. 12)
Plná ochrana a bezpečnost (čl. 3(2))	Svoboda usazování (čl. 43)
Nepřímé vyvlastnění (čl. 5)	Svoboda usazování (čl. 43)

SR v obou smluvních instrumentech sledovala také rovnocenný systém procesní ochrany – řešení sporů rozhodčím tribunálem v případě investiční dohody a možnost žalovat stát před vnitrostátními soudy s možností klást předběžné otázky Evropskému soudnímu dvoru v případě Smlouvy ES.

Tribunál argumentaci odpůrce odmítl. V první řadě poukázal na článek 65 Vídeňské úmluvy, který stanoví proceduru pro případ neplatnosti smlouvy, zániku, odstoupení nebo přerušování provádění. Tato procedura předpokládá minimálně oznámení ostatním smluvním stranám o tom, že takový následek nastal. V případě investiční dohody mezi SR a Nizozemskem tato formální procedura dle tribunálu naplněna nebyla.

Důležitější ale je, že se tribunál neztotožnil s tvrzením, že investiční dohoda a Smlouva ES upravují stejný předmět ve smyslu článku 59 Vídeňské úmluvy. Podle tribunálu zde jednak nebyl prokázán úmysl stran nahradit investiční dohodu unijní právní úpravou a rovněž tomu nenasvědčuje ani obsah příslušných smluv. Z hlediska obsahu obou smluv tribunál dospěl k následujícím závěrům: Při porovnání obou smluv připustil určitou duplicitu u úpravy volného pohybu kapitálu. Jednoznačně ovšem vyloučil, že by právo EU obsahovalo úpravu srovnatelnou se standardem řádného a spravedlivého zacházení. Tento standard nelze redukovat na zásadu zákazu diskriminace, jak navrhol odpůrce – zacházení, které není řádné a spravedlivé, může být aplikováno na všechny subjekty stejně (nediskriminačně) bez ohledu na jejich státní příslušnost nebo jiný rozlišovací znak. Podle tribunálu právo EU zatím neobsahuje obdobnou zásadu přímo zakazující zacházení, které není řádné nebo spravedlivé.

I zjištění ohledně nepřítomnosti zásady srovnatelné se standardem řádného a spravedlivého zacházení v právním řádu EU by podle tribunálu stačilo k tomu, aby se na investiční dohodu nevztahoval článek 59 Vídeňské úmluvy. Obdobné pochybnosti jako u řádného a spravedlivého zacházení lze ovšem vznést i u dalších standardů obsažených v investiční dohodě – práva na plnou ochranu a bezpečnost a rovněž u ochrany proti vyvlastnění.

Jelikož právo EU neposkytuje tak široká hmotná práva jako investiční dohoda, není podle tribunálu možné implicitně dovozovat, že bylo úmyslem Slovenské republiky a Nizozemska investiční dohodu nahradit Smlouvou ES. Stejně tak nelze tvrdit, že tyto dvě úpravy jsou vzájemně neslučitelné. Standardy řádného a spravedlivého zacházení, plné ochrany a bezpečnosti a ochrany proti vyvlastnění pouze rozšiřují ochranu poskytovanou právem EU – podle tribunálu zde není důvod, proč by tato práva neměla být zachována a dodržována vedle práv chráněných v rámci EU a současně s nimi.

Třetím důvodem vylučujícím aplikaci článku 59 Vídeňské úmluvy je podle tribunálu rozdílná úroveň procesní ochrany. Základní charakteristikou investičních dohod je možnost daná investorům předložit spor proti hostitelskému státu neutrální arbitrážní instanci podle pravidel UNCITRAL. Možnost obrátit se na vnitrostátní soud v hostitelské zemi v tomto ohledu podle tribunálu nelze považovat za rovnocennou.

b) nepoužitelnost investiční dohody podle článku 30 Vídeňské úmluvy

Jako alternativu k neplatnosti investiční dohody podle článku 59 VÚ namítala Slovenská republika její nepoužitelnost podle článku 30 odstavce 3 VÚ. Ten stanoví, že dřívější smlouva mezi těmiž stranami, pokud nezankla podle článku 59 VÚ, se provádí pouze v tom rozsahu, v jakém jsou její ustanovení slučitelná s ustanoveními smlouvy pozdější. V článku 59 VÚ tedy nejde o neplatnost celé smlouvy, ale pouze o nepoužitelnost jejích některých ustanovení. Podle vyjádření odpůrce je rozhodčí doložka obsažená v investiční dohodě neslučitelná se Smlouvou ES ve smyslu článku 30 VÚ. Jelikož navrhovatel žaloval Slovenskou republiku za porušení článků 3(1), 3(2), 4 a 5 investiční dohody, přičemž

všechny tyto články měly být podle odpůrce nahrazeny právem EU, spor musí být řešen podle práva EU. Tribunál ovšem nemá pravomoc aplikovat a interpretovat právo EU, což má podle odpůrce za následek nepoužitelnost rozhodčí doložky obsažené v investiční dohodě.

Tribunál odmítl i tento argument. K tomu uvedl, že neslučitelnost mezi investiční dohodou a právem EU, pokud by nastala, by musela být posuzována až v řízení o věci samé při určování práva rozhodného pro řešení sporu. Článek 30 VÚ ovšem může jen těžko zbavit tribunál pravomoci založené souhlasem stran podle článku 8 investiční dohody. Taková situace by nastala pouze tehdy, pokud by samotná rozhodčí doložka obsažená v článku 8 investiční dohody byla neslučitelná s právem EU. Žádná norma na úrovni EU ovšem nezakazuje rozhodčí řízení mezi investorem a státem. Naopak, mezinárodní arbitráž je rozšířena napříč EU a ke způsobu aplikace práva EU v rámci rozhodčího řízení se několikrát vyjádřil i ESD. Tvrzení, že je v rozporu s právem EU arbitráž potenciálně zahrnující některé otázky práva EU, by fakticky vedlo k zákazu arbitráží jako takových. Proto tribunál shledal tento názor jako neudržitelný.

c) nepoužitelnost investiční dohody podle práva EU

Další linie argumentace Slovenské republiky byla vedena z úhlu pohledu práva EU. Právo EU, kromě své mezinárodně právní povahy, jež byla rozebrána výše, vstupuje do předmětného sporu ještě dvojím způsobem – jednak jako součást práva hostitelského státu, které je dle článku 8(6) výslovně jmenováno jako jeden ze závazných pramenů práva pro rozhodčí tribunál, a též jako součást práva německého jakožto *lex loci arbitri*.

Odpůrce zde vycházel z dříve nastolené premisy, že předmět sporu se řídí právem EU. Vzhledem k tomu, že v právu EU má „interpretační monopol“ ESD a tribunál nemá možnost klást ESD předběžné otázky, nemá podle odpůrce tribunál pravomoc rozhodovat spor, který se řídí právem EU. Odpůrce dále poukazoval na zásady nadřazenosti a přímého účinku práva EU. Úprava obsažená v investiční dohodě je dle odpůrce plně pokryta právem EU, které má na základě uvedených zásad aplikační přednost. Tribunál by tak rozhodoval o porušení Smlouvy ES, k čemu ovšem nemá pravomoc.

I tento argument tribunál odmítl. Právo EU dle něj může mít vliv na rozsah práv a povinností z investiční dohody jakožto rozhodné právo podle článku 8(6) dohody nebo jako *lex loci arbitri*. Posouzení této otázky ovšem bude předmětem až jednání ve věci samé. Pro jurisdikční fázi nemá tato otázka relevanci. Tribunál dále nesouhlasil s tvrzením, že nemá možnost aplikovat právo EU – právě naopak, právo EU aplikovat musí a je jím vázán v rozsahu, v jakém toto představuje součást rozhodného práva. Odmítl však tezi o interpretačním monopolu ESD. Soudy a rozhodčí tribunály aplikují a vykládají právo EU denně – monopol ESD se vztahuje pouze na interpretaci konečnou a závaznou, což je ovšem podle tribunálu něco jiného.

Stanovisko Evropské komise

Slovenská republika navrhla, aby se jurisdikční fáze řízení účastnila jako *amicus curiae* i Evropská unie zastoupena Evropskou Komisí. Stanovisko Komise prezentované v předmětném sporu je stojí za pozornost, protože jej lze považovat za nejaktuálnější vyjádření jejího postoje k intra-unijním investičním dohodám jako takovým, které zároveň může naznačit, jaký vývoj můžeme ohledně těchto dohod očekávat v blízké budoucnosti.

Komise označila intra-unijní investiční dohody jako „anomálii v rámci vnitřního trhu EU“. Skutečnost, že se úprava intra-unijních investičních dohod přinejmenším částečně překrývá s právní úpravou vnitřního trhu EU, vyvolává otázku přípustnosti jejich další existence. Svou pozornost zaměřila Komise především na způsob řešení sporů mezi investorem a státem formou arbitráže. Poukázala na rozhodnutí ESD ve věci *MOX Plant*^[9], podle kterého má ESD výlučnou jurisdikci ve sporech mezi členskými státy, které věcně alespoň částečně spadají pod právo EU. Arbitráž ve sporu mezi členskými státy podle investiční dohody by tak byla v rozporu s právem EU. I argumenty ve prospěch arbitráží mezi investorem a státem z pohledu práva EU ob stojí jen stěží. Možnost žalovat hostitelský stát některými investory podle dvoustranných investičních dohod je podle Komise diskriminační vůči jiným investorům, kteří tuto možnost nemají. Řešení problému diskriminace „pozitivním“ způsobem v podobě umožnění vedení arbitráží proti státu všem investorům

by bylo dle Komise z institucionálního pohledu EU neakceptovatelné jako odraz hlubokého neporozumění justičního systému EU. Extenzivní rozšíření mechanismů řešení sporů, které stojí mimo rámec soudního systému EU a členských států, by bylo v rozporu s principem vzájemné důvěry mezi členskými státy. Navíc přináší riziko negativních jevů, jako je *forum shopping*. Komise dále zdůraznila zásadu nadřazenosti práva EU nejen vůči právu členských států, ale i vůči dvoustranným dohodám uzavřeným mezi členskými státy. Ustanovení investiční dohody, která jsou v rozporu s normami práva EU, nemohou být aplikována.

Komise uznala, že investiční dohoda mezi SR a Nizozemskem zřejmě jako celek nezankla podle článku 59 VÚ. Žádná z jejích stran zjevně nečinila rozhodující krok k formálnímu ukončení její platnosti. Tribunál ovšem nemůže aplikovat ta ustanovení investiční dohody, která jsou v rozporu s právem EU, a to jak z důvodu nadřazenosti práva EU, tak podle pravidel mezinárodního práva, konkrétně článku 30 VÚ. Mezi inkompatibilními ustanoveními „vyčnívají“ právě ustanovení investiční dohody o řešení sporů mezi investorem a státem (čl. 8) a ustanovení o řešení sporu mezi smluvními stranami (čl. 10), protože jsou v rozporu s pravidly o výlučné pravomoci soudů EU v otázkách týkajících se práva EU. Proto Komise vyjádřila svoji výhradu („*reservation*“) k pravomoci tribunálu rozhodovat předmětný spor.

Komise se také vyjádřila k souběhu řízení před tribunálem a řízení pro porušení práva EU, které bylo zahájeno na návrh společnosti Eureko. Tato situace může mít neblahý následek v podobě dvou rozhodnutí týkajících se práva EU, která budou vzájemně neslučitelná. Proto Komise navrhla řízení před investičním tribunálem přerušit, což by byl přístup obdobný, jako zaujal arbitrážní tribunál v případě *MOX Plant*.

Ačkoliv se tribunál k argumentům Komise nevyjádřil komplexně, reakci na některé body lze v odůvodnění nálezu najít. Názor tribunálu na některé otázky, jako částečná nepoužitelnost ustanovení investiční dohody podle článku 30 VÚ nebo důsledek nadřazenosti práva EU, již byl přiblížen výše. Stanovisko k některým dalším argumentům Komise následuje.

Tribunál odmítl jakoukoli relevanci případu *MOX Plant* pro předmětný spor. ESD zde judikoval, že má výlučnou pravomoc rozhodovat spory mezi dvěma členskými státy. Tento závěr se ovšem nemůže vztahovat na spory mezi členským státem a investorem podle článku 8 investiční dohody. Nelze totiž požadovat, aby ESD rozhodoval o každém sporu mezi jednotlivcem a členským státem, který se nějakým způsobem týká práva EU.

Tribunál se také vyjádřil k otázce možné diskriminace. Připustil, že širší ochrana investorů poskytovaná investiční dohodou může představovat porušení pravidel EU o zákazu diskriminace. To podle tribunálu ovšem není důvod k odepření práv žalobce podle investiční dohody nebo k tomu, aby byl souhlas stran k řešení sporů arbitráží považován za neplatný nebo neúčinný. Kromě toho neexistuje podle tribunálu důvod, proč by členský stát EU nemohl poskytnout výhodnější zacházení odpovídající investiční dohodě investorům ze všech ostatních členských států (jak bylo uvedeno výše, Komise takové řešení výslovně odmítla).

Tribunál konečně zaujal stanovisko ke svému vztahu k orgánům EU a k žádosti o přerušování řízení. Tribunál uznal, že právo EU a jeho doktrína mohou být v předmětném sporu aplikovány jako součást použitelného práva podle článku 8(6) investiční dohody. Nicméně způsob a rozsah, jakým právo EU dopadá na předmětný spor, bude ujasněn až v průběhu řízení ve věci samé a v tomto řízení bude tato otázka také řešena. Tribunál dále nepovažuje předmět probíhajícího řízení vůči SR za porušení práva EU a předmětný spor za natolik související, aby musel v této fázi přerušit řízení. Nicméně pokud se taková souvislost objeví v pozdější fázi, tribunál možnost přerušování řízení znovu zváží.

Závěr

Tribunál v mezitímním nálezu odmítl jurisdikční námitku Slovenské republiky založenou na členství obou smluvních států dohody v Evropské unii a konstatoval svou pravomoc k věcnému projednání sporu. Své rozhodnutí opřel zejména o následující dílčí závěry:

- Platnost dohody o ochraně investic mezi ČSFR a Nizozemskem nebyla pro Slovenskou republiku výslovně ukončena, neboť k tomu nebyly splněny příslušné formální náležitosti.

- Dohoda nebyla ukončena ani implicitně dle článku 59 Vídeňské úmluvy; protože (i) tato dohoda a Smlouva o založení ES nepokrývají stejný předmět, zejména co se týče standardu řádného a spravedlivého zacházení a možnosti investora žalovat stát v mezinárodní arbitráži, (ii) nebyl prokázán společný úmysl smluvních stran k ukončení této dohody a (iii) úprava obou dohod není neslučitelná, nýbrž komplementární.
- Rozhodčí doložka obsažená v investiční dohodě není neplatná ani neúčinná podle článku 30 Vídeňské úmluvy, neboť právo EU nezakazuje arbitráž mezi investorem a státem. Případná částečná neplatnost jiných ustanovení dohody má být řešena až v řízení o věci samé.
- Skutečnost, že tribunál bude muset aplikovat právo EU jako součást použitelného práva mu nebrání v projednání sporu. ESD nemá monopol na interpretaci a aplikaci práva EU.
- Rozhodnutí ESD ve věci *MOX Plant* je pro daný případ nepoužitelné, neboť se týká arbitráže mezi členskými státy EU, ne arbitráže mezi investorem a státem.
- Problém případné diskriminace jiných investorů, kteří nemají možnost obrátit se na mezinárodní arbitráž, nemůže být řešen na úkor investorů, kteří toto oprávnění mají, tím, že jim toto právo bude odejmuto. V úvahu přichází „pozitivní“ řešení spočívající v rozšíření tohoto práva na všechny investory.
- Částečný souběh arbitrážního řízení a řízení před Komisí nebo Evropským soudním dvorem není automaticky důvodem k přerušení arbitrážního řízení.

Nález pokračuje v linii nastolené již jinými tribunály, zejména rozhodnutím ve věci *Eastern Sugar proti České republice*. Možno usuzovat, že obdobně budou rozhodovat i další tribunály, které budou konfrontovány s jurisdikční námitkou založenou na členství obou smluvních států investiční dohody v EU. Závěr, že následkem působení práva EU na intra-unijní investiční dohody není jejich automatický zánik, ani neúčinnost arbitrážní doložky v nich obsažené, je z ryze právně-teoretického pohledu akceptovatelný a je, zdá se, rovněž sdílen většinou odborné veřejnosti. [\[10\]](#)

Je ovšem nutno mít na paměti, že závěry rozhodčích tribunálů jsou závěry činěné z pozice mezinárodního práva veřejného. Zcela jiným směrem se mohou ubírat úvahy politické. Zde je patrný zejména odlišný postoj Evropské komise, která podobné dohody považuje za určitou „anomálii“. Komise zatím volila pouze formu apelu na konsensuální řešení tohoto problému, je ovšem čím dál tím víc zřejmé, že tento apel je jen málo účinný. Proto bude velmi zajímavé sledovat, jakým směrem se bude osud intra-unijních dohod ubírat dál. Evropská unie má od prosince 2009 výlučnou vnější pravomoc v oblasti přímých zahraničních investic. Komise v létě zveřejnila dva dokumenty přibližující její úmysly pro formování této své nové politiky [\[11\]](#), ani jeden z nich však neobsahuje žádnou zmínku o intra-unijních dohodách. V dlouhodobějším horizontu se však Komise řešení této otázky se zřejmě nevyhne. Jen těžko se totiž nalézají argumenty podporující představu paralelní existence investičních dohod uzavřených unií se třetími zeměmi a zároveň dohod s obdobným obsahem uzavřených mezi jejími členskými státy. Krajním řešením by mohly být žaloby proti nespolupracujícím členským státům pro porušení práva EU. Je pak dost možné, že Evropský soudní dvůr, berouc v potaz pouze právo EU jakožto „nový právní řád“ [\[12\]](#), bude mít na věc názor odlišný od *ad hoc* ustanovených rozhodčích tribunálů.

Mgr. Tomáš Fecák, advokátní koncipient