



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MACIEJE SZPUNARA
přednesené dne 3. března 2021¹

Věc C-741/19

**Moldavská republika
proti
společnosti Komstroj, právní nástupkyni společnosti Energoalians**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná cour d'appel de Paris (odvolací soud v Paříži, Francie)]

„Řízení o předběžné otázce – Smlouva o energetické chartě – Pojem ‚investice‘ – Spory mezi investorem a smluvní stranou – Situace, která nijak nesouvisí s právním řádem Unie – Právomoc Soudního dvora“

I. Úvod

1. Ustanovení Smlouvy o energetické chartě² (dále jen „SECH“) byla od jejího podpisu Evropskou unií přibližně před 30 lety předmětem předběžných otázek pouze dvakrát, včetně projednávané věci³. Projednávaná věc je tedy především výjimečná tím, že poskytuje Soudnímu dvoru vítanou příležitost rozhodnout o významu ustanovení, která dosud nebyla vyložena.
2. Dále spor, v němž byly tyto předběžné otázky položeny, se netýká ani Unie ani členských států: staví Moldavskou republiku proti ukrajinské společnosti, a proto se na první pohled zdá, že se Unie netýká.
3. Konečně se domnívám, že by projednávaná věc měla vést Soudní dvůr k rozhodnutí o důležité otázce, a sice o slučitelnosti mechanismu pro urovnávání sporů, který SECH zavedla, s unijním právem v návaznosti na rozsudek Soudního dvora Achmea⁴.

¹ – Původní jazyk: francouzština.

² – Podepsané v Lisabonu dne 17. prosince 1994 (Úř. věst. 1994, L 380, s. 24; Zvl. vyd. 12/01, s. 199) a schválené jménem Evropské unie rozhodnutím Rady a Komise 98/181/ES, ESUO, Euratom ze dne 23. září 1997 o uzavření Smlouvy o energetické chartě a Protokolu k energetické chartě o energetické účinnosti a souvisejících ekologických hlediscích Evropskými společenstvími (Úř. věst. 1998, L 69, s. 1; Zvl. vyd. 12/02, s. 24).

³ – Dalšími věcmi týkajícími se výkladu SECH jsou spojené věci Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) a další (C-798/18 a C-799/18), projednávané před Soudním dvorem.

⁴ – Rozsudek ze dne 6. března 2018 (C-284/16, dále jen „rozsudek Achmea“, EU:C:2018:158).

II. Právní rámec

A. SECH

4. SECH byla Unií podepsána dne 17. prosince 1994 a schválena jménem Unie rozhodnutím 98/181. Všechny členské státy, s výjimkou Italské republiky, jsou rovněž stranami SECH, stejně jako 28 třetích zemí.

5. Podle preambule SECH:

„Smluvní strany této smlouvy,

[...]

s ohledem na Evropskou energetickou chartu přijatou v závěrečném dokumentu Haagské konference o Evropské energetické chartě, podepsaném v Haagu dne 17. prosince 1991;

[...]

vyslovující přání provádět základní koncepci iniciativy Evropské energetické charty, která má podnitit hospodářský růst pomocí opatření pro liberalizaci investic a obchodu s energií;

[...]“

6. SECH se skládá z preambule a osmi částí. Části I, II, III a V jsou nadepsány „Definice a účel“, „Obchod“, „Podpora a ochrana investic“ a „Řešení sporů“.

7. Článek 1 SECH, nadepsaný „Definice“, stanoví:

„Pro účely této smlouvy:

[...]

6) ‚Investicí‘ se rozumí každá majetková hodnota držaná nebo kontrolovaná buď přímo, nebo nepřímo prostřednictvím investora, a zahrnující:

[...]

c) peněžní pohledávky a nároky na jakékoli plnění podle smlouvy mající hospodářskou hodnotu a související s investicí;

[...]

f) jakékoli právo vyplývající ze [...] smlouvy [...] k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky.

[...]

„Investicí“ se rozumí každá investice spojená s hospodářskými činnostmi v odvětví energetiky a každá investice nebo kategorie investic, které smluvní strana na svém území definovala jako „projekty účinnosti [Evropské energetické] charty“ a jako takové je oznámila sekretariátu.

7) „Investorem“ se rozumí:

a) ve vztahu ke smluvní straně:

- i) každá fyzická osoba mající občanství nebo státní příslušnost dané smluvní strany nebo trvalý pobyt v ní v souladu s jejími právními předpisy;
- ii) společnost nebo jiná organizace zřízená v souladu s platným právem použitelným na území dané smluvní strany;

b) ve vztahu k „třetímu státu“ fyzická osoba, společnost nebo jiná organizace splňující obdobně podmínky uvedené v písmenu a) pro smluvní stranu.

8) „Investováním“ nebo „prováděním investic“ se rozumí provádění nových investic, nabývání celých stávajících investic nebo jejich částí nebo přechod do jiných oblastí investiční činnosti.

[...]

10) „Územím“ se rozumí ve vztahu ke státu, který je smluvní stranou:

- a) území pod jeho svrchovaností, přičemž se rozumí, že toto území zahrnuje pevninu, vnitrozemské vody a teritoriální vod[y] a
- b) v souladu s mezinárodním mořským právem: teritoriální vody, mořské dno a jeho podloží, nad kterým daná smluvní strana vykonává svrchovaná práva a pravomoc.

Z hlediska organizace pro regionální hospodářskou integraci, která je smluvní stranou, se územím rozumí území členských států takové organizace vymezené ustanoveními v aktu o zřízení této organizace.

[...]“

8. Článek 26 SECH, nadepsaný „Řešení sporů mezi investorem a smluvní stranou“, stanoví:

„1. Spory mezi smluvní stranou a investorem jiné smluvní strany v souvislosti s investicí na území první smluvní strany, které se týkají jejího údajného porušení závazku podle části III, se pokud možno vyřeší smírně.

2. Jestliže takový spor nebude urovnán podle odstavce 1 do tří měsíců ode dne, kdy jedna ze stran sporu požádala o smírné řešení, může investor předložit spor k vyřešení, podle své volby:

- a) příslušnému soudu nebo správnímu tribunálu smluvní strany, která je stranou sporu;
- b) v souladu s jakýmkoli použitelným předem dohodnutým rozhodčím řízením, nebo
- c) v souladu s následujícími odstavci tohoto článku.

[...]

6. Soud zřízený v souladu s článkem 4 rozhoduje o sporných otázkách podle této smlouvy a použitelných pravidel a zásad mezinárodního práva.

[...]“

B. Francouzské právo

9. Podle článku 1520 code de procédure civile français (francouzský občanský soudní řád) je žaloba na neplatnost rozhodčího nálezu vydaného ve Francii přípustná pouze tehdy, pokud se zejména rozhodčí soud nesprávně prohlásil za příslušný či za nepřislušný.

III. Skutkový základ sporu v původním řízení, předběžné otázky a řízení před Soudním dvorem

10. Na základě plnění dvou smluv uzavřených dne 1. a 24. února 1999 společnost Ukrenergo, ukrajinský výrobce elektřiny, prodávala elektřinu společnosti Energoalians, ukrajinskému dodavateli elektřiny, která ji prodávala dále společnosti Derimen Properties Limited (dále jen „Derimen“), společnosti se sídlem na Britských Panenských ostrovech, která ji dále prodávala společnosti Moldtranselectro, moldavskému státnímu podniku. Objemy elektřiny, která měla být dodávána, byly sjednávány každý měsíc přímo mezi Moldtranselectro a Ukrenergo, které tuto elektřinu dodávaly za podmínek „DAF Incoterms 1990“, tedy na hranice mezi Ukrajinou a Moldavskem z ukrajinské strany.

11. Elektřina byla dodávána po dobu let 1999 a 2000, vyjma května až července 1999. Společnosti Energoalians měla za každý měsíc dodávky zaplatit společnost Derimen, která sama měla obdržet platbu od společnosti Moldtranselectro. Ceny platné pro tyto platby byly stanoveny dodatky ke smlouvě ze dne 24. února 1999, podle kterých byla cena placená společnosti Derimen společností Moldtranselectro přibližně dvakrát vyšší než cena placená společností Energoalians společností Derimen.

12. Společnost Derimen zaplatila společnosti Energoalians cenu za veškerou nakoupenou elektřinu, zatímco společnost Moldtranselectro zaplatila společnosti Derimen jen částečně.

13. Smlouvou ze dne 30. května 2000 převedla společnost Derimen svou pohledávku za společností Moldtranselectro na společnost Energoalians.

14. Společnost Moldtranselectro částečně splatila svůj dluh tím, že postoupila společnosti Energoalians několik svých pohledávek. Společnost Energoalians se pak neúspěšně pokusila domoci se platby zbývající části své pohledávky a obrátila se na moldavské a poté ukrajinské soudy.

15. Vzhledem k tomu, že se společnost Energoalians domnívala, že některá jednání Moldavské republiky představovala zjevná porušení závazků přijatých na základě SECH, zahájila rozhodčí řízení podle článku 26 této smlouvy.

16. V rozhodčím nálezu vydaném v Paříži dne 25. října 2013, usneseném většinou rozhodců, se rozhodčí soud *ad hoc* prohlásil příslušným ve věci, dospěl k závěru, že Moldavská republika porušila své závazky vyplývající ze SECH a uložil jí povinnost zaplatit společnosti Energoalians určitou částku z titulu této smlouvy. Předseda rozhodčího soudu *ad hoc* vyjádřil odlišné stanovisko, pokud jde o příslušnost rozhodčího soudu.

17. Moldavská republika podala proti tomuto nálezu žalobu na neplatnost s odvoláním na porušení kogentního ustanovení, a to ustanovení týkajícího se příslušnosti rozhodčího soudu *ad hoc*, v souladu s článkem 1520 code de procédure civile français (francouzský občanský soudní řád).

18. Rozsudkem ze dne 12. dubna 2016 cour d'appel de Paris (odvolací soud v Paříži, Francie) rozhodčí nález zrušil z důvodu, že se rozhodčí soud nesprávně prohlásil příslušným ve věci. Rozhodl, že jediným předmětem pohledávky, které se týkal spor mezi společnostmi Energoalians a Moldavskou republikou, postoupené společností Derimen, byl prodej elektřiny. Vzhledem k absenci vkladu taková pohledávka přitom podle tohoto soudu nemohla být považována za investici ve smyslu SECH a v důsledku toho nemohla zakládat příslušnost rozhodčího soudu.

19. Na základě kasačního opravného prostředku podaného společností Komstroj, právní nástupkyní společnosti Energoalians na základě aktu o převodu ze dne 6. října 2014, Cour de Cassation (Kasační soud, Francie) rozsudkem ze dne 28. března 2018 zrušil rozsudek ze dne 12. dubna 2016 v plném rozsahu a vrátil věc cour d'appel de Paris (odvolací soud v Paříži) v jiném složení.

20. Před tímto soudem Moldavská republika tvrdí, že rozhodčí soud měl odmítnout svou příslušnost z důvodu absence „investice“ ve smyslu SECH, „provedené“ podnikem pocházejícím z jedné smluvní strany SECH „na území“ Moldavska. Uvádí, že pohledávka nabytá společností Energoalians od společnosti Derimen není „investicí“ ve smyslu čl. 26 odst. 1 SECH, ve spojení s čl. 1 bodem 6 této smlouvy, a nemohla tedy být předmětem rozhodčího řízení, jelikož rozhodčí řízení je stanoveno pouze pro část III SECH, která se týká právě investic. Dále i za předpokladu, že by tato pohledávka mohla představovat investici, nebyla „provedena“ podnikem pocházejícím z jedné smluvní strany, jelikož společnost Derimen je podnikem pocházejícím z Britských Panenských ostrovů. Konečně a v každém případě se uvedená pohledávka vztahovala k prodeji elektřiny, který nebyl proveden „na území“ Moldavska, jelikož elektřina byla prodávána a přepravována pouze na ukrajinskou stranu hranice mezi Ukrajinou a Moldavskem.

21. Společnost Komstroj se naopak domnívá, že rozhodčí soud byl příslušný v souladu s článkem 26 SECH, jelikož byly splněny všechny podmínky stanovené tímto ustanovením, neboť se jednalo o investici provedenou na území Moldavska.

22. Vzhledem k výše uvedenému se cour d'appel de Paris (odvolací soud v Paříži, Francie) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

- „1) Musí být [čl. 1 bod 6 SECH] vykládán v tom smyslu, že pohledávka vyplývající ze smlouvy o prodeji elektřiny, která nezahrnuje žádný vklad ze strany investora v hostitelském státě, může být považována za „investici“ ve smyslu uvedeného článku?
- 2) Musí být [čl. 26 odst. 1 SECH] vykládán v tom smyslu, že investicí se rozumí i nabytí pohledávky investorem pocházejícím ze smluvní strany v případě, kdy tato pohledávka vznikla hospodářskému subjektu nepocházejícímu ze žádného smluvního státu?

3) Musí být [čl. 26 odst. 1 SECH] vykládán v tom smyslu, že pohledávka náležející investorovi, která vyplývá z prodeje elektřiny dodané na hranice hostitelského státu, může představovat investici provedenou na území jiné smluvní strany i v případě, že investor nevyvinul na jejím území žádnou hospodářskou činnost?“

23. Písemná vyjádření předložily Moldavská republika, německá, španělská a polská vláda, jakož i Evropská komise.

24. Na jednání, které se konalo dne 17. listopadu 2020, byla ústní vyjádření předložena jménem Moldavské republiky, společnosti Komstroj, francouzské, německé, španělské, italské, maďarské, nizozemské, polské, finské a švédské vlády, jakož i Rady Evropské unie a Komise.

IV. Analýza

25. Projednávaná věc je bezprecedentní. Předběžné otázky položené předkládajícím soudem se týkají výkladu některých ustanovení SECH, kterými se Soudní dvůr dosud nikdy nezabýval. Dále spor v původním řízení staví proti sobě třetí zemi ve vztahu k Unii, Moldavskou republiku, a podnik z jiné třetí země, Ukrajiny.

26. Proto může být diskutována pravomoc Soudního dvora k odpovědi na položené otázky, pokud jde o výklad mezinárodní úmluvy v rámci sporu, který má přinejmenším na první pohled vlastnosti toho, co lze označit jako „výhradně vnější“ situaci.

27. Před meritorním přezkoumáním předběžných otázek (B) je tedy třeba zkoumat, zda je stanovena pravomoc Soudního dvora (A).

A. K pravomoci Soudního dvora

28. Úvodem připomínám, že článek 267 SFEU stanoví, že Soudní dvůr má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se výkladu aktů přijatých orgány Unie, s tím, že mezinárodní dohoda uzavřená Radou v souladu s články 217 a 218 SFEU, je takovým aktem. Jelikož ustanovení takové dohody tvoří od vstupu této dohody v platnost nedílnou součást právního řádu Unie, má Soudní dvůr pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se výkladu této dohody⁵.

29. Vzhledem k tomu, že SECH byla podepsána a schválena jménem Unie, musí být tato dohoda považována za akt přijatý orgány Unie ve smyslu článku 267 SFEU. Soudní dvůr má tedy na první pohled pravomoc rozhodnout o ustanoveních SECH.

30. Takové zjištění však nestačí k zajištění pravomoci Soudního dvora. Věc v původním řízení se totiž netýká Unie, ani členských států. Je tedy třeba zkoumat, zda tato skutečnost může mít vliv na pravomoc Soudního dvora rozhodovat o předběžných otázkách.

⁵ – Rozsudky ze dne 30. dubna 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, body 2 a 4); ze dne 15. června 1999, Andersson a Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, bod 26), jakož i ze dne 7. června 2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408, bod 24).

1. Judikatura týkající se výkladu ustanovení mezinárodní dohody v souvislosti s jejich uplatňováním mimo právní řád Unie

31. Judikatura poskytla několik upřesnění ohledně pravomoci Soudního dvora vykládat mezinárodní dohodu. Zejména v rozsudcích Andersson a Wåkerås-Andersson⁶ a Salzmann⁷ Soudní dvůr ohledně ustanovení Dohody o Evropském hospodářském prostoru ze dne 2. května 1992 (Úř. věst. 1994, s. 3; Zvl. vyd. 11/52, s. 3, dále jen „Dohoda o EHP“) rozhodl, že Soudní dvůr nemá pravomoc rozhodovat o výkladu dohody v souvislosti s jejím uplatňováním ve třetích zemích.

32. Ve věci v původním řízení by taková judikatura vedla Soudní dvůr k tomu, že by prohlásil svou nepřislušnost rozhodovat o výkladu SECH ve sporu mezi společnostmi z třetí země a jinou třetí zemí. Nemyslím si však, že v projednávané věci je třeba takové řešení přijmout.

33. Závěr Soudního dvora v rozsudcích Andersson a Wåkerås-Andersson⁸ a Salzmann⁹, a sice že nemá pravomoc k výkladu ustanovení Dohody o EHP, nelze chápat samostatně bez prostudování důvodů, které vedly k tomuto závěru. Úvahy Soudního dvora jsou založeny na dvou skutečnostech.

34. Soudní dvůr jednak uvedl, že jeho pravomoc vykládat ustanovení unijního práva se vztahuje pouze k Unii¹⁰. Jinými slovy, Soudní dvůr se nepovažuje za příslušný k výkladu ustanovení, která se mají uplatnit mimo právní řád Unie.

35. Nepřislušnost Soudního dvora je kromě toho odůvodněna rovněž tím, že v samém znění Dohody o EHP je přiznána pravomoc vykládat ustanovení této dohody Soudnímu dvoru Evropského sdružení volného obchodu (ESVO)¹¹, pokud jde o její uplatnění mimo právní řád Unie, přičemž je třeba zajistit, aby takový výklad byl v souladu s judikaturou Soudního dvora. Z ustanovení Dohody o EHP z důvodu úzkých vazeb mezi touto dohodou a právním řádem Unie totiž vyplývá, že jsou-li tato ustanovení v podstatě totožná s odpovídajícími pravidly Smluv a prováděcích aktů, musí být vykládána v souladu s judikaturou Soudního dvora¹².

36. Mám tedy za to, že úvahy Soudního dvora v rozsudcích Andersson a Wåkerås-Andersson¹³ a Salzmann¹⁴ jsou vedeny cílem mechanismu řízení o předběžné otázce upraveného v článku 267 SFEU, kterým je právě zabránit rozdílným výkladům unijního práva v rámci unijního právního řádu¹⁵.

⁶ – Rozsudek ze dne 15. června 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, bod 28).

⁷ – Rozsudek ze dne 15. května 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, bod 66).

⁸ – Rozsudek ze dne 15. června 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

⁹ – Rozsudek ze dne 15. května 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁰ – Rozsudky ze dne 15. června 1999, Andersson a Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, bod 28), jakož i ze dne 15. května 2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283, bod 66).

¹¹ – Rozsudky ze dne 15. června 1999, Andersson a Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, bod 29), a ze dne 15. května 2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283, bod 67).

¹² – Viz článek 6 Dohody o EHP a patnáctý pododstavec preambule této dohody. K tomuto bodu viz rovněž Baudenbacher, C., „The Relationship Between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union“, v Baudenbacher, C. (vyd.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, s. 179 až 194.

¹³ – Rozsudek ze dne 15. června 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁴ – Rozsudek ze dne 15. května 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁵ – Rozsudky ze dne 12. června 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, bod 20), a ze dne 21. července 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, bod 60), jakož i posudek 1/09, ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, bod 83).

37. Takový cíl přitom rovněž umožnil odůvodnit pravomoc Soudního dvora vykládat ustanovení unijního práva v rámci sporů, které nespádají striktně do právního řádu Unie. Soudní dvůr zejména v rozsudku *Hermès* rozhodl, že pokud lze ustanovení použít jak na situace spadající do unijního práva, tak i na situace, které do tohoto práva nespádají, existuje jasný zájem Unie na tom, aby se za účelem předejití budoucím rozdílným výkladům dostalo tomuto ustanovení jednotného výkladu bez ohledu na podmínky, za kterých se má uplatnit. Soudní dvůr se tak prohlásil za příslušný k výkladu ustanovení mezinárodní dohody, jejíž stranou je Unie, v situaci, která nespadá pod unijní právo¹⁶.

38. Za těchto podmínek nelze rozsudky *Andersson a Wåkerås-Andersson*¹⁷ a *Salzmann*¹⁸ chápat tak, že systematicky vylučují pravomoc Soudního dvora vykládat ustanovení unijního práva ve sporech, které nesouvisí s právním řádem Unie. Tato pravomoc je totiž obecně uznána, pokud se ustanovení, jehož výklad je požadován, má použít jak na situace, které spadají do unijního práva, tak na situace, které do tohoto práva nespádají.

2. Zvláštnosti SECH a jejich dopad na použití relevantní judikatury v projednávané věci

39. SECH mimoto vykazuje ve dvou ohledech určité zvláštnosti, takže ji nelze bez dalšího postavit na roveň s Dohodou o EHP, která je zkoumána v judikatuře, kterou jsem zmínil.

40. Zaprvé SECH nezřizuje žádný soud, který by měl pravomoc k zajištění jednotného výkladu jejích ustanovení v souladu s výkladem Soudního dvora v rámci jeho právního řádu. SECH má být totiž vykládána pouze tehdy, jsou-li spory řešeny různými rozhodčími nebo státními soudy smluvních stran, které tedy nemohou zabránit rozdílným výkladům¹⁹.

41. Zadruhé, jak uvedla německá vláda ve svém písemném vyjádření a Komise na jednání, SECH, i když jde o mnohostrannou dohodu, se skládá ze souboru dvoustranných povinností mezi smluvními stranami, mezi které patří i Unie a členské státy²⁰. Povinnosti uložené SECH primárně umožňují ochranu investic provedených investory pocházejícími z jedné smluvní strany v jiné smluvní straně²¹. Porušení některé z těchto povinností tedy neznamená, že by se vždy všechny smluvní strany mohly domáhat nápravy, jelikož tyto povinnosti jsou vykonávány pouze dvoustranně, mezi dvěma smluvními stranami²².

42. SECH tak stanoví soubor dvoustranných povinností, jejichž cílem je upravit v oblasti, kterou pokrývá, jednak vztahy mezi smluvními stranami a jednak vztahy mezi investory pocházejícími z jedné smluvní strany a smluvní stranou na území, na němž byly investice provedeny. Z toho vyplývá, že teoreticky mohou tyto povinnosti rovněž upravovat dokonce v rámci Unie vztahy mezi členskými státy a mohou se tudíž uplatnit v rámci právního řádu Unie.

¹⁶ – Rozsudek ze dne 16. června 1998, *Hermès* (C-53/96, EU:C:1998:292, bod 32).

¹⁷ – Rozsudek ze dne 15. června 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

¹⁸ – Rozsudek ze dne 15. května 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

¹⁹ – O tom svědčí stávající rozpory v judikatuře rozhodčích soudů týkající se výkladu pojmu „investice“, kterého se týkají projednávané předběžné otázky.

²⁰ – S výjimkou Italské republiky, strany SECH.

²¹ – Viz například čl. 10 odst. 1 SECH: „Každá smluvní strana [...] podporuje a vytváří stabilní, přiměřené, příznivé a transparentní podmínky pro investory ostatních smluvních stran, aby investovali na jejím území“.

²² – K existenci dvoustranných povinností v rámci mezinárodních úmluv, viz rozsudek Mezinárodního soudního dvora ze dne 5. února 1970, *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited* (Belgie v. Španělsko), Sbirka MSD 1970, s. 3, body 33 a 35.

43. Tyto dvě zvláštnosti SECH ve vztahu k Dohodě o EHP tak omezují možnost použití řešení přijaté v rozsudcích Andersson a Wåkerås-Andersson²³ a Salzmänn²⁴, které se týkají nepřislusnosti Soudního dvora k výkladu mezinárodní dohody v situacích, které nesouvisí s právním řádem Unie.

44. V projednávané věci předkládající soud žádá Soudní dvůr, aby vyložil ustanovení mezinárodní dohody, která nejsou vykládána jednotně a v souladu s judikaturou Soudního dvora ve sporech, které nesouvisí s Unii, a která by v zásadě mohla být použita rovněž v situacích, které souvisí s právním řádem Unie.

45. Za těchto podmínek jsem toho názoru, že nelze vyloučit zájem Unie na tom, aby ustanovení SECH byla vykládána jednotně. Z toho tedy dovozují, že by za těchto podmínek měla být uznána pravomoc Soudního dvora k tomu, aby odpověděl na předběžné otázky v projednávané věci.

3. Pochybnosti o použitelnosti ustanovení SECH v právním řádu Unie

46. Toto tvrzení je však ještě třeba zmírnit. Takový závěr je třeba přijmout pouze za podmínky, že ustanovení, jejichž výklad je požadován, jsou skutečně použitelná v právním řádu Unie. Pokud tomu tak není, není dán zájem Unie na jejich jednotném výkladu, stejně jako pravomoc Soudního dvora takový výklad provést.

47. Přitom článek 26 SECH zavádí mechanismus řešení sporů mezi investory pocházejícími z jedné smluvní strany a smluvní stranou, který umožňuje využití rozhodčího soudu. V tomto ohledu Soudní dvůr rozhodl v rozsudku Achmea²⁵, že využití rozhodčího soudu zřízeného na základě smlouvy o ochraně a podpoře investic uzavřené mezi dvěma členskými státy není v právním řádu Unie povoleno. Za těchto podmínek podle mého názoru z tohoto rozsudku vyplývá, že článek 26 SECH se v rámci právního řádu Unie nikdy nepoužije, takže Soudní dvůr nemá pravomoc k výkladu tohoto ustanovení.

48. SECH však nelze zcela postavit na roveň dvoustranné smlouvě o investicích (dále jen „BIT“), která byla zkoumána v rozsudku Achmea a která vykazuje určité zvláštnosti, které je třeba vzít v úvahu proto, aby bylo možné poskytnout úplnou odpověď na otázku slučitelnosti mechanismu řešení sporů, který zavádí, s unijním právem. Navrhují proto Soudnímu dvoru, aby využil této příležitosti a přezkoumal důsledky tohoto rozsudku na použitelnost článku 26 SECH, přičemž tato analýza je nezbytná ke stanovení pravomoci Soudního dvora k tomu, aby odpověděl na předběžné otázky týkající se výkladu tohoto ustanovení.

49. Kromě toho je pravda, že rozsudek Achmea nevyřešil obecnou otázku slučitelnosti hmotněprávních ustanovení smluv o ochraně a podpoře investic s unijním právem, pokud mají upravovat vztahy mezi členskými státy. Tento rozsudek však poukázal na obtíže spojené s existencí takových dohod, pokud se použijí v Unii²⁶. Vystává totiž otázka, zda lze hmotněprávní ustanovení uplatnit ve sporu mezi investorem pocházejícím z jednoho členského

²³ – Rozsudek ze dne 15. června 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307, bod 28).

²⁴ – Rozsudek ze dne 15. května 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283, bod 66).

²⁵ – Bod 60 a výrok.

²⁶ – V tomto ohledu viz sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě ze dne 19. července 2018, týkající se ochrany investic v rámci EU, COM(2018) 547 final.

státu a jiným členským státem před soudy tohoto jiného členského státu. Je proto nezbytné ověřit, zda hmotněprávní ustanovení SECH mohou být v návaznosti na rozsudek Achmea shledána jako neslučitelná s unijním právem, a tudíž nepoužitelná v rámci unijního právního řádu.

50. Taková ověření umožní určit zájem Unie na jednotném výkladu ustanovení SECH, jakož i pravomoc Soudního dvora k tomu, aby odpověděl na projednávané předběžné otázky.

a) Použitelnost mechanismu řešení sporů zavedeného v čl. 26 odst. 1 SECH v právním řádu Unie

51. Otázka slučitelnosti mechanismů řešení sporů obsažených v mezinárodních úmluvách zavazujících členské státy Unie s unijním právem je již několik let jádrem intenzivních diskusí, a to jak v právní nauce²⁷, tak v praxi²⁸.

52. Věc, ve které byl vydán rozsudek Achmea, tyto diskuse odráží a v případě potřeby dokládá protichůdné vztahy mezi unijním právem a právem investičního rozhodčího řízení²⁹.

1) Rozsudek Achmea

53. V rozsudku Achmea³⁰ Soudní dvůr rozhodl, že články 267 a 344 SFEU musí být vykládány v tom smyslu, že brání takovému ustanovení, obsaženému v mezinárodní dohodě uzavřené mezi dvěma členskými státy, podle něhož investor z jednoho z těchto členských států může v případě sporu týkajícího se investic v druhém členském státě zahájit řízení proti posledně uvedenému členskému státu před rozhodčím soudem, jehož pravomoc je tento členský stát povinen uznat.

54. Jinými slovy, Soudní dvůr shledal doložku o řešení sporů obsaženou v BIT uzavřené mezi dvěma členskými státy jako neslučitelnou s unijním právem.

55. V tomto rozsudku Soudní dvůr založil svoje úvahy na základních a nezpochybnitelných zásadách unijního práva. Především zdůraznil, že mezinárodní dohoda nemůže zasahovat do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami, a tedy ani do autonomie právního systému Unie³¹. Připomněl, že autonomie unijního práva je odůvodněna vzhledem k podstatným

²⁷ – Pokud jde o právní nauku před rozsudkem Achmea, viz zejména Eilmansberger, T., „Bilateral investment Treaties and EU Law“, *Common Market Law Review*, 2009, sv. 46, č. 2, s. 383 až 429; Hindelang, S., „Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration“, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, sv. 39, č. 2, s. 179 až 206, a Miron, S., „The Last Bite of the BITs – Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration“, *European Law Journal*, 2013, sv. 20, č. 3, s. 332 až 345.

²⁸ – Viz například *Vattenfall AB a další v. Německo* (věc ICSID č. ARB/12/12), rozhodnutí o důsledcích rozhodnutí ve věci Achmea ze dne 31. srpna 2018; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U. A. v. Španělské království* (věc ICSID č. ARB/14/1), rozhodčí nález ze dne 16. května 2018; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Lucemburské velkovévodství), SICAR v. Španělské království* (věc SCC č. 2015/063), rozhodčí nález ze dne 15. února 2018.

²⁹ – Viz zejména Gaillard, E., „L’affaire Achmea ou les conflits de logiques“, *Revue critique de droit international privé*, 2018, č. 3, s. 616; Hess, B., „The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice“, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018, č. 3, s. 8, a Basedow, J., „Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration“, *Journal of international economic Law*, 2020, sv. 23, č. 1, s. 271 až 292.

³⁰ – Bod 60 a výrok.

³¹ – Rozsudek Achmea, bod 32. Viz rovněž posudek 2/13 ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 201 a citovaná judikatura).

charakteristickým rysům Unie a jejího práva, které se týkají zejména ústavněprávní struktury Unie a samotné povahy uvedeného práva³², které se vyznačuje tím, že vychází z autonomního pramene tvořeného Smlouvami, svou předností a svým přímým účinkem³³.

56. Soudní dvůr dále upřesnil, že unijní právo tak spočívá na základním předpokladu, že každý členský stát sdílí se všemi ostatními členskými státy řadu společných hodnot, na nichž je Unie založena, a uznává, že s ním ostatní členské státy tyto hodnoty sdílejí. Kromě toho uvedl, že tento předpoklad znamená – a zároveň odůvodňuje – existenci vzájemné důvěry členských států v uznávání těchto hodnot, a tím i v dodržování unijního práva, které tyto hodnoty zakotvuje³⁴.

57. Konečně Soudní dvůr připomněl, že v zájmu zachování specifických rysů a autonomie unijního právního řádu zavedly Smlouvy soudní systém určený k zajištění soudržného a jednotného výkladu unijního práva³⁵. Mimoto uvedl, že stěžejním prvkem tohoto soudního systému je řízení o předběžné otázce upravené v článku 267 SFEU, které má za cíl zajistit jednotný výklad unijního práva, čímž umožňuje zaručit jeho soudržnost, plný účinek a autonomii a v konečném důsledku i specifický charakter práva zavedeného Smlouvami³⁶.

58. Na základě těchto zásad Soudní dvůr uvedl, že rozhodčí soud zřízený na základě dotčených ustanovení BIT má vykládat, nebo dokonce uplatňovat unijní právo³⁷. Kromě toho rozhodl, že dotčený rozhodčí soud nebyl součástí soudního systému Unie, takže mechanismus řešení sporů založený BIT mohl vyloučit, že spory, přestože by se mohly týkat výkladu nebo uplatňování unijního práva, budou řešeny způsobem zaručujícím plnou efektivitu unijních norem³⁸.

59. Soudní dvůr uvedl, že tak tomu je i tehdy, pokud právo členských států stanoví možnost vnitrostátních soudů přezkoumat rozhodčí nález, pokud je takový přezkum omezený a lze jej provést pouze v rozsahu, v němž to dovoluje vnitrostátní právo. V tomto smyslu v rozsudku Achmea Soudní dvůr odlišil mechanismus řešení sporů obsažený v úmluvě zavazující dva členské státy od obchodní arbitráže, která byla právě posouzena jako slučitelná s unijním právem, za předpokladu, že základní ustanovení unijního práva mohou být v rámci přezkumu rozhodčích nálezů přezkoumána vnitrostátními soudy, a případně mohou být předmětem řízení o předběžné otázce³⁹.

60. Zdůrazňuji totiž, že mezi těmito dvěma mechanismy existuje zásadní rozdíl. Obchodní arbitráž předpokládá výkon své autonomie každou stranou. Předpokládá uzavření rozhodčí smlouvy, a to buď současně s uzavřením smlouvy, pro niž budou spory, které se k ní vztahují, předmětem arbitráže, nebo jakmile vznikne spor. Jinými slovy, příslušnost soudu v obchodní arbitráži vždy vyplývá z rozhodčí smlouvy týkající se sporu, který je v ní výslovně definován. Nelze mít za to, že příslušnost takového rozhodčího soudu je součástí systému soudní ochrany poskytované státem. Spíše vyplývá z autonomie každé strany zapojené do obchodu⁴⁰. Z této autonomie totiž vyplývá možnost stran rozhodnout o řešení sporů pomocí obchodní arbitráže.

³² – Rozsudek Achmea, bod 33.

³³ – Rozsudek Achmea, bod 33.

³⁴ – Rozsudek Achmea, bod 34). Viz rovněž posudek 2/13 ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, body 168 a 173, jakož i citovaná judikatura).

³⁵ – Rozsudek Achmea, bod 35. Viz rovněž posudek 2/13 ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 174).

³⁶ – Rozsudek Achmea, bod 37. Viz rovněž posudek 2/13 ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 176, jakož i citovaná judikatura).

³⁷ – Rozsudek Achmea, body 39 až 42.

³⁸ – Rozsudek Achmea, body 42 až 56.

³⁹ – Rozsudek Achmea, body 45 a 55.

⁴⁰ – V tomto smyslu viz Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, *Journal of International Arbitration*, 2015, sv. 32, č. 4, s. 367 až 386, zejména s. 370.

61. Naproti tomu mechanismus řešení sporů obsažený v mezinárodní dohodě má odlišnou logiku⁴¹. V tomto případě tento mechanismus představuje nabídku obecného a stálého rozhodčího řízení, jež musí odpůrce přijmout či nikoli. Jinými slovy, prostřednictvím tohoto mechanismu se stát vzdává možnosti, že o sporu mezi ním a investorem z jiného členského státu, který spadá do působnosti této dohody, budou rozhodovat státní soudy. Toto vzdání se je systémové v tom, že se může týkat všech sporů spadajících do působnosti této dohody. Stát tím vytváří mechanismus soudní ochrany, který není součástí soudního systému, který tento stát poskytuje.

62. Právě tento aspekt mechanismů investičního rozhodčího řízení stanovených dohodami mezi členskými státy uvádí Soudní dvůr v rozsudku *Achmea*: nelze totiž připustit, aby členské státy mohly systematicky prostřednictvím mezinárodního závazku vyloučit ze soudního systému Unie všechny spory týkající se výkladu nebo použití unijního práva.

63. Za těchto podmínek Soudní dvůr rozhodl, že dotčený mechanismus řešení sporů může kromě zásady vzájemné důvěry mezi členskými státy zpochybnit i zachování specifického charakteru práva zavedeného Smlouvami, který zaručuje řízení o předběžné otázce upravené v článku 267 SFEU, a není proto v souladu se zásadou loajální spolupráce⁴². Podle Soudního dvora z toho vyplývá, že mechanismus řešení sporů obsažený v dotčené BIT, na základě kterého jakýkoli investor z jednoho členského státu může zahájit rozhodčí řízení proti druhému členskému státu u rozhodčího soudu, ohrožuje autonomii unijního práva⁴³.

64. Toto řešení je v konečném důsledku přesným vyjádřením autonomie unijního práva⁴⁴, která je sama o sobě založena na existenci vzájemné důvěry mezi členskými státy, které sdílejí soubor hodnot a uznávají účinné sdílení těchto hodnot. Členské státy jsou tak povinny až na výjimečné okolnosti vycházet z toho, že všechny ostatní členské státy Unie dodržují unijní právo, včetně základních práv, zejména právo na účinnou právní ochranu u nezávislého soudu zakotvené v článku 47 Listiny základních práv Evropské unie⁴⁵.

65. Jinými slovy, právě proto, že je v právním řádu Unie připuštěno a uznáno, že členské státy respektují soubor hodnot a práv, mezi něž patří právní stát a uvedené právo na účinnou právní ochranu, je rovněž zaručeno, že investoři z členských států jsou s jistotou dostatečně chráněni⁴⁶ v právním řádu Unie, takže není třeba využívat systém, který není součástí soudních systémů členských států⁴⁷.

⁴¹ – K originalitě mechanismu, viz Kessedjian, C., a Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2. vyd., Thémis, PUF, 2020, s. 209.

⁴² – Rozsudek *Achmea*, bod 58.

⁴³ – Rozsudek *Achmea*, bod 59.

⁴⁴ – Hess, B., *op. cit.*, s. 8.

⁴⁵ – Posudek 1/17 (Dohoda CETA EU – Kanada) ze dne 30. dubna 2019 (EU:C:2019:341, bod 128 a citovaná judikatura).

⁴⁶ – Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě ze dne 19. července 2018, týkající se ochrany investic v rámci EU, COM(2018) 547 final.

⁴⁷ – Zde se nejedná o popření toho, že rozhodčí soudy v investičním právu mohly přispět k dodržování právního státu. V tomto ohledu viz Sadowski, W., „Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?“, *Common Market Law Review*, 2018, č. 55, s. 1025 až 1060. Takový příspěvek však není srovnatelný se zajištěním mezi členskými státy Unie uznání a dodržování základních hodnot, na nichž je Unie založena, včetně dodržování právního státu a práva na účinnou právní ochranu u nezávislého soudu.

66. Význam těchto hodnot, zejména právního státu, je ostatně připomenut Soudním dvorem v různých věcech⁴⁸, když Soudní dvůr zdůrazňuje úlohu orgánů Unie, zejména úlohu Komise, odpovědných za zajištění jejich dodržování.

67. Rozsudek Achmea tak ukončil nejistotu panující ohledně vztahů mezi unijním právem a mechanismy řešení sporů obsaženými v BIT uzavřených mezi dvěma členskými státy.

68. Proto ostatně téměř všechny členské státy vzaly toto rozhodnutí na vědomí a v různých prohlášeních⁴⁹ uvedly záměr zrušit existující BIT mezi členskými státy. Po těchto prohlášeních uzavřelo 23 členských států dne 5. května 2020 dohodu o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Unie⁵⁰.

69. Je třeba rovněž upřesnit, že neslučitelnost mechanismu investičního rozhodčího řízení stanoveného mezinárodní dohodou s unijním právem vyplývá přímo ze zásady přednosti unijního práva. Z toho vyplývá jeho nepoužitelnost v právním řádu Unie bez jakéhokoli časového omezení, takže nelze uznat příslušnost rozhodčího soudu na tomto základě.

2) Dosah rozsudku Achmea ve vztahu k SECH

70. Rozsudek Achmea však neřeší všechny otázky týkající se vztahů mezi investičním rozhodčím řízením a unijním právem. V této věci se konkrétně jednalo o dvoustrannou smlouvu, jejímiž stranami byly dva členské státy. I když SECH stanoví mechanismus řešení sporů podobný mechanismu řešení sporů, o který šlo v rozsudku Achmea, v tom, že umožňuje využití rozhodčího soudu, jde o mnohostrannou smlouvu, jejímiž stranami jsou Unie a členské státy.

71. Tyto rozdíly omezily automatické použití řešení stanoveného ve vztahu k BIT na mechanismus řešení sporů stanovený v článku 26 SECH. Následná prohlášení členských států v tomto ohledu přesně ilustrují stávající rozdíly, pokud jde o možnost rozšířit dosah rozsudku Achmea na mechanismus řešení sporů stanovený SECH⁵¹, a hlavně, pokud jde o slučitelnost článku 26 SECH s unijním právem.

⁴⁸ – Mám na mysli zejména rozsudky ze dne 27. února 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, body 32 a 33); ze dne 24. června 2019, Komise v. Polsko (Nezávislost Nejvyššího soudu) (C-619/18, EU:C:2019:531, body 43 a 47), a ze dne 5. listopadu 2019, Komise v. Polsko (Nezávislost obecných soudů) (C-192/18, EU:C:2019:924, bod 98).

⁴⁹ – Prohlášení zástupců vlád členských států ze dne 15. a 16. ledna 2019 o právních důsledcích rozsudku Achmea vydaného Soudním dvorem a ochraně investic v Evropské unii, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>; <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>>; a <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

⁵⁰ – Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie (Úř. věst. 2020, L 169, s. 1). Dohodu uzavřely všechny členské státy kromě Irska, Rakouské republiky, Finské republiky a Švédského království.

⁵¹ – Zatímco Belgické království, Bulharská republika, Česká republika, Dánské království, Spolková republika Německo, Estonská republika, Irsko, Řecká republika, Španělské království, Francouzská republika, Chorvatská republika, Italská republika, Kyprská republika, Lotyšská republika, Litevská republika, Nizozemské království, Rakouská republika, Polská republika, Portugalská republika, Rumunsko, Slovenská republika a Spojené království Velké Británie a Severního Irsku prohlásily, že se domnívají, že doložka o řešení sporů SECH je neslučitelná s unijním právem, Lucemburské velkovévodství, Maltská republika, Slovinská republika, Finská republika a Švédské království výslovně vyjádřily výhradu k možnosti použít řešení stanovené v tomto rozsudku na mechanismus řešení sporů podle SECH. Maďarsko prohlásilo, že se domnívá, že toto řešení se nemůže vztahovat na mechanismus řešení sporů podle článku 26 SECH. Viz prohlášení zástupců vlád členských států ze dne 15. a 16. ledna 2019 o právních důsledcích rozsudku Achmea vydaného Soudním dvorem a o ochraně investic v Evropské unii, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>; <<https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>>; a <<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>>.

72. Proto je třeba určit, zda lze úvahy Soudního dvora v rozsudku *Achmea* použít ve vztahu ke slučitelnosti mechanismu řešení sporů stanoveného v článku 26 SECH. V tomto ohledu francouzská, německá, španělská, italská, nizozemská a polská vláda, jakož i Komise tvrdily, že takové řešení by mělo být přijato a že neslučitelnost článku 26 SECH s unijním právem vede k jeho nepoužitelnosti v právním řádu Unie. Maďarská, finská a švédská vláda zastávaly na jednání názor, že řešení přijaté v rozsudku *Achmea* nelze použít na mechanismus řešení sporů zavedený v článku 26 SECH.

73. Podle mého názoru tím, že mechanismus řešení sporů stanovený v článku 26 SECH umožňuje použití rozhodčího soudu, jistě vede k podobnému výsledku jako mechanismus řešení sporů dotčený v rozsudku *Achmea*, který byl shledán jako neslučitelný s unijním právem.

74. Zprvė uvádím, že podobně jako mechanismus řešení sporů dotčený v rozsudku *Achmea* umožňuje článek 26 SECH předložit investičnímu rozhodčímu soudu spory, které mohou zahrnovat výklad unijního práva.

75. Článek 26 odst. 6 SECH totiž stanoví, že rozhodčí soud rozhoduje o sporných otázkách podle SECH a „použitelných pravidel a zásad mezinárodního práva“. Na rozdíl od toho, co tvrdí finská a švédská vláda, a jak Soudní dvůr rozhodl v rozsudku *Achmea*⁵², vzhledem k povaze a charakteristickým rysům unijního práva přitom toto právo musí být považováno za součást práva platného v každém členském státě a práva vyplývajícího z mezinárodní dohody mezi členskými státy. Na základě tohoto důvodu má rozhodčí soud zřízený v souladu s článkem 26 SECH případně vykládat, nebo dokonce uplatňovat unijní právo.

76. Zadruhé jsem toho názoru, že rozhodčí soud zřízený v souladu s článkem 26 SECH, a to i v případě sporu zahájeného investorem pocházejícím z jednoho členského státu proti jinému členskému státu, není součástí soudního systému Unie⁵³.

77. Tento rozhodčí soud totiž není součástí soudního systému členských států a právě tato odchylná povaha odůvodňuje existenci takového mechanismu řešení sporů. Není ani společným soudem pro několik členských států, protože nevykazuje žádný vztah k soudním systémům členských států.

78. Za těchto podmínek nelze rozhodčí soud zřízený v souladu s článkem 26 SECH považovat za „soud členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU a tento rozhodčí soud není oprávněn podat Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce. Rozhodnutí takového soudu proto nepodléhají mechanismům, které mohou zajistit plnou účinnost unijních norem⁵⁴.

79. Z toho vyplývá, že stejně jako mechanismus řešení sporů, který byl shledán jako neslučitelný s unijním právem v rozsudku *Achmea*, článek 26 SECH tím, že umožňuje využití rozhodčího soudu, podle mého názoru ohrožuje autonomii unijního práva a z tohoto důvodu je rovněž neslučitelný s unijním právem.

⁵² – Bod 41.

⁵³ – I když jsem před vydáním rozsudku *Achmea* bez dalšího, v rámci mé akademické činnosti, nevyločil opačný názor, nyní odkazuji na úvahy Soudního dvora v tomto ohledu. Viz Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU“, v Ferrari, F. (vyd.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, 2017, s. 85 až 124.

⁵⁴ – Rozsudek *Achmea*, bod 43 a citovaná judikatura.

80. Takový závěr není zpochybněn ani zvláštnostmi SECH, které vedly k pochybnostem o použití rozsudku Achmea na mechanismus řešení sporů, který stanoví, ani judikaturou Soudního dvora z poslední doby, které se na jednání dovolávaly zejména maďarská, finská a švédská vláda.

i) Neexistence vlivu zvláštností SECH ve vztahu k BIT

81. Je pravda, že na rozdíl od takové BIT, jako byla BIT dotčená v rozsudku Achmea, je samotná Unie stranou SECH, a je tedy SECH vázána. Kromě toho uvádím, že Soudní dvůr v tomto rozsudku výslovně zdůraznil, že mechanismus řešení sporů byl stanoven dohodou uzavřenou „nikoli Unií, ale členskými státy“⁵⁵. Znamená to nutně, že stejné řešení nelze použít v případě mezinárodní dohody uzavřené členskými státy a Unií? Nemyslím si.

82. V tomto ohledu uvádím, že je nesporné, že mezinárodní dohoda, která stanoví vytvoření zvláštního soudu pověřeného výkladem ustanovení této dohody, jehož rozhodnutí jsou závazná pro orgány, včetně Soudního dvora, není v zásadě neslučitelná s unijním právem. Pravomoc Unie v oblasti mezinárodních vztahů a její způsobilost k uzavírání mezinárodních dohod totiž nezbytně zahrnují možnost podřídit se ve věcech výkladu a použití ustanovení takových dohod rozhodnutím soudu vytvořeného nebo určeného na základě těchto dohod⁵⁶.

83. Taková možnost je však přípustná pouze za podmínky, že je respektována autonomie Unie a jejího právního řádu⁵⁷. Jak jsem přitom uvedl v bodech 78 a 79 tohoto stanoviska, jelikož mechanismus řešení sporů stanovený v článku 26 SECH umožňuje použití rozhodčího řízení, ohrožuje právě autonomii unijního práva. Za těchto podmínek nemůže mít skutečnost, že Unie je rovněž stranou SECH, na toto zjištění vliv.

ii) Rozdíl oproti posudku 1/17

84. Konečně maďarská, finská a švédská vláda na jednání tvrdily, že posudek 1/17 (dohoda CETA EU – Kanada)⁵⁸ zavedl nový způsob analýzy mechanismů řešení sporů, které nejsou součástí soudního systému Unie. Takový mechanismus není sám o sobě neslučitelný s unijním právem, pokud neumožňuje výklad nebo uplatňování ustanovení unijního práva soudem, který není součástí soudního systému Unie, a nálezy, které tento soud vydává, nemohou mít za následek zabránění fungování orgánů Unie v souladu s ústavním rámcem Unie.

85. Taková argumentace však není přesvědčivá. Zaprvé, jak bylo uvedeno v bodech 74 a 75 tohoto stanoviska, jsem toho názoru, že článek 26 SECH umožňuje právě výklad nebo uplatňování ustanovení unijního práva rozhodčím soudem, který není součástí soudního systému Unie. Článek 26 SECH se mimoto liší od mechanismu řešení sporů stanoveného Komplexní dohodou o hospodářské a obchodní spolupráci mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé (dále jen „CETA“), jelikož tato posledně uvedená dohoda stanoví výslovnou výhradu ohledně výkladu unijního práva⁵⁹, přičemž taková výhrada na základě článku 26 SECH neexistuje.

⁵⁵ – Rozsudek Achmea, bod 58.

⁵⁶ – Posudek 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490, body 40 a 70); posudek 1/09 ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, body 74 a 76), a posudek 2/13 ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, body 182 a 183).

⁵⁷ – Posudek 2/13 ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 183) a rozsudek Achmea, bod 57.

⁵⁸ – Posudek ze dne 30. dubna 2019 (EU:C:2019:341).

⁵⁹ – Posudek 1/17 (Dohoda CETA EU-Kanada) ze dne 30. dubna 2019 (EU:C:2019:341, bod 131).

86. Zadržím a zvláště uvádím, že úvahy Soudního dvora v posudku 1/17 (dohoda CETA EU-Kanada)⁶⁰ týkající se mechanismu řešení sporů obsaženého v dohodě CETA nemohou v žádném případě ovlivnit analýzu článku 26 SECH. Jak Soudní dvůr uvedl v tomto posudku, otázka, zda je zřízení či zachování investičního soudu dohodou mezi členskými státy v souladu s unijním právem, je odlišná od otázky, zda je s unijním právem slučitelné zřízení takového soudu dohodou mezi Uníí a třetími státy⁶¹. Argumentace maďarské, finské a švédské vlády by proto mohla být přijata pouze tehdy, pokud by SECH upravovala pouze vztahy mezi Uníí a třetími státy.

87. I když jsou členské státy povinny dodržovat zásadu vzájemné důvěry, ve vztazích mezi Uníí a třetími státy se totiž tato zásada nijak nepoužije. Konkrétně vztahy se třetími zeměmi nejsou založeny na základním předpokladu, že každý členský stát sdílí se všemi ostatními členskými státy a uznává, že s ním sdílí, soubor společných hodnot, a tedy dodržují unijní právo, které je provádí. Jak uvedl generální advokát Y. Bot, v rámci dohody s třetími státy kterákoli smluvní strana nemusí nutně důvěřovat soudnímu systému druhé strany v tom směru, že zajistí dodržování pravidel obsažených v dohodě⁶². Nedostatek vzájemné důvěry, tak jak existuje v rámci Unie, je právě důvodem, proč se obě strany dohodnou na neutrálním mechanismu řešení sporů⁶³. Takový mechanismus nezávislý na obou stranách umožňuje zajistit důvěru smluvních stran, pokud jde o provádění dohody, aniž lze tuto důvěru zaměnit se vzájemnou důvěrou, která strukturuje vztahy v rámci právního řádu Unie.

88. Za těchto podmínek nemá posudek 1/17 (dohoda CETA EU – Kanada)⁶⁴ vliv na analýzu, ve světle zásad formulovaných v rozsudku Achmea, mechanismu řešení sporů stanoveného v článku 26 SECH v tom, že umožňuje využití rozhodčího soudu, jelikož tato dohoda upravuje vztahy mezi členskými státy.

3) Závěr o použitelnosti článku 26 SECH v právním řádu Unie

89. Ze všech výše uvedených skutečností vyplývá, že mechanismus řešení sporů stanovený v článku 26 SECH je podle mého názoru neslučitelný s unijním právem v tom, že umožňuje rozhodčímu soudu, který není součástí soudního systému Unie, ve sporu mezi investorem pocházejícím z jednoho členského státu a jiným členským státem vykládat nebo uplatňovat unijní právo a tím zpochybňuje zásadu vzájemné důvěry mezi členskými státy a zachování specifického charakteru práva zavedeného Smlouvami a současně ohrožuje autonomii unijního práva. V tomto rozsahu se tedy článek 26 SECH v rámci právního řádu Unie nepoužije.

90. Nemožnost investora pocházejícího z jednoho členského státu využít rozhodčí řízení ve sporu mezi ním a jiným členským státem však neznamená, že se článek 26 SECH v rámci právního řádu Unie nikdy nepoužije. Investoři pocházející z jednoho členského státu v zásadě budou nadále moci zažalovat jiný členský stát u jeho soudů v souvislosti se sporem uvedeným v tomto ustanovení⁶⁵. Taková možnost však závisí na tom, zda mohou hmotněprávní ustanovení SECH odůvodňovat taková tvrzení, a tedy zda jsou použitelná v právním řádu Unie. Budu se teď zabývat touto otázkou.

⁶⁰ – Posudek ze dne 30. dubna 2019 (EU:C:2019:341).

⁶¹ – Posudek 1/17 (Dohoda CETA EU-Kanada) ze dne 30. dubna 2019 (EU:C:2019:341, bod 127).

⁶² – Stanovisko generálního advokáta Y. Bota v posudku 1/17 (Dohoda CETA EU-Kanada, EU:C:2019:72, bod 82).

⁶³ – Stanovisko generálního advokáta Y. Bota v posudku 1/17 (Dohoda CETA EU-Kanada, EU:C:2019:72, bod 84). V tomto ohledu viz rovněž Lenaerts, K., „Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue“, *Yearbook of European Law*, 2019, sv. 38, s. 12.

⁶⁴ – Posudek ze dne 30. dubna 2019 (EU:C:2019:341).

⁶⁵ – Mimoto nelze vyloučit, že výklad článku 26 SECH Soudním dvorem může být nezbytný v rámci přezkumu státními soudy členských států rozhodčího nálezu vydaného v rámci sporu mezi investorem pocházejícím z třetího státu a členským státem, který může zahrnovat výklad unijního práva rozhodci.

b) Použitelnost čl. 1 bodu 6 SECH v právním řádu Unie

91. Článek 1 bod 6 SECH definuje pojem „investice“, použitý v ustanoveních SECH, a je obsažen v první části SECH nadepsané „Definice a účel“. Toto ustanovení je tedy součástí úvodních ustanovení SECH, jejichž cílem je obecně stanovit působnost a účel textu, jakož i definovat pojmy použité v jejich ustanoveních.

92. Jinými slovy, tím, že čl. 1 bod 6 SECH určuje věcnou působnost SECH, vede rovněž k použití ochranných hmotněprávních ustanovení SECH.

93. Za těchto podmínek závisí použitelnost tohoto ustanovení v právním řádu Unie primárně na tom, zda jsou hmotněprávní normy, kterým přiznává účinek, samy použitelné v právním řádu Unie, takže se jich investoři pocházející z jednoho členského státu mohou dovolávat v rámci žaloby proti jinému členskému státu u soudu tohoto jiného členského státu.

94. I když rozsudek Achmea tuto otázku nevyřešil, vyvolal naproti tomu určité pochybnosti o možnosti uplatňovat hmotněprávní ustanovení smluv o podpoře a ochraně investic obecně, a SECH konkrétně, v rámci Unie⁶⁶.

95. Nemyslím si však, že je v rámci projednávané věci a čistě teoretickým způsobem možné na tuto otázku určitým způsobem odpovědět. To by totiž vyžadovalo abstraktní a komplexní analýzu všech překrývání, která mohou existovat mezi ustanoveními unijního práva a SECH⁶⁷. Podle mého názoru přitom nedává smysl přistoupit k takové analýze ve fázi zkoumání pravomoci Soudního dvora odpovědět na předběžné otázky a v kontextu projednávané věci. Je třeba rovněž zdůraznit, že tato otázka nebyla mezi účastníky řízení diskutována⁶⁸.

96. Mimoto zdůrazňuji, že jediným argumentem týkajícím se neslučitelnosti hmotněprávních ustanovení SECH s unijním právem, který byl v projednávané věci stručně uveden, byl argument italské vlády a Komise, z toho důvodu, že unijní právo stanoví nástroje na ochranu investic, které jsou rovnocenné nástrojům na ochranu investic SECH. Na první pohled však nevidím jasné důvody, proč by tato rovnocennost ochrany sama o sobě znamenala neslučitelnost s unijním právem.

97. Za těchto podmínek jsem toho názoru, že neslučitelnost hmotněprávních ustanovení SECH, včetně čl. 1 bodem 6 SECH, s unijním právem nelze v této fázi a s jistotou ani vyloučit, ani připustit. Proto je třeba mít za to, že se tato ustanovení použijí v rámci právního řádu Unie.

4. Závěr o pravomoci Soudního dvora

98. Článek 26 SECH není podle mého názoru slučitelný s unijním právem v tom, že stanoví využití rozhodčího soudu, takže takový mechanismus řešení sporů se nemůže použít v právním řádu Unie.

⁶⁶ – V tomto ohledu viz sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě ze dne 19. července 2018, týkající se ochrany investic v rámci EU, COM(2018) 547 final.

⁶⁷ – Ohledně příkladu možných překrývání mezi ustanoveními smlouvy o ochraně a podpoře investic uzavřené mezi dvěma členskými státy a unijního práva, viz stanovisko generálního advokáta M. Watheleta ve věci Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699).

⁶⁸ – Ačkoliv byli účastníci řízení dotázáni na jednání ohledně účinků rozsudku Achmea, diskuse se týkala pouze dopadu tohoto rozsudku na slučitelnost mechanismu řešení sporů stanoveného v článku 26 SECH s unijním právem. Zdůrazňuji, že tento rozsudek se totiž týká nikoli slučitelnosti hmotněprávních pravidel, ale pouze slučitelnosti podobného mechanismu zavedeného BIT s unijním právem.

99. Přesto vzhledem k tomu, že v této fázi nelze vyloučit, že hmotněprávní ustanovení SECH, včetně čl. 1 bodu 6 SECH, mohou být použitelná v rámci právního řádu Unie, je třeba mít rovněž za to, že se těchto ustanovení mohou dovolávat investoři pocházející z jednoho členského státu v rámci sporu proti jinému členskému státu u soudu tohoto jiného členského státu, uvedeného v článku 26 SECH. Za těchto podmínek čl. 1 bod 6 i článek 26 SECH musí být považovány za použitelné v rámci právního řádu Unie.

100. Z toho vyplývá, že existuje jasný zájem Unie na tom, aby tato ustanovení byla vykládána jednotně, takže Soudní dvůr musí mít pravomoc odpovědět na všechny předběžné otázky.

B. K věci samé

1. K první předběžné otázce: pojem „investice“ ve smyslu čl. 1 bodu 6 SECH

101. Podstatou první předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda musí být čl. 1 bod 6 SECH vykládán v tom smyslu, že pohledávka vyplývající ze smlouvy o prodeji elektřiny, která nezahrnovala vklad ze strany investora v hostitelském státě, může představovat investici.

102. Společnost Komstroj na jednání tvrdila, že pojem „investice“ je definován SECH a že tato definice je sama o sobě dostačující, i když je podložena demonstrativním seznamem příkladů majetkových hodnot představujících investici ve smyslu SECH. Tato společnost rovněž tvrdila, že vlastní význam znění čl. 1 bodu 6 SECH je jasný, takže není nutné provést jeho výklad, ani odkazovat na kritéria, která nejsou součástí dané definice. Společnost Komstroj konečně tvrdí, že samotný čl. 1 bod 6 SECH stanoví, že smluvní pohledávku lze považovat za investici, neboť čl. 1 bod 6 písm. c) a f) SECH uvádí „peněžní pohledávky“ a „jakékoli právo [vyplývající ze] smlouvy“.

103. Moldavská republika, španělská, nizozemská a polská vláda, jakož i Komise tvrdí, že pohledávka vyplývající z kupní smlouvy nemůže představovat investici ve smyslu čl. 1 bodu 6 SECH. Tvrdí, že i když čl. 1 bod 6 písm. c) SECH stanoví, že peněžní pohledávka představuje investici, je tomu tak pouze za podmínky, že tato pohledávka „souvisí s investicí“. Pohledávku vyplývající z kupní smlouvy přitom nelze považovat za pohledávku „související s investicí“. Moldavská republika mimoto zdůrazňuje, že je třeba použít běžný význam výrazu „investice“, který předpokládá kapitálový vklad, který v případě smluvní pohledávky neexistuje. Konečně, Moldavská republika a Komise zdůrazňují význam rozlišení mezi tím, co je předmětem obchodu, a tím, co je předmětem investice, přičemž pouze investice jsou chráněny částí III SECH.

104. Článek 1 bod 6 SECH vymezuje investici jako „každou majetkovou hodnotu drženou nebo kontrolovanou buď přímo, nebo nepřímo prostřednictvím investora“. SECH tak poskytuje nejasnou definici, která se na první pohled zdá být omezena pouze účelem činnosti, s níž je tato investice spojena. Toto ustanovení dodává, že investice ve smyslu SECH musí být spojena s hospodářskou činností v odvětví energetiky.

105. Tato definice je doplněna o demonstrativní výčet konkrétních příkladů investic ve smyslu tohoto ustanovení. Z toho vyplývá, jak tvrdí společnost Komstroj, že pokud dotčená majetková hodnota jasně spadá pod některou z investic výslovně uvedených v čl. 1 bodě 6 SECH, není v zásadě třeba provádět výklad tohoto ustanovení⁶⁹.

⁶⁹ – K této otázce v judikatuře rozhodčích soudů, viz *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazachstán* [věc Rozhodčího soudu obchodní komory ve Stockholmu (SCC) č. V 116/2010], rozhodčí náleze ze dne 19. prosince 2013, bod 806, a v právní nauce, Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, č. 6, s. 160.

106. Pokud jde o smluvní pohledávky, mohou spadat pod definici uvedenou v čl. 1 bodě 6 SECH na základě jak čl. 1 bodu 6 písm. c), tak čl. 1 odst. 6 písm. f) SECH. Jsou totiž uvedeny „peněžní pohledávky [...] podle smlouvy mající hospodářskou hodnotu a související s investicí“⁷⁰, jakož i „jakékoli právo vyplývající ze [...] smlouvy [...] k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky“⁷¹.

107. Nicméně poznamenávám, že i když tato dvě ustanovení poskytují příklady investic ve smyslu SECH, doplňují také další podmínky pro jejich kvalifikaci jako investice. Zaprvé čl. 1 bod 6 písm. c) SECH stanoví, že peněžní pohledávka je investicí za podmínky, že vyplývá ze smlouvy, která sama souvisí s investicí. Zadruhé čl. 1 bod 6 písm. f) SECH stanoví, že právo vyplývající ze smlouvy je investicí za podmínky, že bylo přiznáno smlouvou k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky. Jinými slovy, pohledávky vyplývající ze smlouvy nejsou automaticky investicí ve smyslu SECH, jelikož její znění stanoví určitá omezení.

108. Doplnění těchto podmínek přitom ztěžuje, ne-li znemožňuje, jednoznačné přiřazení jakékoli smluvní pohledávky k některé z forem investice ve smyslu čl. 1 bodu 6 SECH. Smluvní pohledávka, zejména pokud vyplývá ze smlouvy o prodeji elektřiny, totiž nemůže bez jakýchkoliv pochybností spadat do čl. 1 bodu 6 písm. c) nebo f) SECH bez toho, aby byly předem určeny důsledky dalších podmínek uvedených v těchto ustanoveních.

109. Je tedy třeba provést výklad obou těchto ustanovení, který musí být v souladu s čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy⁷² proveden „v dobré víře, v souladu s obvyklým významem, který je dáván výrazům ve smlouvě v jejich celkové souvislosti, a rovněž s přihlédnutím k předmětu a účelu smlouvy“.

a) K článku 1 bodu 6 písm. c) SECH

110. Z článku 1 bodu 6 písm. c) SECH, který stanoví, že pohledávka musí vyplývat ze smlouvy, která souvisí s investicí, vyvstávají podle mého názoru určité nejasnosti. Toto ustanovení totiž definuje peněžní pohledávky, které lze považovat za investici, s odkazem na pojem „investice“. Jinými slovy, pojem „investice“ je současně definovaným pojmem i pojmem použitým pro jeho definování. Článek 1 bod 6 písm. c) SECH je v tomto ohledu kruhové povahy⁷³.

111. Za těchto podmínek a s cílem vyprostit se z této kruhovosti lze pojmu „investice“ uvedenému v čl. 1 bodě 6 písm. c) SECH porozumět pouze tehdy, pokud jej budeme chápat v jiném smyslu, než je smysl právě uvedený v tomto ustanovení. Jak podotýká polská vláda, peněžní pohledávka je investicí pouze tehdy, vznikla-li ze smlouvy, která je sama spojena s jinou investicí ve smyslu SECH, která nespadá do působnosti čl. 1 bodu 6 písm. c) SECH.

⁷⁰ – Článek 1 bod 6 písm. c) SECH.

⁷¹ – Článek 1 bod 6 písm. f) SECH.

⁷² – Úmluva o smluvním právu, uzavřená ve Vídni dne 23. května 1969 (*Recueil des Traités des Nations unies*, sv. 1155, s. 353) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>

⁷³ – Ke kruhové povaze vymezení investice, viz Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C. H. Beck, Varšava, 2018, s. 43 a 44.

112. Žádnou další investici uvedenou v čl. 1 bodě 6 SECH přitom nelze chápat tak, že se vztahuje na dodávku elektřiny, která je předmětem smlouvy, která vyplývá z přezkoumávané peněžní pohledávky. Žádný pododstavec tohoto ustanovení se netýká pouhé obchodní transakce⁷⁴. Z doslovného výkladu čl. 1 bodu 6 SECH tedy vyplývá, že pohledávka vyplývající ze smlouvy o dodávkách elektřiny, která nezahrnuje žádný vklad, není peněžní pohledávkou podle smlouvy mající hospodářskou hodnotu a související s investicí.

113. Doslovný výklad čl. 1 bodu 6 písm. c) SECH je dále potvrzen použitím výrazu „investice“ v běžném slova smyslu, uvedeného v tomto ustanovení⁷⁵.

114. V běžném jazyce, jak tvrdí Moldavská republika a Komise, tento výraz obecně označuje transakci sestávající z finančního vkladu po určitou dobu, který zahrnuje riziko⁷⁶.

115. V tomtéž smyslu judikatura rozhodčích soudů ostatně postupně formulovala objektivní definici pojmu „investice“, podle níž investice předpokládá splnění tří prvků: vklad investora, určitou dobu trvání provádění a účasti na rizicích transakce⁷⁷.

116. Ačkoli byla tato definice zavedena s ohledem na pojem „investice“ v Úmluvě o řešení investičních sporů mezi státy a státními příslušníky ostatních států podepsané ve Washingtonu dne 18. března 1965, mám nicméně za to, že tato definice obsahuje základní prvky toho, co může představovat investici, a je v tomto smyslu často připomínána v právní nauce, pokud jde o návrh obecné definice tohoto pojmu⁷⁸.

117. Podle tohoto výkladu výrazu „investice“ je tedy peněžní pohledávka investicí ve smyslu čl. 1 bodu 6 SECH za podmínky, že vznikla ze smlouvy, která zahrnovala vklad ze strany předpokládaného investora a očekávání zisku, který není zaručen. Tento výklad výrazu „investice“, jak je uvedeno v čl. 1 bodě 6 písm. c) SECH, je mimoto obsažen v judikatuře rozhodčích soudů⁷⁹ i v právní nauce⁸⁰.

⁷⁴ – Může existovat pochybnost o tom, zda lze mít za to, že se na dodávky elektřiny vztahuje čl. 1 bod 6 písm. f) SECH, který se týká „jakéhokoli práva vyplývajícího ze [...] smlouvy [...] k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky“. Takové uvažování bylo ostatně přijato v judikatuře rozhodčích soudů; v tomto ohledu viz *Petrobart Limited v. Kyrgyzská republika* [věc SCC č. 126/2003], rozhodčí náleze ze dne 29. března 2005, s. 72. Nicméně s přihlédnutím k výkladu, který navrhuji přijmout ohledně čl. 1 bodu 6 písm. f) SECH, musí být taková možnost vyloučena. Viz body 121 a násl. tohoto stanoviska.

⁷⁵ – Právní nauka zastává názor, že pokud jde o definici pojmu „investice“ obsaženou v čl. 1 bodě 6 písm. c) SECH, je třeba použít pouze běžný význam tohoto výrazu. Jak tvrdí polská vláda ve svém písemném vyjádření, anglická verze SECH totiž rozlišuje mezi anglickým termínem „Investment“ ve smyslu SECH, uvedeným s velkým písmenem, a anglickým termínem „investment“, tentokrát v běžném smyslu tohoto výrazu, bez velkého písmene. Pojem „investice“, který se tedy liší od „Investic“ chráněných SECH, má tedy objektivní význam, jak byl připomenut v bodech 114, 115 a 116 tohoto stanoviska. Přitom vzhledem k tomu, že čl. 1 bod 6 písm. c) SECH stanoví, že pohledávka musí vyplývat ze smlouvy „a souviset s investicí“, z toho vyplývá, že výraz „investice“ musí být v tomto případě chápán pouze objektivně, s odkazem na běžný význam výrazu. K této myšlence, viz Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, s. 174. Nicméně nejsem zcela přesvědčen tímto argumentem, který spočívá pouze na typografii textu, která se ostatně neobjevuje ve všech jazykových verzích SECH.

⁷⁶ – Výraz „investice“ je zejména definován ve francouzštině jako „umístění prostředků za účelem získání příjmů“, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9. vydání. V angličtině je výraz „investment“ definován jako „the act of putting money [...] into something to make a profit“. K vývoji definice tohoto výrazu, viz Gilles, A., *La définition de l'investissement international*, Larcier, Brusel, 2012, s. 16 a násl.

⁷⁷ – Viz *Salini Costruttori S.p.A. a Italstrade S.p.A. v. Marocké království* (věc ICSID č. ARB/00/4), rozhodčí náleze ze dne 23. července 2001, 129 *Journal du droit international* 196 (2002), bod 52. K analýze této judikatury, viz Pyka, M., *op. cit.*, s. 63 až 111, a Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C. H. Beck, Varšava, 2019, s. 127 až 134.

⁷⁸ – Viz Baltag, C., *op. cit.*, s. 167 až 183, jakož i Kessedjian, C., a Pironon, V., *op. cit.*, s. 206.

⁷⁹ – Viz zejména *Masdar Solar & Wind Cooperatief U. A. v. Španělské království* (věc ICSID č. ARB/14/1), rozhodčí náleze ze dne 16. května 2018, body 195 a násl., a *Isolux Netherlands, BV v. Španělské království* (věc SCC č. V 2013/153), rozhodčí náleze ze dne 17. července 2016, body 683 a násl.

⁸⁰ – Viz Baltag, C., *op. cit.*, s. 178 a násl., jakož i Audit, M., *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, č. 3, s. 16.

118. Smlouva o dodávkách elektřiny je přitom pouhou obchodní transakcí, na kterou se pojem „investice“ nevztahuje, protože nezahrnuje ani vklad⁸¹ ani očekávání zisku v závislosti na vkladu. Podle mého názoru tak pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny nesouvisí s investicí a nespĺňuje tak podmínku stanovenou v čl. 1 bodě 6 písm. c) SECH.

119. Konečně, takový výklad pojmu „investice“ ve smyslu čl. 1 bodu 6 písm. c) SECH je potvrzen analýzou logiky SECH a zavedeného systému ochrany investic jako celku. Jak zdůrazňuje Komise, SECH odlišuje pravidla týkající se obchodu obsažená v její části II od pravidel týkajících se podpory a ochrany investic obsažených v části III. Pouhou obchodní transakcí jako takovou proto nelze postavit na roveň investici, neboť v opačném případě by bylo zbaveno veškerého smyslu rozlišení mezi tím, co je předmětem obchodu, a tím, co je předmětem investice, která jako taková vyžaduje zvláštní ochranu⁸².

120. Pojem „investice“ ve smyslu čl. 1 bodu 6 písm. c) SECH tedy nelze zaměňovat s pouhou obchodní činností, takže pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny, která nezahrnuje vklad a očekávání zisku v závislosti na tomto vkladu, nelze pod tento pojem zahrnout.

b) K článku 1 bodu 6 písm. f) SECH

121. Článek 1 bod 6 písm. f) SECH se týká „jakéhokoli práva vyplývajícího ze [...] smlouvy [...] k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky“. V tomto ohledu připomínám, že čl. 1 bod 6 SECH již obecně stanoví, že investice ve smyslu SECH musí souviset s hospodářskými činnostmi v odvětví energetiky. Podmínku uloženou v čl. 1 bodě 6 písm. f) SECH tak nelze chápat stejně, neboť jinak by takové upřesnění ztratilo jakýkoliv význam.

122. Článek 1 bod 6 písm. f) SECH se tedy netýká jakéhokoli smluvního práva spojeného s hospodářskou činností v odvětví energetiky, ale doplňuje další podmínku, aby smluvní právo mohlo být považováno za chráněnou investici ve smyslu SECH. To je zřejmé ze samotného znění tohoto ustanovení. Použití výrazu „k provozování“ tak naznačuje, že dotčené smluvní právo musí být přiznáno *za účelem* provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky⁸³. Smluvní právo musí umožňovat provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky, kterou by držitel v případě neexistence takového práva nemohl vykonávat. Jinými slovy, smluvní právo musí povolovat provozování této činnosti a vytvářet podmínky pro toto provozování⁸⁴.

123. Přitom, i když je smluvní pohledávka skutečně právem přiznaným smlouvou, nelze mít nicméně za to, že povoluje provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky, pokud je nabyta *poté*, co vznikla původnímu držiteli. Za těchto podmínek pohledávka nedává držiteli právo provozovat hospodářskou činnost v odvětví energetiky, ale pouze právo domáhat se jejího zaplacení.

⁸¹ – Společnost Komstroj na jednání tvrdila, že vklad spočíval v dodávce elektřiny. Takový argument však nemůže být dostatečný ke kvalifikaci smlouvy o dodávkách elektřiny jako „smlouvy související s investicí“, protože nezahrnuje existenci rizika ohledně očekávaných výnosů v důsledku takového vkladu.

⁸² – Zejména prostřednictvím mechanismu řešení sporů stanoveného v článku 26 SECH. Některé obchodní transakce sice mohou někdy vykazovat rysy, které odůvodňují jejich kvalifikaci jako „investice“, v tomto ohledu viz Pyka, M., *op. cit.*, s. 175 až 181. Nemyslím si, že by zde bylo možné použít takovou analýzu.

⁸³ – Takový výklad ostatně vyplývá mnohem jasněji z anglického znění SECH: „any right conferred [...] by contract [...] to undertake any economic activity in the energy sector“ (jakékoli právo vyplývající [...] ze smlouvy [...] k *provozování* hospodářských činností v odvětví energetiky) (kurziva provedena autorem stanoviska).

⁸⁴ – Typickým příkladem takového smluvního práva je koncese k provozování infrastruktury na území smluvní strany.

124. Kromě toho, i pokud by bylo potřeba vzít v úvahu původ pohledávky, *quod non*, a sice smlouvu o dodávkách elektřiny, jsem toho názoru, že by bylo dosaženo stejného výsledku. Zatímco smlouva o prodeji elektřiny mezi dvěma společnostmi umožňuje jedné společnosti dodávat elektřinu druhé společnosti, naproti tomu to není tato smlouva, jež povoluje provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky. Společnost dodávající elektřinu je totiž již v postavení, kdy může dodávat dotčenou elektřinu druhé smluvní straně, takže smlouva v žádném případě neobsahuje povolení nebo právo provozovat hospodářskou činnost v odvětví energetiky v hostitelské zemi.

125. Na takovou pohledávku se tedy podle mého názoru nevztahuje čl. 1 bod 6 písm. f) SECH.

126. Z výše uvedeného vyplývá, že ani čl. 1 bod 6 písm. c), ani čl. 1 bod 6 písm. f) SECH nelze vykládat v tom smyslu, že pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny, která nezahrnuje žádný vklad, je investicí ve smyslu těchto ustanovení.

c) K obecné definici pojmu „investice“ v čl. 1 bodě 6 SECH

127. Je třeba uvést, že čl. 1 bod 6 SECH stanoví rovněž obecnou, i když vágní, definici pojmu „investice“ a že přehled investic, který poskytuje, není taxativní. Lze tedy zastávat názor, že pohledávka, na kterou se nevztahuje čl. 1 bod 6 písm. c) nebo f) SECH, může nicméně představovat investici ve smyslu čl. 1 bodu 6 SECH v tom, že představuje „majetkovou hodnotu drženou nebo kontrolovanou buď přímo, nebo nepřímo prostřednictvím investora“.

128. Taková argumentace nemůže obstát. Jak jsem zdůraznil⁸⁵, smluvní pohledávky jsou jedinými majetkovými hodnotami, u kterých čl. 1 bod 6 SECH stanoví výslovná omezení jejich připuštění jako investice. Nelze proto použít obecnou definici pojmu „investice“ pouze za účelem neuplatnění omezení, která jsou nicméně stanovena v čl. 1 bodě 6 písm. c) a f) SECH, neboť jinak by byla popřena existence těchto konkrétních ustanovení a proveden výklad pojmu „investice“ ve smyslu SECH *contra legem*.

129. Navrhuji proto odpovědět na první předběžnou otázku tak, že čl. 1 bod 6 SECH musí být vykládán v tom smyslu, že pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny, která nezahrnuje vklad, není investicí ve smyslu tohoto ustanovení.

2. K druhé předběžné otázce

130. Podstatou druhé předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda čl. 26 odst. 1 SECH musí být vykládán v tom smyslu, že investicí se rozumí i nabytí pohledávky podnikem pocházejícím ze smluvní strany v případě, kdy tato pohledávka vznikla hospodářskému subjektu pocházejícímu ze státu, který není smluvní stranou SECH.

131. V této souvislosti připomínám, že dotčená pohledávka vyplývá ze smluvního vztahu mezi společnostmi Moldtranselectro a Derimen, přičemž poslední uvedená společnost je zapsána v rejstříku na Britských Panenských ostrovech, tedy ve státě, který není smluvní stranou SECH.

⁸⁵ – Viz bod 107 tohoto stanoviska.

132. Článek 26 odst. 1 SECH umožňuje řešení sporů mezi smluvní stranou a investorem jiné smluvní strany, pokud se spor týká investice *tohoto investora*. Předkládající soud se táže na možný vliv původu pohledávky, pokud tato pohledávka původně vznikla hospodářskému subjektu pocházejícímu ze státu, který není smluvní stranou SECH, na kvalifikaci této pohledávky jako „investice“ ve smyslu čl. 26 odst. 1 SECH, který ukládá, aby taková investice byla provedena investorem pocházejícím ze smluvní strany.

133. Bez dalšího uvádím, že vzhledem k mému návrhu odpovědi na první otázku není třeba odpovídat na druhou otázku, jelikož vzhledem k tomu, že na první otázku bylo odpovězeno záporně, není nutné určit, zda má původ pohledávky vliv na její přípuštění jako investice investora jedné smluvní strany ve smyslu čl. 26 odst. 1 SECH.

134. Pro úplnost se budu druhou předběžnou otázkou přesto zabývat pro případ, že by Soudní dvůr nesouhlasil s mou analýzou první otázky a předpokládal, že taková pohledávka může představovat investici ve smyslu čl. 1 bodu 6 SECH.

135. Jak uvádí předkládající soud, a jak zdůrazňuje Moldavská republika, pro určení, zda byla investice skutečně „provedena investorem pocházejícím ze smluvní strany“, je třeba odkázat na čl. 1 bod 8 SECH, který definuje výraz „provedení investice“. Toto ustanovení zejména stanoví, že provedením investice může být nabývání celých stávajících investic nebo jejich částí. Naproti tomu nestanoví povinnost, aby dotčená stávající investice původně vznikla ve smluvním státě SECH.

136. Moldavská republika však tvrdí, že taková podmínka existuje. Podle jejího názoru musí být výraz „stávající investice“ vykládán na základě definice „investice“ v čl. 1 bodě 6 SECH, která stanoví, že investice musí být „držená nebo kontrolována buď přímo, nebo nepřímo prostřednictvím investora“. Přitom uvádí, že čl. 1 bod 7 SECH definuje výraz „investor“ jako „společnost nebo jin[ou] organizac[i] zřízen[ou] v souladu s platným právem použitelným na území [...] smluvní strany“. Tvrdí, že jelikož hospodářský subjekt, původní držitel dotčené pohledávky, je subjektem pocházejícím ze státu, který není smluvní stranou SECH, nelze jej tedy považovat za investora ve smyslu čl. 1 bodu 7 SECH, takže dotčená pohledávka nemůže představovat „stávající investici“ provedenou společností pocházející ze smluvní strany ve smyslu čl. 1 bodu 8 a čl. 26 odst. 1 SECH.

137. Taková argumentace nemůže obstát. Pokud mají být přijaty úvahy Moldavské republiky týkající se nutnosti použití čl. 1 bodů 6 až 8 SECH k definování toho, co zahrnují výrazy „investice provedená“, závěr, ke kterému dochází, nicméně vychází z částečného výkladu těchto článků.

138. Nejenže, jak jsem uvedl⁸⁶, čl. 1 bod 8 SECH nestanoví žádnou podmínku týkající se zeměpisného původu stávající investice, ale zkoumaná ustanovení výslovně stanoví, že takovou investici může provést hospodářský subjekt pocházející ze státu, který není smluvním státem SECH. Článek 1 bod 7 SECH totiž definuje pojem „investor“ tak, že zahrnuje smluvní strany

⁸⁶ – Viz bod 135 tohoto stanoviska.

i třetí státy. Je tedy zřejmé, že investor může pocházet ze státu, který není smluvní stranou SECH, a přesto to neznamená, že investice, které provádí, nejsou stávajícími investicemi ve smyslu SECH⁸⁷.

139. Za těchto podmínek nemá skutečnost, že pohledávka vznikla hospodářskému subjektu ze státu, který není smluvní stranou SECH, žádný vliv na její kvalifikaci této pohledávky jako „stávající investice“, jelikož tento subjekt musí být na základě znění SECH rovněž považován za investora.

140. Z toho vyplývá, že nabytí pohledávky subjektem pocházejícím ze smluvní strany v případě, že tato pohledávka vznikla hospodářskému subjektu pocházejícímu ze státu, který není smluvní stranou SECH, musí být považováno za nabytí stávající investice, a tedy za investici provedenou investorem pocházejícím ze smluvní strany ve smyslu SECH.

141. Moldavská republika, společnost Komstroj a Komise nicméně vyjádřily výhrady k možnosti zneužití práva za těchto okolností. Nelze totiž vyloučit, že investice provedená subjektem ze státu, který není smluvní stranou SECH, bude nabyta investorem pocházejícím ze smluvní strany pouze s cílem dosáhnout ochrany přiznané SECH, zejména k využití čl. 26 odst. 1 SECH za účelem podání žaloby proti smluvní straně, která by jinak nebyla možná.

142. I když je pravda, že taková možnost existuje, nemůže však postačovat k tomu, aby byla z požívání ochrany investic přiznané prostřednictvím využití řešení sporů automaticky vyloučena investice nabytá od subjektu ze státu, který není smluvní stranou SECH. Nejenže by byl takový výklad podle mého názoru neslučitelný s ustanoveními SECH, která byla zkoumána výše, ale vedl by k tomu, že žádná investice nabytá od zahraničního investora nebude nikdy chráněna na základě SECH.

143. Za těchto podmínek může být existence zneužití práva zohledněna pouze individuálně a nemůže odůvodňovat zásadu, podle které investice nabytá investorem pocházejícím ze smluvní strany od investora ze státu, který není smluvní stranou SECH, nesmí být považována za investici, kterou provedl prvně uvedený investor ve smyslu čl. 26 odst. 1 SECH. Bude tedy na předkládajícím soudu, aby přezkoumal důvody, které předcházely nabytí dotčené pohledávky společností Komstroj, za účelem určení, zda jediným účelem tohoto nabytí bylo podat žalobu proti Moldavské republice na základě SECH.

144. Proto v případě, že by Soudní dvůr nesouhlasil s mou analýzou první předběžné otázky, navrhuji odpovědět na druhou předběžnou otázku tak, že čl. 26 odst. 1 SECH musí být vykládán v tom smyslu, že nabytí pohledávky vzniklé investorovi pocházejícímu ze státu, který není smluvní stranou SECH, je investicí ve smyslu tohoto ustanovení, ledaže by jediným účelem tohoto nabytí bylo požívat ochranu přiznanou ustanoveními SECH, a zejména umožnit podání žaloby k rozhodčímu soudu proti smluvní straně, což přísluší ověřit předkládajícímu soudu.

⁸⁷ – Upřesňuji, že i když je investice uskutečněna investorem pocházejícím ze státu, který není smluvní stranou SECH, skutečně investicí ve smyslu SECH, není přesto investicí *chráněnou* zněním, jelikož hmotněprávní ustanovení o ochraně a podpoře investic uvádějí výslovně a vylučně investice investorů pocházejících ze smluvních stran. Viz zejména článek 10 SECH: „Každá smluvní strana [...] podporuje a vytváří stabilní, přiměřené, příznivé a transparentní podmínky *pro investory ostatních smluvních stran*, aby investovali na jejím území. Takové podmínky zahrnují závazek trvale zajišťovat *investicím investorů každé ze smluvních stran* řádné, nediskriminační a spravedlivé zacházení.“ (Kurziva provedena autorem stanoviska.)

3. K třetí předběžné otázce

145. Podstatou třetí předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda čl. 26 odst. 1 SECH musí být vykládán v tom smyslu, že pohledávka investora ze smlouvy o prodeji elektřiny dodávané na hranice hostitelského státu může představovat investici provedenou na území jiné smluvní strany, pokud investor nevykonává na území tohoto státu žádnou hospodářskou činnost.

146. Opět uvádím, že třetí otázka je podpůrná. Je-li totiž odpověď na první předběžnou otázku v tom smyslu, že pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny není investicí, je irelevantní určení, zda tato pohledávka vznikla *na území* jiné smluvní strany.

147. Pro úplnost nicméně odpovím na třetí předběžnou otázku pro případ, že by Soudní dvůr nesouhlasil s mou analýzou první a druhé otázky a měl za to, *quod non*, že pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny je investicí ve smyslu SECH.

148. Moldavská republika, podporovaná v tomto ohledu španělskou vládou a Komisí, tvrdí, že na jejím území nebyla provedena žádná investice, jelikož elektřina dodávaná na základě smlouvy, z níž vznikla pohledávka, je dodána pouze na hranice mezi Ukrajinou a Moldavskem z ukrajinské strany.

149. Taková argumentace vychází z výkladu čl. 1 bodu 6 písm. c) SECH, který stanoví, že peněžní pohledávka je investicí, pokud vznikla podle smlouvy, která sama souvisí s investicí. Tato analýza však podle mého názoru odhlíží od zásadní skutečnosti. Je-li totiž analýza investice, se kterou souvisí smlouva, z níž vyplývá dotčená pohledávka, relevantní pro kvalifikaci pohledávky jako „investice“, jakmile je tato skutečnost stanovena, je dotčenou investicí pouze pohledávka, aniž je nutné později znovu odkazovat na související investici.

150. Investicí, která je předmětem sporu a musí být na tomto základě zkoumána ve světle čl. 26 odst. 1 SECH, tedy není dodávka elektřiny stanovená smlouvou, z níž vznikla pohledávka, ale samotná pohledávka. Jedná se tedy pouze o vymezení, zda lze nabytí takové pohledávky považovat za investici na území Moldavska, aniž je nutné určit, zda smlouva, podle které tato pohledávka vznikla, souvisí s investicí, která je sama o sobě provedena na tomto území.

151. Dotčenou investici, tedy pohledávku, má v projednávané věci ukrajinský investor vůči společnosti se sídlem v Moldavsku. Článek 1 bod 10 SECH přitom definuje pouze výraz „území“ jako „území pod jeho svrchovaností“. Z toho vyplývá, že pohledávku vůči společnosti se sídlem na moldavském území lze považovat za investici provedenou na území této smluvní strany, jelikož k jejímu prokázání stačí místo, kde se nachází dlužník pohledávky.

152. V každém případě by bylo dosaženo stejného výsledku, pokud by měl být přijat argument Moldavské republiky, podle kterého je rovněž nutné ověřit území, na kterém je prováděna investice, s níž souvisí smlouva, z níž vznikla pohledávka.

153. Formálně je elektřina skutečně dodávána na hranice s Moldavskem. Nicméně s výhradou přijetí příliš formalistického řešení, to nic nemění na tom, že elektřina je *in fine* vedena do moldavské sítě a že tato okolnost je základním aspektem problému. Skutečnost, že je dodána

subjektem z té či oné strany hranice, nemůže tento výsledek ovlivnit⁸⁸. Ve skutečnosti je dodaná elektřina stále určena k distribuci na moldavském území, a tedy na území této smluvní strany⁸⁹.

154. Tudíž v případě, že by Soudní dvůr nesouhlasil s mou analýzou týkající se první a druhé předběžné otázky, navrhuji odpovědět na třetí předběžnou otázku tak, že čl. 26 odst. 1 SECH musí být vykládán v tom smyslu, že pohledávka investora pocházejícího ze smluvní strany vůči subjektu z jiné smluvní strany je investicí uskutečněnou prvně uvedeným investorem na území druhého investora.

V. Závěry

155. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na předběžné otázky položené cour d'appel de Paris (odvolací soud v Paříži, Francie) následovně:

„Článek 1 bod 6 Smlouvy o Energetické chartě, podepsané v Lisabonu dne 17. prosince 1994 a schválené jménem Evropské unie rozhodnutím Rady a Komise 98/181/ES, ESUO, Euratom ze dne 23. září 1997 o uzavření Smlouvy o energetické chartě a Protokolu k energetické chartě o energetické účinnosti a souvisejících ekologických hlediscích Evropskými společenstvími musí být vykládán v tom smyslu, že pohledávka ze smlouvy o dodávkách elektřiny, která nezahrnuje žádný vklad, není investicí ve smyslu tohoto ustanovení.“

⁸⁸ – Audit, M., *op.cit.*

⁸⁹ – A to tím spíše, že pokud jde o elektřinu, je představa dodání na hranice zcela fiktivní. Jak vyplývá z předkládacího rozhodnutí, elektrické sítě Ukrajiny a Moldavska jsou propojeny a nelze mít za to, že elektřina je dodávána do bodu A a skladována až do jejího převzetí příjemcem ve stejném bodě.