



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MELCHIORA WATHELETA
přednesené dne 19. září 2017¹

Věc C-284/16

**Slowakische Republik
proti
Achmea BV**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo)]

„Řízení o předběžné otázce – Zásady unijního práva – Dvoustranná dohoda o investicích uzavřená v roce 1991 mezi Nizozemským královstvím a Českou a Slovenskou Federativní republikou, která je stále použitelná mezi Nizozemským královstvím a Slovenskou republikou – Slučitelnost postupu pro řešení sporů mezi investory a státy zakotveného dvoustrannou dohodou o investicích uvnitř Unie s čl. 18 odst. 1 SFEU a s články 267 SFEU a 344 SFEU“

Obsah

I. Úvod	3
II. Právní rámec	3
A. Smlouva o FEU	3
B. BIT Nizozemsko/Československo	4
C. Německé právo	7
III. Spor v původním řízení a předběžné otázky	7
IV. Řízení před Soudním dvorem	10
V. Analýza	10
A. Úvodní poznámky	10
B. Ke třetí předběžné otázce	13
1. K přípustnosti	13

¹ – Původní jazyk: francouzština.

2. K věci samé	14
C. Ke druhé předběžné otázce	18
1. Zákonný původ rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT	19
2. Stálost rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT	20
3. Obligatorní povaha jurisdikce rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT	22
4. Kontradiktorní povaha řízení před rozhodčími soudy zřízenými v souladu s článkem 8 uvedené BIT, použití právních norem těmito rozhodčími soudy při řešení sporů, které jsou jim předloženy, jakož i nezávislost a nestrannost rozhodců	23
D. K první předběžné otázce	24
1. Vztahuje se na takový spor mezi investorem a členským státem, jako je spor, který je uveden v článku 8 uvedené BIT, článek 344 SFEU?	25
2. Týká se dotčený spor „výkladu nebo provádění Smluv“?	29
a) Pravomoc rozhodčího soudu se omezuje na rozhodování o porušeních BIT	30
b) Působnost uvedené BIT a právní normy, které zavádí, nejsou totožné s působností a právními normami Smluv o EU a FEU	31
1) Působnost uvedené BIT je širší než působnost Smluv o EU a FEU	32
2) Právní normy uvedené BIT, které nemají odpovídající ustanovení v unijním právu... ..	35
i) Doložka NV	35
ii) Doložka o dodržování smluvních závazků tzv. „umbrella clause“	36
iii) Doložka „sunset“	36
iv) Využití mezinárodního rozhodčího řízení jako postupu ISDS	36
3) Překrývání mezi ostatními ustanoveními uvedené BIT a některými ustanoveními Smluv o EU a FEU je pouze částečné	37
i) Plná bezpečnost a ochrana investic	38
ii) Nestranné a spravedlivé zacházení s investicemi	39
iii) Zákaz protiprávních vyvlastnění	40
3. Má BIT Nizozemsko/Československo s ohledem na svůj účel za následek zásah do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami o EU a FEU, a tedy autonomie právního systému Unie? ..	41
VI. Závěry	47

I. Úvod

1. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla podána v rámci žaloby podané u německých soudů na zrušení pravomocného rozhodčího nálezu ze dne 7. prosince 2012 vydaného rozhodčím soudem složeným z Vaughana Loweho QC (předseda), Alberta Jana van den Berga a V.V. Veedera QC (rozhodci) a zřízeným v souladu s dohodou o podpoře a vzájemné ochraně investic mezi Nizozemským královstvím a Českou a Slovenskou Federativní republikou (dále jen „BIT Nizozemsko/Československo“)² a rozhodčími pravidly Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL), přičemž Stálý rozhodčí soud (PCA) působil jako soudní kancelář³.

2. Tato žádost poskytuje Soudnímu dvoru první příležitost vyjádřit se k ožehavé otázce slučitelnosti BIT⁴ uzavřených mezi členskými státy⁵, a zejména postupů pro řešení sporů mezi investory a státy (dále jen „ISDS“) zavedenými těmito dohodami, s články 18, 267 a 344 SFEU.

3. Tato otázka má nesmírný význam s ohledem na 196 BIT uvnitř Unie, které jsou v současné době platné⁶, a na četná rozhodčí řízení mezi investory a členskými státy, v nichž Evropská komise vystoupila jako *amicus curiae* na podporu své teze, podle které jsou BIT uvnitř Unie neslučitelné se Smlouvou o FEU a kterou rozhodčí soudy systematicky odmítají jako neopodstatněnou⁷.

II. Právní rámec

A. Smlouva o FEU

4. Článek 18 první pododstavec SFEU stanoví, že „[v] rámci použití Smluv, aniž jsou dotčena jejich zvláštní ustanovení, je zakázána jakákoli diskriminace na základě státní příslušnosti“.

2 – Zkratka BIT znamená „dvoustranná dohoda o ochraně investic“.

3 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), konečný rozhodčí náleze ze dne 7. prosince 2012, dostupný na internetové stránce Investment Policy Hub Konference Spojených národů o obchodě a rozvoji (UNCTAD) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 – Tento druh BIT je znám jako „BIT uvnitř Unie“ (intra-EU BIT).

5 – Věci, ve kterých byly vydány rozsudky ze dne 3. března 2009, Komise v. Rakousko (C-205/06, EU:C:2009:118); ze dne 3. března 2009, Komise v. Švédsko (C-249/06, EU:C:2009:119), a ze dne 19. listopadu 2009, Komise v. Finsko (C-118/07, EU:C:2009:715), se týkaly BIT uzavřených mezi členskými státy a třetími zeměmi. Rozsudek ze dne 15. září 2011, Komise v. Slovensko (C-264/09, EU:C:2011:580) se týkal sporu mezi investorem pocházejícím ze třetí země, a sice Švýcarské konfederace, a Slovenskou republikou na základě Smlouvy o energetické chartě podepsané v Lisabonu dne 17. prosince 1994. Zatímco v prvních třech žalobách Soudní dvůr konstatoval existenci nesplnění povinnosti, poslední žalobu ve věci samé zamítl.

6 – Nejstarší je BIT Německo/Řecko (1961) a poslední BIT Litva/Chorvatsko (2008).

7 – Cituji zde nejvýznamnější rozhodčí řízení mezi investory a členskými státy, ve kterých musely rozhodčí soudy rozhodnout o slučitelnosti BIT uvnitř Unie nebo mnohostranné dohody o ochraně investic (jako je například Smlouva o energetické chartě), jejíž stranou jsou Evropská unie a její členské státy, se Smlouvou o FEU: Eastern Sugar B. V. v. Česká republika (UNCITRAL) [věc rozhodčího soudu obchodní komory ve Stockholmu (SCC) č. 088/2004], částečný rozhodčí náleze ze dne 27. března 2007; Binder v. Česká republika (UNCITRAL), rozhodčí náleze ze dne 30. dubna 2010 o pravomoci; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovenská republika (UNCITRAL), rozhodnutí ze dne 30. dubna 2010 o pravomoci; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erőmű Kft v. Maďarsko [věc Mezinárodního střediska pro řešení investičních sporů (ICSID) č. ARB/07/22], rozhodčí náleze ze dne 23. září 2010; Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí náleze ze dne 26. října 2010 o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení, a konečný rozhodčí náleze ze dne 7. prosince 2012; European American Investment Bank AG v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2010-17), rozhodčí náleze ze dne 22. října 2012 o pravomoci; Electrabel S. A. v. Maďarsko (věc ICSID č. ARB/07/19), rozhodnutí ze dne 30. listopadu 2012 o pravomoci, rozhodném právu a odpovědnosti a rozhodčí náleze ze dne 25. listopadu 2015; Charanne B. V. a Construction Investments S.à.r.l. v. Španělské království (věc SCC č. 062/2012), konečný rozhodčí náleze ze dne 21. ledna 2016; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/30), rozhodnutí ze dne 6. června 2016 o pravomoci; Isolux Infrastructure Netherlands B. V. v. Španělské království (věc SCC V 2013/153), rozhodčí náleze ze dne 12. července 2016; WNC Factoring Ltd v. Česká republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2014-34), rozhodčí náleze ze dne 22. února 2017; Anglia Auto Accessories Limited v. Česká republika (věc SCC V 2014/181), konečný rozhodčí náleze ze dne 10. března 2017; I. P. Busta a J. P. Busta v. Česká republika (věc SCC V 2015/014), konečný rozhodčí náleze ze dne 10. března 2017, a Eiser Infrastructure Limited a Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/36), rozhodčí náleze ze dne 4. května 2017. Veškeré rozhodčí nálezy, na které odkazuji v tomto stanovisku, jsou dostupné na internetové stránce UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Budu odkazovat rovněž na rozhodčí nálezy vydané na základě BIT mezi členskými státy a třetími zeměmi nebo dokonce mezi třetími zeměmi, jelikož zásady mezinárodního práva se použijí na všechny tyto případy bez rozdílu.

5. Článek 267 první až třetí pododstavec SFEU stanoví následující:

„Soudní dvůr Evropské unie má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se:

- a) výkladu Smluv,
- b) platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie.

Vyvstane-li taková otázka před soudem členského státu, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku, požádat Soudní dvůr Evropské unie o rozhodnutí o této otázce.

Vyvstane-li taková otázka při jednání před soudem členského státu, jehož rozhodnutí nelze napadnout opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, je tento soud povinen obrátit se na Soudní dvůr Evropské unie.“

6. Článek 344 SFEU stanoví, že „[č]lenské státy se zavazují, že spory o výklad nebo provádění Smluv nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy“.

B. BIT Nizozemsko/Československo

7. BIT Nizozemsko/Československo byla uzavřena dne 29. dubna 1991 a vstoupila v platnost dne 1. října 1992⁸. Slovenská republika jako právní nástupce České a Slovenské federativní republiky vstoupila do práv a závazků této dne 1. ledna 1993 a dne 1. května 2004 se stala členem Evropské unie.

8. Tato BIT byla uzavřena v nizozemském, českém, anglickém a nizozemském jazyce s tím, že v případě rozdílného výkladu má přednost anglická verze.

9. Článek 2 uvedené BIT stanoví, že „[k]aždá smluvní strana na svém území podporuje investice investorů druhé smluvní strany a povoluje tyto investice v souladu s ustanoveními svého právního řádu“⁹.

10. Článek 3 uvedené BIT stanoví následující:

„1) Každá smluvní strana zabezpečí investicím investorů druhé smluvní strany nestranné a spravedlivé zacházení a nebude nepřiměřenými a diskriminačními opatřeními poškozovat správu, řízení, udržování, používání, využití nebo dispozici s investicemi těchto investorů.“¹⁰

2) Každá smluvní strana poskytne těmto investicím zejména plnou bezpečnost a ochranu, která v žádném případě nebude menší než přiznávaná investicím vlastních investorů nebo investicím investorů z kteréhokoliv třetího státu, pokud je pro dotčeného investora výhodnější.¹¹

8 – Znění je dostupné v anglickém jazyce na internetové stránce UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

9 – „Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law“.

10 – „Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors“.

11 – „More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned“.

3) Ustanovení tohoto článku nebudou vykládána tak, aby zavazovala kteroukoliv smluvní stranu poskytovat investorům druhé smluvní strany preference a výhody obdobné těm, které přiznává investorům z třetího státu

a) členství v bývalé nebo existující nebo budoucí celní unii nebo hospodářské unii nebo obdobné organizaci; [...] [12]

4) Každá smluvní strana bude dodržovat všechny závazky, které může přijmout ve vztahu k investicím investorů druhé smluvní strany[13].

5) Pokud ustanovení právního řádu jedné ze smluvních stran nebo závazky, které podle mezinárodního práva nyní platí nebo později mezi smluvními stranami vstoupí v platnost, obsahují nad rámec této Dohody pravidla, ať již obecná nebo zvláštní, opravňující investice investorů druhé smluvní strany k příznivějšímu zacházení než poskytuje tato Dohoda, budou mít tato pravidla v míře, v jaké jsou výhodnější, přednost před touto Dohodou.[14]

11. Článek 4 stanoví, že „[k]aždá smluvní strana zajistí, aby platby související s investicí mohly být převáděny. Převody se uskutečňují ve volně směnitelné měně bez nežádoucích omezení nebo prodlení [...]“¹⁵. Volný převod plateb zahrnuje mimo jiné zisky, úroky a dividendy.

12. Podle článku 5: „[ž]ádná ze smluvních stran nepřijme opatření zbavující přímo nebo nepřímo investory druhé smluvní strany jejich investic“¹⁶, nebudou-li splněny tři podmínky, a sice že opatření jsou přijímána ve veřejném zájmu a jsou provedena podle zákona, nejsou diskriminační a jsou doprovázena ustanovením o vyplacení spravedlivé náhrady. Podle tohoto ustanovení musí dávka představovat skutečnou hodnotu (genuine value) investice.

13. Článek 8 stanoví následující:

„1) Všechny spory mezi jednou smluvní stranou a investorem druhé smluvní strany, týkající se jeho investice, budou pokud možno, vyřešeny přátelsky.[17]

2) Každá smluvní strana tímto souhlasí, že podřídí spor uvedený v odstavci (1) tohoto článku rozhodčímu soudu, jestliže se spor nepodařilo vyřešit přátelsky ve lhůtě do šesti měsíců od doby, kdy jedna strana ve sporu o takové řešení sporu požádala. [18]

12 – „The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; [...]“.

13 – „Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party.“

14 – „If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.“

15 – „Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay.“

16 – „Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]“.

17 – „All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.“

18 – „Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.“

3) Rozhodčí soud uvedený v odstavci (2) tohoto článku bude pro každý jednotlivý případ ustaven takto: každá strana ve sporu určí jednoho rozhodce a tito rozhodci určení tímto způsobem vyberou předsedu, který bude občanem třetího státu. Každá strana ve sporu určí svého rozhodce ve lhůtě dvou měsíců a předseda bude jmenován ve lhůtě tří měsíců od doby, kdy investor oznámil smluvní straně své rozhodnutí předat spor rozhodčího soudu.^[19]

4) Nebylo-li uskutečněno jmenování ve shora uvedené době, každá strana ve sporu může požádat předsedu rozhodčího soudu obchodní komory ve Stockholmu, aby provedl potřebná jmenování. Je-li předseda občanem jedné smluvní strany nebo brání-li mu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán místopředseda, aby provedl potřebná jmenování. Je-li i místopředseda občanem jedné smluvní strany nebo brání-li také jemu nějaká překážka ve splnění tohoto úkolu, bude požádán o provedení potřebného jmenování služebně nejstarší člen rozhodčího soudu, který není občanem žádné smluvní strany.^[20]

5) Rozhodčí soud stanoví svá procesní pravidla za použití rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní (UNCITRAL).^[21]

6) Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona a přihlédne zejména, nikoliv však výlučně:

- k platnému právu smluvní strany, o kterou se jedná;
- k ustanovením této Dohody a jiných příslušných dohod uzavřených mezi smluvními stranami;
- k ustanovením zvláštních dohod, které se týkají investic;
- k obecným zásadám mezinárodního práva.^[22]

7) Rozhodčí soud rozhoduje většinou hlasů; takové rozhodnutí bude pro strany ve sporu konečné a závazné^[23]“.

14. Článek 13 stanoví:

„1) Tato dohoda [...] zůstane v platnosti po dobu deseti let.^[24]

19 – „The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.“

20 – „If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.“

21 – „The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).“

22 – „The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law.“

23 – „The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.“

24 – „The present Agreement [...] shall remain in force for a period of ten years.“

2) Pokud nebude Dohoda vypovězena jednou ze smluvních stran nejméně šest měsíců před ukončením její platnosti, bude její platnost mlčky prodloužena o dalších deset let. Každá smluvní strana si zachová právo ukončit platnost Dohody výpovědí danou alespoň šest měsíců před datem uplynutí právě probíhající doby platnosti.^[25]

3) Pokud jde o investice uskutečněné přede dnem ukončení platnosti této Dohody, zůstanou pro ně předchozí články v platnosti na období patnácti let od tohoto data.^[26]

[...]“

C. Německé právo

15. Ustanovení § 1040 Zivilprozessordnung (občanský soudní řád), nadepsané „Pravomoc rozhodčího soudu rozhodnout o své vlastní pravomoci“, stanoví:

„1) Soud může rozhodnout o své vlastní pravomoci, včetně veškerých námítkách týkajících se existence nebo platnosti rozhodčí smlouvy. [...]

2) Námitka nedostatku pravomoci rozhodčího soudu může být vznesena nejpozději při podání vyjádření k žalobě. [...]

3) Má-li rozhodčí soud za to, že je pravomocný, rozhodne o námitce uvedené v odstavci 2 zpravidla mezitímním nálezem. [...]

16. Ustanovení § 1059 občanského soudního řádu, nadepsané „Návrh na zrušení“, stanoví:

„1) Žaloba k obecnému soudu směřující proti rozhodčímu nálezu může být učiněna výhradně ve formě návrhu na zrušení v souladu s odstavci 2 a 3.

2) Rozhodčí nález lze zrušit pouze tehdy, pokud

1. účastník řízení, který podal návrh, oprávněně tvrdí

a) [...] že [rozhodčí smlouva] je neplatná podle rozhodného práva zvoleného stranami nebo, není-li dohoda o rozhodném právu, podle německého práva nebo

[...]

2. příslušný vnitrostátní soud určí

[...]

b) že uznání nebo výkon nálezu by vedly k výsledku, jenž je v rozporu s veřejným pořádkem.[...]“

III. Spor v původním řízení a předběžné otázky

17. Společnost Achmea B. V., dříve Eureko B. V., je součástí nizozemské pojišťovací skupiny.

25 – „Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity.“

26 – „In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.“

18. V rámci reformy zdravotnictví Slovenská republika otevřela v roce 2004 slovenský trh pro tuzemské a zahraniční poskytovatele soukromého zdravotního pojištění. Poté, co společnost Achmea získala na Slovensku povolení působit jako zdravotní pojišťovna, založila na Slovensku dceřinou společnost (Union Healthcare), které poskytla kapitál (přibližně 72 milionů eur) a prostřednictvím které poskytovala soukromé zdravotní pojištění.

19. Po změně vlády v roce 2006 Slovenská republika částečně zrušila liberalizaci trhu v oblasti zdravotního pojištění. Nejprve zakázala působení pojišťovacích makléřů, poté rozdělování zisků z činností týkajících se zdravotního pojištění a nakonec prodej portfolia pojištění. Rozsudkem ze dne 26. ledna 2011 rozhodl Ústavní soud Slovenskej republiky (Ústavní soud Slovenské republiky, Slovensko), že zákonný zákaz rozdělování zisků byl v rozporu s Ústavou. Slovenská republika znovu povolila rozdělování zisků zákonem o reformě zdravotního pojištění, který vstoupil v platnost dne 1. srpna 2011.

20. Vzhledem k tomu, že se společnost Achmea domnívala, že legislativní opatření Slovenské republiky představovala porušení čl. 3 odst. 1 a 2, článku 4 a článku 5 BIT Nizozemsko/Československo, zahájila v říjnu 2008 proti tomuto státu rozhodčí řízení na základě článku 8 BIT Nizozemsko/Československo a domáhala se náhrady škody ve výši 65 milionů eur.

21. Rozhodčí soud a účastníci řízení se dohodli, že PCA bude vykonávat působnost soudní kanceláře a jednacím jazykem bude angličtina. Procesním usnesením č. 1 stanovil rozhodčí soud místem rozhodčího řízení Frankfurt nad Mohanem (Německo).

22. V rámci rozhodčího řízení vznesla Slovenská republika námitku nedostatku pravomoci rozhodčího soudu. Tvrdila, že Smlouva o FEU upravuje stejnou oblast jako BIT Nizozemsko/Československo, a v důsledku toho je třeba považovat tuto BIT za nepoužitelnou nebo za zaniklou v souladu s články 30 a 59 Vídeňské úmluvy o smluvním právu uzavřené dne 23. května 1969 ve Vídni (dále jen „Vídeňská úmluva“)²⁷. Slovenská republika rovněž tvrdila, že proto nelze rozhodčí smlouvu upravenou v čl. 8 odst. 2 této BIT použít z důvodu její neslučitelnosti se Smlouvou o FEU. V tomto ohledu dodává, že k návrhům společnosti Achmea je výlučně pravomocný Soudní dvůr, jelikož některá ustanovení uvedené BIT, jako jeho článek 4 týkající se volného převodu plateb, jsou podle Soudního dvora neslučitelná se Smlouvou o FEU²⁸.

23. Svým rozhodčím nálezem ze dne 26. října 2010 o pravomoci, přípustnosti a přerušení řízení zamítl rozhodčí soud tuto námitku nedostatku pravomoci a prohlásil se za příslušný²⁹. Žaloba na zrušení podaná Slovenskou republikou proti tomuto nálezu u německých soudů nebyla úspěšná.

27 – Sbíрка smluv Spojených národů, sv. 1155, s. 331.

28 – Viz judikatura citovaná v poznámce pod čarou 5.

29 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureka B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení.

24. Konečným rozhodčím nálezem ze dne 7. prosince 2012 rozhodčí soud rozhodl, že část opatření přijatých Slovenskou republikou, a sice zákaz rozdělování zisků³⁰ a zákaz převodů³¹, porušovala článek 3 (nestranné a spravedlivé zacházení) a článek 4 (volný převod plateb) BIT a uložil Slovenské republice, aby zaplatila společnosti Achmea náhradu škody ve výši 22,1 milionu eur, zvýšenou o úroky, jakož i náhradu nákladů rozhodčího řízení a nákladů a odměn na právní zastoupení společnosti Achmea³².

25. Vzhledem k tomu, že místem arbitráže byl Frankfurt nad Mohanem (Německo), Slovenská republika podala návrh na zrušení rozhodčího nálezu k Oberlandesgericht Frankfurt am Main (vrchní zemský soud ve Frankfurtu nad Mohanem, Německo). Proti zamítavému rozhodnutí tohoto soudu podala Slovenská republika kasační opravný prostředek k Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo).

26. V tomto kontextu Slovenská republika tvrdí, že konečný rozhodčí nález musí být zrušen, neboť je v rozporu s veřejným pořádkem, a že rozhodčí smlouva, která vedla k tomuto nálezu, je rovněž neplatná a v rozporu s veřejným pořádkem³³.

27. Pokud jde o rozpor konečného rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem, Slovenská republika tvrdí, že jelikož rozhodčí soud neměl možnost podat Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, nepřihlédl k ustanovením vyšší právní síly unijního práva v oblasti volného pohybu kapitálu a při stanovení výše škody porušil její právo na obhajobu.

28. Pokud jde o neplatnost rozhodčí smlouvy založené článkem 8 BIT Nizozemsko/Československo, Slovenská republika tvrdí, že tato smlouva je v rozporu s články 267 a 344 SFEU, jakož i se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v článku 18 SFEU.

29. I když Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr) nesdílí pochybnosti vyjádřené Slovenskou republikou ohledně slučitelnosti článku 8 BIT Nizozemsko/Československo s články 18, 267 a 344 SFEU, konstatoval, že Soudní dvůr dosud nerozhodl o těchto otázkách a že je nemožné vyvodit odpověď z existující judikatury s dostatečnou jistotou zvláště vzhledem ke stanovisku Komise, která vstoupila do řízení jako vedlejší účastník na podporu Slovenské republiky jak v dotčeném rozhodčím řízení, tak v řízení o žalobě na zrušení u německých soudů.

30. Za těchto podmínek se Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Brání článek 344 SFEU použití ustanovení dvoustranné dohody o ochraně investic mezi členskými státy Unie (takzvaná ‚BIT uvnitř Unie‘), podle kterého může investor smluvního státu v případě sporu týkajícího se investic v jiném smluvním státu zahájit vůči naposledy uvedenému státu rozhodčí řízení, pokud byla uvedená dohoda uzavřena před přistoupením jednoho ze smluvních států k Evropské unii, avšak rozhodčí řízení má být zahájeno až poté?

30 – Podle zákona č. 530/2007 ze dne 25. října 2007 musely být zisky ze zdravotního pojištění použity pro potřeby zdravotnictví státu. Tento zákon byl posouzen za neslučitelný s Ústavou Ústavním soudem Slovenskej republiky (Ústavní soud Slovenské republiky), což je důvod, proč rozhodčí soud rozhodl, že na rozdíl od toho, co tvrdila společnost Achmea, zákaz rozdělování zisků nepředstavoval vyvlastnění její investice. Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), konečný rozhodčí nález ze dne 7. prosince 2012, bod 288.

31 – Zákon č. 192/2009 ze dne 30. dubna 2009 ukončil možnost zdravotní pojišťovny prodat své portfolio pojištění jiné pojišťovně. Navíc, podle tohoto zákona v případě platební neschopnosti podobné společnosti muselo být portfolio pojištění postoupeno jedné ze dvou pojišťoven vlastněných státem, a to bezplatně.

32 – Rozhodčí soud odmítl argument společnosti Achmea, podle kterého opatření přijatá Slovenskou republikou představují vyvlastnění v rozporu s článkem 5 uvedené BIT.

33 – Viz § 1059 odst. 2 bod 1 písm. a) a § 1059 odst. 2 bod 2 písm. b) občanského soudního řádu.

V případě záporné odpovědi na první otázku:

- 2) Brání článek 267 SFEU použití takového ustanovení?

V případě záporné odpovědi na první a druhou otázku:

- 3) Brání čl. 18 první pododstavec SFEU v kontextu popsaném v první otázce použití takového ustanovení?“

IV. Řízení před Soudním dvorem

31. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce došla Soudnímu dvoru dne 23. května 2016. Slovenská republika, společnost Achmea, česká, estonská, řecká, španělská, kyperská, maďarská, nizozemská, rakouská, polská, rumunská a finská vláda, jakož i Komise předložily písemná vyjádření.

32. Dne 19. června 2016 se konalo jednání, na kterém přednesly své řeči Slovenská republika, společnost Achmea, německá, česká, estonská, řecká, španělská, francouzská, italská, kyperská, lotyšská, maďarská, nizozemská, rakouská, polská, rumunská a finská vláda, jakož i Komise.

V. Analýza

A. Úvodní poznámky

33. Před posouzením tří předběžných otázek položených předkládajícím soudem bych rád učinil několik úvodních poznámek.

34. Členské státy, které v projednávané věci předložily vyjádření, se dělí na dvě skupiny. První skupina je složena ze Spolkové republiky Německo, Francouzské republiky, Nizozemského království, Rakouské republiky a Finské republiky, které jsou především zeměmi původu investorů, a tudíž nejsou nikdy nebo jsou málokdy žalovanými v rozhodčích řízeních zahájených investory, přičemž Nizozemské království a Finská republika nebyly nikdy žalovány³⁴, Spolková republika Německo byla žalována ve 3 případech³⁵ a Francouzská republika³⁶ a Rakouská republika pouze v jednom případě³⁷.

35. Druhá skupina je složena ze Slovenské republiky, České republiky, Estonské republiky, Řecké republiky, Španělského království, Italské republiky, Kyperské republiky, Lotyšské republiky, Maďarska, Polské republiky a Rumunska. Všechny tyto země byly žalovanými v několika rozhodčích řízeních o ochraně investic uvnitř Unie, z toho Česká republika 26krát, Estonská republika 3krát, Řecká republika 3krát, Španělské království 33krát, Italská republika 9krát, Kyperská republika 3krát, Lotyšská republika 2krát, Maďarsko 11krát, Polská republika 11krát, Rumunsko 4krát a Slovenská republika 9krát³⁸.

34 – Viz statistiky dostupné na internetové stránce Investment Policy Hub UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 – Jedná se o probíhající rozhodčí řízení Vattenfall AB a další v. Spolková republika Německo (II) (věc ICSID č. ARB/12/12) zahájené švédským investorem na základě Smlouvy o energetické chartě, a rozhodčí řízení, které byly předmětem transakce, a sice Ashok Sancheti v. Spolková Republika Německo zahájené indickým investorem na základě BIT Německo/Indie a Vattenfall AB a další v. Spolková republika Německo (I) (věc ICSID č. ARB/09/6), zahájené švédským investorem na základě Smlouvy o energetické chartě.

36 – Jedná se o probíhající rozhodčí řízení Erbil Serter v. Francouzská republika (věc ICSID č. ARB/13/22) zahájené tureckým investorem na základě BIT Francie/Turecko.

37 – Pokud jde o Rakouskou republiku, jedná se o probíhající řízení B.V. Belegging-Maatschappij Far East v. Rakouská republika (věc ICSID č. ARB/15/32) zahájené na základě BIT Rakousko/Malta.

38 – Viz statistiky dostupné na internetové stránce Investment Policy Hub UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

36. Vzhledem k této hospodářské skutečnosti není vůbec překvapující, že se členské státy z druhé skupiny vyjádřily na podporu teze Slovenské republiky, která je sama žalovanou v dotčeném rozhodčím řízení o ochraně investic, o které jde v projednávané věci.

37. Je naopak překvapující, že v této druhé skupině, která hájí neslučitelnost BIT uvnitř Unie se Smlouvami o EU a FEU, pouze Italská republika ukončila své BIT uvnitř Unie s výjimkou BIT Itálie/Malta, zatímco ostatní členské státy této skupiny všechny tyto BIT nebo většinu z nich zachovaly v platnosti, čímž tak umožnily svým vlastním investorům mít z nich prospěch. Rozhodčí řízení o ochraně investic zahájená investory z těchto členských států jsou totiž četná a jsou velmi často vedena proti jinému členskému státu z této skupiny³⁹.

38. Když byla Slovenská republika během jednání dotázána na důvod, proč neukončila alespoň BIT podepsané s členskými státy, které v projednávané věci tvrdí stejně jako ona, že jsou neslučitelné s unijním právem⁴⁰, dovolávala se cíle, aby její vlastní investoři nebyli obětmi diskriminace ve srovnání s investory z jiných členských států v členských státech, se kterými by již neměla BIT. Nicméně tato obava jí nezabránila ukončit svou BIT s Italskou republikou. Současně její vlastní investoři nadále těží z BIT uzavřených s členskými státy z téže skupiny, jak prokazuje rozhodčí řízení Poštová banka, a.s., a Istrokapital SE v. Řecká republika (věc ICSID č. ARB/13/8).

39. Teze Komise ve mně rovněž vyvolává otázky.

40. Po velmi dlouho dobu totiž teze unijních orgánů, včetně Komise, spočívala v tvrzení, že BIT nebyly zdaleka neslučitelné s unijním právem, ale byly nástroji nutnými k přípravě přistoupení zemí střední a východní Evropy k Unii. Dohody o přidružení podepsané mezi Uníí a kandidátskými zeměmi ostatně obsahovaly ustanovení, která upravovala uzavření BIT mezi členskými státy a kandidátskými zeměmi⁴¹.

39 – Viz zejména *Indrek Kuivallik v. Lotyšská republika* (UNCITRAL) na základě BIT Estonsko/Lotyšsko; *UAB E energija v. Lotyšská republika* (věc ICSID č. ARB/12/33) na základě BIT Litva/Lotyšsko; *Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovenská republika* (UNCITRAL) na základě BIT Polsko/Slovensko; *ČEZ a.s. v. Bulharská republika* (věc ICSID č. ARB/16/24) a *ENERGO-PRO a.s. v. Bulharská republika* (věc ICSID č. ARB/15/19) na základě BIT Česká republika/Bulharsko; *Poštová banka, a.s. a Istrokapital SE v. Řecká republika* (věc ICSID č. ARB/13/8) na základě BIT Řecko/Slovensko a *Řecko/Kypr*; *MOL Hungarian Oil and Gas Company plc v. Chorvatská republika* (věc ICSID č. ARB/13/32) na základě BIT Maďarsko/Chorvatsko; *Theodoros Adamakopoulos a další v. Kyperská republika* (věc ICSID č. ARB/15/49), *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. v. Řecká republika* (věc ICSID č. ARB/14/16) a *Marfin Investment Group Holdings S. A. a další v. Kyperská republika* (věc ICSID č. ARB/13/27) na základě BIT Řecko/Kypr; *WCV Capital Ventures Cyprus Limited a Channel Crossings Limited v. Česká republika* (UNCITRAL), *Forminster Enterprises Limited v. Česká republika* (UNCITRAL) a *WA Investments-Europa Nova Limited v. Česká republika* (UNCITRAL) na základě BIT Česká republika/Kypr; *Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd. v. Polská republika* (CCI) a *Seventhsun Holding Ltd a další v. Polská republika* (SCC) na základě BIT Kypr/Polsko; *Natland Investment Group NV a další v. Česká republika* (UNCITRAL) na základě mimo jiné BIT Kypr/Česká republika; *Mercuria Energy Group v. Polská republika* (SCC) na základě Smlouvy o energetické chartě zavazující Kyperskou republiku a Polskou republiku; *Vigotop Limited v. Maďarsko* (věc ICSID č. ARB/11/22) na základě BIT Kypr/Maďarsko; *Impresa Grassetto S.p.A. v. Italská republika* (věc ICSID č. ARB/13/10) na základě BIT Itálie/Slovensko; *Marco Gavazzi a Stefano Gavazzi v. Rumunsko* (věc ICSID č. ARB/12/25), a *Luigiterzo Bosca v. Litevská republika* (věc PCA č. 2011-05) na základě BIT Itálie/Litva.

40 – Jedná se o Řeckou republiku, Španělské království, Lotyšskou republiku, Maďarsko, Polskou republiku a Rumunsko.

41 – Například viz čl. 72 odst. 2 druhá odrážka evropské dohody zakládající přidružení mezi Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně jedné a Maďarskou republikou na straně druhé, podepsané v Bruselu dne 16. prosince 1991 (Úř. věst. 1993, L 347, s. 2); čl. 73 odst. 2 první odrážka evropské dohody zakládající přidružení mezi Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně jedné a Polskou republikou na straně druhé, podepsané v Bruselu dne 16. prosince 1991 (Úř. věst. 1993, L 348, s. 2); čl. 74 odst. 2 druhá odrážka evropské dohody zakládající přidružení mezi Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně jedné a Rumunskem na straně druhé, podepsané v Bruselu dne 1. února 1993 (Úř. věst. 1994, L 357, s. 2); čl. 74 odst. 2 druhá odrážka evropské dohody zakládající přidružení mezi Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně jedné a Slovenskou republikou na straně druhé, podepsané v Lucemburku dne 4. října 1993 (Úř. věst. 1994, L 359, s. 2), a čl. 85 odst. 2 druhá odrážka dohody o stabilizaci a přidružení mezi Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně jedné a Chorvatskou republikou na straně druhé, podepsané v Lucemburku dne 29. října 2001 (Úř. věst. 2005, L 26, s. 3).

41. Na jednání se Komise pokoušela tento vývoj svého stanoviska o neslučitelnosti BIT se Smlouvami o EU a FEU vysvětlit, když tvrdila, že se jednalo o dohody nezbytné pro přípravu přistoupení kandidátských zemí. Nicméně pokud byly tyto BIT odůvodněné pouze během období přidružení a každá ze stran věděla, že se stanou neslučitelnými se Smlouvami o EU a FEU, jakmile se dotýčný třetí stát stane členem Unie, proč nestanovily smlouvy o přistoupení zánik těchto dohod, a ponechaly je tedy v právní nejistotě, která přetrvává pro některé členské státy již více než 30 let a pro mnoho jiných již 13 let?

42. Navíc v Unii neexistují pouze smlouvy o ochraně investic pouze mezi zeměmi s tržní ekonomikou a zeměmi, jež byly dříve nazývány zeměmi s řízeným hospodářstvím⁴², nebo mezi členskými státy a přidruženými kandidátskými zeměmi⁴³, jak naznačuje Komise.

43. Navíc všechny členské státy a Unie ratifikovaly Smlouvu o energetické chartě podepsanou v Lisabonu dne 19. prosince 1994⁴⁴. Tato mnohostranná smlouva v oblasti investic v energetice působí dokonce mezi členskými státy, neboť nebyla uzavřena jako dohoda mezi Uníí a jejími členskými státy⁴⁵ na jedné straně a třetími zeměmi na druhé straně, ale jako běžná mnohostranná dohoda, které se všechny smluvní strany účastní na stejné úrovni. V tomto smyslu působí hmotněprávní ustanovení na ochranu investic stanovená touto smlouvou, jakož i postup ISDS rovněž mezi členskými státy. Podotýkám, že pokud žádný z unijních orgánů ani žádný členský stát nežádal Soudní dvůr o posudek ohledně slučitelnosti této smlouvy se Smlouvami o EU a FEU, bylo tomu tak proto, že neměly sebemenší podezření týkající se údajné neslučitelnosti.

44. Dodávám, že systematické riziko, které podle Komise představují BIT uvnitř Unie pro jednotnost a účinnost unijního práva, je značně přehnané. Statistiky UNCTAD⁴⁶ ukazují, že z 62 rozhodčích řízení uvnitř Unie, která byla ukončena během období několika desítek let, měli investoři úspěch pouze v 10 věcech⁴⁷, což představuje 16,1 % z těchto 62 věcí, tedy podstatně nižší procento než 26,9 % „vítězství“ pro investory na světové úrovni⁴⁸.

45. Rozhodčí soudy ve značné míře umožnily Komisi zúčastnit se rozhodčích řízení, a pokud je mi známo, v žádné z těchto 10 věcí rozhodčí soudy nepřezkoumávaly platnost unijních aktů nebo slučitelnost aktů členských států z hlediska unijního práva. V písemných vyjádřeních několik členských států, jakož i Komise uvádějí pouze jeden příklad, a sice rozhodčí řízení Ioan Micula a další

42 – Viz například BIT Belgie a Lucembursko/Kypr, Belgie a Lucembursko/Malta a Kypr/Malta.

43 – Viz například BIT Kypr/Malta, Estonsko/Lotyško, Estonsko/Litva, Estonsko/Polsko, Polsko/Bulharsko, Polsko/Slovensko, Maďarsko/Slovensko, Maďarsko/Slovensko, Maďarsko/Polsko, Česká republika/Bulharsko a Česká republika/Lotyško.

44 – Viz rozhodnutí 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).

45 – Italská republika nedávno ukončila tuto smlouvu, když uvedla celkový přezkum nákladů vyplývajících z finančních příspěvků z titulu její účasti v několika mezinárodních organizacích, včetně sekretariátu Energetické charty se sídlem v Bruselu. Viz https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015_06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, na straně 7.

46 – Viz jeho internetová stránka <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 – Viz Eastern Sugar B. V. v. Česká republika (UNCITRAL) (věc rozhodčího soudu obchodní komory ve Stockholmu SCC č. 088/2004), částečný rozhodčí nález ze dne 27. března 2007; Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), konečný rozhodčí nález ze dne 7. prosince 2012; Les Laboratoires Servier, S. A. S. a další v. Polská republika (PCA), rozhodčí nález ze dne 14. února 2012; EDF International S. A. v. Maďarsko (věc PCA), rozhodčí nález ze dne 3. prosince 2014; EDF International S. A. v. Maďarsko (UNCITRAL), rozhodčí nález ze dne 3. prosince 2014; Dan Cake (Portugal) S. A. v. Maďarsko (věc ICSID č. ARB/12/9), rozhodnutí ze dne 24. srpna 2015 o příslušnosti a odpovědnosti; Edenred S. A. v. Maďarsko (věc ICSID č. ARB/13/21), rozhodčí nález ze dne 13. prosince 2016; Eiser Infrastructure Limited a Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/36), rozhodčí nález ze dne 4. května 2017; Horthel Systems BV a další v. Polská republika (věc PCA č. 2014-31), rozhodčí nález z roku 2017, jakož i Marco Gavazzi a Stefano Gavazzi v. Rumunsko (věc ICSID č. ARB/12/25), rozhodčí nález ze dne 13. července 2017.

48 – Viz statistiky UNCTAD dostupné na jeho internetové stránce <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

v. Rumunsko (věc ICSID č. ARB/05/20), které vedlo k rozhodčímu nálezu neslučitelnému s unijním právem. I když se domnívám, že tento příklad není v projednávané věci relevantní⁴⁹, skutečnost, že existuje pouze jediný příklad, potvrzuje moji myšlenku, že obava některých členských států a Komise ze systematického rizika, které vytvářejí BIT uvnitř Unie, je značně přehnaná.

46. Konečně je třeba zdůraznit, že od přistoupení Slovenské republiky k Unii se již na BIT Nizozemsko/Československo nevztahuje působnost článku 351 SFEU⁵⁰.

47. To však neznamená, že by se tato BIT stala automaticky neplatnou nebo neslučitelnou se Smlouvami o EU a FEU. Jak rozhodl Soudní dvůr, „ustanovení úmluvy zavazující dva členské státy se nemohou použít ve vztazích mezi těmito státy, pokud se ukáží být v rozporu s pravidly Smlouvy o [FEU]“⁵¹. Jinak řečeno, ustanovení takové úmluvy se použijí mezi členskými státy v rozsahu, v němž jsou slučitelná se Smlouvami o EU a FEU.

48. Je tedy třeba přezkoumat, zda je článek 8 BIT Nizozemsko/Československo neslučitelný se Smlouvou o FEU, a zejména s články 18, 267 a 344 SFEU.

B. Ke třetí předběžné otázce

49. Navrhuji posoudit tři otázky v opačném pořadí, než je pořadí stanovené předkládajícím soudem, neboť nebude třeba odpovídat na první a druhou otázku, pokud článek 8 BIT Nizozemsko/Československo představuje diskriminaci na základě státní příslušnosti zakázanou článkem 18 SFEU.

50. Podstatou třetí předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda článek 18 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že brání takovému postupu ISDS, jako je postup upravený článkem 8 BIT Nizozemsko/Československo, který přiznává nizozemským investorům právo využít rozhodčí řízení proti Slovenské republice, což je právo, které nemají investoři z ostatních členských států.

1. K přípustnosti

51. Společnost Achmea, jakož i nizozemská, rakouská a finská vláda, zpochybňují přípustnost této otázky, jelikož není relevantní pro řešení sporu v původním řízení, protože si společnost Achmea nijak nestěžuje, že by byla diskriminována. Naopak, pokud by článek 8 BIT Nizozemsko/Československo zakládal diskriminaci, společnost Achmea by z ní měla prospěch.

52. Domnívám se, že tuto námitku nepřípustnosti je třeba zamítnout, neboť odpověď na třetí otázku je nutná za účelem posouzení slučitelnosti článku 8 této BIT se Smlouvami o EU a FEU.

49 – Nejednalo se o spor, na který se vztahovala BIT uvnitř Unie, neboť Rumunsko dosud nepřistoupilo k Unii v roce 2005, což je okamžik, kdy bylo rozhodčí řízení zahájeno a kdy došlo k vyhranění sporu. V důsledku toho se unijní právo nepoužilo na skutečnosti, o které šlo v tomto rozhodčím řízení.

50 – Viz rozsudek ze dne 8. září 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, body 97 až 99), který se týkal dvoustranných smluv, uzavřených dne 11. června 1976 a 7. června 1979 mezi Rakouskou republikou a Československou socialistickou republikou. V rozhodné době z hlediska skutkového stavu věci, ve které byl vydán tento rozsudek, již byla Rakouská republika členským státem, zatímco Česká republika nikoliv, ovšem v průběhu této věci již bylo zahájeno přistoupení České republiky k Unii.

51 – Rozsudek ze dne 20. května 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, bod 37). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 10. listopadu 1992, Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, bod 8). Toto stanovisko je v souladu s čl. 30 odst. 3 Vídeňské úmluvy, podle kterého „[j]sou-li všechny smluvní strany dřívější smlouvy též stranami smlouvy pozdější, aniž podle článku 59 dřívější smlouva zanikla nebo její provádění bylo přerušeno, provádí se dřívější smlouva pouze v tom rozsahu, v jakém jsou její ustanovení slučitelná s ustanoveními smlouvy pozdější“. V tomto smyslu viz *Electrabel S. A. v. Maďarsko* (věc ICSID č. ARB/07/19), rozhodnutí ze dne 30. listopadu 2012 o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti, body 4.182 až 4.191.

53. K předkládajícímu soudu byla podána žaloba na zrušení konečného rozhodčího nálezu ze dne 7. prosince 2012 vydaného v rozhodčím řízení Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13) mimo jiné z důvodu neplatnosti rozhodčí doložky, na které založil rozhodčí soud svou pravomoc. V tomto smyslu je irelevantní, zda je společnost Achmea diskriminována, či nikoliv.

2. K věci samé

54. Úvodem podotýkám, že několik zúčastněných, jakož i Komise uvádějí, že svou třetí otázkou by předkládající soud neměl mířit na článek 18 SFEU, ale na články 49 a 63 SFEU, které představují ve vztahu k článku 18 SFEU zvláštní pravidla.

55. Z ustálené judikatury totiž vyplývá, že „článek 18 SFEU se použije samostatně pouze v situacích upravených unijním právem, pro něž Smlouva nestanoví zvláštní pravidla o zákazu diskriminace“⁵².

56. Nicméně postup ISDS zavedený článkem 8 uvedené BIT nespadá do působnosti *ratione materiae* ani svobody usazování, ani volného pohybu kapitálu, ani jiného ustanovení Smlouvy o FEU, neboť unijní právo nevytváří opravné prostředky, které umožňují jednotlivcům podat žalobu proti členským státům u Soudního dvora⁵³.

57. Navíc, jak vysvětlím v bodech 183 až 198 a 210 až 228 tohoto stanoviska, věcná působnost uvedené BIT široce přesahuje meze svobody usazování zakotvené v článku 49 SFEU a volného pohybu kapitálu zakotveného v článku 63 SFEU.

58. To je ukázáno v projednávané věci, ve které rozhodčí soud ve svém konečném rozhodčím nálezu uzavřel, že Slovenská republika tím, že přijala zákazy převodu a rozdělování zisku⁵⁴, porušila články 3 (nestranné a spravedlivé zacházení) a 4 (volný převod plateb) uvedené BIT. Zatímco článek 4 uvedené BIT odpovídá v podstatě článku 63 SFEU, článek 3 uvedené BIT nemá odpovídající ustanovení v unijním právu, i když se částečně překrývá s několika ustanoveními unijního práva⁵⁵.

59. Je tedy třeba přezkoumat slučitelnost článku 8 uvedené BIT s obecnou právní zásadou Unie vyjádřenou v článku 18 SFEU, která zakazuje diskriminaci na základě státní příslušnosti.

52 – Rozsudek ze dne 5. února 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, bod 25). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 11. března 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, bod 37 a citovaná judikatura).

53 – Viz bod 205 tohoto stanoviska.

54 – Viz bod 24 tohoto stanoviska.

55 – Viz body 213 až 216 tohoto stanoviska.

60. V tomto ohledu Slovenská republika, estonská, řecká, španělská, italská, kyperská, maďarská, polská a rumunská vláda, jakož i Komise tvrdí, že hmotněprávní ustanovení uvedené BIT, včetně článku 8 této BIT, jsou diskriminační, jelikož investorům z jiných členských států než z Nizozemského království, které neuzavřely podobnou BIT se Slovenskou republikou⁵⁶, nepřiznávají příznivější zacházení.⁵⁷

61. Je třeba učinit úvodní poznámku ohledně rozsahu údajné diskriminace. Slovenská republika uzavřela BIT s většinou členských států, a sice s Belgickým královstvím, Bulharskou republikou, Dánským královstvím, Spolkovou republikou Německo, Řeckou republikou, Španělským královstvím, Francouzskou republikou, Chorvatskou republikou, Lotyšskou republikou, Lucemburským velkovévodstvím, Maďarskem, Maltskou republikou, Nizozemským královstvím, Rakouskou republikou, Polskou republikou, Portugalskou republikou, Rumunskem, Slovinskou republikou, Finskou republikou, Švédským královstvím a Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska. Tyto BIT jsou v současné době platné.

62. Na investory z těchto členských států se sice nevztahuje článek 8 BIT Nizozemsko/Československo. Nicméně všechny BIT, které jejich členské státy původu uzavřely se Slovenskou republikou, stanoví mezinárodní rozhodčí řízení jako způsob ISDS. Ve vztahu k nim tedy neexistuje rozdílné zacházení.

63. Slovenská republika uzavřela BIT rovněž s Českou republikou a s Italskou republikou, ale strany tyto BIT ukončily⁵⁸. Dochází-li tedy k rozdílnému zacházení vůči českým a italským investorům, je důvodem skutečnost, že jejich členské státy se jim rozhodly tuto výhodu, kterou jim právě BIT přiznávala, odebrat.

64. S ohledem na výše uvedené nemají estonští, irští, lotyšští a litevští investoři k dispozici ustanovení odpovídající článku 8 uvedené BIT ve vztahu ke Slovenské republice, s výjimkou investic v oblasti energetiky, kde jim poskytuje podobnou příležitost Smlouva o energetické chartě.

65. Domnívám se, že ani u těchto investorů se nejedná o diskriminaci zakázanou unijním právem.

66. Soudní dvůr se totiž již zabýval otázkou, zda může docházet k diskriminaci ve vztahu ke státnímu příslušníkovi jednoho členského státu, který se účastnil přeshraniční investice, pokud mu hostitelský členský stát nepřizná (daňové) zvýhodnění, které přiznává státním příslušníkům z jiného členského státu na základě dvoustranné dohody uzavřené s tímto státem.

67. Věc, ve které byl vydán rozsudek ze dne 5. července 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424)⁵⁹, se týkal odmítnutí nizozemských orgánů přiznat snížení základu daně z nemovitého majetku německému státnímu příslušníkovi, který investoval do nemovitostí v Nizozemsku. Pan D. tvrdil, že se jedná o diskriminaci, jelikož takové zvýhodnění bylo přiznáno belgickým státním příslušníkům, kteří

56 – Tento argument podporuje tezi o neexistenci rozporu mezi Smlouvami o EU a FEU a uvedenou BIT, kterou uvedu v bodech 174 až 228 tohoto stanoviska, neboť naznačuje, že právní ochrana přiznaná BIT nizozemským investicím ve Slovenské republice je v zásadě vyšší, a tedy doplňuje ochranu poskytnutou těmito investorem Smlouvami o EU a FEU. Unijní právo zakazuje diskriminaci státního příslušníka jednoho členského státu jiným členským státem pouze ve srovnání s tím, co tento členský stát poskytuje vlastním státním příslušníkům. Naopak, jak obrácená diskriminace, tak zvýhodnění přiznaná státním příslušníkům z jiného členského státu nejsou v unijním právu upraveny ani nejsou s unijním právem neslučitelné.

57 – Nikdo z účastníků tohoto řízení netvrdil, že existuje diskriminace mezi zahraničními a tuzemskými investory. Podle mého názoru tento rozdíl nepředstavuje diskriminaci, neboť obecně odpovídá. Žádný z účastníků řízení v projednávané věci netvrdí, že je dána diskriminace mezi zahraničními a vnitrostátními investory. Dle mého názoru nepředstavuje tento rozdíl diskriminaci, neboť odpovídá dvojím důvodům obecného zájmu, tedy jednak recipročnímu vytvoření rámce ochrany nizozemských investic na Slovensku a slovenských investic v Nizozemsku a jednak podpoře investic mezi těmito dvěma státy. V tomto smyslu viz bod 37 až 40 rozhodnutí Ústavní rady č. 2017-749-DC ze dne 31. července 2017, o komplexní dohodě o hospodářské a obchodní spolupráci mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé (JORF ze dne 18. srpna 2017, znění 1). V tomto smyslu viz body 37 až 40 rozhodnutí 2017-749-DC rozhodčí rady ze dne 31. července 2017, které se týká hospodářské a obchodní globální dohody mezi Kanadou a Evropskou unií a jejími členskými státy (JORF ze dne 18. srpna 2017, text 1).

58 – Otázkou stále zůstává, zda díky doložce „sunset“ mají tyto BIT nadále účinky pro investice uskutečněné v období, kdy byly tyto BIT platné.

59 – Viz rovněž v tomto smyslu rozsudky ze dne 12. prosince 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, body 84 a 88 až 93); ze dne 20. května 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, body 50 a 51) a ze dne 30. června 2016, *Riskin a Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, bod 31).

podobné investice uskutečnili v Nizozemsku, a to na základě článků 24 a 25 úmluvy podepsané dne 19. října 1970 mezi vládou Belgického království a vládou Nizozemského království o zamezení dvojímu zdanění v oblasti daní z příjmů a z majetku a o úpravě některých dalších daňových otázek (dále jen „ÚZDZ Nizozemsko/Belgie“).

68. Soudní dvůr nejprve připomněl, že „[...] otázka předkládajícího soudu vychází z předpokladu, že nerezident, jako je pan D., není v situaci srovnatelné se situací rezidenta Nizozemska. Otázkou je, zda je možné situaci pana D. porovnat se situací jiného nerezidenta, jenž požívá výhody zvláštního zacházení na základě smlouvy o zamezení dvojímu zdanění“⁶⁰.

69. V tomto ohledu Soudní dvůr rozhodl, že „[s]kutečnost, že se tato vzájemná práva a závazky [založené ÚZDZ Nizozemsko/Belgie] uplatní pouze na osoby s bydlištěm v jednom ze dvou smluvních členských států, je inherentním důsledkem smluv o zamezení dvojímu zdanění. Z toho vyplývá, že poplatník s bydlištěm v Belgii se, co se týče daně z majetku z nemovitého majetku nacházejícího se v Nizozemsku, nenachází ve shodné situaci jako poplatník s bydlištěm mimo Belgii“⁶¹.

70. Soudní dvůr poté dodal, že „[p]avidlo, jako je pravidlo obsažené v čl. 25 odst. 3 belgicko-nizozemské smlouvy, není možné analyzovat jako výhodu oddělitelnou od zbytku smlouvy, nýbrž ve skutečnosti jako její integrální součást přispívající k její celkové vyváženosti“⁶².

71. Z uvedeného rozsudku jasně vyplývá nejen skutečnost, že Smlouva o FEU neobsahuje doložku nejvyšších výhod (NV), jako obsahuje dotčená BIT ve svém čl. 3 odst. 2⁶³, ale rovněž, že se nejedná o diskriminaci, pokud členský stát nepřiznává státním příslušníkům jiného členského státu zacházení, které na základě úmluvy přiznává státním příslušníkům třetího členského státu.

72. Skutečnost, že Smlouva o FEU neobsahuje doložku NV, je potvrzena judikaturou Soudního dvora týkající se článku 18 SFEU, podle které „[článek 18 SFEU] ukládá naprosto rovné zacházení mezi osobami, které se nacházejí v situaci upravené [unijním] právem, se *státními příslušníky členského státu*“⁶⁴, tedy s tuzemskými státními příslušníky.

73. Domnívám se, že analogie mezi projednávanou věcí a věcí, ve které byl vydán rozsudek ze dne 5. července 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), je dokonalá, neboť srovnání učiněné Slovenskou republikou a Komisí je rovněž mezi dvěma neslovenskými investory, přičemž se na jednoho investora (v projednávané věci nizozemského) vztahuje hmotněprávní ochrana přiznaná uvedenou BIT, kdežto na druhého se tato ochrana nevztahuje.

74. Stejně jako ÚZDZ Nizozemsko/Belgie, je totiž uvedená BIT mezinárodní smlouvou, jejíž „působnost [...] je omezena na fyzické a právnické osoby v ní zmíněné“⁶⁵, a sice na fyzické osoby se státní příslušností některé ze smluvních stran a právnické osoby založené v souladu s jejich právem⁶⁶.

75. V tomto smyslu je skutečnost, že se vzájemná práva a závazky založené uvedenou BIT vztahují pouze na investory z některého ze dvou smluvních členských států, inherentním důsledkem dvoustranné povahy BIT. Z toho vyplývá, že jiný než nizozemský investor se nenachází ve stejné situaci jako nizozemský investor, pokud jde o investici uskutečněnou na Slovensku.

60 – Bod 58 uvedeného rozsudku.

61 – Bod 61 uvedeného rozsudku.

62 – Bod 62 uvedeného rozsudku.

63 – Viz body 200 a 201 tohoto stanoviska.

64 – Rozsudek ze dne 2. února 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, bod 10). Kurzivou zvýraznil autor stanoviska. Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 6. září 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, body 29 až 33), ve kterém byla situace P. Petruhhina srovnána se situací státního příslušníka jeho hostitelského členského státu.

65 – Rozsudek ze dne 5. července 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, bod 54).

66 – Viz čl. 1 písm. b) uvedené BIT.

76. Navíc stejně jako čl. 25 odst. 3 ÚZDZ Nizozemsko/Belgie, na který odkazuje Soudní dvůr v bodě 62 svého rozsudku ze dne 5. července 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), článek 8 uvedené BIT není zvýhodněním oddělitelným od zbývající části uvedené BIT, ale je její nedílnou součástí vzhledem k tomu, že by BIT bez postupu ISDS neměla žádný smysl, neboť by nedosáhla svého cíle, kterým je podpořit a přilákat zahraniční investice.

77. Jak totiž rozhodl Soudní dvůr v bodě 292 posudku 2/15 (Dohoda o volném obchodu se Singapurem) ze dne 16. května 2017 (EU:C:2017:376), ustanovení Dohody o volném obchodu se Singapurem, které zavádí mezinárodní rozhodčí řízení jako postup ISDS, „nemůže mít ryze pomocný charakter“. Podle ustálené judikatury rozhodčích soudů je právo investorů na využití mezinárodního rozhodčího řízení nejzásadnějším ustanovením BIT, neboť přes svůj procesní obsah je samo o sobě nezbytnou zárukou, která podporuje a chrání investice⁶⁷. Není tedy vůbec překvapující, že „staré“ BIT⁶⁸, které neobsahují postup ISDS odpovídající článku 8 uvedené BIT, nebyly pro investory nijak zvlášť užitečné.

78. Komise nicméně tvrdí, že se projednávaná věc odlišuje od věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 5. července 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), z důvodu daňové problematiky této posledně uvedené věci⁶⁹.

79. Domnívám se, že toto odlišení není zdaleka přesvědčivé. Nejprve uvádím, že BIT jsou podobné úmluvám o zamezení dvojímu zdanění, neboť se týkají stejných hospodářských činností, současně přílivu i odlivu kapitálu. Stát totiž může přitáhnout vstup zahraničního kapitálu na své území tím, že poskytne vysokou úroveň právní ochrany investicím v rámci BIT, i tím, že přizná daňová zvýhodnění⁷⁰. Stejně tak jako v úmluvách o zamezení dvojímu zdanění, které nebyly nikdy posouzeny za neslučitelné se Smlouvami o EU a FEU, je vzájemnost závazků států základní součástí BIT⁷¹.

80. Navíc na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, nemají úmluvy o zamezení dvojímu zdanění mezi členskými státy za právní základ čl. 293 druhou odrážku ES. Pokud by tomu tak bylo, na jakém článku by bylo třeba založit ty úmluvy, které sjednávají členské státy v současné době, když se článek 293 ES již v Lisabonské smlouvě nevyskytuje?

67 – V tomto smyslu viz Emilio Agustín Maffezini v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/97/7), rozhodnutí soudu ze dne 25. ledna 2000 o námitkách nepřislušnosti, body 54 a 55; Gas Natural SDG S. A. v. Argentinská republika (věc ICSID č. ARB/03/10), rozhodnutí soudu ze dne 17. června 2005 o námitkách nepřislušnosti, bod 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. a InterAguas Servicios Integrales del Agua S. A. v. Argentinská republika (věc ICSID č. ARB/03/17), rozhodnutí ze dne 16. května 2006 o příslušnosti, bod 59; Eastern Sugar B. V. v. Česká republika (UNCITRAL) (věc SCC č. 088/2004), mezitímní rozhodčí nález ze dne 27. března 2007, body 165 a 166; Binder v. Česká republika (UNCITRAL), rozhodčí nález ze dne 6. června 2007 o příslušnosti, bod 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovenská republika (UNCITRAL), rozhodnutí ze dne 30. dubna 2010 o příslušnosti, body 77 a 78; Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 264; WNC Factoring Ltd v. Česká republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2014-34), rozhodčí nález ze dne 22. února 2017, bod 300; Anglia Auto Accessories Limited v. Česká republika (věc SCC V 2014/181), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, bod 116; I. P. Busta a J. P. Busta v. Česká republika (věc SCC V 2015/014), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, bod 116.

68 – Viz například BIT Německo/Řecko (1961), Itálie/Malta (1967), Německo/Malta (1974), Francie/Malta (1976) a Německo/Portugalsko (1980).

69 – Komise se snaží prokázat, že na rozdíl od ochrany investic zůstala daňová oblast ve výlučné vnitrostátní pravomoci, když cituje zejména rozsudek ze dne 16. července 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), který mimo jiné nezakazuje dvojí právní zdanění. Upozorňují, že dohody o zamezení dvojímu zdanění mají práve za cíl poskytnout tuto ochranu, která není Smlouvami o EU a FEU stanovena. Stejně tak je tomu v případě BIT, neboť do ochrany investic, jakož i do oblasti přímého zdanění zasahuje unijní právo pouze prostřednictvím ustanovení o hlavních svobodách pohybu.

70 – Úmluva mezi Nizozemským královstvím a Československou socialistickou republikou o zamezení dvojímu zdanění a zabránění daňovému úniku v oboru daní z příjmu a z majetku, podepsaná v Praze dne 4. března 1974, stanoví srážkovou daň ve výši 10 % u dividend, 0 % u úroků a 5 % u licenčních poplatků.

71 – Státy v nich sjednávají celou řadu podmínek, jako je například pojem „investice“, použití doložky NV na postup ISDS či nikoliv, přítomnost či nepřítomnost doložky o vynětí (carve-out) u daňových opatření a doba trvání doložky „sunset“.

81. Nic ovšem nevylučuje možnost nahradit BIT uvnitř Unie jednou mnohostrannou BIT nebo unijním aktem v závislosti na rozdělení pravomocí mezi Unii a jejími členskými státy, které by se použily na investory všech členských států, jak navrhly ve svém neformálním dokumentu ze dne 7. dubna 2016 Spolková republika Německo, Francouzská republika, Nizozemské království, Rakouská republika a Finská republika⁷².

82. Z těchto důvodů navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na třetí otázku tak, že takový postup ISDS, jako je postup zavedený článkem 8 uvedené BIT, který přiznává nizozemským investorům právo využít mezinárodní rozhodčí řízení vůči Slovenské republice, nepředstavuje diskriminaci na základě státní příslušnosti zakázanou článkem 18 SFEU.

83. Soudní dvůr bude muset přezkoumat první a druhou předběžnou otázku pouze v případě, že s tímto návrhem odpovědi bude souhlasit.

C. Ke druhé předběžné otázce

84. Podstatou druhé předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda článek 267 SFEU jako stěžejní bod soudního systému Unie, který zaručuje vymezení pravomocí stanovených Smlouvami o EU a FEU a autonomii právního systému Unie, brání použití takového ustanovení, jako je článek 8 BIT Nizozemsko/Československo.

85. Přezkoumám tuto otázku před první otázkou, neboť se domnívám, že rozhodčí soud zřízený v souladu s článkem 8 této BIT představuje soud ve smyslu článku 267 SFEU, společný pro dva členské státy, a sice Nizozemské království a Slovenskou republiku, a je tedy oprávněn podat Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce. To automaticky znamená neexistenci jakékoliv neslučitelnosti s článkem 344 SFEU, což je předmětem první předběžné otázky.

86. Podle ustálené judikatury je pro posouzení, zda je soudní orgán svou povahou „soudem“ ve smyslu článku 267 SFEU, třeba přihlídnout k souboru faktorů, a sice „zda je orgán zřízen zákonem, zda se jedná o stálý orgán, zda má obligatorní jurisdikci, zda má řízení před ním kontradiktorní povahu, zda aplikuje právní předpisy a zda je nezávislý“⁷³. Navíc je třeba, aby „před ním probíhal spor a rozhodoval v rámci řízení, které má být ukončeno rozhodnutím soudní povahy“⁷⁴.

87. Na základě těchto kritérií nejsou rozhodčí soudy automaticky vyloučeny z pojmu „soud členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU. I když totiž Soudní dvůr několikrát odmítl odpovědět na předběžnou otázku položenou rozhodci⁷⁵, rovněž na základě přezkumu v každém konkrétním případě prohlásil za přípustné předběžné otázky položené rozhodčími soudy ve věcech, ve kterých byly vydány

72 – Dostupný na internetové stránce Transnational Institute https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. To bylo provedeno v daňové oblasti prostřednictvím několika směrnic jako jsou směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států (Úř. věst. 2003, L 157, s. 49; Zvl. vyd. 09/01, s. 380); směrnice Rady 2009/133/ES ze dne 19. října 2009 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, částečných rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států a při přemístění sídla evropské společnosti nebo evropské družstevní společnosti mezi členskými státy (Úř. věst. 2009, L 310, s. 34) a směrnice Rady 2011/96/EU ze dne 30. listopadu 2011 o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států (Úř. věst. 2011, L 345, s. 8), které ve skutečnosti představují spíše mnohostranné úmluvy o zamezení dvojímu zdanění než harmonizační opatření.

73 – Rozsudek ze dne 31. ledna 2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, bod 38 a citovaná judikatura). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudky ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, bod 23) a ze dne 6. října 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, bod 17).

74 – Rozsudek ze dne 31. ledna 2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, bod 39 a citovaná judikatura). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, bod 23).

75 – Viz zejména rozsudek ze dne 23. března 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) a ze dne 27. ledna 2005, Denuit a Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69).

rozsudky ze dne 17. října 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), a ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), jakož i usnesení ze dne 13. února 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. Poslední dva případy vedly do určité míry k otevření kritérií přípustnosti ve prospěch rozhodčích řízení jednotlivců-stát (rozsudek ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754)⁷⁶ a ve prospěch mezinárodního rozhodčího řízení (usnesení ze dne 13. února 2014, Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92)⁷⁷.

89. Přezkoumám tedy rysy rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT s ohledem na kritéria citovaná v bodě 86 tohoto stanoviska. Domnívám se, že všechna tato kritéria jsou v projednávané věci splněna⁷⁸.

1. Zákonný původ rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT

90. Většina věcí vycházejících z rozhodčího řízení, které byly předloženy Soudnímu dvoru, se týkala toliko jednoho konkrétního druhu rozhodčího řízení označovaného v judikatuře Soudního dvora jako tzv. „smluvní“ obchodní rozhodčí řízení, neboť jeho právním základem byla rozhodčí doložka obsažená v soukromoprávní smlouvě⁷⁹.

91. Existují i jiné druhy rozhodčího řízení. Mimo rozhodčí řízení stanovená článkem 272 SFEU existuje rozhodčí řízení mezi státy na základě mezinárodní úmluvy⁸⁰ nebo rozhodčí řízení mezi jednotlivci a státy, přičemž tyto dva poslední uvedené druhy se velmi liší z hlediska zákonného původu od rozhodčích řízení mezi jednotlivci.

92. V posledně uvedeném případě nemá pravomoc rozhodčího soudu svůj základ v zákoně, ale v rozhodčí doložce obsažené ve smlouvě.

93. Tak tomu bylo zejména v případě rozhodčího řízení, ve kterém byl vydán rozsudek ze dne 23. března 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) a které se týkalo tzv. „pool“ smlouvy uzavřené mezi několika soukromými podniky, jejímž předmětem bylo v rámci společného programu výstavby třinácti plavidel pro rybolov zařízených k průmyslovému zpracování rozdělit mezi tyto podniky veškerou finanční pomoc, kterou obdržely ze strany Evropského zemědělského orientačního záručního fondu (EZOZF). Rozhodčí soud, kterému byla věc předložena v souladu s uvedenou smlouvou, vyjádřil pochybnosti ohledně slučitelnosti smlouvy s unijním právem a v tomto smyslu položil Soudnímu dvoru otázku.

76 – Jednalo se o rozhodčí řízení mezi daňovým poplatníkem a Portugalskou republikou v daňové oblasti.

77 – Jednalo se o rozhodčí řízení v oblasti léčivých patentů, které bylo mezinárodní v tom smyslu, že bylo mezi kanadskou společností a dvěma portugalskými společnostmi, anglickou společností, řeckou společností a nizozemskou společností.

78 – V tomto smyslu viz Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, 2015, sv. 32(4), Journal of International Arbitration, s. 367; Paschalidis, P., „Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice“, 2016, Arbitration International, s. 1; Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU“ zveřejněné ve Ferrari, F. (ed.), The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, JurisNet, 2017, s. 85 až 123.

79 – Viz například věci, ve kterých byly vydány rozsudky ze dne 23. března 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107); ze dne 25. července 1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319); ze dne 1. června 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); ze dne 27. ledna 2005, Denuit a Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69); ze dne 26. října 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675); ze dne 10. února 2009, Allianz a Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69); ze dne 13. května 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), a ze dne 7. července 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

80 – Je třeba uvést, že několik mezinárodních dohod uzavřených mezi členskými státy stanoví, že předseda Soudního dvora bude příslušný ke jmenování rozhodců pro spory mezi členskými státy nebo mezi orgánem veřejné správy a těmito členskými státy. V tomto smyslu viz článek 27 Dohody mezi vládou Francouzské republiky a vládou Italské republiky o realizaci a využívání nové železniční tratě mezi městy Lyon a Turín, podepsané v Římě dne 30. ledna 2012. Domnívám se, že tyto rozhodčí soudy jsou rovněž soudy jednoho z členských států ve smyslu článku 267 SFEU.

94. Soudní dvůr se považoval za „nepříslušný“⁸¹, když rozhodl, že tento rozhodčí soud nebyl soudem jednoho z členských států ve smyslu článku 267 SFEU ze dvou důvodů. Zaprvé „pro smluvní strany neexistovala právní ani faktická povinnost předložit svůj spor rozhodčímu soudu“⁸², neboť toto rozhodnutí učinily ve smlouvě. Zadruhé „německé veřejné orgány se nijak nepodílejí na rozhodování o použití rozhodčího řízení, ani [...] se od nich nepožaduje, aby z úřední povinnosti zasahovaly do průběhu rozhodčího řízení“⁸³.

95. Skutečnost, že základem pravomoci rozhodčího senátu byla rozhodčí doložka uzavřená ve smlouvě mezi spotřebitelem a cestovní kancelář, stačila ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 27. ledna 2005, *Denuit a Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69), k vyloučení tohoto senátu z pojmu „soud“ ve smyslu článku 267 SFEU, i když rozhodčí doložka byla součástí všeobecných obchodních podmínek cestovní kanceláře a spotřebitel o této otázce nemohl vyjednávat.

96. Naopak zákonný původ rozhodčího soudu zřízeného a povolného v souladu s článkem 8 uvedené BIT nelze zpochybnit. Nachází se nejen v mezinárodní smlouvě, ale rovněž v nizozemském a československém zákoně o schválení uvedené BIT, kterými se stala součástí jejich právních řádů. Na rozdíl od věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 23. března 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), je zapojení veřejných orgánů při výběru rozhodčího řízení, jakož i v samotném rozhodčím řízení (neboť v projednávané věci byla Slovenská republika žalovanou stranou) zjevné.

97. Toto posouzení potvrzuje rozsudek ze dne 12. června 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), a usnesení ze dne 13. února 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. Rozhodčí soud, který podal Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 12. června 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), splňoval kritérium zákonného původu, neboť portugalský zákon stanovil rozhodčí řízení jako prostředek soudního řešení sporů v daňové oblasti a stanovil obecnou příslušnost rozhodčích soudů v daňové oblasti za účelem posouzení legality vyměření jakékoliv daně⁸⁴.

99. Stejným způsobem Soudní dvůr rozhodl, že rozhodčí soud ve věci, ve které bylo vydáno usnesení ze dne 13. února 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), splňoval kritérium zákonného původu, neboť „[jeho] pravomoc [...] vyplý[vala] nikoli z vůle účastníků řízení, ale z [portugalského] zákona č. 62/2011“⁸⁵, který zavedl rozhodčí řízení jako postup pro řešení sporů v oblasti práv průmyslového vlastnictví týkajících se generických a referenčních léčivých přípravků.

2. Stálost rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT

100. Mezinárodním rozhodčím řízením může být institucionální rozhodčí řízení, ve kterém řízení probíhá a je vykonáváno rozhodčím orgánem⁸⁶ podle jeho řádu a za odměnu, nebo rozhodčí řízení *ad hoc*, ve kterém strany vykonávají řízení samy, aniž využívají podpory rozhodčího orgánu.

81 – Domnívám se, že se nejedná o otázku příslušnosti, ale o otázku přípustnosti.

82 – Viz rozsudek ze dne 23. března 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, bod 11). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 27. ledna 2005, *Denuit a Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, bod 13).

83 – Viz rozsudek ze dne 23. března 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, bod 12). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 27. ledna 2005, *Denuit a Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, bod 13).

84 – Viz bod 24 uvedeného rozsudku.

85 – Viz bod 19 uvedeného usnesení.

86 – Viz například *PCA v Haagu* (Nizozemsko), *ICSID ve Washingtonu DC* (Spojené státy), *SCC ve Švédsku*, *Mezinárodní obchodní komora (CCI) v Paříži* (Francie) a *Mezinárodní rozhodčí soud v Londýně (CAIL)* (Spojené království).

101. Z bodů 25 a 26 rozsudku ze dne 12. června 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), a z bodu 24 usnesení ze dne 13. února 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), vyplývá, že se kritérium stálosti netýká složení rozhodčího soudu jako takového, ale institucionalizace rozhodčího řízení jako postupu pro řešení sporů. Jinými slovy, kritérium stálosti je třeba posoudit ve vztahu k rozhodčímu orgánu, který vykonává rozhodčí řízení, a nikoliv ve vztahu k rozhodčímu soudu, jehož složení je pomíjivé.

102. V tomto smyslu Soudní dvůr rozhodl v bodě 26 rozsudku ze dne 12. června 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), že „je sice složení rozhodujících sborů Tribunal Arbitral Tributário (daňový arbitrážní soud, Portugalsko) dočasné, a jejich činnost po vydání rozhodnutí končí, avšak skutečností zůstává, že Tribunal Arbitral Tributário (daňový arbitrážní soud, Portugalsko) jakožto součást zmíněného systému vykazuje stálou povahu“. Systémem, na který odkazuje Soudní dvůr, je rozhodčí orgán „Centro de Arbitragem Administrativa“ (CAAD) (arbitrážní administrativní centrum, Portugalsko).

103. Stejně tak v bodě 24 usnesení ze dne 13. února 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), Soudní dvůr rozhodl, že kritérium stálosti bylo splněno, neboť rozhodčí soud „byl zřízen na zákonném základě, [měl] trvale obligatorní pravomoc a kromě toho vnitrostátní právní předpisy vymez[ovaly] a uprav[ily] procesní pravidla, která aplik[oval]“, a to i když se mohl měnit, co se týče své formy, složení a procesních pravidlech podle výběru účastníků řízení, a i když byl rozpuštěn poté, co vydal své rozhodnutí.

104. V uvedené věci bylo jasné, že rozhodčím soudem byl soud *ad hoc* a že neexistoval rozhodčí orgán, který by zajišťoval jeho stálost, ale Soudní dvůr vyvodil stálost z článku 2 portugalského zákona č. 62/2011, který zaváděl rozhodčí řízení jako jediný prostředek řešení sporů v oblasti práv duševního vlastnictví týkajících se generických a referenčních léčivých přípravků.

105. Stejný závěr lze vyvodit pro rozhodčí soudy zřízené a povolované k rozhodnutí v souladu s článkem 8 uvedené BIT, neboť jako ve věcech, ve kterých byl vydán rozsudek ze dne 12. června 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), a usnesení ze dne 13. února 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), zavedly Nizozemské království a Slovenská republika rozhodčí řízení jako způsob řešení sporů mezi jedním z nich a investorem z druhého státu.

106. V uvedené BIT jsou rovněž upraveny i další prvky institucionalizace rozhodčího řízení.

107. Článek 8 odst. 4 uvedené BIT totiž přiznává pravomoc jmenovat rozhodce obchodní komoře ve Stockholmu (SCC), což je stálý rozhodčí soud, a odstavec 5 tohoto článku stanoví použitelnost rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) na rozhodčí řízení.

108. Navíc řízení před rozhodčím soudem dotčeným v projednávané věci probíhalo pod záštitou stálého rozhodčího soudu. Stálý rozhodčí soud (PCA), se sídlem v Haagu a založený úmluvami pro mírové řešení mezinárodních sporů, uzavřenými v letech 1899 a 1907⁸⁷, byl určen jako orgán vykonávající působnost soudní kanceláře na základě pověřovacího dopisu podepsaného tímto soudem a stranami ve věci v původním řízení.

109. V důsledku toho se mi jeví rovněž kritérium stálosti jako splněné.

87 – Všechny členské státy Unie jsou smluvními stranami těchto úmluv. Pokud jde o projednávanou věc, Nizozemské království je členským státem PCA od jeho zřízení, kdežto Slovenská republika se členským státem stala v roce 1993.

3. *Obligatorní povaha jurisdikce rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT*

110. Podle ustálené judikatury „[obligatorní povaha jurisdikce] neexistuje v rámci smluvního rozhodčího řízení, jelikož smluvní strany nemají žádnou právní ani faktickou povinnost předložit svůj spor rozhodčímu soudu a veřejné orgány dotčeného členského státu se ani nijak nepodílejí na rozhodování o použití rozhodčího řízení, ani se od nich nepožaduje, aby z úřední povinnosti zasahovaly do průběhu rozhodčího řízení“⁸⁸.

111. Není zjevně překvapující, že Soudní dvůr rozhodl, že rozhodčí soudy ve věcech, ve kterých byl vydán rozsudek ze dne 17. října 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), a usnesení ze dne 13. února 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), splňovaly podmínku obligatorní jurisdikce, neboť dánské a portugalské právo stanovily obligatorní využití rozhodčího řízení.

112. Nicméně ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), nevyloučila skutečnost, že využití rozhodčího řízení bylo fakultativní a že se jej daňový poplatník rozhodl využít proti portugalskému státu, i když se mohl obrátit přímo na běžné soudy, rozhodčí soud z pojmu „soud členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU.

113. Podle Soudního dvora totiž „[jeho] rozhodnutí [byla] podle čl. 24 odst. 1 legislativního nařízení č. 10/2011 pro strany závazná [a] jeho pravomoc vyplý[vala] přímo z ustanovení legislativního nařízení č. 10/2011, a nepodlé[halo] tudíž předchozímu projevu vůle stran předložit spor k vyřešení v rozhodčím řízení [...]. Když tedy osoba povinná k dani předloží svůj daňový spor k rozhodčímu řízení, má rozhodnutí [rozhodčího soudu] [...] závaznou povahu pro daňové a celní orgány“⁸⁹.

114. Totéž platí pro rozhodčí soudy zřízené v souladu s článkem 8 uvedené BIT.

115. Odstavec 7 tohoto článku stanoví, že rozhodnutí rozhodčího soudu zřízeného v souladu s uvedeným článkem „je pro strany sporu konečné a *závazné*“⁹⁰. Je tedy nepochybné, že rozhodčí nález vydaný takovým rozhodčím soudem je závazný pro strany ve smyslu judikatury Soudního dvora.

116. Navíc odstavec 2 tohoto ustanovení stanoví, že „[k]aždá smluvní strana tímto *souhlasí*, že podřídí spor [mezi investorem a státem] rozhodčímu soudu, jestliže se spor nepodařilo vyřešit přátelsky ve lhůtě do šesti měsíců od doby, kdy jedna strana ve sporu o takové řešení sporu požádala“⁹¹.

117. Skutečnost, že si investor může zvolit, zda zahájí řízení buď u soudů dotyčného členského státu, nebo u rozhodčího soudu⁹², se nedotýká obligatorní povahy jurisdikce rozhodčího soudu, jelikož tato volba byla rovněž volbou daňového poplatníka ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754).

88 – Rozsudek ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, bod 27). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 23. března 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), a ze dne 27. ledna 2005, Denuit a Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, bod 13), jakož i usnesení ze dne 13. února 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, bod 17).

89 – Bod 29 uvedeného rozsudku. Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 6. října 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, bod 23).

90 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

91 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

92 – Uvedená BIT neobsahuje ustanovení o neodvolatelné volbě („fork-in-the-road“), které by stanovilo, že pokud se investor rozhodl, kde zahájí řízení (u vnitrostátních soudů dotčeného členského státu, nebo u mezinárodního rozhodčího soudu), možnost, kterou si vybral, se stává neodvolatelnou.

118. Vzhledem k tomu, že Slovenská republika souhlasila předem s rozhodčím řízením, jak to učinila Portugalská republika ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 12. června 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), má jurisdikce zřízeného rozhodčího soudu v souladu s čl. 8 odst. 2 uvedené BIT závaznou povahu pro tento členský stát a pro investora.

119. V důsledku toho rozhodčí soudy zřízené v souladu s článkem 8 uvedené BIT splňují rovněž kritérium obligatorní jurisdikce.

4. Kontradiktorní povaha řízení před rozhodčími soudy zřízenými v souladu s článkem 8 uvedené BIT, použití právních norem těmito rozhodčími soudy při řešení sporů, které jsou jim předloženy, jakož i nezávislost a nestrannost rozhodců

120. Pokud jde o kontradiktorní povahu řízení před rozhodčími soudy zřízenými v souladu s článkem 8 uvedené BIT, je třeba uvést, že podle odstavce 5 tohoto článku „[r]ozhodčí soud stanoví procesní pravidla za použití rozhodčích pravidel [UNCITRAL]“⁹³.

121. Článek 15 odst. 1 těchto rozhodčích pravidel ve znění z roku 1976 použitelném v době, kdy byla BIT uzavřena, stanovil, že „[s] výhradou ustanovení tohoto [ř]ádu může rozhodčí soud vést rozhodčí řízení způsobem, který pokládá za přiměřený, se stranami však musí být zacházeno na základě rovnosti a *oběma musí být poskytnuta ve vhodném stadiu řízení možnost uplatnit svá práva a přednést své návrhy*“⁹⁴. Tato záruka je převzata v čl. 17 odst. 1 uvedených rozhodčích pravidel ve znění z let 2010 a 2013.

122. Respektování zásady kontradiktornosti je rovněž zajištěno několika ustanoveními uvedených pravidel, která se týkají výměny spisů, organizace jednání a účasti stran na jednání, jakož i ukončení ústní části řízení, a to články 18 až 20, 22, 24, 25 a 29 rozhodčích pravidel z roku 1976 a články 20 až 22, 24, 28 a 31 změněných rozhodčích pravidel z roku 2010 a z roku 2013.

123. Pokud jde o kritérium použití právních norem rozhodčími soudy, čl. 8 odst. 6 uvedené BIT stanoví, že „rozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona“ a stanoví řadu právních norem, ke kterým musí soud přihlídnout. Možnost rozhodnout *ex aequo et bono* je tedy vyloučena.

124. Pokud jde nakonec o kritérium nezávislosti a nestrannosti, z ustálené judikatury vyplývá, že „[z]áruky nezávislosti a nestrannosti vyžadují existenci pravidel, zejména pokud jde o složení orgánu, jmenování, funkční období, jakož i důvody pro zdržení se účasti na rozhodování, vyloučení pro podjatost a odvolání jeho členů, která umožní rozptýlit jakékoli legitimní pochybnosti jednotlivců, pokud jde o neovlivnitelnost uvedeného orgánu ve vztahu k vnějším skutečnostem a jeho neutralitu ve vztahu k zájmům vzájemně se střetávajícím [...]. Podle judikatury se vyžaduje k tomu, aby mohla být považována za splněnou podmínka nezávislosti předkládajícího orgánu, zejména to, aby byly výslovnými ustanoveními právních předpisů upraveny případy odvolávání členů tohoto orgánu“⁹⁵.

93 – Rozhodčí pravidla jsou dostupná na internetové stránce UNCITRAL
http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

94 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

95 – Rozsudek ze dne 9. října 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, bod 32 a citovaná judikatura). Je třeba upřesnit, že na rozdíl od soudců nezastávají rozhodci stálá místa. V právu mezinárodního rozhodčího řízení tedy neexistují pravidla o odvolávání rozhodců.

125. Podotýkám, že Soudní dvůr nezpochybnil nezávislost a nestrannost rozhodců v žádné z věcí, které posuzoval, a že rozhodčí pravidla UNCITRAL zaručují nezávislost a nestrannost rozhodců, když jim ukládají jasnou povinnost uvést všechny okolnosti, které by mohly vyvolat oprávněné pochybnosti o jejich nestrannosti nebo jejich nezávislosti⁹⁶, i tím, že stanoví postup pro odmítnutí rozhodců, pokud takové okolnosti existují⁹⁷.

126. S přihlédnutím k výše uvedenému představují rozhodčí soudy zřízené článkem 8 uvedené BIT soudy ve smyslu článku 267 SFEU, ale jsou rovněž soudy „členského státu“ ve smyslu tohoto ustanovení?

127. Podle mého názoru ano.

128. Otázka postavení mezinárodního soudu založeného v rámci mezinárodní organizace vytvořené mezinárodní smlouvou uzavřenou mezi členskými státy byla posouzena ve vztahu k Soudnímu dvoru Beneluxu ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 4. listopadu 1997, *Parfums Christian Dior* (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. V tomto rozsudku Soudní dvůr rozhodl, že „neexistuje žádný důvod pro to, aby takový soud, společný několika členským státům, nemohl předkládat předběžné otázky Soudnímu dvoru stejně jako soudy kteréhokoliv z těchto členských států“⁹⁸.

130. Tak tomu je rovněž v případě rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT, neboť jsou zřízeny jako postup pro řešení sporů Nizozemským královstvím a Slovenskou republikou.

131. Z těchto důvodů navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na druhou otázku tak, že článek 267 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že nebrání takovému ustanovení, jako je článek 8 uvedené BIT, který umožňuje řešení sporů mezi investory a státy rozhodčím soudem, který musí být považován za „soud členského státu“ ve smyslu článku 267 SFEU.

D. K první předběžné otázce

132. Podstatou první předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda musí být článek 344 SFEU vykládán v tom smyslu, že brání použití takových ustanovení BIT uvnitř Unie, jako je článek 8 BIT Nizozemsko/Československo, která umožňují řešení sporů mezi investory a státy rozhodčím soudem.

133. Úvodem je třeba uvést, že pokud Soudní dvůr rozhodne, jak navrhuji, že rozhodčí soudy zřízené v souladu s článkem 8 této BIT jsou soudy členských států ve smyslu článku 267 SFEU, jsou tak součástí soudního dialogu podle bodu 176 posudku 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454), a musí uplatňovat unijní právo. V důsledku toho nemůže použití mezinárodního rozhodčího řízení za podmínek stanovených článkem 8 BIT Nizozemsko/Československo zasahovat do článku 344 SFEU ani do vymezení pravomocí stanovených Smlouvami o EU a FEU, a tedy autonomie právního systému Unie.

134. V tomto případě jsou totiž rozhodčí soudy povinny pod sankcí neplatnosti pro rozpor s veřejným pořádkem respektovat zásady stanovené Soudním dvorem v bodech 65 až 70 posudku 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123) a v bodech 157 až 176 posudku 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince

96 – Viz článek 9 rozhodčích pravidel UNCITRAL z roku 1976 a článek 11 změněných rozhodčích pravidel UNCITRAL z let 2010 a 2013.

97 – Viz články 10 až 12 rozhodčích pravidel UNCITRAL z roku 1976, jakož i články 12 a 13 změněných rozhodčích pravidel UNCITRAL z let 2010 a 2013. Viz rovněž Pokyny Mezinárodní advokátní komory (IBA) pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži (dostupné na internetové stránce IBA http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), které stanoví důvody střetu zájmů, které mohou vést k odmítnutí rozhodců.

98 – Bod 21. Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 14. června 2011, *Miles a další* (C-196/09, EU:C:2011:388, bod 40).

2014 (EU:C:2014:2454), mezi které patří zejména přednost unijního práva⁹⁹ před právy členských států a před jakýmkoliv mezinárodním závazkem přijatým mezi členskými státy, přímý účinek celé řady ustanovení použitelných na jejich státní příslušníky a na státy samotné, vzájemná důvěra mezi nimi při uznávání společných hodnot, ze kterých Unie vychází, a použití, jakož i dodržování unijního práva v plném rozsahu.

135. Kromě toho nepoužití nebo nesprávné použití unijního práva rozhodčími soudy zřízenými členskými státy nejen zakládá odpovědnost dotyčných členských států, a to v souladu s rozsudkem ze dne 30. září 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), neboť tyto soudy byly založeny právě těmito státy, ale může rovněž vést k určení nesplnění povinnosti ze strany dotyčných členských států v souladu s články 258 a 259 SFEU¹⁰⁰.

136. Pokud nicméně Soudní dvůr rozhodne, že rozhodčí soudy zřízené v souladu s článkem 8 uvedené BIT nepředstavují soudy členských států ve smyslu článku 267 SFEU, bylo by třeba ještě přezkoumat, zda článek 344 SFEU brání použití článku 8 uvedené BIT a, případně, zda je tento článek 8 uvedené BIT neslučitelný s vymezením pravomocí stanoveným Smlouvami o EU a FEU a s autonomií právního systému Unie.

137. V tomto kontextu je třeba provést tři analýzy, přičemž druhou je nutné provést pouze tehdy, pokud první dospěje ke kladné odpovědi, a třetí je nutné provést pouze tehdy, pokud bude na druhou otázku odpovězeno záporně:

- Vztahuje se na takový spor mezi investorem a členským státem, jako je spor, který je uveden v článku 8 uvedené BIT, článek 344 SFEU?
- Umožňuje předmět podobného sporu charakterizovat tento spor jako spor „týkající se výkladu a provádění Smluv“ ve smyslu článku 344 SFEU?
- Má uvedená BIT s ohledem na svůj účel za následek zásah do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami o EU a FEU, a tedy do autonomie právního systému Unie?

1. Vztahuje se na takový spor mezi investorem a členským státem, jako je spor, který je uveden v článku 8 uvedené BIT, článek 344 SFEU?

138. Odpověď musí být podle mého názoru záporná, a to z následujících důvodů.

139. Podle článku 344 SFEU se „[č]lenské státy zavazují, že spory o výklad nebo provádění Smluv nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy“.

99 – Několik rozhodčích soudů, které rozhodovaly o sporech mezi investory-státními příslušníky Unie a členskými státy, mezi které patří i rozhodčí soud dotčený v projednávané věci, již uznalo přednost unijního práva. Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 289; Electrabel S. A. v. Maďarsko (věc ICSID č. ARB/07/19), rozhodnutí ze dne 30. listopadu 2012 o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti, body 4.189 až 4.191; Charanne B. V. a Construction Investments S.à.r.l. v. Španělské království (věc SCC č. 062/2012), rozhodčí nález ze dne 21. ledna 2016, body 439 a 443, a RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/30), rozhodnutí ze dne 6. června 2016 o příslušnosti, bod 72 (bylo by tomu jinak, pokud by investoři pocházeli z třetího státu, viz body 74 až 76).

100 – V tomto smyslu viz Electrabel S. A. v. Maďarsko (věc ICSID č. ARB/07/19), rozhodnutí ze dne 30. listopadu 2012 o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti, body 4.160 až 4.162.

140. Soudní dvůr měl často příležitost vyložit článek 344 SFEU a rozhodnout o slučitelnosti mezinárodních dohod s tímto článkem, i když se jednalo o mezinárodní dohody uzavřené Uníí a jejími členskými státy s třetími státy¹⁰¹.

141. Podle ustálené judikatury „mezinárodní dohoda nemůže zasahovat do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami, a tedy do autonomie právního systému Unie, jehož dodržování zajišťuje Soudní dvůr. Tato zásada je zejména promítnuta do článku 344 SFEU, podle které se členské státy zavázaly, že spory o výklad nebo provádění Smluv nebudou řešit jinak, než jak stanoví Smlouvy“¹⁰².

142. Podle Soudního dvora stanovuje článek 344 SFEU *členským státům* povinnost „použít soudní systém [Unie] a respektovat výlučnou pravomoc Soudního dvora, která představuje základní rys tohoto systému, přitom musí být chápána jako zvláštní vyjádření jejich obecnější povinnosti loajality, která vyplývá z čl. [4 odst. 3 SEU]“¹⁰³.

143. Bez dalšího je třeba uvést, že rozhodčí soud, který vydal rozhodčí nález dotčený ve věci v původním řízení, pečlivě přezkoumal argumenty Slovenské republiky a Komise vycházející z článku 344 SFEU. V tomto ohledu rozhodl na základě rozsudku ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345), že se na spory mezi investory a smluvními státy BIT článek 344 SFEU nevztahuje¹⁰⁴.

144. Slovenská republika, podporovaná několika členskými státy a Komisí, zpochybňuje toto posouzení rozhodčího soudu. Podle nich je třeba článek 344 SFEU vykládat extenzivně, takže se použije na spory mezi jednotlivcem a členským státem, obzvláště s přihlédnutím k jeho znění, které na rozdíl od článku 273 SFEU, neomezuje výslovně jeho působnost na spory „mezi členskými státy“.

145. S touto tezí nesouhlasím.

146. Z judikatury Soudního dvora jasně vyplývá, že se na spory mezi členskými státy¹⁰⁵, jakož i mezi členskými státy a Uníí¹⁰⁶ vztahuje článek 344 SFEU. Naopak na spory mezi jednotlivci se tento článek nevztahuje, i když soud, který je rozhoduje, má zohlednit nebo použít unijní právo.

101 – Viz posudek 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490); 1/92 (Dohoda EHP – II) ze dne 10. dubna 1992 (EU:C:1992:189); 2/94 (Přistoupení Společenství k EÚLP) ze dne 28. března 1996 (EU:C:1996:140); 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123), a posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454). Viz rovněž rozsudek ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 – Posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 201). Viz rovněž v tomto smyslu posudek 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490, bod 35), jakož i rozsudky ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345, bod 123), a ze dne 3. září 2008, Kadi a Al Barakaat International Foundation v. Rada a Komise (C-402/05 P a C-415/05 P, EU:C:2008:461, bod 282).

103 – Rozsudek ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345, bod 169).

104 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 276. Viz rovněž v tomto smyslu European American Investment Bank AG v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2010-17), rozhodčí nález ze dne 22. října 2012 o příslušnosti, body 248 až 267; Electrabel S. A. v. Maďarsko (věc ICSID č. ARB/07/19), rozhodnutí ze dne 30. listopadu 2012 o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti, body 4.150 až 4.152; Charanne B. V. a Construction Investments S.à.r.l. v. Španělské království (věc SCC č. 062/2012), konečný rozhodčí nález ze dne 21. ledna 2016, body 441 až 445; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/30), rozhodnutí ze dne 6. června 2016 o příslušnosti, bod 80, a Eiser Infrastructure Limited a Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/36), rozhodčí nález ze dne 4. května 2017, bod 204.

105 – Viz rozsudek ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345, bod 128).

106 – Viz posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, body 202 a 205).

147. Jak totiž Soudní dvůr rozhodl ohledně návrhu dohody o Soudu pro evropské patenty a patenty Společenství, „[v]ytvoření [Soudu pro evropské patenty a patenty Společenství] nemůže být v rozporu ani s článkem 344 SFEU vzhledem k tomu, že tento článek pouze *členských státům* zakazuje, aby přistoupily k jinému způsobu řešení sporů o výklad nebo provádění Smluv, než jaký stanoví Smlouvy. Příslušnost, kterou má návrh dohody přiznat [Soudu pro evropské patenty a patenty Společenství], by se přitom týkala jen sporů mezi jednotlivci ve věcech patentů“¹⁰⁷.

148. Pokud jde o spory mezi jednotlivci a členskými státy, Komise uvádí, že soudní systém uvedený v posudku 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490) zahrnuje rovněž žaloby podané soukromými osobami proti Kontrolnímu úřadu ESVO v oblasti hospodářské soutěže¹⁰⁸.

149. Nicméně tyto žaloby nebyly podány proti členskému státu a v každém případě v posudku Soudního dvora není nic, z čeho by bylo možné usuzovat, že se Soudní dvůr domníval, že tento konkrétní aspekt návrhu dohody o Evropském hospodářském prostoru (EHP) byl problematický.

150. Je třeba ještě zdůraznit, že se stranou dohody uvedené v tomto posudku měla stát Unie, a tudíž se tato dohoda měla stát součástí unijního práva, což není zjevně případ uvedené BIT. Kromě toho, jak jasně vyplývá z bodů 13 až 29 tohoto posudku, Soudní dvůr se zabýval existencí systematického rizika vytvořeného článkem 6 návrhu dohody z důvodu jednotnosti výkladu a použití práva v Evropském hospodářském prostoru¹⁰⁹, a nikoliv skutečností, že pro žaloby podané v oblasti hospodářské soutěže jednotlivci proti Kontrolnímu úřadu ESVO byl příslušný soud mimo soudní systém Unie.

151. Posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454) má v tomto ohledu obzvláštní význam, neboť i kdyby čl. 6 odst. 2 SEU stanovil přistoupení Unie k evropské úmluvě lidských práv (dále „EÚLP“), by bylo neslučitelné s článkem 344 SFEU, že by se na spory mezi jednotlivci a členskými státy, které jsou nejobvyklejšími spory u Evropského soudu pro lidská práva (dále „ESLP“), vztahoval tento článek.

152. Z tohoto důvodu v bodech 201 až 214 uvedeného posudku Soudní dvůr přezkoumal z hlediska článku 344 SFEU pouze spory mezi členskými státy a mezi členskými státy a Uníí¹¹⁰, přestože si byl vědom skutečnosti, že svým přistoupením k EÚLP by Unie byla vázána čl. 34 první větou této Úmluvy, který stanoví, že ESLP „může přijímat stížnosti od každé fyzické osoby, nevládní organizace nebo skupiny jednotlivců považujících se za oběti v důsledku porušení práv přiznaných Úmluvou a Protokoly k ní jednou z[e Smluvních stran]“¹¹¹.

153. Z těchto důvodů se domnívám, že na takový spor mezi investorem a členským státem, jako je spor v článku 8 uvedené BIT, se článek 344 SFEU nevztahuje.

154. Tento závěr nemůže být dotčen argumentem Komise, podle kterého jsou spory mezi investory a členskými státy ve skutečnosti spory mezi členskými státy, neboť investor zahájením rozhodčího řízení proti členskému státu na základě takového ustanovení, jako je článek 8 BIT Nizozemsko/Československo, nevykonává právo, které je jeho, ale právo, které tato BIT přiznává jeho státu původu.

107 – Posudek 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123). Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

108 – Viz bod 6 tohoto posudku.

109 – Článek 6 návrhu dohody stanovil, že při svém provádění a uplatňování mají být ustanovení dohody vykládána v souladu s judikaturou Soudního dvora vydanou *přede* dnem podpisu dohody a vztahující se k odpovídajícím ustanovením Smlouvy o EHS, Smlouvy o ESUO a aktů přijatých na základě těchto dvou smluv, což samozřejmě vytvářelo riziko rozdílu mezi judikaturami Soudního dvora a Soudního dvora ESVO. Viz posudek 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490, body 6 a 25 až 29).

110 – Viz zejména body 204, 205, 207 a 212.

111 – Viz posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, body 17 a 18).

155. Komise se v tomto ohledu opírá o dva rozhodčí nálezy citované v bodě 81 svého písemného vyjádření¹¹². Nicméně její teze je v rozporu s toutéž rozhodčí judikaturou¹¹³, a v každém případě není zdaleka obecně akceptována¹¹⁴.

156. V mezinárodním právu totiž není sporu o tom, že ustanovení mezinárodní smlouvy mohou za určitých podmínek přiznávat práva jednotlivcům¹¹⁵. V tomto smyslu několik rozhodčích¹¹⁶, jakož i státních soudů¹¹⁷ rozhodlo, že BIT přímo přiznávají práva investorům¹¹⁸.

157. To je určitě případ článku 3 uvedené BIT, jejíž porušení bylo zjištěno rozhodčím soudem v rozhodčím nálezu dotčeném ve věci v původním řízení, neboť uvádí výslovně investory smluvních stran tak, že mají právo na nestranné a spravedlivé zacházení, jakož i na zacházení podle nejvyšších výhod.

158. Navíc právo rozhodné pro spory uvedené v čl. 8 odst. 6 uvedené BIT¹¹⁹ je odlišné od práva rozhodného pro spory mezi oběma smluvními státy uvedené BIT v souladu s čl. 10 odst. 7¹²⁰.

159. Na základě výše uvedeného docházím k závěru, že na takový spor mezi investorem a členským státem, jako je spor uvedený v článku 8 uvedené BIT, se nevztahuje článek 344 SFEU, takže není potřeba pokládat si otázku, zda se takový spor „týká výkladu nebo provádění Smluv [o EU a FEU]“. Pro případ, že by Soudní dvůr nesouhlasil s mým závěrem k prvnímu bodu, provedu analýzu rovněž této otázky.

112 – Viz *Loewen Group & Raymond L. Loewen v. Spojené státy americké* (věc ICSID č. ARB(AF)/98/3), rozhodčí nálezy ze dne 26. června 2003, bod 233 a *Archer Daniels Midland Company a Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. Spojené státy mexické* (věc ICSID č. ARB(AF)/04/05), rozhodčí nálezy ze dne 21. listopadu 2007, bod 178.

113 – Viz *Loewen Group & Raymond L. Loewen v. Spojené státy americké* (věc ICSID č. ARB(AF)/98/3), rozhodčí nálezy ze dne 26. června 2003, bod 223, ve kterém rozhodčí soud akceptoval, že kapitola 11 dohody o severoamerickém volném obchodu (NAFTA) představuje progresivní vývoj mezinárodního práva, jelikož umožňuje investorovi domáhat se *svých vlastních práv* a podat *vlastní návrh* k mezinárodnímu rozhodčímu řízení („Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration“).

114 – Viz Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, s. 17 až 38.

115 – Kromě příkladu Smlouvy o FEU a EÚLP citují Vídeňskou úmluvu ze dne 24. dubna 1963 o konzulárních vztazích. V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 27. června 2001, věc *LaGrand* (Německo v. Spojené státy americké), CIJ, Sbíрка rozhodnutí 2001, s. 466, bod 78.

116 – V tomto smyslu viz *American Manufacturing & Trading Inc. v. Zairská republika* (věc ICSID č. ARB/93/1), rozhodčí nálezy ze dne 21. února 1997, bod 6.06; *CMS Gas Transmission Company v. Argentinská republika* (věc ICSID č. ARB/01/8), rozhodnutí soudu ze dne 17. července 2003 o výjimkách z jeho příslušnosti, bod 45; *Corn Products International, Inc. v. Spojené státy mexické* (věc ICSID č. ARB(AF)04/01), rozhodčí nálezy ze dne 15. ledna 2008, body 174 až 176; *Cargill Inc. v. Spojené státy mexické* (věc ICSID č. ARB(AF)05/2), rozhodčí nálezy ze dne 18. září 2009, body 424 až 426, a *European American Investment Bank AG v. Slovenská republika* (UNCITRAL) (věc PCA č. 2010-17), rozhodčí nálezy ze dne 22. října 2012 o příslušnosti, bod 445. Viz rovněž v tomto smyslu *Burdeau, G.*, „Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'État“, 1995, *Revue de l'arbitrage*, s. 3 až 12; *Paulsson, J.*, „Arbitration Without Privity“, 1995, sv. 10, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, s. 232 až 256; *Wälde, T.*, „Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty“, 1996, *Arbitration International*, s. 429, s. 435 až 437, a *Douglas, Z.*, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, s. 32 až 38.

117 – Viz *Occidental Exploration & Production Company v. Ekvádorská republika* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, bod 22, ve kterém Court of Appeal (England & Wales) [Odvolací soud (Anglie a Wales)] kvalifikuje bod 233 rozhodčího nálezu ze dne 26. června 2003 v rozhodčím řízení *Loewen Group & Raymond L. Loewen v. Spojené státy americké* (věc ICSID č. ARB(AF)/98/3) jako „kontroverzní“ a dodává, že nesdílí výklad tohoto nálezu, podle kterého BIT nepřiznávají práva investorům, ale jejich státu původu.

118 – BIT sice systematicky obsahují rozhodčí doložky pro spory mezi smluvními státy (viz v projednávané věci článek 10 BIT Nizozemsko/Československo). Nicméně podle mých znalostí se od podpisu první BIT v roce 1959 podobné rozhodčí řízení mezi státy nikdy nekonalo. Tak tomu je určitě v případě BIT mezi členskými státy.

119 – Podle tohoto ustanovení „[r]ozhodčí soud bude rozhodovat na základě zákona a přihlédne zejména, nikoliv však výlučně: k platnému právu smluvní strany, o kterou se jedná; k ustanovením této Dohody a jiných příslušných dohod uzavřených mezi smluvními stranami; k ustanovením zvláštních dohod, které se týkají investic a k obecným zásadám mezinárodního práva“.

120 – „Rozhodčí soud bude rozhodovat na základě této Dohody a jiných příslušných dohod, uzavřených mezi oběma smluvními stranami, obecných zásad mezinárodního práva, jakož i takových všeobecných právních zásad, které bude rozhodčí soud považovat za použitelné. Předchozí ustanovení nebudou bránit rozhodčímu soudu učinit rozhodnutí podle zásady *ex aequo et bono*, pokud s tím smluvní strany souhlasí“ (The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute *ex aequo et bono* if the Parties so agree).

2. Týká se dotčený spor „výkladu nebo provádění Smluv“?

160. Předkládající soud cituje body 140, 149 a 151 až 153 rozsudku ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345), a domnívá se, že k porušení článku 344 SFEU může dojít pouze tehdy, pokud je předmětem dotčeného rozhodčího nálezů výklad a provádění samotných ustanovení unijního práva, což podle něj není případ rozhodčího nálezů dotčeného ve věci v původním řízení.

161. Slovenská republika, podporovaná několika členskými státy, a Komise zpochybňují toto posouzení předkládajícího soudu. Domnívají se, že se článek 344 SFEU použije na takový spor, jako je spor mezi společnostmi Achmea a Slovenskou republikou, jelikož se týká výkladu a provádění Smluv o EU a FEU, a to i ve smyslu rozsudku ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. S tím nesouhlasím.

163. Soudní dvůr sice v rozsudku ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345) a posudku 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454) rozhodl, že se spory týkaly výkladu a provádění Smluv o EU a FEU, i když se na ně vztahovaly mezinárodní dohody (a sice Úmluva Organizace spojených národů o mořském právu, uzavřená dne 10. prosince 1982 v Montego Bay, a EÚLP).

164. To však není ten případ, neboť buď byla Unie stranou dotčené dohody (Úmluva Organizace spojených národů o mořském právu), která tak byla součástí unijního práva, nebo bylo zamýšleno, že Unie přistoupí k dotčené dohodě, která se tudíž měla stát součástí unijního práva (EÚLP).

165. Jak totiž Soudní dvůr rozhodl v bodech 126 a 127 rozsudku ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345):

„Bylo prokázáno, že ustanovení Úmluvy [Organizace spojených národů o mořském právu], o která jde ve sporu ohledně továrny MOX, náleží do pravomoci [Unie], kter[á] ji vykonal[a] přistoupením k Úmluvě, takže uvedená ustanovení tvoří nedílnou součást právního řádu [Unie].“

V projednávané věci se tedy jedná o spor o výklad nebo provádění Smlouvy o [SFEU] ve smyslu článku [344 SFEU].“

166. Stejným způsobem v posudku 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454) Soudní dvůr rozhodl, že „by se EÚLP stala nedílnou součástí unijního práva. Pokud tedy půjde o unijní právo, má Soudní dvůr výlučnou pravomoc rozhodovat veškeré spory mezi členskými státy i spory mezi nimi a Unií týkající se dodržení této úmluvy“. Na tomto základě Soudní dvůr rozhodl, že přistoupení Unie k EÚLP se mohlo dotknout článku 344 SFEU¹²¹.

167. Nicméně na rozdíl od dohod, o které šlo ve věcech, ve kterých byl vydán rozsudek ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345) a posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454), Unie není stranou uvedené BIT, která tedy není součástí unijního práva, což je kritériem definovaným v obou těchto rozhodnutích Soudního dvora.

168. V důsledku toho není zpochybněna výlučná pravomoc Soudního dvora zaručená článkem 344 SFEU.

169. Toto zjištění není dotčeno argumentem Komise, podle kterého je unijní právo součástí práva rozhodného pro spory mezi investory a smluvními státy uvedené BIT a že se v projednávané věci společnost Achmea dovolávala porušení unijního práva v arbitrážním řízení.

121 – Viz body 205 až 214 posudku.

170. V tomto ohledu rozhodčí soud dotčený v projednávané věci rozhodl, že „[m]u nic nebrání v tom, aby zohlednil a použil unijní právo, pouze [byl] povinen toto právo použít v rozsahu, v němž by[lo] součástí rozhodného práva, ať již v souladu s článkem 8 BIT, německým právem nebo jinak“¹²². Dodal, že Soudní dvůr má „monopol na konečný a autoritativní výklad unijního práva“¹²³.

171. Dodávám, že rozhodčí soud zřízený v souladu s článkem 8 uvedené BIT může být rovněž povinen použít unijní právo v souladu s čl. 3 odst. 5 uvedené BIT, který stanoví mimo jiné, že pokud bude smlouva, která bude mezi smluvními stranami uzavřena později¹²⁴, obsahovat pravidla, ať již obecná nebo zvláštní, opravňující investice investorů druhé smluvní strany k příznivějšímu zacházení, než poskytuje uvedená BIT, budou mít tato pravidla v míře, v jaké jsou výhodnější, přednost před touto BIT¹²⁵.

172. Mimoto Smlouvy o EU a FEU jsou v každém případě součástí právních norem, ke kterým musí rozhodčí soudy přihlídnout i při neexistenci takového ustanovení, jako je čl. 8 odst. 6 uvedené BIT, neboť tato povinnost standardně vyplývá z čl. 31 odst. 3 písm. a) a c) Vídeňské úmluvy o smluvním právu, uzavřené ve Vídni dne 23. května 1969¹²⁶.

173. Nicméně skutečnost, že je unijní právo součástí práva rozhodného pro spory mezi investory a státy v souladu s čl. 8 odst. 6 BIT, neznamená, že se tyto spory týkají výkladu a provádění Smluv o EU a FEU, a to ze dvou důvodů: zaprvé, pravomoc rozhodčího soudu se omezuje na rozhodování o porušeních uvedené BIT a zadruhé, působnost uvedené BIT a právní normy, které zavádí, nejsou totožné s působností a právními normami Smluv o EU a FEU.

a) Pravomoc rozhodčího soudu se omezuje na rozhodování o porušeních BIT

174. Jak rozhodl rozhodčí soud dotčený v projednávané věci, „jeho pravomoc se omezuje na rozhodování o údajných porušeních BIT. Soud není příslušný k rozhodnutí o údajných porušeních unijního práva jako takových“¹²⁷.

175. Posláním soudu totiž není prokázat, zda svým jednáním zpochybněným investorem členský stát porušil své povinnosti vyplývající ze Smluv o EU nebo FEU nebo obecněji unijního práva. Naopak jeho posláním je zjistit porušení uvedené BIT hostitelským státem investice, přičemž unijní právo je jedním z relevantních prvků, ke kterým je třeba přihlídnout za účelem posouzení jednání státu ve vztahu k uvedené BIT¹²⁸.

122 – Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí náález o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení ze dne 26. října 2010, bod 281 („Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise“). V tomto smyslu viz obdobně Isolux Infrastructure Netherlands B. V. v. Španělské království (věc SCC V 2013/153), rozhodčí náález ze dne 12. července 2016, bod 654.

123 – Tamtéž, bod 282 („What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law“).

124 – Jako například Smlouvy o EU a FEU.

125 – V tomto smyslu viz ohledně podobného ustanovení (čl. 16 odst. 2 Smlouvy o Energetické chartě) Eiser Infrastructure Limited a Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/13/36), rozhodčí náález ze dne 4. května 2017, bod 202.

126 – Sbírká smluv Organizace spojených národů, sv. 1155, s. 331. Podle tohoto ustanovení je pro účely výkladu smlouvy třeba brát zřetel na každou pozdější dohodu, týkající se výkladu smlouvy nebo provádění jejich ustanovení (v daném případě Smluv o EU a FEU), k níž došlo mezi stranami, jakož i na každé příslušné pravidlo mezinárodního práva použitelné ve vztazích mezi stranami (v daném případě unijní právo).

127 – Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí náález o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení ze dne 26. října 2010, bod 290 („the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such“). V tomto smyslu viz také Isolux Infrastructure Netherlands B. V. v. Španělské království (věc SCC V 2013/153), rozhodčí náález ze dne 12. července 2016, bod 651.

128 – Viz zejména Emilio Agustín Maffezini v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/97/7), rozhodčí náález ze dne 13. listopadu 2000, body 65 až 71, kde se investor dovolával existence porušení povinnosti přiznat jeho investici spravedlivé a nestranné zacházení Španělským královstvím. Podle něj u jeho investice vznikly dodatečné náklady ve formě studie o posouzení dopadů na životní prostředí. Rozhodčí soud připomněl, že povinnost provést podobnou studii vyplývala z unijního práva a že Španělské království pouze zajistilo, aby byla tato povinnost dodržena. Zamítl proto jeho návrh v tomto ohledu.

176. V tomto smyslu „[u]nijní právo může mít dopad na rozsah práv a povinností vyplývajících z BIT v projednávané věci na základě jeho úlohy jako části rozhodného práva v souladu s čl. 8 odst. 6 BIT a německého práva, které je *lex loci arbitri*“¹²⁹.

177. Unijní právo však nemělo žádný dopad na meritum sporu mezi společnostmi Achmea a Slovenskou republikou. Z obou rozhodčích nálezů vydaných ve věci v původním řízení totiž nevyplývá, že by se společnost Achmea dovolávala před rozhodčím soudem aktů unijního práva za účelem jejich výkladu a jejich provedení v rámci řízení směřujícího k určení porušení ustanovení uvedených aktů Slovenskou republikou“¹³⁰. Společnost Achmea naopak tvrdila, že legislativní opatření přijatá Slovenskou republikou v odvětví zdravotního pojištění¹³¹, která neměla v žádném ohledu svůj původ nebo svůj základ v unijním právu, porušovala články 3, 4 a 5 uvedené BIT.

178. Navíc, jak rozhodl rozhodčí soud, společnost Achmea ani Slovenská republika se neopíraly o ustanovení unijního práva, která by mohla mít dopad na uvažování nebo rozhodnutí soudu o merituu jejich sporu. Jeho nález tak nemůže mít žádný dopad na otázky unijního práva¹³².

b) Působnost uvedené BIT a právní normy, které zavádí, nejsou totožné s působností a právními normami Smluv o EU a FEU

179. Teze Komise, jak ji uvedla ve svém písemném vyjádření¹³³ a na jednání, vychází z předpokladu, že unijní právo poskytuje investorům zejména prostřednictvím základních svobod a Listiny základních práv úplnou ochranu v oblasti investic.

180. Nevím, co Komise míní výrazy „úplná ochrana“, ale srovnání uvedené BIT se Smlouvami o EU a FEU ukazuje, že ochrana poskytnutá investicím těmito Smlouvami není zdaleka úplná. Domnívám se, že BIT uvnitř Unie, a konkrétně BIT, o kterou jde ve věci v původním řízení, zakládají práva a povinnosti, které nepřebírají ani nerozporují záruky ochrany přeshraničních investic poskytnuté unijním právem¹³⁴.

181. BIT dotčenou ve věci v původním řízení lze analyzovat s přihlédnutím ke třem hlediskům. Zaprvé její působnost je širší než působnost Smluv o EU a FEU (1). Zadruhé některé právní normy, které tato BIT obsahuje, nemají odpovídající ustanovení v unijním právu (2). Zatřetí některé z jejích norem se částečně překrývají s unijním právem, avšak nevede to k výsledkům neslučitelným se Smlouvami o EU a FEU (3).

129 – Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 279 („EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the *lex loci arbitri*“). Každopádně nevidím důvod, proč by mělo být rozhodčím soudům zakázáno zohlednění unijního práva, neboť takový zákaz by jim znemožnil případně provést výklad BIT odpovídající unijnímu právu, aby se předešlo kolizím s posledně uvedeným.

130 – Naopak, jak vyplývá z bodu 151 rozsudku ze dne 30. května 2006, Komise v. Irsko (C-459/03, EU:C:2006:345), „Irsko předložilo Arbitrážnímu tribunálu předpisy práva Společenství za účelem jejich výkladu a jejich provedení v rámci řízení směřujícího k určení, že Spojené království porušilo ustanovení uvedených předpisů“.

131 – Viz bod 24 tohoto stanoviska.

132 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), konečný rozhodčí nález ze dne 7. prosince 2012, body 275 a 276.

133 – Viz body 13, 18, 57, 101 a 130 písemného vyjádření.

134 – Viz rovněž v tomto smyslu Eastern Sugar B. V. v. Česká republika (UNCITRAL) (věc SCC č. 088/2004), částečný rozhodčí nález ze dne 27. března 2007, body 159 až 172; Rupert Joseph Binder v. Česká republika (UNCITRAL), rozhodčí nález ze dne 6. června 2007 o příslušnosti, bod 63; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovenská republika (UNCITRAL), rozhodnutí ze dne 30. dubna 2010 o příslušnosti, body 74 až 79; Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, body 245 až 267; European American Investment Bank AG v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2010-17), rozhodčí nález ze dne 22. října 2012 o příslušnosti, body 178 až 185; WNC Factoring Ltd v. Česká republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2014-34), rozhodčí nález ze dne 22. února 2017, body 298 až 308; Anglia Auto Accessories Limited v. Česká republika (věc SCC V 2014/181), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, body 115 a 116; I. P. Busta a J. P. Busta v. Česká republika (věc SCC V 2015/014), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, body 115 a 116.

182. Než provedu tuto analýzu, určím hlavní právní normy obsažené v této BIT:

- zásada legality investic¹³⁵ (článek 2);
- nestranné a spravedlivé zacházení (čl. 3 odst. 1);
- plná ochrana a bezpečnost (čl. 3 odst. 2);
- doložka nejvyšších výhod (NV) (čl. 3 odst. 2 a 3);
- doložka o dodržování smluvních závazků tzv. „umbrella clause“¹³⁶ (čl. 3 odst. 4);
- volný převod plateb (článek 4);
 - zákaz protiprávních vyvlastnění (článek 5);
 - náhrada škody v případě války, ozbrojeného konfliktu, výjimečného stavu nebo jiných výjimečných okolností (článek 6);
 - vstup pojistitele do práv investora v případě pojištění proti neobchodním rizikům (článek 7);
 - postup ISDS (článek 8);
 - postup řešení sporů mezi státy (článek 10) a
 - doložka o ukončení platnosti tzv. „sunset“¹³⁷ (čl. 13 odst. 3).

1) *Působnost uvedené BIT je širší než působnost Smluv o EU a FEU*

183. S výjimkou výslovného omezení se BIT vztahují na jakékoliv jednání nebo nečinnost státu, které má dopad na zahraničního investora nebo jeho investici. V tomto smyslu se vztahují na situace, které nespadají pod Smlouvy o EU a FEU.

184. Nejlepšími případy jsou případy postupu, který zaručuje stabilitu eurozóny, trestního práva a přímých daní.

135 – Podle této zásady může investor využít ochranu na základě BIT pouze tehdy, pokud jde o investici, která dodržovala právo hostitelského státu v okamžiku, kdy byla uskutečněna. Viz například *Salini Costruttori S.p.A. a Italstrade S.p.A. v. Marocké království* (věc ICSID č. ARB/00/4), rozhodčí nález ze dne 31. července 2001 o příslušnosti, bod 46, a *Tokios Tokelés v. Ukrajina* (věc ICSID č. ARB/02/18), rozhodčí nález ze dne 29. června 2004 o příslušnosti, bod 84.

136 – Porušení smlouvy uzavřené mezi státem a zahraničním investorem nepředstavuje samo o sobě porušení mezinárodního práva. Doložka o dodržování mezinárodních závazků, ke které se zavázal hostitelský stát investic ve vztahu k investorům druhého smluvního státu BIT, má tedy za následek začlenění povinnosti do BIT dodržovat tyto závazky. Proto pokud se investoři domnívají, že došlo k porušení těchto závazků, mohou využít ochranu poskytnutou na základě BIT, která zahrnuje zejména právo využít mezinárodního rozhodčího řízení, což by nebylo možné bez doložky o dodržování závazků, jelikož ji mezinárodní právo neukládá.

137 – Podle této doložky se na investice uskutečněné během doby platnosti BIT nadále vztahuje hmotněprávní ochrana poskytnutá BIT, i když již BIT není platná, a to po období, které stanoví. Toto období začíná okamžikem, kdy skončila platnost BIT.

185. Odkazují tak na rozhodčí řízení zahájená na základě BIT uvnitř Unie, na která odkázaly na jednání Řecká republika a Kyperská republika ohledně opatření, která přijaly v souladu se zněním podmíněnosti jejich nástroje finanční pomoci stanovených v memorandech o porozumění a dalších nástrojích sjednaných v rámci Smlouvy o zřízení Evropského mechanismu stability (EMS) nebo v rámci režimu před EMS [a sice evropského nástroje finanční stability (EFSF)]. Tato opatření spadají buď pod EMS, nebo do pravomoci členských států, ale nevztahují se na ně Smlouvy o EU a FEU¹³⁸, v rámci kterých je nemohou zpochybnit jednotlivci z titulu jejich neslučitelnosti s unijním právem.

186. V tomto smyslu opatření přijatá řeckou vládou známá pod anglickým nadpisem „Private Sector Involvement“ (dále jen „PSI“) a spočívající v podstatě v jednostranné a retroaktivní výměně dluhopisů emitovaných touto vládou v rozporu s vůlí některých jejich držitelů vedla k rozhodčímu řízení mezi slovenským investorem a kyperským investorem na jedné straně a Řeckou republikou na straně druhé¹³⁹. Podle těchto investorů představovala jejich „nucená“ účast na výměně dluhopisů stanovená PSI nepřímé vyvlastnění, jakož i nerovné a nespravedlivé zacházení v rozporu s BIT Řecko/Československo a Řecko/Kypr.

187. PSI byla dohodnuta mezi řeckou vládou a trojkou [Komise, ECB a Mezinárodní měnový fond (MMF)] a následně schválena Euroskupinou¹⁴⁰. Jak bylo rozhodnuto Soudním dvorem, k účasti Komise a ECB v trojce dochází mimo Smlouvy o EU a FEU a Euroskupina není orgánem Unie¹⁴¹. V BIT takové omezení není. Vztahují se na veškerá jednání státu.

188. Totéž platí v případě opatření o kontrolách kapitálu uložených Kyperskou republikou při bankovní krizi, která jsou předmětem rozhodčího řízení Theodoros Adamakopoulos a další v. Kyperská republika (věc ICSID č. ARB/15/49). Na jednání kyperská vláda připustila, že sama přijala tato opatření na základě čl. 65 odst. 1 SFEU, který umožňuje, a tedy neukládá členským státům zavést omezení volného pohybu kapitálu.

189. Jak uvedl prezident ECB, i když lze přijetí těchto opatření tolerovat jako omezení volného pohybu kapitálu na základě čl. 65 odst. 1 SFEU, nic to nemění na tom, že se jedná o „jednostranná a svrchovaná vnitrostátní opatření [...] přijatá kyperským parlamentem, kyperskou vládou a kyperskou centrální bankou“¹⁴². I když členské státy musí vykonávat pravomoci způsobem, který neporušuje unijní právo, BIT může poskytovat investorům užitečnou ochranu v případě, že jim opatření, která spadají do výlučné pravomoci členských států, způsobují škodu, avšak neporušují unijní právo.

190. Stejně tak ozdravná opatření kyperského bankovního odvětví sjednaná v rámci EMS a schválená Euroskupinou zahrnovala ukončení činnosti banky Laiki, její rozdělení na špatnou banku a dobrou banku, jakož i začlenění této dobré banky do banky Trapeza Kyprou¹⁴³. Kyperská vláda přijala vůči bance Laiki rovněž opatření, která podle jejího akcionáře Marfin Investment Group vedla ke zvýšení

138 – Podle judikatury Soudního dvora, i když konkrétní opatření uložená členským státům, která podmiňují finanční pomoc, o kterou žádaly v rámci Smlouvy o EMS, musí dodržovat unijní právo, toto právo se na ně nevztahuje. V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 27. listopadu 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, body 151, 164, 179 a 180) a ze dne 20. září 2016, Mallis a další v. Komise a ECB (C-105/15 P až C-109/15 P, EU:C:2016:702, zejména body 59 a 61). Memorandum o porozumění podepsané jménem Evropského mechanismu stability (EMS) Komise a Evropskou centrální bankou (ECB) je totiž aktem EMS a jako takový nemůže podléhat přezkumu legality soudy Unie. Zjištění, že se na tato opatření nevztahuje unijní právo, však není dotčeno možností podat žalobu na náhradu škody proti Unii v rozsahu, v němž Komise a ECB podepsaly toto memorandum o porozumění, což může představovat z jejich strany závažné porušení unijního práva, které vedlo ke vzniku škody. V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 20. září 2016, Ledra Advertising a další v. Komise a ECB (C-8/15 P až C-10/15 P, EU:C:2016:701, body 52 až 55).

139 – Viz Poštová banka, a.s. a Istrokapital SE v. Řecká republika (věc ICSID č. ARB/13/8), rozhodčí nález ze dne 9. dubna 2015, body 60 až 76.

140 – Viz tiskové prohlášení Euroskupiny ze dne 21. února 2012.

141 – Viz rozsudky ze dne 20. září 2016, Ledra Advertising a další v. Komise a ECB (C-8/15 P až C-10/15 P, EU:C:2016:701, bod 52) a ze dne 20. září 2016, Mallis a další v. Komise a ECB (C-105/15 P až C-109/15 P, EU:C:2016:702, body 52 až 61).

142 – Viz dopis ze dne 13. července 2015 zasláný p. Mariem Draghim, prezidentem ECB, členu Evropského parlamentu, p. Svenu Giegoldovi, dostupný na internetové stránce ECB https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fc462edc2c155fec04e0f9d475. Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

143 – Na tato opatření se nevztahuje unijní právo. Viz rozsudek ze dne 20. září 2016, Mallis a další v. Komise a ECB (C-105/15 P až C-109/15 P, EU:C:2016:702).

účasti Kyperské republiky na základním kapitálu banky Laiki na jeho úkor. Byla zahájena trestní řízení proti členům managementu banky Laiki, které jmenovala Marfin Investment Group, a došlo i k dočasnému zabavení majetku ve vlastnictví Marfin Investment Group a členů jejího managementu. Jelikož se Marfin Investment Group domnívala, že tato opatření představují nepřímé vyvlastnění jejich investic v bance Laiki, jakož i svévolné a diskriminační zacházení v rozporu s BIT Řecko/Kypr, zahájila rozhodčí řízení proti Kyperské republice¹⁴⁴.

191. Je zjevné, že spor dotčený v uvedeném rozhodčím řízení rovněž nespadá do působnosti Smluv o EU a FEU ani ve své trestní části, ani ve své části ozdravení. Na jednání kyperská vláda vytkla rozhodčímu soudu, že jí uložil „nevydávat a nevykonávat některé evropské zatýkácí rozkazy“ vůči některým řeckým státním příslušníkům, i když tak bylo činěno za účelem umožnění jejich účasti na jednání před rozhodčím soudem jako svědků.

192. Nicméně, jak vyplývá z tiskové zprávy vydané právní službou Kyperské republiky, rozhodnutí vydat, či nevydat podobné zatýkácí rozkazy spadá do výlučné pravomoci členských států. Není mi tedy zřejmé, jak rozhodnutí rozhodčího soudu zabránilo Kyperské republice splnit její povinnosti vyplývající z rámcového rozhodnutí Rady 2002/584/SVV ze dne 13. června 2002 o evropském zatýkáčím rozkazu a postupech předávání mezi členskými státy¹⁴⁵, které se v podstatě týká výkonu zatýkáčích rozkazů vydaných jedním členským státem (v projednávané věci Kyperskou republikou) v jiných členských státech, jakož i postupů předávání dotčených osob. Pokud jde o pozastavení výkonu rozkazů, toto rámcové rozhodnutí neobsahuje ustanovení, která se týkají výkonu rozkazů v zemi jejich vydání. V tomto smyslu tato otázka spadá rovněž do výlučné pravomoci členských států. V každém případě se zdá, že dotčený rozhodčí soud v návaznosti na žádost kyperského státního zástupce zrušil své rozhodnutí, a uložil tak dotčeným řeckým státním příslušníkům, aby se dostavili ke kyperským soudům, což bylo předmětem dotčených evropských zatýkáčích rozkazů¹⁴⁶.

193. Pokud jde o oblast přímých daní, uvedená BIT se použije v plném rozsahu. To není případ Smluv o EU a FEU, neboť přímé daně spadají do pravomoci členských států, i když tyto musí při výkonu této pravomoci dodržovat unijní právo¹⁴⁷. Ochrana poskytovaná základními svobodami v oblasti přímých daní¹⁴⁸ zahrnuje pouze zákaz rozdílného zacházení mezi daňovými poplatníky, kteří se nacházejí v objektivně srovnatelných situacích, nebo stejného zacházení s daňovými poplatníky, kteří se nacházejí v odlišných situacích¹⁴⁹.

144 – Viz probíhající rozhodčí řízení Marfin Investment Group Holdings S. A., Alexandros Bakatselos a další v. Kyperská republika (věc ICSID č. ARB/13/27). Viz rovněž tisková zpráva právní služby Kyperské republiky dostupná na internetové stránce jejího Tiskového a informačního úřadu (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

145 – Úř. věst. 2002, L 190, s. 1. Rámcové rozhodnutí vymezuje trestné činy, v případě kterých lze vydat evropský zatýkáčím rozkaz, ale netýká se dalších podmínek trestního práva, které musí být v takovém řízení dodrženy a které spadají výlučně do pravomoci členského státu vydání zatýkáčím rozkazu.

146 – Viz tisková zpráva „Bouloutas et Foros sont comparus devant les juridictions“ na internetové stránce novin Politis <https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

147 – Viz rozsudky ze dne 14. února 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, bod 21); rozsudek ze dne 12. prosince 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, bod 36), a ze dne 10. května 2012, Santander Asset Management SGHC a další (C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286, bod 14).

148 – S výjimkou omezených případů, kdy to stanoví Smlouva o FEU (články 110 až 112 SFEU) a kdy Unie vydala právní předpis. Jako příklad citují směrnice Rady 2003/49, 2009/133/ES, 2011/16/EU ze dne 15. února 2011 o správní spolupráci v oblasti daní a o zrušení směrnice 77/799/EHS (Úř. věst. 2011, L 64, s. 1); směrnici Rady 2011/96 a směrnici Rady 2015/2060/EU, kterou se zrušuje směrnice 2003/48/ES o zdanění příjmů z úspor v podobě úrokových plateb (Úř. věst. 2015, L 301, s. 1). Viz rovněž v tomto smyslu stanovisko generální advokátky J. Kokott ve věci C (C-122/15, EU:C:2016:65, body 42 až 50). Nic nebrání unijním orgánům nebo členským státům podle rozdělení jejich pravomocí v dotčených oblastech zavést jediný právní rámec pro ochranu investic na celém území Unie, který by nahradil BIT.

149 – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 14. listopadu 1995, Svensson a Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, body 12 až 19); ze dne 1. dubna 2014, Felixstowe Dock and Railway Company a další (C-80/12, EU:C:2014:200, body 20, 21 a 25); ze dne 17. července 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, body 19 a 24); ze dne 3. února 2015, Komise v. Spojené království (C-172/13, EU:C:2015:50, body 21 a 24), a ze dne 24. listopadu 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, bod 54).

194. Na jednání Komise odkázala na rozsudek ze dne 5. února 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47)*, ačkoli tento rozsudek prokazuje, že na rozdíl od názoru Komise neposkytuje unijní právo „úplnou“ ochranu v oblasti investic¹⁵⁰. Z bodů 23 a 30 uvedeného rozsudku totiž jasně vyplývá, že unijní právo poskytuje ochranu pouze proti diskriminaci v oblasti dotčené uvedeným rozsudkem, a sice oblasti přímých daní.

195. Navíc v souladu s čl. 51 odst. 1 Listiny jsou její ustanovení určena členským státům, výhradně pokud uplatňují unijní právo. Jak rozhodl Soudní dvůr, jelikož se na dotčená opatření přímých daní nevztahují ustanovení Smlouvy o FEU nebo směrnic týkajících se daní, nepoužijí se na ně ustanovení Listiny¹⁵¹.

196. Naopak ochrana poskytnutá investorům na základě BIT v oblasti přímých daní je širší než v rámci unijního práva, neboť se netýká pouze diskriminačního daňového zacházení, ale rovněž jakéhokoliv zdanění, které porušuje záruky nestranného a spravedlivého zacházení, zacházení podle nejvyšších výhod, plnou ochranu a bezpečnost, jakož i jakéhokoliv nepřímého vyvlastnění uskutečněného prostřednictvím zdanění¹⁵².

197. Například menšinový akcionář ve společnosti se sídlem v jiném členském státě, která je v tomto státě vyvlastněna¹⁵³ prostřednictvím přímých daní, není chráněn základními svobodami zaručenými Smlouvou o FEU, neboť jeho účast mu nepřiznává kontrolu nad společností, která je předmětem vyvlastnění, a proto se na něj nevztahuje svoboda usazování. Navíc, jelikož se daňová opatření týkají pouze společnosti, vztahují se na čistě vnitrostátní situaci, takže se nepoužijí ustanovení Smlouvy o FEU týkající se volného pohybu kapitálu. Jelikož se nepoužijí ustanovení unijního práva, nepoužije se ani Listina a její článek 17.

198. Naopak, jelikož je menšinový podíl přímou investicí ve smyslu uvedené BIT, může menšinový akcionář plně využít článku 5, který zakazuje protiprávní vyvlastnění¹⁵⁴.

2) Právní normy uvedené BIT, které nemají odpovídající ustanovení v unijním právu

199. Několik právních norem uvedené BIT nemá odpovídající ustanovení v unijním právu. Jedná se o doložku NV, doložku o dodržování smluvních závazků, doložku „sunset“, jakož i postup ISDS.

i) Doložka NV

200. Článek 3 odst. 2 uvedené BIT zavádí zásadu, podle které každá smluvní strana poskytne investicím investora druhé smluvní strany plnou bezpečnost a ochranu, které v žádném případě nebudou menší než bezpečnost a ochrana přiznávané investicím vlastních investorů nebo investicím investorů z kteréhokoliv třetího státu, pokud je pro dotčeného investora výhodnější.

150 – Odkazují k tomuto rozsudku, který se týká přímého zdanění, abych poukázal na úplnou ochranu investic v unijním právu, Komise si protiřečí, neboť obhájí domněnku, podle níž rozsudek ze dne 5. července 2005, *D. (C 376/03, EU:C:2005:424)*, jenž se týká diskriminace zakázané smlouvou o FEU v případě přímých daní, není z hlediska slučitelnosti článku 8 BIT s článkem 18 SFEU relevantní, neboť přímé daně spadají do kompetence členských států. Viz bod 78 tohoto stanoviska.

151 – Viz rozsudek ze dne 2. června 2016, *C (C-122/15, EU:C:2016:391, body 28 a 29)* a usnesení ze dne 15. dubna 2015, *Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251, body 26 až 33)*.

152 – Viz *Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13)*, rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 251. Pokud jde o případ vyvlastnění, viz zejména *Marvin Feldman v. Spojené státy mexické (věc ICSID č. ARB(AF)/99/1)*, rozhodčí nález ze dne 16. prosince 2002, body 101 až 107; *EnCana Corporation v. Ekvádorská republika (UNCITRAL)*, rozhodčí nález ze dne 3. února 2006, body 173 a 177, a *Occidental Petroleum Corporation a Occidental Exploration and Production Company v. Ekvádorská republika (věc ICSID č. ARB/06/11)*, rozhodčí nález ze dne 5. října 2012, bod 455.

153 – Další podrobnosti ke srovnání ochrany proti protiprávním vyvlastněním mezi uvedenou BIT a Smlouvami EU a FEU, viz body 217 až 226 tohoto stanoviska.

154 – V tomto smyslu viz *Quasar de Valores SICAV S. A. a další v. Ruská federace (věc SCC č. 24/2007)*, rozhodčí nález ze dne 20. července 2012 a *RosInvestCo UK Ltd. v. Ruská federace (SCC Case No. V 079/2005)*, konečný rozhodčí nález ze dne 12. září 2010, zrušené švédskými soudy z jiných důvodů.

201. I když unijní právo uznává zásadu národního zacházení¹⁵⁵, neobsahuje doložku NV, která by umožňovala státním příslušníkům z jednoho členského státu využít v jiném členském státě zacházení, které tento stát přiznává státním příslušníkům třetího členského státu na základě dvoustranné dohody¹⁵⁶.

ii) Doložka o dodržování smluvních závazků tzv. „umbrella clause“

202. Doložka o dodržování smluvních závazků tzv. „umbrella clause“ v čl. 3 odst. 5 uvedené BIT má za následek, že porušení BIT znamená porušení smluvního závazku státem, který převzal ve vztahu k investorovi. V unijním právu neexistuje odpovídající ustanovení, které by převádělo porušení smluvního závazku na porušení Smluv o EU a FEU.

iii) Doložka „sunset“

203. Na rozdíl od čl. 13 odst. 3 uvedené BIT neobsahují Smlouvy o EU a FEU doložku „sunset“. Právě naopak, čl. 50 odst. 3 SEU stanoví, že „Smlouvy přestávají být pro dotýčný stát použitelné dnem vstupu dohody o vystoupení v platnost, nebo nedojde-li k tomu, dva roky po oznámení podle odstavce 2“, ledaže by tato lhůta byla prodloužena. V důsledku toho státní příslušníci Unie přestanou okamžitě požívat ochrany přiznané unijním právem jejich hospodářským činnostem v členském státě, který se rozhodne odejít z Unie, i když byly jejich investice uskutečněny v období, kdy byly Smlouvy v platnosti v tomto členském státě a naopak.

iv) Využití mezinárodního rozhodčího řízení jako postupu ISDS

204. Článek 8 uvedené BIT obsahuje stálou nabídku („standing offer“) Nizozemského království a Slovenské republiky investorům druhé smluvní strany předložit k mezinárodnímu rozhodčímu řízení jakýkoliv spor týkající se jejich investic v souladu s rozhodčími pravidly UNCITRAL, přičemž Rozhodčí soud Obchodní komory ve Stockholmu vystupuje jako orgán oprávněný ke jmenování.

205. Podle rozhodčího soudu, u kterého bylo zahájeno rozhodčí řízení dotčené ve věci v původním řízení, nelze právo využít mezinárodní rozhodčí řízení jednoduše postavit naroveň žalobám u běžných soudů státu¹⁵⁷ s tím, že Smlouvy o EU a FEU (stejně jako právní řády členských států) nezavádějí právní prostředek odpovídající postupu ISDS. I když čl. 19 odst. 1 druhý pododstavec SEU ukládá členským státům stanovit prostředky nezbytné k zajištění účinné právní ochrany v oblastech pokrytých právem Unie, Smlouvy o EU a FEU nevytvářejí právní prostředky, které by umožňovaly jednotlivcům žalovat členské státy přímo u Soudního dvora¹⁵⁸. Navíc působnost uvedené BIT je širší než působnost Smluv o EU a FEU, a použije se tedy také v případech, kdy se nepoužijí povinnosti vyplývající z čl. 19 odst. 1 druhého pododstavce SEU.

155 – Viz například rozsudek ze dne 21. září 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, bod 59).

156 – Viz body 66 až 72 tohoto stanoviska.

157 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 264. Viz rovněž v tomto smyslu WNC Factoring Ltd v. Česká republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2014-34), rozhodčí nález ze dne 22. února 2017, bod 300.

158 – Viz Eastern Sugar B. V. v. Česká republika (UNCITRAL) (věc SCC č. 088/2004), částečný rozhodčí nález ze dne 27. března 2007, bod 180; Binder v. Česká republika (UNCITRAL), rozhodčí nález o příslušnosti ze dne 6. června 2007, bod 40; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovenská republika (UNCITRAL), rozhodnutí o příslušnosti ze dne 30. dubna 2010, bod 77; WNC Factoring Ltd v. Česká republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2014-34), rozhodčí nález ze dne 22. února 2017, bod 299; Anglia Auto Accessories Limited v. Česká republika (věc SCC V 2014/181), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, bod 116; I.P. Busta a J.P. Busta v. Česká republika (věc SCC V 2015/014), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, bod 116.

206. Rozhodčí soudy jsou mimoto nejvhodnější pro řešení sporů mezi investory a státy na základě BIT, neboť státní soudy často investorům stanovují podmínky, za nichž se mohou dovolat mezinárodního práva, které je ve skutečnosti nemožné splnit¹⁵⁹, jakož i lhůty, které jsou obtížně slučitelné s obchodním stykem a s částkami, o které jde.

207. V důsledku toho pokud by uvedená BIT nezavedla využití mezinárodního rozhodčího řízení jako způsobu ISDS, byla by celá zbavena jakéhokoliv užitečného účinku. V tomto ohledu členské státy, které se zúčastnily projednávaného řízení, jakož i Komise neuvedly jediný případ investora, který by podal žalobu ke státním soudům na základě původních BIT, které jako BIT Německo/Řecko a Německo/Portugalsko neobsahují postupy ISDS.

208. Není tedy vůbec překvapivé, že právo investorů využít mezinárodního rozhodčího řízení je uznáno v mezinárodním právu investic jako nejzásadnější ustanovení BIT, neboť kromě svého procesního obsahu je rovněž samo o sobě zárukou, která podporuje a chrání investice¹⁶⁰.

209. Soudní dvůr potvrdil toto posouzení, když rozhodl v bodě 292 posudku 2/15 (Dohoda o volném obchodu se Singapurem) ze dne 16. května 2017 (EU:C:2017:376), že postupy ISDS „nem[ohou] mít ryze pomocný charakter“.

3) *Překrývání mezi ostatními ustanoveními uvedené BIT a některými ustanoveními Smluv o EU a FEU je pouze částečné*

210. Pokud jde o ostatní normy hmotněprávní ochrany investic, a sice plná bezpečnost a ochrana, nestranné a spravedlivé zacházení s investicemi, jakož i zákaz protiprávních vylastnění, je třeba zdůraznit, že jejich překrývání s unijním právem je pouze částečné, avšak nejsou s unijním právem neslučitelné. Naopak stejně jako základní svobody tyto normy podporují rovněž pohyb kapitálu mezi členskými státy. Jsou *a priori* slučitelné s vnitřním trhem.

159 – Viz například francouzská Conseil d'État (státní rada, Francie), rozsudek ze dne 21. prosince 2007, č. 280264, která rozhodla, že ustanovení článku 3 dohody mezi vládou Francouzské republiky a vládou Alžírské demokratické lidové republiky o podpoře a vzájemné ochraně investic, podepsané v Alžíru dne 13. února 1993 zakládala závazky pouze mezi oběma signatářskými státy a že v důsledku toho se jich jednotlivci nemohli dovolávat. Lze odvodit analogii s přezkumem platnosti unijních aktů z hlediska mezinárodního práva. V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 21. prosince 2011, Air Transport Association of America a další (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 – Viz Emilio Agustín Maffezini v. Španělské království (věc ICSID č. ARB/97/7), rozhodnutí soudu ze dne 25. ledna 2000 o námitkách nepřislušnosti, body 54 a 55; Gas Natural SDG S. A. v. Argentinská republika (věc ICSID č. ARB/03/10), rozhodnutí soudu ze dne 17. června 2005 o námitkách nepřislušnosti, bod 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. a InterAguas Servicios Integrales del Agua S. A. v. Argentinská republika (věc ICSID č. ARB/03/17), rozhodnutí ze dne 16. května 2006 o příslušnosti, bod 60; Eastern Sugar B. V. v. Česká republika (UNCITRAL) (věc SCC č. 088/2004), částečný rozhodčí nález ze dne 27. března 2007, body 165 a 166; Binder v. Česká republika (UNCITRAL), rozhodčí nález ze dne 6. června 2007 o příslušnosti, bod 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovenská republika (UNCITRAL), rozhodnutí ze dne 30. dubna 2010 o příslušnosti, body 77 a 78; Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 264; WNC Factoring Ltd v. Česká republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2014-34), rozhodčí nález ze dne 22. února 2017, bod 300; Anglia Auto Accessories Limited v. Česká republika (věc SCC V 2014/181), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, bod 116; I. P. Busta a J. P. Busta v. Česká republika (věc SCC V 2015/014), konečný rozhodčí nález ze dne 10. března 2017, bod 116.

i) Plná bezpečnost a ochrana investic

211. Tato norma ukládá státu pozitivní povinnost přijmout opatření za účelem ochrany investic, což zahrnuje fyzickou ochranu investora a jeho investice proti násilným činům ze strany jednotlivců¹⁶¹ nebo orgánů státu¹⁶², jakož i právní ochranu¹⁶³ investora a jeho investice¹⁶⁴.

212. V unijním právu neexistuje přímo odpovídající norma¹⁶⁵. Základní svobody lze sice použít ve stejných skutkových rámcích, jako záruku plné bezpečnosti a ochrany, neboť mají vertikální a horizontální přímý účinek¹⁶⁶. Nicméně z obsahového hlediska jsou odlišné, ať už se jedná o fyzickou ochranu investora nebo o právní ochranu, která zahrnuje povinnost státu zajistit, aby úroveň ochrany a bezpečnosti investic dohodnutá se zahraničními investory nebyla zrušena nebo snížena, ať již v důsledku změny jeho zákonů nebo jednání jeho správy¹⁶⁷. Nic tak konkrétního v unijním právu nalézt nelze.

161 – Viz zejména *Wena Hotels Ltd. v. Egyptská arabská republika* (věc ICSID č. ARB/98/4), rozhodčí nález ze dne 8. prosince 2000, bod 84 a *Técnicas Medioambientales TECMED S. A. v. Spojené státy mexické* (věc ICSID č. ARB(AF)/00/2), rozhodčí nález ze dne 29. května 2003, body 175 až 177.

162 – Viz zejména *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Spojená tanzanská republika* (věc ICSID č. ARB/05/22), rozhodčí nález ze dne 24. července 2008, bod 730 a *Eureko B. V. v. Polská republika* (Rozhodčí řízení *ad hoc*), částečný rozhodčí nález ze dne 19. srpna 2005, body 236 a 237.

163 – Viz *CME Czech Republic B. V. v. Česká republika* (UNCITRAL), částečný rozhodčí nález ze dne 13. září 2001, bod 613 a *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. a Vivendi Universal S. A. v. Argentinská republika* (věc ICSID č. ARB/97/3), rozhodčí nález ze dne 20. srpna 2007, body 7.4.15 a 7.4.16.

164 – Pokud jde o úplnější analýzu, viz Schreuer, C., „Full Protection and Security“, 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, s. 1.

165 – Viz *Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika* (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 260.

166 – Viz například rozsudek ze dne 11. prosince 2007, *International Transport Workers' Federation a Finnish Seamen's Union* (C-438/05, EU:C:2007:772, body 56 až 59, 62 a 66). Totéž platí pro nařízení, ale nikoliv pro směrnice.

167 – Viz *Saluka Investments B. V. v. Česká republika* (UNCITRAL) (věc PCA č. 2001-04), částečný rozhodčí nález ze dne 17. března 2006, bod 484.

ii) *Nestranné a spravedlivé zacházení s investicemi*

213. Nestranné a spravedlivé zacházení s investicemi je široký pojem, který zahrnuje právo na spravedlivý proces a základní záruky dobré víry, zákaz diskriminace¹⁶⁸ a proporcionality¹⁶⁹, jakož i pojmy „transparentnost“, „jednoznačnost“ a „neexistence svévolného zacházení“, „legitimní očekávání“ a „ochrana proti nátlaku a obtěžování“¹⁷⁰. Konečně pojem „neestranné a spravedlivé zacházení“ chrání investora proti odepření spravedlnosti¹⁷¹ státními soudy¹⁷².

214. Společné body s několika zásadami unijního práva, jako jsou zásady zákazu diskriminace, proporcionality a ochrany legitimního očekávání, jakož i právo na řádnou správu, na účinnou soudní nápravu a na spravedlivý proces, jsou zjevné.

215. Nicméně tyto normy unijního práva, dokonce i posuzované jako celek, neznamenají, že unijní právo zná zásadu nestranného a spravedlivého zacházení jako takovou. Například, jak bylo rozhodnuto několika rozhodčími soudy, zacházení může být zaujaté a nespravedlivé, i když se týká všech hospodářských subjektů bez ohledu na jejich státní příslušnost nebo další odlišující vlastnosti¹⁷³, jako například paušální korporátní daň. Je třeba zdůraznit, že v rozhodčím řízení ve věci v původním řízení Slovenská republika souhlasila s tím, že podobná daň může být v rozporu s nestranným a spravedlivým zacházením uloženým BIT, avšak nemusí být v rozporu s unijním právem¹⁷⁴.

216. Dalším příkladem je ochrana proti odepření spravedlnosti, která zahrnuje rovněž případ zjevného a úmyslného nesprávného použití vnitrostátního práva. Unijní právo neposkytuje srovnatelnou ochranu, neboť unijní soudy nejsou příslušné k výkladu vnitrostátního práva.

168 – Pojem diskriminace v mezinárodním právu investic je podobný pojmu podle unijního práva v tom, že se týká zacházení nepříznivého pro investora, které nelze rozumně odůvodnit. V tomto smyslu viz *Elettronica Sicula S. P. A. (ELSI)*, rozsudek, CIJ Sbírka rozhodnutí 1989, s. 15, bod 122; *Saluka Investments B. V. v. Česká republika (UNCITRAL)* (věc PCA č. 2001-04), částečný rozhodčí název ze dne 17. března 2006, bod 460 a *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Spojená tanzanská republika* (věc ICSID č. ARB/05/22), rozhodčí název ze dne 24. července 2008, bod 695.

169 – Viz *MTD Equity Sdn. Bhd. a MTD Chile S. A. v. Chilská republika* (věc ICSID č. ARB/01/7), rozhodčí název ze dne 25. května 2004, bod 109; *Saluka Investments B. V. v. Česká republika (UNCITRAL)* (věc PCA č. 2001-04), částečný rozhodčí název ze dne 17. března 2006, body 303 a 460; *Plama Consortium Limited v. Bulharská republika* (věc ICSID č. ARB/03/24), rozhodčí název ze dne 27. srpna 2008, bod 184, a *EDF (Services) Limited v. Rumunsko* (věc ICSID č. ARB/05/13), rozhodčí název ze dne 8. října 2009, bod 303.

170 – Viz *Técnicas Medioambientales TECMED S. A. v. Spojené státy mexické* (věc ICSID č. ARB(AF)/00/2), rozhodčí název ze dne 29. května 2003, bod 154; *Waguib Elie George Siag a Clorinda Vecchi v. Egyptská arabská republika* (věc ICSID č. ARB/05/15), rozhodčí název ze dne 1. června 2009, bod 450, a *Rumeli Telekom A. S. a Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Kazachstánská republika* (věc ICSID č. ARB/05/16), rozhodčí název ze dne 29. července 2008, bod 609. Viz rovněž v tomto smyslu Dolzer, M., a Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, s. 133 až 149; Yannaca-Small, K., „Fair and equitable Treatment Standard“, zveřejněný v Yannaca-Small, K., (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, s. 385, s. 393 až 410. Viz rovněž posudek 2/15 (Dohoda o volném obchodu se Singapurem) ze dne 16. května 2017 (EU:C:2017:376, bod 89).

171 – Pojem „odepření spravedlnosti“ v mezinárodním právu zahrnuje povinnost státu nevykonávat spravedlnost zjevně nespravedlivým způsobem. V tomto smyslu viz Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 67. Tato povinnost je porušena, pokud se například státní soudy odmítnou zabývat věcí, pokud ve věci dochází k nepřiměřenému prodlení, pokud je spravedlnost vykonávána zjevně nevhodným způsobem nebo i když dochází ke zjevnému a úmyslnému nesprávnému použití práva. Viz *Robert Azinian a další v. Spojené státy mexické* (věc ICSID č. ARB(AF)/97/2), rozhodčí název ze dne 1. listopadu 1999, body 102 a 103.

172 – Viz *Rumeli Telekom A. S. a Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Kazachstánská republika* (věc ICSID č. ARB/05/16), rozhodčí název ze dne 29. července 2008, bod 651 a *Victor Pey Casado a President Allende Foundation v. Chilská republika* (věc ICSID č. ARB/98/2), rozhodčí název ze dne 8. května 2008, body 653 až 657. Viz rovněž v tomto smyslu McLachlan, C., Shore, L., a Weiniger, M., *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, s. 227.

173 – Viz *S. D. Myers Inc. v. Kanada (UNCITRAL)*, částečný rozhodčí název ze dne 13. listopadu 2000, bod 259; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., a LG&E International, Inc v. Argentinská republika* (věc ICSID č. ARB/02/1), rozhodnutí o odpovědnosti ze dne 3. října 2006, bod 162, a *Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL)* (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí název o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení ze dne 26. října 2010, body 250 a 251.

174 – Viz *Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL)* (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí název ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, body 119 a 251.

iii) *Zákaz protiprávních vyvlastnění*

217. V souladu s článkem 5 uvedené BIT je vyvlastnění legální pouze tehdy, pokud je přijato ve veřejném zájmu, je provedeno podle zákona, není diskriminační a je doprovázeno ustanovením o vyplacení spravedlivé náhrady.

218. Překrytí s právem na vlastnictví zaručeným čl. 17 odst. 1 Listiny základních práv Unie je zjevné¹⁷⁵. Podle tohoto ustanovení „[n]ikdo nesmí být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu, v případech a za podmíněk, které stanoví zákon, a při poskytnutí spravedlivé náhrady v přiměřené lhůtě“.

219. Nicméně toto překrytí je pouze částečné, neboť ochrana proti vyvlastnění poskytnutá BIT je širší než ochrana na základě unijního práva, a to přinejmenším ve dvou ohledech.

220. Zprv v souladu s čl. 51 odst. 1 Listiny je článek 17 Listiny určen členským stáům, výhradně pokud uplatňují právo Unie. V jiných případech je tedy jeho použití vyloučeno. Jestliže tedy Komise odkázala na jednání na projednávané spojené věci SEGRO a Horváth (C-52/16 a C-113/16) jako příklady věcí, ve kterých unijní právo poskytuje ochranu proti vyvlastněním, tato ochrana zdaleka není úplná, neboť se nikdy nepoužije samostatně¹⁷⁶. Naopak zákaz protiprávních vyvlastnění na základě článku 5 uvedené BIT je autonomní a zavazuje stát bez omezení.

221. Zadrž BIT nechrání výlučně před přímými vyvlastněními¹⁷⁷, ale rovněž před nepřímými vyvlastněními, tj. před vyvlastněními prostřednictvím právních předpisů a tzv. skrytými vyvlastněními (creeping expropriations)¹⁷⁸.

222. Pojem „nepřímé vyvlastnění“ je obtížně vymežitelný a zahrnuje zásah do práva na vlastnictví a užívání investice bez vyvlastnění. Rozhodčí soudy stanovily několik kritérií za účelem rozlišení nepřímého vyvlastnění od běžného výkonu regulační pravomoci státu, a sice stupeň zásahu do práva na vlastnictví, účel a kontext dotčených státních opatření a porušení rozumného očekávání hospodářského výkonu investice těmito opatřeními¹⁷⁹.

223. Totéž platí pro tzv. skrytá vyvlastnění, tedy nepřímá vyvlastnění, ke kterým dochází postupně a která jsou uskutečňována prostřednictvím řady opatření, z nichž žádné samo o sobě nepředstavuje vyvlastnění, ale jejich kumulativním účinkem je zničena hodnota investice¹⁸⁰.

224. Judikatura Soudního dvora ohledně článku 17 Listiny není tolik rozvinutá. Není tudíž vůbec jisté, že chrání investory proti nepřímým vyvlastněním srovnatelným způsobem jako BIT.

175 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 261.

176 – Viz stanovisko generálního advokáta Saugmandsgaarda Øe ve spojených věcech SEGRO a Horváth (C-52/16 a C-113/16, EU:C:2017:410, bod 121), ve kterém generální advokát navrhuje neodpovědět na předběžné otázky týkající se článku 17 Listiny, neboť „nelze tvrzené porušování [tohoto článku] zkoumat nezávisle na otázce porušování svobod pohybu“. Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 21. prosince 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, bod 65).

177 – Přímým vyvlastněním je třeba rozumět znárodnění nebo zbavení vlastnictví prostřednictvím formálního převodu vlastnického práva nebo fyzického zabavení.

178 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 261. Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 15. září 2011, Komise v. Slovensko (C-264/09, EU:C:2011:580, body 47 až 50), ve kterých Soudní dvůr rozhodl, že výpověď smlouvy Slovenskou republikou, kterou uzavřela se švýcarským investorem, nezbytná pro dosažení souladu s povinnostmi, které pro ni vyplývají ze směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/54/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 96/92/ES (Úř. věst. 2003, L 176, s. 37; Zvl. vyd. 12/02, s. 211), může představovat vyvlastnění ve smyslu článku 6 BIT Švýcarsko/Slovensko.

179 – V tomto smyslu viz shrnutí relevantní mezinárodní judikatury dostupné v Yannaca-Small, K., „Indirect expropriation' and the ‚Right to Regulate' in International Investment Law“ *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, s. 10 až 20.

180 – Viz například Técnicas Medioambientales TECMED S. A. v. Spojené státy mexické (věc ICSID č. ARB(AF)/00/2), rozhodčí nález ze dne 29. května 2003, bod 114 a Generation Ukraine Inc. v. Ukrajina (věc ICSID č. ARB/00/9), rozhodčí nález ze dne 16. září 2003, bod 20.22.

225. Zatřetí článek 17 Listiny stanoví pouze spravedlivou náhradu, zatímco čl. 5 písm. c) uvedené BIT stanoví, že náhrada musí představovat *skutečnou* hodnotu investice.

226. Komise neuvádí ani jeden příklad věci rozhodované Soudním dvorem buď na základě žaloby na neplatnost, nebo žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, ve které by se investor domáhal svého práva na vlastnictví proti protiprávnímu vyvlastnění jeho investice¹⁸¹.

227. Komise ani nijak nevysvětluje, jakým způsobem je zákaz protiprávních vyvlastnění neslučitelný se Smlouvami o EU a FEU.

228. Z výše uvedeného vyplývá, že působnost uvedené BIT je širší než působnost Smluv o EU a FEU a záruky ochrany investic zavedené uvedenou BIT se liší od záruk přiznaných v unijním právu, aniž jsou s ním neslučitelné. Z tohoto důvodu není spor mezi nizozemským investorem a Slovenskou republikou, který spadá pod uvedenou BIT, sporem týkajícím se výkladu nebo provádění Smluv o EU a FEU.

3. Má BIT Nizozemsko/Československo s ohledem na svůj účel za následek zásah do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami o EU a FEU, a tedy autonomie právního systému Unie?

229. Pokud Soudní dvůr rozhodne, že takový spor, jako je spor mezi společností Achmea a Slovenskou republikou ve věci v původním řízení, není sporem týkajícím se výkladu nebo provádění Smluv uvedeným v článku 344 SFEU, bude třeba ještě přezkoumat, zda má článek 8 BIT Nizozemsko/Československo za následek zásah do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami a autonomie právního systému Unie¹⁸².

230. Nejprve připomínám základní zásady stanovené v tomto ohledu Soudním dvorem v bodech 65 až 70 posudku 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123) a v bodech 157 až 176 posudku 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454).

231. Je nesporné, že zakládací smlouvy Unie zavedly nový právní řád, který je vybaven vlastními orgány, v jehož prospěch státy omezily v neustále rozšiřujících se oblastech svá svrchovaná práva a mezi jehož subjekty patří nejen členské státy, ale rovněž jejich státní příslušníci, přičemž unijní právo se vyznačuje předností před právy členských států, jakož i přímým účinkem celé řady ustanovení použitelných ve vztahu k jejich státním příslušníkům i ve vztahu k samotným členským státům¹⁸³.

181 – Na jednání kyperská vláda odkázala na body 62 až 76 rozsudku ze dne 20. září 2016, Ledra Advertising a další v. Komise a ECB (C-8/15 P až C-10/15 P, EU:C:2016:701), v němž se Soudní dvůr vyjádřil pouze k otázce, zda tím, že Komise podepsala Memorandum o porozumění jménem EMS, přispěla k porušení vlastnického práva žalobkyň zaručeného v čl. 17 odst. 1 Listiny. Otázka porušení tohoto práva Kyperskou republikou nebyla rozhodnuta, neboť Listina se každopádně nevztahuje na členské státy nad rámec uplatňování práva Unie (viz bod 67 tohoto rozsudku).

182 – Viz posudek 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, body 63 až 89); posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 183), a posudek 2/15 (Dohoda o volném obchodu se Singapurem) ze dne 16. května 2017 (EU:C:2017:376, bod 301).

183 – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 5. února 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, s. 12); ze dne 15. července 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, s. 593); ze dne 17. prosince 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, bod 3); posudek 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490, bod 21) a posudek 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, bod 65); rozsudek ze dne 26. února 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, bod 59), jakož i posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 166).

232. Právní řád a soudní systém Unie spočívají 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, což znamená a odůvodňuje existenci vzájemné důvěry členských států v uznání těchto hodnot, a tím i v dodržování unijního práva, které tyto hodnoty uplatňuje¹⁸⁴.

233. Na základě zásady loajální spolupráce zakotvené v čl. 4 odst. 3 prvním pododstavci SEU je na členských státech, aby zajistily na svých územích uplatňování a dodržování unijního práva. Podle druhého pododstavce téhož odstavce dále členské státy učiní veškerá vhodná obecná nebo zvláštní opatření k plnění závazků, které vyplývají ze Smluv nebo z aktů orgánů Unie¹⁸⁵.

234. V zájmu zachování specifických rysů a autonomie právního řádu Unie zavedly Smlouvy soudní systém určený k zajištění soudržného a jednotného výkladu unijního práva, který přiznává vnitrostátním soudům a Soudnímu dvoru úkol, aby zaručily plné uplatňování unijního práva ve všech členských státech a soudní ochranu práv, která pro jednotlivce z unijního práva vyplývají¹⁸⁶.

235. V tomto kontextu „[s]těžejším bodem celého takto koncipovaného soudního systému je zvláště řízení o předběžné otázce upravené v článku 267 SFEU, které má za cíl – prostřednictvím nastoleného dialogu mezi jednotlivými soudy, konkrétně mezi Soudním dvorem a soudy členských států – zajistit jednotný výklad unijního práva [...], čímž umožňuje zaručit jeho soudržnost, plný účinek a autonomii a v konečném důsledku i specifický charakter práva zavedeného Smlouvami [...]“¹⁸⁷.

236. Konečně při výkonu jejich úlohy strážců unijního práva dbají soudy členských států na dodržování norem a zásad, které spadají mezi takové samotné základy právního řádu Unie, jako je přednost unijního práva, čtyři základní svobody, občanství Unie, prostor svobody, bezpečnosti a spravedlnosti, právo hospodářské soutěže a státních podpor, jakož i základní práva¹⁸⁸.

237. Domnívám se, že možnost poskytnutá článkem 8 uvedené BIT nizozemským a slovenským investorům využít mezinárodní rozhodčí řízení neporušuje ani vymezení pravomocí stanovené Smlouvami o EU a FEU, ani autonomii právního systému Unie i kdyby Soudní dvůr rozhodl, že rozhodčí soudy zřízené v souladu s tímto článkem nejsou soudy členských států ve smyslu článku 267 SFEU.

238. Je třeba nejprve uvést, že i přes jejich závaznou povahu nelze žádný rozhodčí nález vykonat bez pomoci státu, který v případě rozhodčího řízení týkajícího se investic poskytuje investorovi své postupy výkonu.

184 – Viz posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 168).

185 – Viz rozsudek ze dne 16. července 1998, Oelmühle a Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, bod 23), jakož i posudek 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, bod 68) a posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 173).

186 – Viz čl. 19 odst. 1 SEU. Viz rovněž posudek 1/91 (Dohoda EHP – I) ze dne 14. prosince 1991 (EU:C:1991:490, bod 35); rozsudek ze dne 13. března 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, bod 38), a posudek 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, body 66 a 68), jakož i posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 173).

187 – Posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 176). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudky ze dne 16. ledna 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, body 2 a 3) a ze dne 12. června 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, bod 20), jakož i posudek 1/09 (Dohoda o vytvoření jednotného systému pro řešení sporů týkajících se patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, bod 83).

188 – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 1. června 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, body 36 až 39); ze dne 28. března 2000, Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164, bod 21); ze dne 3. září 2008, Kadi a Al Barakat International Foundation v. Rada a Komise (C-402/05 P a C-415/05 P, EU:C:2008:461, bod 304), a posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 172). Pokud jde o podrobnější analýzu pojmu „evropský veřejný pořádek“, odkazují na mé stanovisko ve věcech, které se rovněž týkaly rozhodčích nálezů Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414, body 166 až 177) a Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177, body 55 až 72).

239. V případě článku 8 uvedené BIT se nemohou rozhodčí nálezy vydané rozhodčími soudy vyhnout přezkumu státních soudů. Tento přezkum může být proveden v rámci žaloby na zrušení rozhodčího nálezu u soudů sídla rozhodčího soudu nebo v případě odporu proti návrhu na uznání a výkon nálezu u soudů zemí, kde je uznání a výkon nálezu navrhován v souladu s úmluvou o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, podepsanou v New Yorku dne 10. června 1958¹⁸⁹ (dále jen „New Yorská úmluva“).

240. Jak Soudní dvůr několikrát rozhodl, „pokud smluvní rozhodčí řízení vznáší otázky [unijního] práva, mohou být běžné soudy přivedeny k přezkumu těchto otázek zejména v rámci přezkumu rozhodčího nálezu více či méně rozsáhlému podle konkrétního případu, ke kterému jsou příslušné v případě odvolání, odporu, řízení o výkonu rozhodnutí nebo na základě jakýchkoli jiných opravných prostředků nebo forem přezkumu stanovených příslušnými vnitrostátními právními předpisy“¹⁹⁰.

241. O tento závěr se opírá ustálená judikatura, podle které „je věcí těchto vnitrostátních soudů, aby přezkoumaly, zda se musí obrátit na Soudní dvůr na základě článku [267 SFEU] proto, aby získaly výklad nebo posouzení platnosti ustanovení práva [Unie], která mohou být přivedena použít v rámci soudního přezkumu rozhodčího nálezu“¹⁹¹, jelikož v konečném výsledku jsou povinny zajistit jednotné použití unijního práva a dodržování evropského veřejného pořádku právě tyto soudy¹⁹².

242. Soudní dvůr dokonce nepovažoval za potřebné výslovně připomenout tuto otázku ve svých rozsudcích ze dne 13. května 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) a ze dne 7. července 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), ve kterých přímo rozhodl ve věci samé, která se v obou věcech týkala toho, zda byl dotčený rozhodčí nález neslučitelný s unijním právem v oblasti hospodářské soutěže.

243. V uvedených věcech se členské státy, ani Komise nedomnívaly, že otázky práva hospodářské soutěže vznesené před rozhodci nebylo možno rozhodnout v rozhodčím řízení nebo že by existovala jakákoliv neslučitelnost mezi unijním právem a rozhodčími doložkami, které soukromé strany vložily do svých smluv¹⁹³.

244. Navíc ve věcech, ve kterých byly vydány rozsudky ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) a ze dne 7. července 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), se jednalo o návrh na zrušení rozhodčího nálezu, zatímco ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 13. května 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), se jednalo o odpor proti návrhu na uznání a výkon rozhodčího nálezu. To prokazuje, že bez ohledu na řízení mají soudy členských států a Unie možnost zajistit jednotný výklad unijního práva Unie a dodržování norem evropského veřejného pořádku bez ohledu na to, zda v oblasti hospodářské soutěže¹⁹⁴ nebo v jiných oblastech unijního práva.

245. Rysy rozhodčích soudů zřízených v souladu s článkem 8 uvedené BIT a zejména rozhodčího soudu dotčeného v projednávané věci, jsou takové, že umožňují běžným soudům členských států zajistit dodržování těchto zásad, tak jak to činí v rámci mezinárodního obchodního rozhodčího řízení.

189 – Sbíрка smluv Organizace spojených národů, sv. 330, s. 3.

190 – Rozsudek ze dne 23. března 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, bod 14). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudky ze dne 27. dubna 1994, *Almelo* (C-393/92, EU:C:1994:171, body 22 a 23) a ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, bod 32).

191 – Rozsudek ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, bod 33). Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 23. března 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, bod 15).

192 – V tomto smyslu viz body 59 až 62 mého stanoviska ve věci *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177).

193 – Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 21. května 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335, body 57 až 72), ve kterém Soudní dvůr neshodil se stanoviskem generálního advokáta Jääskinen na vyjádřeném v bodě 124 jeho stanoviska ve věci *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443), podle kterého využití rozhodčího řízení může jako takové porušovat článek 101 SFEU.

194 – Viz rozsudek ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, body 37 a 40).

246. Článek 8 uvedené BIT svěřuje předsedovi Rozhodčího soudu SCC se sídlem v členském státě pravomoc jmenovat rozhodce, pokud ke jmenování nedojde ve lhůtách stanovených čl. 8 odst. 3 uvedené BIT. Stanoví rovněž, že na rozhodčí řízení, která budou probíhat v souladu s tímto článkem, se použijí rozhodčí pravidla UNCITRAL. Podle článku 16 rozhodčích pravidel z roku 1976 náleží samotnému rozhodčímu soudu, aby po vyslechnutí účastníků řízení stanovil místo rozhodčího řízení a zvolil si orgán, který bude působit jako kancelář¹⁹⁵.

247. Procesním usnesením ze dne 19. března 2009 stanovil rozhodčí soud místo rozhodčího řízení na území členského státu, a sice Frankfurt nad Mohanem. Jeho rozhodčí nález je tedy v souladu s § 1059 německého občanského soudního řádu možné napadnout návrhem na zrušení u německých soudů, které tedy budou v tomto rámci zajišťovat jednotný výklad unijního práva a dodržování norem evropského veřejného pořádku. V rámci tohoto druhu řízení byla věc předložena předkládajícímu soudu a Soudnímu dvoru.

248. Navíc na uznání a výkon rozhodčích nálezů vydaných rozhodčími soudy zřízenými v souladu s článkem 8 uvedené BIT se vztahuje Newyorská úmluva, ke které přistoupily všechny členské státy. V souladu s touto úmluvou mohou státní soudy odepřít uznání a výkon těchto nálezů ze všech důvodů stanovených v článku V této úmluvy, včetně skutečnosti, že rozhodčí řízení nebylo v souladu s ujednáním stran¹⁹⁶, a rozporu s veřejným pořádkem¹⁹⁷, včetně evropského veřejného pořádku.

249. I kdyby se tedy společnost Achmea snažila domoci uznání a výkonu rozhodčího nálezu dotčeného v projednávané věci v jiném členském státě, byly by soudy dožádaného státu povinny zajistit, aby rozhodčí nález nebyl neslučitelný s unijním právem.

250. Totéž platí pro případ návrhu na zrušení, jako je návrh v projednávané věci. Jednotné provádění unijního práva lze zajistit na základě několika důvodů, mezi nimiž jsou nejvíce relevantními nesoulad rozhodčího řízení s ujednáním stran a rozpor s veřejným pořádkem¹⁹⁸, včetně evropského veřejného pořádku.

251. Komise uvádí rovněž riziko, že místo rozhodčího řízení bude potenciálně stanoveno v třetí zemi nebo že uznání a výkon rozhodčího nálezu neslučitelného s unijním právem bude navržen v třetí zemi, což jsou případy, ve kterých nebudou zapojeny unijní soudy, a proto nebude nikdy podána žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Soudnímu dvoru.

252. Totéž podle Komise platí pro BIT uvnitř Unie, které určují Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (ICSID), se sídlem ve Washingtonu D. C. jako orgánu, který bude působit jakožto kancelář pro rozhodčí řízení, v kterémžto případě bude rozhodčí nález závazný vůči stranám a nebude možno jej napadnout žádným odvoláním nebo jiným opravným prostředkem, než jsou prostředky stanovené v úmluvě ICSID¹⁹⁹. Z toho vyplývá, že neexistuje žádný právní prostředek, který by umožňoval soudům členských států přezkoumat slučitelnost rozhodčího nálezu ICSID s unijním právem.

195 – Viz Achmea B. V. (dříve Eureko B. V.) v. Slovenská republika (UNCITRAL) (věc PCA č. 2008-13), rozhodčí nález ze dne 26. října 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení, bod 16.

196 – Viz čl. V odst. 1 písm. d) New Yorské úmluvy, což může být případ, pokud rozhodčí soud v rozporu s čl. 8 odst. 6 uvedené BIT nepřihlédne k unijnímu právu.

197 – Viz čl. V odst. 2 písm. b) New Yorské úmluvy a rozsudek ze dne 1. června 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, bod 38).

198 – Viz § 1059 odst. 2 bod 1 písm. d) a bod 2 písm. b) německého občanského soudního řádu.

199 – Viz čl. 53 odst. 1 této úmluvy. Nicméně uvádím, že tyto obavy nezabránilly orgánům Unie, aby si zvolily ICSID jako rozhodčí orgán v článku 9.16 dohody o volném obchodu EU-Singapur.

253. Domnívám se sice, že by se členské státy měly vyhnout výběru z ICSID v jejich BIT, avšak tato rizika, na něž poukazuje Komise, jsou v projednávané věci čistě hypotetická vzhledem k tomu, že dotčená BIT neurčuje ICSID jako orgán působící jakožto kancelář pro rozhodčí řízení, strany si zvolily PCA v Haagu jako orgán plnící tuto funkci, rozhodčí soud stanovil místo rozhodčího řízení na území členského státu a neexistuje návrh na uznání a výkon rozhodčího nálezu v třetích zemích²⁰⁰, ale pouze návrh na zrušení rozhodčího nálezu u soudů členského státu, z nichž jeden podal Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce.

254. Navíc se zde nejedná o otázku neslučitelnosti merita rozhodčího nálezu s unijním právem, jelikož argumenty Slovenské republiky u předkládajícího soudu se týkají pouze slučitelnosti postupu pro řešení sporů zřízeného článkem 8 uvedené BIT se Smlouvami o EU a FEU.

255. Účinnost soudního systému Unie by ovšem zůstala nedotčena i v případě, že by členský stát nezpochybnil neslučitelnost rozhodčího nálezu se Smlouvami o EU a FEU návrhem na zrušení nebo odpořem vůči návrhu na uznání a výkon. V takovém případě by totiž články 258 a 260 SFEU umožnily Komisi stíhat tento členský stát, který by splnil povinnosti vyplývající z rozhodčího nálezu neslučitelného s unijním právem²⁰¹.

256. Z těchto důvodů se domnívám, že článek 8 uvedené BIT nezasahuje do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami o EU a FEU, a tudíž do autonomie právního systému Unie.

257. Toto zjištění není dotčeno argumentací několika vlád a Komise vycházející z rizika rozhodnutí vydaných rozhodčími soudy, která by byla neslučitelná s unijním právem, jakož i ze zásady vzájemné důvěry.

258. Tato argumentace platí nejen pro mezinárodní investiční rozhodčí řízení, ale rovněž pro mezinárodních obchodní rozhodčí řízení, neboť mezinárodní obchodní rozhodčí řízení může vést rovněž k rozhodčím nálezům neslučitelným s unijním právem a může být založeno na údajném nedostatku důvěry vůči soudům členských států. I přes tato rizika Soudní dvůr nikdy nezpochybnil jeho platnost, i když rozhodčí řízení o otázkách práva hospodářské soutěže mezi jednotlivci navíc ve Švýcarsku není neznámé²⁰².

259. Pokud tedy mezinárodní rozhodčí řízení mezi jednotlivci nezasahuje do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami o EU a FEU, a tudíž do autonomie právního systému Unie, i když je stát účastníkem rozhodčího řízení²⁰³, domnívám se, že tomu tak musí být i v případě mezinárodního rozhodčího řízení mezi investory a státy zvláště proto, že nevyhnutelná účast státu znamená větší transparentnost²⁰⁴ a existuje možnost uložit mu dodržení povinností vyplývajících z unijního práva v řízení pro nesplnění povinností na základě článků 258 a 259 SFEU.

260. Pokud by byla přijata logika Komise, jakékoliv rozhodčí řízení by mohlo zasáhnout do vymezení pravomocí stanoveného Smlouvami o EU a FEU, a tudíž do autonomie právního systému Unie.

200 – I v tomto případě by riziko mohlo skutečně existovat pouze tehdy, pokud by členský stát žalovaný v rozhodčím řízení měl aktiva na území třetí země, na která by se nevztahovaly výsady přiznané cizích státům v mezinárodním právu. Ve skutečnosti, i kdyby bylo místo rozhodčího řízení stanoveno v třetí zemi nebo by bylo uznání a výkon rozhodčího nálezu navrženy v třetí zemi, nemohl by se investor vyhnout podání návrhu na uznání a výkon rozhodčího nálezu u soudů žalovaného členského státu.

201 – Viz *Electrabel S. A. v. Maďarsko* (věc ICSID č. ARB/07/19), rozhodnutí o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti ze dne 30. listopadu 2012, body 4.160 až 4.162.

202 – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss* (C 126/97, EU:C:1999:269), ze dne 7. července 2016, *Genentech* (C 567/14, EU:C:2016:526), švýcarského Spolkového soudu ze dne 8. března 2006, 4P.278/2005 týkající se žaloby na zrušení rozhodčího nálezu vydaného ve Švýcarsku mezi dvěma italskými společnostmi pro porušení práva hospodářské soutěže Unie.

203 – Viz rozhodčí řízení mezi společností *Gazprom* a litevským ministerstvem energetiky, které bylo předmětem věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 13. května 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 – Většina rozhodčích nálezů je veřejná, zatímco tak tomu není v případě mezinárodního obchodního rozhodčího řízení. Je tudíž ještě obtížnější přezkoumat, zda dochází k porušení unijního práva.

261. Kromě toho nevidím, v čem by rozhodčí řízení dotčené ve věci v původním řízení porušovalo zásadu vzájemné důvěry, když k němu došlo pouze díky souhlasu dotčených členských států a volbě společnosti Achmea, svobodně vyjádřené, využít možnosti, kterou jí tyto členské státy poskytly.

262. Zásada vzájemné důvěry, „která je základem prostoru svobody, bezpečnosti a práva, totiž členským státům ukládá, aby až na výjimečné okolnosti vycházely z toho, že všechny ostatní členské státy dodržují unijní právo, a zejména základní práva, která unijní právo uznává“²⁰⁵.

263. Nevidím souvislost mezi touto zásadou a článkem 8 uvedené BIT. Jak uvedla nizozemská vláda na jednání, mezinárodní rozhodčí řízení jako způsob ISDS nijak neznamená, že Nizozemské království a Slovenská republika měly pochybnosti ohledně dodržování unijního práva a základních práv, která unijní právo uznává, druhou smluvní stranou.

264. Stejně jako všechny postupy ISDS obsažené v BIT článek 8 uvedené BIT vytváří místo soudu, kde může investor žalovat stát, aby se domohl práv, která mu jsou BIT přiznána v mezinárodním právu veřejném, což je možnost, která by bez tohoto článku pro něj neexistovala²⁰⁶.

265. Navíc není jisté, že by se jednotlivec mohl dovolávat ustanovení mezinárodní smlouvy u státních soudů, neboť tyto buď vyloučí i bez návrhu tuto možnost, když se budou domnívat, že smlouvy nezakládají práva a povinnosti mezi státy, nebo uloží podmínky dovolatelnosti více či méně striktní podle konkrétního případu, které nezaručí jednotlivcům možnost dovolat se ustanovení smluv²⁰⁷.

266. V důsledku toho není využití mezinárodního rozhodčího řízení zdaleka vyjádřením nedůvěry v právní systém jiného členského státu, ale je jediným prostředkem, jak zajistit plný a užitečný účinek BIT vytvořením specializovaného místa soudu, kde se investoři mohou dovolávat práv, která jsou jim přiznána BIT.

267. Navíc se nedomnívám, že článek 8 uvedené BIT porušuje zásadu vzájemné důvěry.

268. Konečně mne nepřesvědčuje argumentace Komise, podle které je neexistence BIT mezi členskými státy, které založily Unii nebo které k Unii přistoupily před rokem 2004, důkazem, že jsou tyto smlouvy založeny na nedostatku vzájemné důvěry.

269. Zprvce není pravda, že zakládající členské státy a členské státy, které přistoupily k Unii před rokem 2004, nejsou vázány jinými dohodami podobnými BIT, než jsou Smlouvy o EU a FEU²⁰⁸.

270. Zadržím BIT jsou mnohem méně užitečné mezi státy, které jsou vývozci kapitálu. Tak například lze konstatovat, že podle posledních statistik není Francie ani mezi prvními deseti zeměmi, které jsou příjemci německého kapitálu, ani mezi prvními deseti zeměmi, které jsou emitenty toků kapitálu do Německa, kdežto Polsko zaujímá desáté místo, pokud jde o toky kapitálu z Německa²⁰⁹.

271. Zamýšlím se tedy, zda není neexistence BIT mezi původními členskými státy spíše vysvětlena skutečností, že většina členských států této kategorie jsou spíše významnými vývozci kapitálu než hostitelskými zeměmi investic a v tomto smyslu nemají ve skutečnosti potřebu mezi sebou BIT uzavírat.

205 – Posudek 2/13 (Přistoupení Unie k EÚLP) ze dne 18. prosince 2014 (EU:C:2014:2454, bod 191 a citovaná judikatura).

206 – V tomto smyslu viz Bundesverfassungsgericht (Spolkový ústavní soud, Německo), usnesení druhého senátu ze dne 8. května 2007, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, bod 54.

207 – Viz bod 206 tohoto stanoviska.

208 – Viz příklady, které jsem uvedl v bodech 42 a 43 tohoto stanoviska.

209 – Viz sdělení Francouzského velvyslanectví v Německu ze dne 1. března 2017 o přímých zahraničních investicích v Německu v letech 2014–2015, zpracované na základě statistických údajů UNCITRAL a Deutsche Bundesbank (spolková banka, Německo), dostupné na internetové stránce <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. Viz zejména tabulka 5.

272. Z těchto důvodů se domnívám, že postup pro řešení sporů zřízený článkem 8 uvedené BIT je slučitelný s článkem 344 SFEU, jakož i s vymezením pravomocí stanoveným Smlouvami o EU a FEU a autonomií právního systému Unie.

VI. Závěry

273. Navrhuji proto Soudnímu dvoru, aby odpověděl na předběžné otázky položené Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo) následovně:

„Články 18, 267 a 344 SFEU musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání použití postupu pro řešení sporů mezi investorem a státem zřízeného prostřednictvím dvoustranné dohody o ochraně investic uzavřené před přistoupením jednoho ze smluvních států k Evropské unii, která stanoví, že investor z některého smluvního státu může v případě sporu týkajícího se investic v druhém smluvním státě zahájit řízení proti tomuto druhému smluvnímu státu u rozhodčího soudu.“