



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
od 19. rujna 2017.¹

Predmet C-284/16

**Slowakische Republik
protiv
Achmea BV**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Načela prava Unije – Bilateralni ugovor o ulaganju koji su 1991. sklopile Kraljevina Nizozemska i Češka i Slovačka Federativna Republika i koji se i dalje primjenjuje između Kraljevine Nizozemske i Republike Slovačke – Usklađenost mehanizma rješavanja sporova između ulagatelja i država koji je uveden na temelju bilateralnog ugovora o ulaganju unutar Europske unije s člankom 18. prvim stavkom i člancima 267. i 344. UFEU-a”

Sadržaj

I. Uvod	3
II. Pravni okvir	4
A. Ugovor o funkcioniranju Europske unije	4
B. BIT između Nizozemske i Čehoslovačke	4
C. Njemačko pravo	7
III. Glavni postupak i prethodna pitanja	8
IV. Postupak pred Sudom	10
V. Analiza	10
A. Uvodne napomene	10
B. Treće prethodno pitanje	13
1. Dopuštenost	13

¹ Izvorni jezik: francuski

2. Meritum	14
C. Drugo prethodno pitanje	18
1. Zakonski temelj arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a	19
2. Stalnost arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a	21
3. Svojstvo obvezne nadležnosti arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a	22
4. Kontradiktorna narav postupka pred arbitražnim sudovima osnovanima u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a, način na koji ti sudovi primjenjuju pravna pravila u rješavanju sporova koji se pred njima vode kao i neovisnost i nepristranost arbitara	23
D. Prvo prethodno pitanje	24
1. Odnosi li se članak 344. UFEU-a na spor između ulagatelja i države članice, kao što je onaj iz članka 8. navedenog BIT-a?	26
2. Odnosi li se predmetni spor na „tumačenje ili primjenu Ugovorâ”?	29
a) Nadležnost arbitražnog suda obuhvaća samo odlučivanje o povredama BIT-a	31
b) Područje primjene navedenog BIT-a i pravna pravila koja su njime uvedena nisu istovjetni onima iz UEU-a i UFEU-a	31
1) Područje primjene navedenog BIT-a mnogo je šire od područja primjene UEU-a i UFEU-a	33
2) Pravna pravila navedenog BIT-a za koja ne postoje jednakovrijedna pravila u pravu Unije i koja nisu nespojiva s njim	36
i) Klausula MFN	36
ii) Klausula o poštovanju ugovornih obveza, takozvana „umbrella clause”	36
iii) Klausula o vremenskom ograničenju valjanosti	36
iv) Pokretanje međunarodne arbitraže kao mehanizma ISDS	37
3) Preklapanje drugih odredbi navedenog BIT-a s određenim odredbama UEU-a i UFEU-a samo je djelomično	38
i) Potpuna i cjelovita zaštita i sigurnost ulaganja	38
ii) Pošteno i pravedno postupanje u odnosu na ulaganja	39
iii) Zabrana nezakonitih izvlaštenja	40
3. Što se tiče njegova cilja, ima li BIT između Nizozemske i Čehoslovačke za učinak utjecanje na poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i prema tome na autonomiju pravosudnog sustava Unije?	41
VI. Zaključak	47

I. Uvod

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku upućen je u okviru postupka koji je pokrenut pred njemačkim sudovima u svrhu poništenja konačne odluke od 7. prosinca 2012. koju je donio arbitražni sud u čijem su sastavu Vaughan Lowe QC (predsjednik), Albert Jan van den Berg i V. V. Veeder QC (arbitri) i koji je osnovan u skladu s ugovorom o uzajamnom poticanju i zaštiti ulaganja između Kraljevine Nizozemske i Češke i Slovačke Federativne Republike (u daljnjem tekstu: BIT između Nizozemske i Čehoslovačke)² i arbitražnim pravilima Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL), dok je Stalni arbitražni sud (PCA) imao ulogu tajništva³.

2. Tim se zahtjevom Sudu prvi put pruža mogućnost da iznese mišljenje o osjetljivom pitanju usklađenosti BIT-ova⁴ koji su sklopile države članice⁵, te osobito mehanizama rješavanja sporova između ulagatelja i država (u daljnjem tekstu: ISDS) koji su uvedeni BIT-ovima, s člancima 18., 267. i 344. UFEU-a.

3. To je pitanje iznimno važno s obzirom na 196 BIT-ova unutar Europske unije koji su trenutačno na snazi⁶ i brojne arbitražne postupke između ulagatelja i država članica u kojima je Europska komisija intervenirala kao prijatelj suda kako bi podržala svoju tezu prema kojoj BIT-ovi unutar Unije nisu u skladu s UFEU-om, koju su arbitražni sudovi sustavno odbijali kao neosnovanu⁷.

2 Akronim BIT označuje „Bilateralni ugovor o ulaganju” (eng. *Bilateral investment treaty*).

3 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA br. 2008-13), konačnu odluku od 7. prosinca 2012., dostupnu na internetskoj stranici Investment Policy Hub (Centar za politiku ulaganja) Konferencije Ujedinjenih naroda o trgovini i razvoju (UNCTAD) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 Ta je vrsta BIT-a poznata kao „BIT unutar Europske unije” (eng. *intra-EU BIT*).

5 Predmeti u kojima su donesene presude od 3. ožujka 2009., Komisija/Austrija (C-205/06, EU:C:2009:118); od 3. ožujka 2009., Komisija/Švedska (C-249/06, EU:C:2009:119) i od 19. studenoga 2009., Komisija/Finska (C-118/07, EU:C:2009:715) odnosili su se na BIT-ove koje su sklopile države članice i treće zemlje. Presuda od 15. rujna 2011., Komisija/Slovačka (C-264/09, EU:C:2011:580) odnosila se na spor između ulagatelja iz treće zemlje, odnosno Švicarske Konfederacije, i Slovačke Republike koji se temeljio na Ugovoru o Energetskoj povelji, potpisanom u Lisabonu 17. prosinca 1994.. Iako je Sud u prvim trima žalbama utvrdio postojanje povrede obveze, posljednju je žalbu odbio u cijelosti.

6 Najstariji BIT je između Njemačke i Grčke (1961.) i najnoviji BIT je između Litve i Hrvatske (2008.).

7 Ovdje navodim najvažnije arbitražne postupke između ulagatelja i država članica u kojima se arbitražne sudove pozvalo da odluče o pitanju usklađenosti BIT-a unutar Unije ili Multilateralnog ugovora o ulaganju (kao što je na primjer Ugovor o Energetskoj povelji), u kojem su potpisnice bile Unija i njezine države članice, s UFEU-om: Eastern Sugar BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) [predmet Stockholmske trgovačke komore (SCC) br. 088/2004], djelomična odluka od 27. ožujka 2007.; Rupert Joseph Binder protiv Češke Republike (UNCITRAL), odluka od 6. lipnja 2007. o nadležnosti; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius protiv Slovačke Republike (UNCITRAL), odluka od 30. travnja 2010. o nadležnosti; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erőmű Kft protiv Mađarske [predmet Međunarodnog centra za rješavanje investicijskih sporova (ICSID) br. ARB/07/22], odluka od 23. rujna 2010.; Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluka od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji i konačna odluka od 7. prosinca 2012.; European American Investment Bank AG protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2010-17), odluka od 22. listopada 2012. o nadležnosti; Electrabel SA protiv Mađarske (predmet ICSID-a br. ARB/07/19), odluka od 30. studenoga 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu i odgovornosti i odluka od 25. studenoga 2015.; Charanne BV i Construction Investments Sàrl. protiv Kraljevine Španjolske (predmet SCC-a br. 062/2012), konačna odluka od 21. siječnja 2016.; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/13/30), odluka od 6. lipnja 2016. o nadležnosti; Isolux Infrastructure Netherlands BV protiv Kraljevine Španjolske (predmet CCS V 2013/153) odluka od 12. srpnja 2016.; WNC Factoring Ltd protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2014-34), odluka od 22. veljače 2017.; Anglia Auto Accessories Limited protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2014/181), konačna odluka od 10. ožujka 2017.; I. P. Busta i J. P. Busta protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2015/014), konačna odluka od 10. ožujka 2017. i Eiser Infrastructure Limited i Energía Solar Luxembourg Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/13/36), odluka od 4. svibnja 2017. Sve arbitražne odluke na koje se pozivam u ovom mišljenju dostupne su na internetskoj stranici UNCTAD-a <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Pozvat ću se i na arbitražne odluke koje su donesene u pogledu BIT-ova između država članica i trećih zemalja ili pak između trećih zemalja s obzirom na to da se načela međunarodnog prava istovjetno primjenjuju na sve te slučajeve.

II. Pravni okvir

A. Ugovor o funkcioniranju Europske unije

4. U članku 18. prvom stavku UFEU-a određuje se da „[u]nutar područja primjene Ugovorâ i ne dovodeći u pitanje bilo koju njihovu posebnu odredbu, zabranjena je svaka diskriminacija na temelju državljanstva”.

5. U članku 267. prvom i trećem stavku UFEU-a određuje se:

„Sud Europske unije nadležan je odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču:

(a) tumačenja Ugovorâ;

(b) valjanosti i tumačenja akata institucija, tijelâ, uredâ ili agencija Unije.

Ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči.

Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu.”

6. Člankom 344. UFEU-a predviđa se da se „[d]ržave članice obvezuju [...] da sporove o tumačenju ili primjeni Ugovorâ neće rješavati ni na koji drugi način osim onog koji je njima predviđen”.

B. BIT između Nizozemske i Čehoslovačke

7. BIT između Nizozemske i Čehoslovačke sklopljen je 29. travnja 1991. te je stupio na snagu 1. listopada 1992.⁸. Slovačka Republika, kao nasljednica Češke i Slovačke Federativne Republike, naslijedila je 1. siječnja 1993. prava i obveze te potonje države te je 1. svibnja 2004. postala članica Unije.

8. Taj BIT sklopljen je na češkom, engleskom i nizozemskom jeziku, uzimajući u obzir da je u slučaju razlika u tumačenju mjerodavna verzija na engleskom jeziku.

9. Člankom 2. navedenog BIT-a predviđa se da „[s]vaka ugovorna strana na svojem državnom području potiče ulaganja ulagatelja druge ugovorne strane te dopušta takva ulaganja u skladu s odredbama svojeg prava”⁹.

10. Člankom 3. navedenog BIT-a određuje se sljedeće:

„1. Svaka ugovorna strana osigurava pošteno i pravedno postupanje u odnosu na ulaganja ulagatelja druge ugovorne strane te ne smije otežavati nerazumnim i diskriminacijskim mjerama rad, upravljanje, korištenje, uživanje ili prodaju istih. [10]

8 Tekst je dostupan na engleskom jeziku na internetskoj stranici UNCTAD-a <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.”

2. Konkretnije, svaka ugovorna strana u odnosu na takva ulaganja odobrava potpunu zaštitu i sigurnost, koja u svakom slučaju neće biti manja od onih koje se odobravaju u odnosu na ulaganja vlastitih ulagatelja ili ulaganja iz bilo koje treće zemlje, ovisno o tome što je povoljnije za predmetnog ulagatelja. [11]

3. Odredbe tog članka ne trebaju se tumačiti na način da se njima obvezuje svaku ugovornu stranu da u odnosu na ulaganja ulagatelja druge ugovorne strane odobri povlastice i pogodnosti slične onima koje su odobrene ulagateljima iz trećih zemalja.

(a) na temelju sadašnjeg ili budućeg sudjelovanja tih potonjih zemalja u carinskoj ili ekonomskoj uniji ili u sličnim institucijama, [...] [12]

4. Svaka ugovorna strana osigurava poštovanje svih obveza koje je preuzela u pogledu ulagatelja druge ugovorne strane [13].

5. Ako odredbe prava bilo koje ugovorne strane ili njezine sadašnje obveze na temelju međunarodnog prava ili one koje se tek trebaju utvrditi između ugovornih strana uz one iz ovog ugovora, sadržavaju opća ili posebna pravila kojima se u odnosu na ulaganja ulagatelja druge ugovorne strane odobrava povoljnije postupanje od onog koje je predviđeno ovim ugovorom, tim se pravilima daje prednost u dijelu u kojem su povoljnija. [14]

11. Člankom 4. određuje se da „[s]vaka ugovorna strana jamči da se plaćanja u pogledu ulaganja mogu prenijeti. Prijenosi se izvršavaju u slobodno konvertibilnoj valuti bez ograničenja ili neopravdanog odlaganja [...]”¹⁵. Slobodan prijenos plaćanja obuhvaća, među ostalim, dobit, kamate i dividende.

12. Člankom 5. predviđa se da „[n]ijedna ugovorna strana ne poduzima mjere kojima se izravno ili neizravno oduzimaju ulagateljima druge ugovorne strane njihova ulaganja”¹⁶, osim ako su ispunjena barem tri uvjeta, odnosno da se mjere poduzimaju u općem interesu i u skladu sa zahtijevanim zakonskim postupkom, da nisu diskriminirajuće te da se uz njih donese odredba u pogledu plaćanja pravične naknade. U skladu s tom odredbom, naknada štete treba predstavljati stvarnu vrijednost (*genuine value*) ulaganja.

13. Člankom 8. određuje se sljedeće:

„1. Svaki spor između jedne ugovorne strane i ulagatelja druge ugovorne strane koji se odnosi na ulaganje tog ulagatelja rješava se, ako je moguće, sporazumno.”¹⁷

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.”

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.”

2. Svaka ugovorna strana ovim ugovorom pristaje da se spor u smislu stavka 1. ovog članka uputi arbitražnom sudu ako se nije riješio sporazumno u roku od šest mjeseci nakon dana na koji je jedna od stranki u sporu zatražila da ga se sporazumno riješi. ^[18]

3. Arbitražni sud iz stavka 2. ovog članka osniva se za svaki pojedinačni slučaj na sljedeći način: svaka stranka u sporu imenuje jednog arbitra te dva tako izabrana arbitra zajedno kao trećeg arbitra biraju državljanina treće zemlje, koji postaje predsjednik suda. Svaka stranka u sporu imenuje svojeg arbitra unutar dva mjeseca od dana na koji je ulagatelj obavijestio drugu ugovornu stranu o svojoj odluci da uputi spor arbitražnom sudu, a predsjednik se imenuje unutar tri mjeseca od istog dana. ^[19]

4. Ako se imenovanje ne obavi unutar gore navedenih rokova, svaka stranka u sporu može pozvati predsjednika Arbitražnog instituta Stockholmske trgovačke komore da obavi potrebna imenovanja. Ako je predsjednik državljanin jedne od ugovornih strana ili ako je spriječen u obavljanju navedene funkcije iz drugih razloga, poziva se potpredsjednik da obavi potrebna imenovanja. Ako je potpredsjednik državljanin jedne od ugovornih strana ili ako je također spriječen u obavljanju navedene funkcije, poziva se najstarijeg člana Arbitražnog instituta koji nema državljanstvo jedne od ugovornih strana da obavi potrebna imenovanja. ^[20]

5. Arbitražni sud utvrđuje vlastita pravila postupka u skladu s arbitražnim pravilima [UNCITRAL-a]. ^[21]

6. Arbitražni sud primjenjuje pravna pravila, uzimajući u obzir osobito, ali ne isključivo:

- pravo predmetne ugovorne strane koje je na snazi;
- odredbe ovog ugovora i svakog drugog mjerodavnog ugovora između ugovornih strana;
- odredbe posebnih ugovorâ koji se odnose na ulaganje;
- opća načela međunarodnog prava. ^[22]

7. Sud odlučuje većinom glasova; njegova je odluka konačna i obvezujuća za stranke u sporu ^[23].

14. Člankom 13. određuje se sljedeće:

„1. Ovaj ugovor [...] ostaje na snazi tijekom razdoblja od deset godina. ^[24]

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.”

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. Osim ako jedna od ugovornih strana podnese zahtjev za raskid barem šest mjeseci prije dana na koji ističe njegova valjanost, ovaj ugovor prešutno se obnavlja na razdoblje od deset godina, pri čemu svaka od ugovornih strana zadržava pravo da zahtjevom raskine ugovor barem šest mjeseci prije isteka trenutačnog razdoblja valjanosti.^[25]

3. U pogledu ulaganja koja su provedena prije dana na koji prestaje vrijediti ovaj ugovor, prethodni članci ostaju na snazi u dodatnom razdoblju od petnaest godina od tog datuma.^[26]

[...]”

C. Njemačko pravo

15. U članku 1040. Zivilprozessordnung (Zakon o građanskom postupku), naslovljen „Nadležnost Arbitražnog suda za odlučivanje o vlastitoj nadležnosti” određuje se sljedeće:

„1. Sud može odlučiti o vlastitoj nadležnosti, uključujući o svakom prigovoru koji se odnosi na postojanje ili valjanost arbitražnog sporazuma. [...]”

2. Prigovor nenadležnosti arbitražnog suda može se istaknuti najkasnije prilikom podnošenja zahtjeva u odgovoru na tužbu. [...]”

3. Ako arbitražni sud smatra da je nadležan, o prigovoru iz stavka 2. u pravilu odlučuje privremenom odlukom. [...]”

16. U članku 1059. Zakona o građanskom postupku, naslovljenom „Zahtjev za poništenje” određuje se sljedeće:

„1. Žalba podnesena nacionalnom sudu protiv arbitražne odluke može se podnijeti samo u obliku zahtjeva za poništenje u skladu sa stavicama 2. i 3.

2. Arbitražna odluka može se poništiti samo ako

1. stranka koja podnosi zahtjev to čini utemeljeno

(a) [...] [arbitražni sporazum] nije valjan na temelju zakona kojem su ga stranke podvrgnule ili, ako nema naznake u tom pogledu, na temelju njemačkog zakona ili

[...]”

2. ako nadležni nacionalni sud utvrdi

[...]”

(b) da bi priznavanje ili izvršenje odluke dovelo do rezultata protivnog javnom poretku.[...]”

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.”

III. Glavni postupak i prethodna pitanja

17. Achmea BV (prije Eureka BV) je poduzetnik koji pripada nizozemskoj grupi osiguravatelja.

18. U okviru reforme njihova zdravstvenog sustava, Slovačka Republika je tijekom 2004. otvorila slovačko tržište nacionalnim i inozemnim gospodarskim subjektima koji nude usluge privatnog zdravstvenog osiguranja. Nakon što su dobili odobrenje kao tijelo za zdravstveno osiguranje, Achmea je u Slovačkoj osnovala društvo kći (Union Healthcare), u koje je uložila kapital (otprilike 72 milijuna eura) i posredstvom kojeg je nudila privatno zdravstveno osiguranje.

19. Nakon promjene vlasti 2006. Slovačka Republika djelomično je liberalizirala tržište zdravstvenog osiguranja. Najprije je zabranila uplitanje posrednika u osiguranju, zatim raspodjelu dobiti od djelatnosti zdravstvenog osiguranja te konačno prodaju portfelja osiguranja. Presudom od 26. siječnja 2011. Ústavný súd Slovenskej republiky (Ustavni sud Slovačke Republike) presudio je da je zakonska zabrana raspodjele dobiti protivna Ustavu. Zakonom koji se odnosi na reformu zdravstvenog osiguranja koji je stupio na snagu 1. kolovoza 2011. Slovačka Republika ponovno je odobrila raspodjelu dobiti.

20. Budući da je smatrala da zakonodavne mjere Slovačke Republike čine povredu članka 3. stavaka 1. i 2., članka 4. i 5. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke, Achmea je od listopada 2008. u toj državi pokrenula arbitražni postupak u skladu s člankom 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke te je zatražila naknadu štete od 65 milijuna eura.

21. Arbitražni sud i stranke sporazumjele su se da PCA ima ulogu tajništva te da jezik postupka bude engleski. Svojim postupovnim rješenjem br. 1 arbitražni sud utvrdio je mjesto arbitraže u Frankfurtu na Majni (Njemačka).

22. U okviru arbitražnog postupka, Slovačka Republika istaknula je prigovor nenadležnosti arbitražnog suda. Tvrdila je da je UFEU-om uređeno isto područje kao i BIT-om između Nizozemske i Čehoslovačke te se stoga taj potonji ugovor treba smatrati neprimjenjivim ili kao da je prestao vrijediti u skladu s člancima 30. i 59. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora, od 23. svibnja 1969. (u daljnjem tekstu: Bečka konvencija)²⁷. Slovačka Republika tvrdila je i da se slijedom toga arbitražni sporazum iz članka 8. stavka 2. tog BIT-a ne može stoga primijeniti jer nije u skladu s UFEU-om. U vezi s time, dodaje da Sud ima isključivu nadležnost za odlučivanje o zahtjevima Achmee i da je određene odredbe navedenog BIT-, kao njegov članak 4. o slobodnom prijenosu plaćanja, proglasio neusklađenima s UFEU-om²⁸.

23. Svojom odlukom od 26. listopada 2010. o nadležnosti, arbitrabilnosti i suspenziji, arbitražni sud odbio je taj prigovor nenadležnosti i proglasio se nadležnim²⁹. Tužba za poništenje protiv te odluke koju je njemačkim sudovima podnijela Slovačka Republika nije bila prihvaćena.

²⁷ Zbirka međunarodnih ugovora Ujedinjenih naroda, sv. 1155., str. 331.

²⁸ Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješci 5.

²⁹ Vidjeti Achmea BV (prije Eureka BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji.

24. Konačnom odlukom od 7. prosinca 2012., arbitražni sud presudio je da se jednim dijelom mjera koje je poduzela Slovačka Republika, odnosno zabranom raspodjele dobiti³⁰ i zabranom prijenosa³¹, povrijedio članak 3. (pošteno i pravedno postupanje) i članak 4. (slobodan prijenos plaćanja) BIT-a te je naložio Slovačkoj Republici da Achmei plati naknadu štete u iznosu od 22,1 milijuna eura uvećanu za kamate, kao i troškove arbitraže te troškove i nagrade za rad odvjetnika Achmee³².

25. Budući da je mjesto arbitraže u Frankfurtu na Majni, Slovačka Republika podnijela je tužbu za poništenje konačne odluke pred Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Visoki zemaljski sud u Frankfurtu na Majni, Njemačka). Budući da je taj sud odlučio odbiti tu tužbu, Slovačka Republika podnijela je žalbu protiv te odluke pred Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka.)

26. U tim okolnostima, Slovačka Republika tvrdi da konačnu odluku treba poništiti jer je protivna javnom poretku i zato što je arbitražni sporazum na temelju kojeg je donesena ta odluka također ništav i protivan javnom poretku³³.

27. Što se tiče tvrdnje da je konačna odluka protivna javnom poretku, Slovačka Republika tvrdi da, s obzirom na to da arbitražni sud nije mogao pokrenuti postupak pred Sudom u pogledu zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, nije uzeo u obzir odredbe više pravne snage u pravu Unije u području slobodnog kretanja kapitala te je povrijedio njezina prava obrane kad je utvrdio iznos štete.

28. Što se tiče ništavosti arbitražnog sporazuma sklopljenog na temelju članka 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke, Slovačka Republika tvrdi da je taj sporazum protivan člancima 267. i 344. UFEU-a kao i načelu nediskriminacije iz članka 18. UFEU-a.

29. Čak i ako se Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) ne slaže sa sumnjama Slovačke Republike u pogledu usklađenosti članka 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke s člancima 18., 267. i 344. UFEU-a, utvrdio je da Sud još nije odlučio o tim pitanjima te da nije moguće s dovoljno sigurnosti doći do odgovora na temelju postojeće sudske prakse, osobito uzimajući u obzir stajalište Komisije koja je intervenirala u potporu Slovačke Republike tijekom predmetne arbitraže, kao i u postupku za poništenje pred njemačkim sudovima.

30. Zbog toga je Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud) odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se članku 344. UFEU-a primjena klauzule bilateralnog ugovora o ulaganju između država članica i Unije (takozvani BIT unutar Unije), kojom se predviđa da ulagatelj iz jedne države ugovornice u slučaju spora povodom ulaganja u drugoj državi ugovornici može pokrenuti postupak protiv potonje države pred arbitražnim sudom ako je navedeni ugovor sklopljen prije pristupanja jedne od država ugovornica Europskoj uniji, a arbitražni postupak trebalo bi pokrenuti tek nakon tog datuma?

30 U skladu sa zakonom br. 530/2007 od 25. listopada 2007., dobit koja se ostvaruje od zdravstvenog osiguranja treba upotrijebiti za potrebe zdravstvenog sustava države. Ústavný súd Slovenskej republiky (Ustavni sud Slovačke Republike) presudio je da je taj zakon protivan Ustavu zbog toga što je arbitražni sud presudio da, suprotno onome što je istaknula Achmea, zabrana raspodjele dobiti nije izvlaštenje njegova ulaganja. Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), konačnu odluku od 7. prosinca 2012., t. 288.

31 Zakonom br. 192/2009 od 30. travnja 2009. prestala se pružati mogućnost da društvo za zdravstveno osiguranje proda svoj portfelj osiguranja drugom osiguravajućem društvu. Usto, u skladu s time zakonom, u slučaju nesolventnosti takvog društva, njegov portfelj osiguranja treba ustupiti jednom od dvaju osiguravajućih društava koji su u vlasništvu države i to bez ikakve protučinidbe.

32 Arbitražni sud odbio je argument Achmee prema kojem su mjere koje je poduzela Slovačka Republika izvlaštenje protivno članku 5. navedenog BIT-a.

33 Vidjeti članak 1059. stavak 2. podstavak 1. točku (a) i članak 1059. stavak 2. podstavak 2. točku (b) Zakona o građanskom postupku.

U slučaju negativnog odgovora na prvo pitanje:

2. Protivi li se primjena takve odredbe članku 267. UFEU-a?

U slučaju negativnog odgovora na prvo i drugo pitanje:

3. Protivi li se primjena takve odredbe članku 18. prvom stavku UFEU-a u okolnostima opisanima u prvom pitanju?

IV. Postupak pred Sudom

31. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku podnesen je Sudu 23. svibnja 2016. Pisana očitovanja podnijele su Slovačka Republika, Achmea, češka, estonska, grčka, španjolska, ciparska, mađarska, nizozemska, austrijska, poljska, rumunjska i finska vlada, kao i Komisija.

32. Rasprava je održana 19. lipnja 2016. i na njoj su usmena očitovanja iznijele Slovačka Republika, Achmea, češka, njemačka, estonska, grčka, španjolska, francuska, talijanska, ciparska, latvijska, mađarska, nizozemska, austrijska, poljska, rumunjska i finska vlada, kao i Komisija.

V. Analiza

A. Uvodne napomene

33. Prije nego što razmotrim tri prethodna pitanja suda koji je uputio zahtjev, želio bih istaknuti nekoliko uvodnih napomena.

34. Države članice koje su intervenirale u ovaj predmet podijeljene su u dvije skupine. Prva se sastoji od Savezne Republike Njemačke, Francuske Republike, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije i Republike Finske koje su u biti države podrijetla ulagatelja te se stoga nikad ili rijetko navode kao tuženici u arbitražnim postupcima koje pokreću ulagatelji, pri čemu Kraljevina Nizozemska i Republika Finska nikad nisu bile tako navedene³⁴, Savezna Republika Njemačka bila je navedena tri puta³⁵, a Francuska Republika³⁶, kao i Republika Austrija, bile su navedene samo u jednom slučaju³⁷.

35. Druga se skupina sastoji od Češke Republike, Republike Estonije, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Mađarske, Republike Poljske, Rumunjske i Republike Slovačke. Sve te države navedene su kao tuženici u nekoliko arbitražnih postupka povodom ulaganja unutar Unije, i to Češka Republika 26 puta, Republika Estonija tri puta, Helenska Republika tri puta, Kraljevina Španjolska 33 puta, Talijanska Republika devet puta, Republika Cipar tri puta, Republika Latvija dva puta, Mađarska 11 puta, Republika Poljska 11 puta, Rumunjska četiri puta i Slovačka Republika devet puta³⁸.

34 Vidjeti dostupne statistike na internetskoj stranici Investment Policy Hub UNCTAD-a <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 Radi se o arbitražnom postupku koji je u tijeku Vattenfall AB i dr. protiv Savezne Republike Njemačke (II) (predmet ICSID-a br. ARB/12/12) koji je pokrenuo švedski ulagatelj na temelju Ugovora o Energetskoj povelji i arbitražnim postupcima povodom transakcije, odnosno Ashok Sancheti protiv Savezne Republike Njemačke koji je pokrenuo indijski ulagatelj na temelju BIT-a između Njemačke i Indije i Vattenfall AB i dr. protiv Savezne Republike Njemačke (I) (predmet ICSID-a br. ARB/09/6) koji je pokrenuo švedski ulagatelj na temelju Ugovora o Energetskoj povelji.

36 Radi se o arbitražnom postupku koji je u tijeku Erbil Serter protiv Francuske Republike (predmet ICSID-a br. ARB/13/22) koji je pokrenuo turski ulagatelj na temelju BIT-a između Francuske i Turske.

37 Što se tiče Republike Austrije, radi se o arbitraži koja je u tijeku BV Belegging-Maatschappij Far East protiv Republike Austrije (predmet ICSID-a br. ARB/15/32) koja je pokrenuta na temelju BIT-a između Austrije i Malte.

38 Vidjeti dostupne statistike na internetskoj stranici Investment Policy Hub UNCTAD-a <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

36. S obzirom na tu gospodarsku stvarnost, nije uopće začuđujuće da su države članice druge skupine intervenirale u potporu tezi Slovačke Republike koja je sama tuženica u predmetnoj arbitraži povodom ulaganja u ovom predmetu.

37. Suprotno tome, začuđujuće je da je u toj drugoj skupini, koja tvrdi da BIT-ovi unutar Unije nisu u skladu s UEU-om i UFEU-om, samo Talijanska Republika raskinula svoje BIT-ove unutar Unije osim BIT-a između Italije i Malte dok su ostale države članice te skupine zadržale na snazi sve ili većinu tih ugovora, time omogućujući vlastitim ulagateljima da od njih imaju koristi. Naime, arbitraže povodom ulaganja koje pokreću ulagatelji u tim državama članicama jesu brojne i često su pokrenute protiv druge države članice iste skupine³⁹.

38. Kad je se na raspravi upitalo zašto nije raskinula barem BIT-ove koje je potpisala s državama članicama koje u ovom predmetu kao i ona tvrde da oni nisu u skladu s pravom Unije⁴⁰, Slovačka Republika navela je da je nastojala postići cilj da njezini ulagatelji ne budu žrtve diskriminacije u odnosu na ulagatelje drugih država članica u državama članicama s kojima više nije imala BIT-ove. Međutim, ta je zabrinutost nije spriječila da raskine svoj BIT s Talijanskom Republikom. Istodobno njezini ulagatelji i dalje imaju koristi od BIT-ova sklopljenih s državama članicama iste skupine, kao što je vidljivo, primjerice, iz arbitražnog postupka Poštová banka, a.s. i Istrokapital SE protiv Helenske Republike (predmet ICSID-a br. ARB/13/8).

39. Teza Komisije također me potiče na razmišljanje.

40. Naime, tijekom vrlo dugog razdoblja, institucije Unije, uključujući Komisiju, svojom tezom žele reći da je daleko od toga da BIT-ovi nisu u skladu s pravom Unije, nego su sredstva koja su nužna za pripremanje zemalja središnje i istočne Europe da pristupe Uniji. Sporazumi o pridruživanju koje su potpisale Unija i zemlje kandidatkinje sadržavaju osim toga odredbe kojima se predviđa sklapanje BIT-a između država članica i zemalja kandidatkinja⁴¹.

39 Vidjeti, osobito, Indrek Kuivallik protiv Republike Latvije (UNCITRAL) na temelju BIT-a između Estonije i Latvije; UAB E energija protiv Republike Latvije (predmet ICSID-a br. ARB/12/33) na temelju BIT-a između Litve i Latvije; Spółdzielnia Pracy Muszynianka protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) na temelju BIT-a između Poljske i Slovačke; ČEZ a.s. protiv Republike Bugarske (predmet ICSID-a br. ARB/16/24) i ENERGO-PRO a.s. protiv Republike Bugarske (predmet ICSID-a br. ARB/15/19) na temelju BIT-a između Češke Republike i Bugarske; Poštová banka, a.s. i Istrokapital SE protiv Helenske Republike (predmet ICSID-a br. ARB/13/8) na temelju BIT-a između Grčke i Slovačke i Grčke i Cipra; MOL Hungarian Oil and Gas Company plc protiv Republike Hrvatske (predmet ICSID-a br. ARB/13/32) na temelju BIT-a između Mađarske i Hrvatske; Theodoros Adamakopoulos i dr. protiv Republike Cipra (predmet ICSID-a br. ARB/15/49), Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. protiv Helenske Republike (predmet ICSID-a br. ARB/14/16) i Marfin Investment Group Holdings SA i dr. protiv Republike Cipra (predmet ICSID-a br. ARB/13/27) na temelju BIT-a između Grčke i Cipra; WCV Capital Ventures Cyprus Limited i Channel Crossings Limited protiv Češke Republike (UNCITRAL), Forminster Enterprises Limited protiv Češke Republike (UNCITRAL) i WA Investments-Europa Nova Limited protiv Češke Republike (UNCITRAL) na temelju BIT-a između Češke Republike i Cipra; Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd. protiv Republike Poljske (ICC) i Seventhsun Holding Ltd i dr. protiv Republike Poljske (SCC) na temelju BIT-a između Cipra i Poljske; Natland Investment Group NV i dr. protiv Češke Republike (UNCITRAL) na temelju, među ostalim, BIT-a između Cipra i Češke Republike; Mercuria Energy Group protiv Republike Poljske (SCC) na temelju Ugovora o Energetskoj povelji između Republike Cipra i Republike Poljske; Vigotop Limited protiv Mađarske (predmet ICSID-a br. ARB/11/22) na temelju BIT-a između Cipra i Mađarske; Impresa Grassetto S.p.A., u stečaju, protiv Republike Slovenije (predmet ICSID-a br. ARB/13/10) na temelju BIT-a između Italije i Slovenije; Marco Gavazzi i Stefano Gavazzi protiv Rumunjske (predmet ICSID-a br. ARB/12/25) na temelju BIT-a između Italije i Rumunjske i Luigiterzo Bosca protiv Republike Litve (predmet PCA-a br. 2011-05) na temelju BIT-a između Italije i Litve.

40 Radi se o Helenskoj Republici, Kraljevini Španjolskoj, Republici Latviji, Mađarskoj, Republici Poljskoj i Rumunjskoj.

41 Vidjeti, osobito, članak 72. stavak 2. prvu alineju Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Mađarske, s druge strane, potpisan u Bruxellesu 16. prosinca 1991. (SL 1993., L 347, str. 2.); članak 73. stavak 2. prvu alineju Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Poljske, s druge strane, potpisan u Bruxellesu 16. prosinca 1991. (SL 1993., L 348, str. 2.); članak 74. stavak 2. drugu alineju Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Rumunjske, s druge strane, potpisan u Bruxellesu 1. veljače 1993. (SL 1994., L 357, str. 2.); članak 74. stavak 2. drugu alineju Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Slovačke Republike, s druge strane, potpisan u Luxembourg 4. listopada 1993. (SL 1994., L 359, str. 2.) i članak 85. stavak 2. drugu alineju Europskog sporazuma o pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Hrvatske, s druge strane, potpisan u Luxembourg 29. listopada 2001. (SL 2005., L 26, str. 1.).

41. Komisija je na raspravi pokušala objasniti taj razvoj svojeg stajališta o neusklađenosti BIT-ova s UEU-om i UFEU-om tvrdeći da se radilo o ugovorima koji su nužni za pripremanje zemalja kandidatkinja za pristupanje. Međutim, ako su ti BIT-ovi opravdani samo u razdoblju pridruživanja te je svaka strana znala da više neće biti u skladu s UEU-om i UFEU-om čim predmetna treća zemlja postane članica Unije, zašto se u ugovorima o pristupanju nije predvidio raskid tih ugovora, nego se dopustilo da dođe do pravne nesigurnosti koja za određene države članice traje više od 30 godina, a za mnoge druge 13 godina?

42. Usto, kao što tvrdi Komisija, u Uniji ne postoje ugovori o ulaganju samo između država s tržišnim gospodarstvom i onih koje su nekoć imale plansko gospodarstvo⁴² ili između država članica i država kandidatkinja za pristupanje⁴³.

43. Nadalje, sve države članice i Unija ratificirale su Ugovor o Energetskoj povelji, potpisan u Lisabonu 19. prosinca 1994.⁴⁴ Taj multilateralni ugovor o ulaganju u području energetike provodi se između država članica ne zbog toga što je sklopljen kao ugovor između Unije i njezinih država članica⁴⁵, s jedne strane, i trećih zemalja, s druge strane, nego kao obični multilateralni ugovor u kojem sve ugovorne strane sudjeluju pod jednakim uvjetima. U tom smislu, materijalne odredbe za zaštitu ulaganja predviđene tim ugovorom, kao i mehanizam ISDS provode se i između država članica. Napominjem da, ako nijedna institucija Unije i nijedna država članica nisu tražile mišljenje Suda o usklađenosti tog ugovora s UEU-om i UFEU-om, to je zato što nijedna od njih nema niti najmanju sumnju u njegovu navodnu neusklađenost.

44. Dodajem da je sustavna opasnost koju, prema mišljenju Komisije, predstavljaju BIT-ovi unutar Unije ujednačenom i učinkovitom pravu Unije, uvelike pretjerana. Iz statistika UNCTAD-a⁴⁶ vidljivo je da su od 62 arbitražnog postupka unutar Unije koji su zaključeni u razdoblju od nekoliko desetljeća, ulagatelji uspjeli samo u deset predmeta⁴⁷, što čini 16,1 % od ta 62 predmeta, odnosno stopu koja je osjetno manja od 26,9 % „pobjeda” za ulagatelje na svjetskoj razini⁴⁸.

45. Arbitražni sudovi dali su Komisiji veliku mogućnost da intervenira u arbitraže te, prema mojim saznanjima, u nijednom od tih deset predmeta arbitražni sudovi nisu izvršili nadzor valjanosti akata Unije ili usklađenosti akata država članica u pogledu prava Unije. U svojim pisanim očitovanjima, nekoliko je država članica, kao i Komisija, navelo samo jedan primjer, odnosno arbitražu *Ioan Micula i dr. protiv Rumunjske* (predmet ICSID-a br. ARB/05/20) u kojoj je donesena arbitražna odluka koja

42 Vidjeti, osobito, BIT između Belgije i Luksemburga, s jedne strane i Cipra, s druge strane, BIT između Belgije i Luksemburga, s jedne strane, i Malte, s druge strane, te BIT između Cipra i Malte.

43 Vidjeti, osobito, BIT-ove između Cipra i Malte, Estonije i Latvije, Estonije i Litve, Estonije i Poljske, Poljske i Bugarske, Poljske i Slovačke, Mađarske i Slovenije, Mađarske i Slovačke, Mađarske i Poljske, Češke Republike i Bugarske te Češke Republike i Latvije.

44 Vidjeti Odluku Vijeća i Komisije 98/181/EZ, EZUČ, Euratom od 23. rujna 1997. o sklapanju, od strane Europskih zajednica, Ugovora o Energetskoj povelji i Protokola uz Energetsku povelju o energetskoj učinkovitosti i povezanim okolišnim aspektima (SL 1998., L 69, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 12., svezak 2., str. 149.).

45 Talijanska Republika nedavno je raskinula taj ugovor pozivajući se na sveobuhvatno ispitivanje troškova za financijske doprinose na temelju njezina sudjelovanja u nekoliko međunarodnih organizacija, uključujući Tajništvo Energetske povelje sa sjedištem u Bruxellesu. Vidjeti 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 stranici 7.

46 Vidjeti UNCTAD-ovu internetsku stranicu <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 Vidjeti *Eastern Sugar BV protiv Češke Republike* (UNCITRAL) (predmet Stockholmske trgovačke komore (SCC) br. 088/2004), djelomičnu odluku od 27. ožujka 2007.; *Achmea BV (prije Eureka BV) protiv Slovačke Republike* (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), konačnu odluku od 7. prosinca 2012.; *Les Laboratoires Servier, SAS i dr. protiv Republike Poljske* (PCA), odluku od 14. veljače 2012.; *EDF International SA protiv Mađarske* (predmet PCA-a), odluku od 3. prosinca 2014.; *Dan Cake (Portugal) SA protiv Mađarske* (predmet ICSID-a br. ARB/12/9), odluku od 24. kolovoza 2015. o nadležnosti i odgovornosti; *Edenred SA protiv Mađarske* (predmet ICSID-a br. ARB/13/21), odluku od 13. prosinca 2016.; *Eiser Infrastructure Limited i Energía Solar Luxembourg Sàrl protiv Kraljevine Španjolske* (predmet CIRDI br. ARB/13/36) odluku od 4. svibnja 2017.

48 Vidjeti statistike UNCTAD-a dostupne na njegovoj internetskoj stranici <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

navodno nije bila u skladu s pravom Unije. Iako taj primjer, prema mojem mišljenju, nije relevantan u ovom slučaju⁴⁹, činjenica da postoji samo jedan primjer potvrđuje moje mišljenje da je bojazan određenih država članica i Komisije od sustavne opasnosti koju stvaraju BIT-ovi unutar Unije uvelike pretjerana.

46. Konačno, valja naglasiti da od pristupanja Slovačke Republike Uniji BIT između Nizozemske i Čehoslovačke nije više obuhvaćen područjem primjene članka 351. UFEU-a⁵⁰.

47. Međutim, to ne znači da taj BIT automatski prestaje važiti ili da nije u skladu s UEU-om i UFEU-om. Kao što je Sud presudio, „odredbe sporazuma kojim se povezuju dvije države članice ne mogu se primijeniti na odnose između tih država ako se pokaže da su protivne pravilima [UFEU-a]”⁵¹. Drugim riječima, odredbe takvog sporazuma primjenjuju se između država članica u dijelu u kojem su usklađene s UEU-om i UFEU-om.

48. Stoga valja ispitati je li članak 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke u skladu s UFEU-om i osobito člancima 18., 267. i 344. UFEU-a.

B. Treće prethodno pitanje

49. Predlažem da se ta tri pitanja razmotre obrnutim redoslijedom od onoga koji se odlučio sud koji je uputio zahtjev jer bi bilo beskorisno odgovoriti na prvo i drugo pitanje ako se člankom 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke provodi diskriminacija na temelju državljanstva koja je zabranjena člankom 18. UFEU-a.

50. Svojim trećim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 18. UFEU-a tumačiti na način da mu je protivan mehanizam ISDS kao što je onaj koji se uvodi člankom 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke i koji nizozemskim ulagateljima daje pravo da pokrenu međunarodnu arbitražu protiv Slovačke Republike, koje nemaju ulagatelji iz drugih država članica.

1. Dopuštenost

51. Achmea, kao i nizozemska, austrijska i finska vlada osporavaju dopuštenost tog pitanja jer ono nije relevantno za rješenje glavnog postupka jer se Achmea uopće ne žali da je bila diskriminirana. Baš naprotiv, da se člankom 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke provodi diskriminacija, Achmea bi od toga imala koristi.

52. Prema mojem mišljenju, taj prigovor nedopuštenosti treba odbiti jer je potrebno odgovoriti na treće pitanje kako bi se ocijenila usklađenost članka 8. tog BIT-a s UEU-om i UFEU-om.

49 Nije se radilo o sporu koji je nastao zbog BIT-a unutar Unije jer Rumunjska nije još pristupila Uniji 2005., kad je počela arbitraža i kad se utvrdio spor. Posljedično, pravo Unije nije bilo primjenjivo na činjenice iz tog arbitražnog postupka.

50 Vidjeti presudu od 8. rujna 2009., Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, t. 97. do 99.) koja se odnosi na bilateralne ugovore koje su 11. lipnja 1976. i 7. lipnja 1979. sklopile Republika Austrija i Čehoslovačka Socijalistička Republika. U trenutku nastanka činjenica iz predmeta u kojem je donesena ta presuda Republika Austrija već je bila država članica i, iako Češka Republika to nije bila, pristupila je Uniji tijekom trajanja predmeta.

51 Presuda od 20. svibnja 2003., Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, t. 37.). Vidjeti u tom smislu i presudu od 10. studenoga 1992., Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, t. 8.). To je stajalište u skladu s člankom 30. stavkom 3. Bečke konvencije prema kojem „[a]ko su sve strane prijašnjeg ugovora također strane kasnijeg ugovora, a da prijašnji ugovor nije prestao vrijediti niti je njegova primjena suspendirana na temelju članka 59., prijašnji se ugovor primjenjuje samo kad su njegove odredbe usklađene s odredbama kasnijeg ugovora”. Vidjeti u tom smislu Electrabel SA protiv Mađarske (predmet ICSID-a br. ARB/07/19), odluku od 30. studenoga 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu i odgovornosti, t. 4182. do 4191.

53. Sud koji je uputio zahtjev podnio je tužbu za poništenje konačne odluke od 7. prosinca 2012. koja je donesena u arbitražnom postupku Achmea BV (prije Eureka BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA br. 2008-13) zbog, među ostalim, nevaljanosti arbitražne klauzule na temelju koje je arbitražni sud utvrdio svoju nadležnost. U tom smislu, nije važno je li Achmea bila žrtva diskriminacije.

2. Meritum

54. Najprije napominjem da nekoliko intervenijenata, kao i Komisija, ističu da u svojem trećem pitanju sud koji je uputio zahtjev ne treba navoditi članak 18. UFEU-a, nego članke 49. i 63. UFEU-a koji su u odnosu na članak 18. UFEU-a posebna pravila.

55. Naime, već je ustaljeno da se „članak 18. UFEU-a samostalno primjenjuje samo u situacijama uređenima pravom Unije za koje Ugovor ne predviđa posebna pravila o nediskriminaciji”⁵².

56. Međutim, mehanizam ISDS uveden člankom 8. BIT-a nije obuhvaćen područjem primjene *ratione materiae* ni slobode poslovnog nastana, ni slobodnog kretanja kapitala, niti ostalih odredbi UFEU-a jer se pravom Unije ne stvaraju pravna sredstva kojima se omogućuje pojedincima da tuže države članice pred Sudom⁵³.

57. Usto, kao što sam objasnio u točkama 183 do 198. i 210. do 228. ovog mišljenja, materijalno područje primjene navedenog BIT-a uvelike prelazi granice slobode poslovnog nastana iz članka 49. UFEU-a i slobodnog kretanja kapitala iz članka 63. UFEU-a.

58. To je vidljivo u ovom slučaju u kojem je arbitražni sud u svojoj konačnoj odluci presudio da je donošenjem zabrana prijenosa i raspodjele dobiti⁵⁴ Slovačka Republika povrijedila članak 3. (pošteno i pravedno postupanje) i članak 4. (slobodan prijenos plaćanja) navedenog BIT-a. Iako članak 4. navedenog BIT-a u biti odgovara članku 63. UFEU-a, ne postoji odredba prava Unije jednakovrijedna članku 3. navedenog BIT-a, unatoč tome što se djelomično preklapa s nekoliko odredbi prava Unije⁵⁵.

59. Stoga valja ispitati usklađenost članka 8. navedenog BIT-a s općim načelom prava Unije, navedenim u članku 18. UFEU-a, kojim se zabranjuje diskriminacija koja se temelji na državljanstvu.

60. U tom pogledu, Slovačka Republika, estonska, grčka, španjolska, talijanska, ciparska, mađarska, poljska i rumunjska vlada, kao i Komisija tvrde da su materijalne odredbe navedenog BIT-a, uključujući njegov članak 8., diskriminirajuće zbog toga što se u njima, u konkretnom slučaju, odobrava povlašteno postupanje prema ulagateljima Kraljevine Nizozemske koji su uložili u Slovačku Republiku, dok se na taj način ne postupa⁵⁶ kad je riječ o ulagateljima koji nisu sklopili takav BIT sa Slovačkom Republikom⁵⁷.

52 Presuda od 5. veljače 2014., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, t. 25.). Vidjeti u tom smislu i presudu od 11. ožujka 2010., Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, t. 37.) i navedenu sudsku praksu.

53 Vidjeti točku 205. ovog mišljenja.

54 Vidjeti točku 24. ovog mišljenja.

55 Vidjeti točke 213. do 216. ovog mišljenja.

56 Nijedan ulagatelj u ovom predmetu ne tvrdi da postoji diskriminacija između stranih i domaćih ulaganja. Prema mojem mišljenju, ta razlika ne predstavlja diskriminaciju s obzirom na to da udovoljava dvostrukom razlogu općeg interesa koji se sastoji, s jedne strane, u uzajamnom stvaranju zaštitničkog okvira za nizozemska ulaganja u slovačkoj i slovačka ulaganja u Nizozemskoj te, s druge strane, u poticanju i promicanju ulaganja između te dvije države. Vidjeti, u tom smislu, točke 37. do 40. Odluke br. 2017-749-DC Conseil constitutionnela od 31. srpnja 2017. o sveobuhvatnom gospodarskom i trgovinskom sporazumu između Kanade, s jedne strane, i Europske unije i njezinih država članica, s druge strane (JORF od 18. kolovoza 2017., tekst 1.).

57 Taj argument ide u prilog tezi prema kojoj se navedeni BIT ne protivi UFEU-u i UFEU-u, koju ću razmotriti u točkama 174. do 228. ovog mišljenja, jer se njime potvrđuje da je pravna zaštita koja se BIT-om odobrava nizozemskim ulagateljima u Slovačkoj u načelu veća od zaštite odobrene tim ulaganjima u UFEU-u i UFEU-u te stoga čini dodatnu zaštitu. Pravom Unije zabranjuje se da država članica diskriminira državljanina druge države članice u odnosu na ono što prva država članica odobrava vlastitim državljanima. Suprotno tome, obrnuta diskriminacija i pogodnosti koje se odobravaju državljanima druge države članice ne navode se ili nisu u skladu s pravom Unije.

61. Jedna uvodna napomena potrebna je u pogledu dosega navodne diskriminacije. Slovačka Republika sklopila je BIT-ove s većinom država članica, odnosno Kraljevinom Belgijom, Republikom Bugarskom, Kraljevinom Danskom, Saveznom Republikom Njemačkom, Helenskom Republikom, Kraljevinom Španjolskom, Francuskom Republikom, Republikom Hrvatskom, Republikom Latvijom, Velikim Vojvodstvom Luksemburg, Mađarskom, Republikom Maltom, Kraljevinom Nizozemskom, Republikom Austrijom, Republikom Poljskom, Portugalskom Republikom, Rumunjskom, Republikom Slovenijom, Republikom Finskom, Kraljevinom Švedskom i Ujedinjenom Kraljevinom Velike Britanije i Sjeverne Irske. Ti su BIT-ovi trenutačno na snazi.

62. Točno je da ulagatelji iz tih država članica nisu obuhvaćeni člankom 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke. Međutim, BIT-ovima koje su njihove države članice podrijetla sklopile sa Slovačkom Republikom predviđaju se sve međunarodne arbitraže kao oblik ISDS-a. Stoga ne postoji razlika u postupanju u njihovu pogledu.

63. Slovačka Republika također je sklopila BIT s Češkom Republikom i drugi s Talijanskom Republikom, ali strane su ih raskinule⁵⁸. Stoga, ako postoji razlika u postupanju u pogledu čeških i talijanskih ulagatelja, to je zato što su njihove države članice odlučile povući tu korist koja im se konkretno davala BIT-om.

64. S obzirom na navedeno, na estonske, irske, ciparske i litavske ulagatelje ne primjenjuje se odredba koja je jednakovrijedna članku 8. navedenog BIT-a u pogledu Slovačke Republike, osim za ulaganja u području energetike, s obzirom na to da im se Ugovorom o Energetskoj povelji nude slične mogućnosti.

65. Prema mojem mišljenju, čak i za te ulagatelje ne provodi se diskriminacija koja je zabranjena pravom Unije.

66. Naime, Sud je već odlučivao o pitanju može li postojati diskriminacija u pogledu državljanina jedne države članice koji je uključen u prekogranično ulaganje ako mu država članica u koju se ulaže ne odobri (poreznu) pogodnost koju odobrava državljanima druge države članice na temelju bilateralnog ugovora sklopljenog s tom potonjom državom.

67. Predmet u kojem je donesena presuda od 5. srpnja 2005., D. (C376/03, EU:C:2005:424)⁵⁹ odnosio se na odbijanje nizozemskih tijela da odobre olakšicu u području poreza na imovinu njemačkom državljaninu koji je uložio u nekretnine smještene u Nizozemskoj. D. je tvrdio da je postojala diskriminacija zbog toga što je ta pogodnost odobrena belgijskim državljanima koji su proveli ulaganja slična ulaganjima Nizozemske i to na temelju članaka 24. i 25. Ugovora koji su 19. listopada 1970. potpisale vlada Kraljevine Belgije i vlada Kraljevine Nizozemske o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja u području poreza na dohodak i imovinu i uređivanju drugih poreznih pitanja (u daljnjem tekstu: Ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između Nizozemske i Belgije).

68. Sud je najprije podsjetio da se u „pitanju koje je postavio sud koji je uputio zahtjev polazi od pretpostavke da se nerezident kao što je D. ne nalazi u situaciji koja se može usporediti sa situacijom rezidenta Nizozemske. Pitanjem se želi pojasniti može li se situacija u kojoj se nalazi D. usporediti sa situacijom drugog nerezidenta prema kojem se postupa na poseban način na temelju Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja”⁶⁰.

58 Još se postavlja pitanje proizvode li, zahvaljujući klauzuli o vremenskom ograničenju valjanosti, ti BIT-ovi i dalje učinke za ulaganja provedena tijekom razdoblja u kojem su oni bili na snazi.

59 Vidjeti u tom smislu i presude od 12. prosinca 2006., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, t. 84. i 88. do 93.); od 20. svibnja 2008., *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, t. 50. i 51.) i od 30. lipnja 2016., *Riskin i Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, t. 31.).

60 Točka 58. te presude

69. U tom je pogledu Sud presudio da je „[č]injenica da se uzajamna prava i obveze [utvrđena Ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između Nizozemske i Belgije] primjenjuju samo na osobe koje su rezidenti jedne od dviju država članica ugovornica posljedica svojstvena bilateralnim ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja. Iz toga proizlazi da se porezni obveznik koji je rezident Belgije ne nalazi u istoj situaciji kao porezni obveznik koji nije rezident Belgije u pogledu poreza na imovinu utvrđenog na temelju nekretnina u Nizozemskoj”⁶¹.

70. Sud je nadalje dodao da „[p]ravilo kao što je ono predviđeno člankom 25. stavkom 3. Belgijsko-nizozemskog ugovora ne treba analizirati kao pogodnost koja je odvojiva od ostatka Ugovora, nego je njegov sastavni dio te pridonosi njegovoj općoj ravnoteži”⁶².

71. Iz te presude jasno proizlazi da nije samo da UFEU ne sadržava klauzulu o načelu najpovlaštenije nacije (MFN) kao što je ona koju sadržava BIT u članku 3. stavku 2.⁶³, nego i da ne postoji diskriminacija kad država članica ne odobri u pogledu državljana druge države članice postupanje kakvo se odobrava ugovorom u pogledu državljana treće države članice.

72. Činjenica da UFEU ne sadržava klauzulu MFN potvrđena je u sudskoj praksi Suda o članku 18. UFEU-a prema kojem se „[člankom 18. UFEU-a] zahtijeva [...] potpuno jednako postupanje prema osobama koje su u situaciji koja je uređena pravom [Unije], *u odnosu na državljane države članice*”⁶⁴, odnosno vlastite državljane.

73. Prema mojem mišljenju, analogija između ovog predmeta i predmeta u kojem je donesena presuda od 5. srpnja 2005., D. (C-376/03, EU:C:2005:424) savršena je s obzirom na to da su Slovačka Republika i Komisija također usporedile dva ulagatelja koji nisu Slovaci, od kojih je jedan (u ovom slučaju Nizozemac) imao materijalnu zaštitu koja mu je odobrena navedenim BIT-om, a drugi je nije imao.

74. Naime, kao i Ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između Nizozemske i Belgije, navedeni BIT međunarodni je ugovor čije se „područje primjene odnosi [...] samo na fizičke i pravne osobe koje su u njemu navedene”⁶⁵, odnosno fizičke osobe koje imaju državljanstvo jedne od ugovornih strana i pravne osobe koje su osnovane u skladu s njezinim pravom⁶⁶.

75. U tom smislu, činjenica da se uzajamna prava i obveze utvrđene navedenim BIT-om ne primjenjuju na ulagatelje jedne od dviju država članica ugovarateljica jest posljedica svojstvena naravi bilateralnog BIT-a. Iz toga proizlazi da ulagatelj koji nije Nizozemac nije u istoj situaciji kao nizozemski ulagatelj u pogledu ulaganja provedenog u Slovačkoj Republici.

76. Usto, baš kao članak 25. stavak 3. Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između Nizozemske i Belgije na koji se poziva Sud u točki 62. svoje presude od 5. srpnja 2005., D. (C-376/03, EU:C:2005:424), članak 8. navedenog BIT-a nije pogodnost koja je odvojiva od ostatka navedenog BIT-a, nego je njegov sastavni dio do te mjere da BIT bez mehanizma ISDS nema nikakvog smisla jer se njime ne može postići njegov cilj koji je poticati i privući inozemna ulaganja.

61 Točka 61. te presude

62 Točka 62. te presude

63 Vidjeti točke 200. i 201. ovog mišljenja.

64 Presuda od 2. veljače 1989., Cowan (186/87, EU:C:1989:47, t. 10.). Moje isticanje. Vidjeti u tom smislu i presudu od 6. rujna 2016., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, t. 29. do 33.) u kojoj se situacija A. Petruhhina usporedila sa situacijom državljanina njegove države članice domaćina.

65 Presuda od 5. srpnja 2005., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, t. 54.)

66 Vidjeti članak 1. točku (b) navedenog BIT-a.

77. Naime, kao što je Sud presudio u točki 292. mišljenja 2/15 (Sporazum o slobodnoj trgovini sa Singapurom) od 16. svibnja 2017. (EU:C:2017:376), odredba Sporazuma o slobodnoj trgovini sa Republikom Singapurom, kojom se utvrđuje međunarodna arbitraža kao mehanizam ISDS, „ne može biti samo pomoćnoga karaktera”. Prema ustaljenoj arbitražnoj sudskoj praksi, pravo ulagatelja da pokrenu međunarodnu arbitražu najbitnija je odredba BIT-a jer je, unatoč njezinom postupovnom sadržaju, ona sama po sebi nužno jamstvo kojim se potiču i štite ulaganja⁶⁷. Stoga uopće nije začuđujuće da „stari” BIT-ovi⁶⁸ koji ne sadržavaju mehanizam ISDS jednakovrijedan članku 8. navedenog BIT-a, nisu bili osobito korisni ulagateljima.

78. Komisija pak tvrdi da treba razlikovati ovaj predmet od predmeta u kojem je donesena presuda od 5. srpnja 2005., D. (C-376/03, EU:C:2005:424) zbog toga što se ta potonja presuda odnosi na porezna pitanja⁶⁹.

79. Prema mojem mišljenju, to razlikovanje uopće nije uvjerljivo. Najprije ističem da su BIT-ovi slični Ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja zbog toga što se odnose na iste gospodarske djelatnosti, istodobno na priljev i odljev kapitala. Naime, država može privući priljev inozemnog kapitala na svoje državno područje dodjeljivanjem visoke razine pravne zaštite u pogledu ulaganja u okviru BIT-a kao i odobravanjem poreznih olakšica⁷⁰. Kao u ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, za koje u načelu nikad nije utvrđeno da nisu u skladu s UEU-om i UFEU-om, uzajamnost obveza država bitan je sastavni dio BIT-ova⁷¹.

80. Usto, suprotno tvrdnjama Komisije, pravna osnova ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između država članica nije članak 293. drugi stavak UEZ-a. Kad bi to bio slučaj, na kojem bi se članku trebali temeljiti ugovori o kojima se danas pregovara s obzirom na to da se članak 293. UEZ-a ne nalazi u Ugovoru iz Lisabona?

67 Vidjeti u tom smislu Emilio Agustín Maffezini protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/97/7), odluku suda od 25. siječnja 2000. o prigovorima nenadležnosti, t. 54. i 55.; Gas Natural SDG SA protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/03/10), odluku suda od 17. lipnja 2005. o prigovorima nenadležnosti, t. 31.; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA i InterAguas Servicios Integrales del Agua SA protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/03/17), odluku od 16. svibnja 2006. o nadležnosti, t. 59.; Eastern Sugar BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet SCC-a br. 088/2004), djelomičnu odluku od 27. ožujka 2007., t. 165. i 166.; Rupert Joseph Binder protiv Češke Republike (UNCITRAL), odluku od 6. lipnja 2007. o nadležnosti, t. 65.; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius protiv Slovačke Republike (UNCITRAL), odluku od 30. travnja 2010. o nadležnosti, t. 77. i 78.; Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 264.; WNC Factoring Ltd protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2014-34), odluku od 22. veljače 2017., t. 300.; Anglia Auto Accessories Limited protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2014/181), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 116.; I. P. Busta i J. P. Busta protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2015/014), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 116.

68 Vidjeti na primjer BIT između Njemačke i Grčke (1961.), Italije i Malte (1976.), Njemačke i Malte (1974.), Francuske i Malte (1976.) i Njemačke i Poljske (1980.).

69 Komisija pokušava utvrditi da su, za razliku od zaštite ulaganja, porezna pitanja ostala potpuno u nacionalnoj nadležnosti, navodeći pritom osobito presudu od 16. srpnja 2009., Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471) kojom se, uz ostale, ne zabranjuje pravno dvostruko oporezivanje. Ističem da je cilj ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja upravo dodjeljivanje takve zaštite koja nije pružena UEU-om ni UFEU-om. Isto vrijedi i za BIT jer kad je riječ o zaštiti ulaganja i izravnom oporezivanju, pravo Unije u biti intervenira samo odredbama o velikim slobodama kretanja.

70 Ugovorom između Kraljevine Nizozemske i Čehoslovačke Socijalističke Republike o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i sprječavanju izbjegavanja plaćanja poreza na dohodak i imovinu, potpisan u Pragu 4. ožujka 1974., predviđa se 10 % poreza po odbitku na dividende, 0 % na kamate i 5 % na licencije.

71 Države u njima pregovaraju o nekoliko elemenata kao što su, na primjer, pojam ulaganja, primjena klauzule MFN na mehanizam ISDS, postojanje klauzule o poreznom izuzeću za mjere oporezivanja i trajanje klauzule o vremenskom ograničenju valjanosti.

81. S obzirom na navedeno, ništa ne isključuje mogućnost da se BIT-ovi unutar Unije zamijene jednim multilateralnim BIT-om ili aktom Unije, ovisno o raspodjeli nadležnosti između Unije i njezinih država članica, koji bi se primjenjivao na ulagatelje svih država članica, kao što su svojim *non-paper* od 7. travnja 2016. predložile Savezna Republika Njemačka, Francuska Republika, Kraljevina Nizozemska, Republika Austrija i Republika Finska⁷².

82. Iz tih razloga, predlažem Sudu da na treće pitanje odgovori da mehanizam ISDS kao što je onaj utvrđen člankom 8. navedenog BIT-a i kojim se nizozemskim ulagateljima dodjeljuje pravo da pokrenu međunarodnu arbitražu protiv Slovačke Republike nije diskriminacija na temelju državljanstva koja je zabranjena člankom 18. UFEU-a.

83. Sud će trebati ispitati prvo i drugo prethodno pitanje samo ako se slaže s tim prijedlogom odgovora.

C. Drugo prethodno pitanje

84. Svojim drugim prethodnim pitanjem, sud koji je uputio zahtjev želi znati sprječava li se člankom 267. UFEU-a, koji je kamen temeljac pravnog sustava Unije kojim se jamči poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i autonomija pravosudnog sustava Unije, primjena odredbe kao što je ona u članku 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke.

85. Ispitujem to pitanje prije prvog pitanja jer smatram da je arbitražni sud, osnovan u skladu s člankom 8. tog BIT-a, sud u smislu članka 267. UFEU-a, koji je zajednički dvjema državama članicama, odnosno Kraljevini Nizozemskoj i Slovačkoj Republici, te je stoga ovlašten uputiti Sudu prethodno pitanje. To automatski znači da ne postoji neusklađenost s člankom 344. UFEU-a, što je srž prvog prethodnog pitanja.

86. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, kako bi se utvrdilo da sudsko tijelo ima narav „suda” u smislu članka 267. UFEU-a, valja uzeti u obzir sve elemente, kao što su „njegova utemeljenost na zakonu, stalnost, svojstvo obvezne nadležnosti, kontradiktorna narav postupka, primjena pravnih pravila te njegova neovisnost”⁷³. Usto potrebno je da se „pred njima vodi postupak i [da] su pozvani donijeti odluku u postupku čija je svrha donošenje odluke sudskog karaktera”⁷⁴.

72 Dostupan na internetskoj stranici Transnacionalnog instituta https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. To je učinjeno u pogledu poreznih pitanja s pomoću nekoliko direktiva kao što su Direktiva Vijeća 2003/49/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica (SL 2003., L 157, str. 49.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 76.), Direktiva Vijeća 2009/133/EZ od 19. listopada 2009. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na spajanja, podjele, djelomične podjele, prijenose imovine i zamjene dionica društava iz različitih država članica te na prijenos sjedišta SE-a ili SCE-a iz jedne države članice u drugu (SL 2009., L 310, str. 34.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 317.) i Direktiva Vijeća 2011/96/EU od 30. studenoga 2011. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica (SL 2011., L 345, str. 8.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 2., str. 218.) koje su u stvarnosti multilateralni ugovori o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, a ne mjere usklađivanja.

73 Presuda od 31. siječnja 2013., Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, t. 38.) i navedena sudska praksa. Vidjeti u tom smislu i presude od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, t. 23.) i od 6. listopada 2015., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, t. 17.).

74 Presuda od 31. siječnja 2013., Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, t. 39.) i navedena sudska praksa. Vidjeti u tom smislu i presudu od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, t. 23.).

87. Na temelju tih kriterija, arbitražni sudovi nisu automatski isključeni iz pojma „sud države članice” u smislu članka 267. UFEU-a. Naime, iako je Sud nekoliko puta odbio odgovoriti na prethodno pitanje arbitara⁷⁵, također je na temelju ispitivanja u svakom slučaju zasebno, proglasio dopuštenima prethodna pitanja koja su uputili arbitražni sudovi u predmetima u kojima su donesene presude od 17. listopada 1989., Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383) i od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), kao i rješenje od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. Na temelju posljednja dva slučaja može se naslutiti početak primjene kriterija dopuštenosti u pogledu arbitraže unutar jedne države (presuda od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754)⁷⁶ i u pogledu međunarodne arbitraže (rješenje od 13. veljače 2014., Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92)⁷⁷.

89. Stoga ću ispitati obilježja arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a u pogledu kriterija navedenih u točki 86. ovog mišljenja. Prema mojem mišljenju, u ovom su slučaju ispunjeni svi ti kriteriji⁷⁸.

1. Zakonski temelj arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a

90. Većina predmeta koji proizlaze iz arbitraže, u pogledu kojih je pokrenut postupak pred Sudom, odnosili su se samo na jednu određenu vrstu arbitraže, odnosno trgovačku arbitražu ili takozvanu „konvencionalnu” arbitražu u sudskoj praksi Suda, jer je njezin pravni temelj arbitražna klauzula unesena u ugovor sastavljen na temelju privatnog prava⁷⁹.

91. Postoje i druge vrste arbitraže. Osim arbitraža predviđenih u članku 272. UFEU-a, postoji i arbitraža između država na temelju međunarodne konvencije⁸⁰ ili arbitraža između pojedinaca i država, uzimajući u obzir da su te dvije vrste zaista različite u pogledu zakonskog temelja arbitraža između pojedinaca.

92. U tom potonjem slučaju, temelj nadležnosti arbitražnog suda ne proizlazi iz nekog zakona, nego iz arbitražne klauzule koju sadržava ugovor.

⁷⁵ Vidjeti, osobito, presudu od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) i od 27. siječnja 2005., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69).

⁷⁶ Radilo se o arbitraži o poreznim pitanjima između poreznog obveznika i Portugalske Republike.

⁷⁷ Radilo se o arbitraži u području farmaceutskih patenata koja je bila međunarodna u smislu da se odvijala između kanadskog društva, s jedne strane, i dva portugalska društva, engleskog društva, grčkog društva i nizozemskog društva, s druge strane.

⁷⁸ Vidjeti u tom smislu Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice”, 2015, sv. 32(4), Journal of International Arbitration, str. 367.; Paschalidis, P., „Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice”, 2016., Arbitration International, str. 1.; Szpunar, M., „Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU” objavljeno u Ferrari, F. (izd.), The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration, JurisNet, 2017., str. 85. do 123.

⁷⁹ Vidjeti na primjer predmete u kojima su donesene presude od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107); od 25. srpnja 1991., Rich (C-190/89, EU:C:1991:319); od 1. lipnja 1999., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); od 27. siječnja 2005., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69); od 26. listopada 2006., Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675); od 10. veljače 2009., Allianz i Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69); od 13. svibnja 2015., Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316) i od 7. srpnja 2016., Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

⁸⁰ Valja napomenuti da se nekim međunarodnim sporazumima sklopljenima između država članica predviđa da predsjednik Suda djeluje kao tijelo koje imenuje arbitre u sporovima između država članica ili između javnog tijela i tih država članica. Vidjeti u tom smislu članak 27. Sporazuma između vlade Francuske Republike i vlade Talijanske Republike o izgradnji i korištenju nove željezničke pruge između Lyona i Turina, potpisanog u Rimu 30. siječnja 2012. Prema mojem mišljenju, ti arbitražni sudovi također su i sudovi države članice u smislu članka 267. UFEU-a.

93. To je osobito bio slučaj u arbitraži u kojoj je donesena presuda od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) i koja se odnosila na ugovor o udruživanju sklopljen između nekoliko privatnih poduzetnika koji su na temelju tog ugovora podijelili financijske potpore koje su dobili od Europskog fonda za smjernice i jamstva u poljoprivredi (EFSJP), u okviru zajedničkog programa izgradnje trinaest ribarskih brodova-tvornica. Arbitražni sud pred kojim je pokrenut postupak u skladu s tim ugovorom izrazio je nedoumice u pogledu usklađenosti ugovora s pravom Unije te je o tome uputio Sudu pitanje.

94. Sud je smatrao da „nije nadležan”⁸¹ odlučivši da taj arbitražni sud nije sud jedne od država članica u smislu članka 267. UFEU-a iz dva razloga. Kao prvo, „ugovorne stranke nisu ni činjenično ni pravno obvezane iznijeti svoj spor pred arbitražu”⁸² jer su to odabrale napraviti putem ugovora. Kao drugo, „niti su [njemačka] nadležna tijela [...] uključena u odabir arbitraže, [i nisu] pozvana da po službenoj dužnosti interveniraju u postupak pred arbitrom”⁸³.

95. Činjenica da je temelj nadležnosti arbitražnog vijeća bila arbitražna klauzula donesena u ugovoru između klijenta i putničke agencije, bila je dovoljna u predmetu u kojem je donesena presuda od 27. siječnja 2005., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69) da se to vijeće isključi iz pojma suda u smislu članka 267. UFEU-a, iako je arbitražna klauzula bila dio općih uvjeta koje je propisala putnička agencija u pogledu koje klijent nije mogao pregovarati.

96. Suprotno tome, zakonski temelj arbitražnog suda koji je osnovan i pred kojim je pokrenut postupak u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a ne može se osporavati. Taj temelj postoji u međunarodnom ugovoru, ali i u nizozemskim i čehoslovačkim zakonima, kojima se odobrio navedeni BIT te kojima je unesen u njihove pravne poretke. Za razliku od predmeta u kojem je donesena presuda od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), uključenost nadležnih tijela u odabir arbitraže kao i u sam arbitražni postupak (s obzirom na to da je u ovom slučaju Slovačka Republika tuženik) jest očita.

97. Ta je ocjena potvrđena u presudi od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) i rješenju od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. Budući da je arbitražni sud uputio sudu zahtjev za prethodnu odluku u predmetu u kojem je donesena presuda od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), time je ispunjen kriterij zakonskog temelja jer se portugalskim zakonom predviđala arbitraža kao način rješavanja sudskih sporova u poreznim pitanjima te se njime dodjeljivala opća nadležnost arbitražnim sudovima za ocjenu zakonitosti ukidanja bilo kojeg poreza⁸⁴.

99. Na isti je način Sud presudio da je arbitražni sud u predmetu u kojem je doneseno rješenje od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) ispunio kriterij zakonskog temelja jer „[njegova] nadležnost [...] nije [bila] rezultat volje stranaka nego proizlazi iz [portugalskog] Zakona br. 62/2011”⁸⁵ kojim se arbitraža utvrđuje kao mehanizam rješavanja sporova u području prava industrijskog vlasništva u pogledu generičkih i referentnih lijekova.

81 Prema mojem mišljenju, ne radi se o pitanju nadležnosti, nego dopuštenosti.

82 Vidjeti presudu od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, t. 11.). Vidjeti u tom smislu i presudu od 27. siječnja 2005., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, t. 13.).

83 Vidjeti presudu od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, t. 12.). Vidjeti u tom smislu i presudu od 27. siječnja 2005., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, t. 13.).

84 Vidjeti točku 24. te presude.

85 Vidjeti točku 19. tog rješenja.

2. Stalnost arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a

100. Međunarodna arbitraža može biti institucionalna arbitraža, u kojem postupak vodi i njime upravlja arbitražna institucija⁸⁶ prema vlastitom pravilniku i u zamjenu za naknadu ili arbitraža *ad hoc* u kojima same stranke upravljaju postupkom, bez prava na potporu arbitražne institucije.

101. Iz točaka 25. i 26. presude od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) i točke 24. rješenja od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) proizlazi da se kriterij stalnosti ne odnosi na sastav arbitražnog suda kao takav, nego na institucionalizaciju arbitraže kao načina rješavanja sporova. Drugim riječima, kriterij stalnosti treba ocijeniti u odnosu na arbitražnu instituciju koja upravlja arbitražnim postupkom, a ne u odnosu na arbitražni sud čiji je sastav privremen.

102. U tom smislu, Sud je u točki 26. presude od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) presudio da „iako je sastav Tribunal Arbitral Tributário [(porezni arbitražni sud, Portugal)] privremen i njegova djelatnost prestaje postojati donošenjem konačne odluke, Tribunal Arbitral Tributário [(porezni arbitražni sud)] i dalje u svojoj cjelini, kao dio navedenog sustava, ima stalan karakter”. Sustav na koji Sud upućuje jest arbitražna institucija „Centro de Arbitragem Administrativa” (CAAD)(Centar za upravnu arbitražu, Portugal).

103. Isto tako, u točki 24. rješenja od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), Sud je presudio da je ispunjen kriterij stalnosti s obzirom na to da je arbitražni sud „[bio] ustanovljen zakonom, da [je] raspola[gao] stalnom i obvezatnom nadležnošću i da [je], usto, primjenjivao postupovna pravila definirana i uokvirena nacionalnim zakonodavstvom”, i to čak i ako je mogao mijenjati svoje oblike, sastave i pravilnike ovisno o odabiru stranaka te čak i ako je raspušten prije nego što je donio svoju odluku.

104. U tom je predmetu bilo jasno da je arbitražni sud bio sud *ad hoc* te da nije postojala arbitražna institucija koja bi mu osigurala stalnost, nego je Sud do zaključka o stalnosti došao na temelju članka 2. portugalskog Zakona br. 62/2011 kojim se arbitraža uvodi kao jedini način rješavanja sporova u području industrijskog vlasništva u pogledu generičkih i referentnih lijekova.

105. Do istog se zaključka može doći u pogledu arbitražnih sudova koji su osnovani i pred kojima je pokrenut postupak u skladu s člankom 8. BIT-a s obzirom na to da su, kao i u predmetima u kojima su doneseni presuda od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) i rješenje od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), Kraljevina Nizozemska i Slovačka Republika uvele arbitražu kao način rješavanja sporova između jedne od njih i ulagatelja druge države.

106. U BIT-u se nalaze i drugi institucionalizirajući elementi arbitraže.

107. Naime, člankom 8. stavkom 4. navedenog BIT-a dodjeljuje se ovlast imenovanja arbitara u Stockholmsku trgovačku komoru (SCC) koja je stalna arbitražna institucija, a na temelju njegova stavka 5. arbitražna pravila UNCITRAL-a primjenjuju se na arbitražne postupke.

⁸⁶ Vidjeti na primjer PCA u Haagu (Nizozemska), ICSID u Washingtonu, D. C. (Sjedinjene Države), SCC u Švedskoj, Međunarodnu trgovačku komoru (ICC) u Parizu (Francuska) i Međunarodni arbitražni sud u Londonu (LCIA) (Ujedinjena Kraljevina).

108. Usto, postupak pred arbitražnim sudom u ovom predmetu odvijao se pod okriljem stalne arbitražne institucije. Naime PCA, sa sjedištem u Haagu koji je osnovan na temelju Konvencija o mirnom rješavanju međunarodnih sporova, sklopljenima u Haagu 1899. i 1907.⁸⁷ osmišljen je kao institucija koja ima ulogu tajništva na temelju dokumenta o imenovanju koji su potpisali taj sud i stranke u glavnom predmetu.

109. Slijedom toga, kriterij stalnosti također je ispunjen.

3. Svojstvo obvezne nadležnosti arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a

110. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, „[svojstvo obvezne nadležnosti] nedostaje u okviru konvencionalne arbitraže, dakle, ne postoji obaveza, ni zakonska ni stvarna, za ugovorne stranke da svoje sporove povjere arbitraži i da tijela javne vlasti države članice nisu ni uključena u izbor arbitražnog puta niti pozvana da po službenoj dužnosti interveniraju u tijek postupka pred arbitrom”⁸⁸.

111. Zaista nije začuđujuće da je Sud presudio da su arbitražni sudovi u predmetima u kojima je donesena presuda od 17. listopada 1989., Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383) i rješenje od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) ispunili uvjet obvezne nadležnosti s obzirom na to da je na temelju danskog i portugalskog prava obvezna upotreba arbitraže.

112. Međutim, u predmetu u kojem je donesena presuda od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), na temelju činjenice da upotreba arbitraže nije bila obvezna i da ju je porezni obveznik odabrao upotrijebiti protiv Republike Portugala iako je mogao pokrenuti postupak izravno pred uobičajenim sudovima, nije se arbitražni sud isključio iz pojma suda države članice u smislu članka 267. UFEU-a.

113. Naime, prema mišljenju Suda, „[njegove] su odluke [bile] obvezujuće za stranke na temelju članka 24. stavka 1. Dekreta sa zakonskom snagom br. 10/2011 [i] njegova nadležnost proizlazi[la je] izravno iz odredaba Dekreta sa zakonskom snagom br. 10/2011 i stoga [nije] podlije[gala] prethodnom očitovanju volje stranaka da svoj spor povjere arbitraži [...]. Stoga, kada tužitelj povjeri svoj spor poreznoj arbitraži, nadležnost [arbitražnog suda] [...] jest obvezna za porezne i carinske vlasti”⁸⁹.

114. Isto vrijedi za arbitražne sudove osnovane u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a.

115. Člankom 8. stavkom 7. određuje se da je u skladu s tim člankom odluka arbitražnog suda „konačna i obvezujuća za stranke u sporu”⁹⁰. Uopće nema dvojbe da je odluka koju donese takav arbitražni sud obvezujuća za stranke u smislu sudske prakse Suda.

116. Usto, stavkom 2. tog članka 8. te odredbe određuje se da „svaka ugovorna strana ovim ugovorom pristaje da se spor [između ulagatelja i države] uputi arbitražnom sudu ako se nije riješio sporazumno u roku od šest mjeseci nakon dana na koji je jedna od stranki u sporu zatražila da ga se sporazumno riješi”⁹¹.

87 Sve države članice Unije potpisale su te konvencije. Što se tiče ovog predmeta, Kraljevina Nizozemska jest država članica PCA-a od njegova osnivanja, dok je Slovačka Republika to postala 1993.

88 Presuda od 12. lipnja 2014., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, t. 27.). Vidjeti u tom smislu i presude od 23. ožujka 1982., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107) i od 27. siječnja 2005., Denuit i Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, t. 13.), kao i rješenje od 13. veljače 2014., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, t. 17.).

89 Točka 29. te presude. Vidjeti u tom smislu i presudu od 6. listopada 2015., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, t. 23.).

90 Moje isticanje.

91 Moje isticanje.

117. Činjenica da ulagatelj može odabrati pokrenuti sudski postupak, i to pred sudovima dotične države članice ili pred arbitražnim sudom⁹² ne utječe na svojstvo obvezne nadležnosti arbitražnog suda jer je tako odabrao i porezni obveznik u predmetu u kojem je donesena presuda od 12. lipnja 2014., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754).

118. Budući da je Slovačka Republika prethodno pristala na arbitražu, kao što je to učinila Portugalska Republika u predmetu u kojem je donesena presuda od 12. lipnja 2014., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), utvrđena nadležnost arbitražnog suda jest, na temelju članka 8. stavka 2. navedenog BIT-a, obvezna za tu državu članicu i za ulagatelja.

119. Slijedom toga, arbitražni sudovi osnovani u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a ispunjavaju i kriterij obvezne nadležnosti.

4. Kontradiktorna narav postupka pred arbitražnim sudovima osnovanim u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a, način na koji ti sudovi primjenjuju pravna pravila u rješavanju sporova koji se pred njima vode kao i neovisnost i nepristranost arbitara

120. Što se tiče kontradiktorne naravi postupka pred arbitražnim sudovima osnovanim u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a, valja napomenuti da, u skladu s njegovim stavkom 5. „[a]rbitražni sud utvrđuje vlastita pravila postupka u skladu s arbitražnim pravilima [UNCITRAL-a]”⁹³.

121. U članku 15. stavku 1. tih pravila, u verziji iz 1976. koja se primjenjivala u trenutku u kojem je sklopljen BIT, navodilo se da „[u]skladu s odredbama Uredbe, arbitražni sud može provoditi arbitražu kako smatra da je prikladno, ovisno o tome da se prema strankama postupka pod jednakim uvjetima te da u svim fazama postupka svaka stranka ima svaku mogućnost da iskoristi svoja prava i podnese svoje tužbene razloge”⁹⁴. To se jamstvo ponavlja u članku 17. stavku 1. navedenih pravila u verziji iz 2010. i 2013.

122. Poštovanje načela kontradiktornosti također je zajamčeno u nekoliko odredbi navedenih pravila koje se odnose na razmjenu podnesaka, organiziranje rasprave i sudjelovanje stranaka na raspravi kao i zatvaranje usmenog dijela postupka, odnosno u člancima 18. do 20., 22., 24., 25. i 29. pravila iz 1976. i člancima 20. do 22., 24., 28. i 31. izmijenjenih pravila iz 2010. i 2013.

123. Što se tiče kriterija arbitražnih sudova u pogledu primjene pravnih pravila, člankom 8. stavkom 6. navedenog BIT-a određuje se da „[a]rbitražni sud primjenjuje pravna pravila” te se njime predviđa niz pravnih pravila koja sud treba uzeti u obzir. Stoga je isključena mogućnost da se odluči *ex aequo et bono*.

124. Konačno, što se tiče kriterija neovisnosti i nepristranosti, prema ustaljenoj sudskoj praksi, „[t]a jamstva neovisnosti i nepristranosti pretpostavljaju postojanje pravila, osobito u pogledu sastava tijela, imenovanja, trajanja funkcije kao i razloga za nesudjelovanje u odlučivanju, izuzeće i opoziv njegovih članova, koja omogućuju da se otkloni svaka legitimna sumnja kod građana u pogledu nemogućnosti

⁹² Navedeni BIT ne sadržava klauzulu o neopozivom odabiru (eng. *fork-in-the-road clause*) kojom se predviđa da, kad ulagatelj odabere sud pred kojim će se voditi postupak (između nacionalnih sudova u dotičnoj državi i međunarodnih arbitražnih sudova), njegov odabir postaje neopoziv.

⁹³ Arbitražna pravila dostupna su na internetskoj stranici UNCITRAL-a
http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

⁹⁴ Moje isticanje.

utjecaja vanjskih čimbenika na navedeno tijelo i njegove neutralnosti u odnosu na međusobno suprotstavljene interese[...]. Kako bi se smatralo da je pretpostavka u pogledu neovisnosti tijela koje upućuje zahtjev za prethodnu odluku ispunjena, sudska praksa osobito zahtijeva da su slučajevi opoziva članova tog tijela propisani izričitim zakonskim odredbama”⁹⁵.

125. Najprije napominjem da Sud nije osporavao neovisnost i nepristranost arbitara niti u jednom predmetu o kojem je odlučivao te, nadalje, da se arbitražnim pravilima UNCITRAL-a jamči neovisnost i nepristranost arbitara time što im se propisuje jasna obveza da prijave sve okolnosti na temelju kojih se legitimno mogu dovesti u pitanje njihova nepristranost ili neovisnost⁹⁶, kao i uvođenjem postupka izuzeća arbitara kad postoje takve okolnosti⁹⁷.

126. S obzirom na prethodno navedeno, arbitražni sudovi osnovani u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a jesu sudovi u smislu članka 267. UFEU-a, ali jesu li i sudovi „jedne od država članica” u smislu te odredbe?

127. Prema moje mišljenju, odgovor je potvrđan.

128. O pitanju kvalifikacije međunarodnog suda osnovanog u okviru međunarodne organizacije koja je stvorena međunarodnim ugovorom sklopljenim između država članica odlučivalo se u pogledu suda Beneluksa u predmetu u kojem je donesena presuda od 4. studenoga 1997., *Parfums Christian Dior* (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. U toj je presudi Sud presudio da „ne postoji nijedan valjani razlog kojim bi se opravdalo da takav sud, koji je zajednički nekoliko država članica, ne može uputiti prethodna pitanja Sudu kao sudovi koji dolaze iz svake od tih država članica”⁹⁸.

130. To je slučaj i s arbitražnim sustavima osnovanima u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a jer su ih Kraljevina Nizozemska i Slovačka Republika uvele kao mehanizme rješavanja sporova.

131. Iz tih razloga, predlažem Sudu da na drugo pitanje odgovori da članak 267. UFEU-a treba tumačiti na način da mu se ne protivi odredba kao što je članak 8. navedenog BIT-a kojim se omogućuje da sporove između ulagatelja i država rješava arbitražni sud koji se treba smatrati „sudom jedne od država članica” u smislu članka 267. UFEU-a.

D. Prvo prethodno pitanje

132. Svojim prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev želi znati treba li članak 344. UFEU-a tumačiti na način da se njime sprječava primjena odredbi BIT-a unutar Unije, kao što je članak 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke, kojim se omogućuje da arbitražni sud rješava sporove između ulagatelja i država.

⁹⁵ Presuda od 9. listopada 2014., *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265, t. 32. i navedena sudska praksa). Valja pojasniti da, za razliku od sudaca, arbitri nemaju stalna radna mjesta. Stoga u pravu međunarodne arbitraže nema pravila o opozivu arbitara.

⁹⁶ Vidjeti članak 9. arbitražnih pravila UNCITRAL-a iz 1976. i članak 11. izmijenjenih arbitražnih pravila UNCITRAL-a iz 2010. i 2013.

⁹⁷ Vidjeti članke 10. do 12. arbitražnih pravila UNCITRAL-a iz 1976. kao i članke 12. i 13. izmijenjenih arbitražnih pravila UNCITRAL-a iz 2010. i 2013. Vidjeti i Smjernice Međunarodnog udruženja odvjetničkih komora (IBA) o sukobima interesa u međunarodnoj arbitraži (dostupne na internetskoj stranici IBA-a http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) u kojima se pojašnjavaju razlozi za sukob interesa koji mogu dovesti do izuzeća arbitara.

⁹⁸ Točka 21. Vidjeti u tom smislu i presudu od 14. lipnja 2011., *Miles i dr.* (C-196/09, EU:C:2011:388, t. 40.).

133. Najprije valja napomenuti da, ako Sud presudi, kao što predlažem, da arbitražni sudovi osnovani u skladu s člankom 8. tog BIT-a jesu sudovi država članica u smislu članka 267. UFEU-a, tada se na njih odnosi pravni dijalog naveden u točki 176. mišljenja 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454) i obvezni su primjenjivati pravo Unije. Slijedom toga, pokretanje međunarodne arbitraže pod uvjetima propisanim u članku 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke ne utječe ni na članak 344. UFEU-a ni na poredak nadležnosti utvrđen u UEU-u i UFEU-u i prema tome ni na autonomiju pravosudnog sustava Unije.

134. Naime, u tom slučaju arbitražni sudovi su obvezni, pod prijetnjom ništavosti njihovih odluka zbog toga što se protive javnom poretku, poštovati načela koja je Sud naveo u točkama 65. do 70. mišljenja 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123) i u točkama 157. do 176. mišljenja 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454), uključujući, među ostalim, nadređenost prava Unije⁹⁹ pravima država članica i međunarodnim obvezama koje su preuzele države članice, izravan učinak cijelog niza odredbi koje se primjenjuju na njihove državljane i na njih same, uzajamno povjerenje između njih u priznavanju zajedničkih vrijednosti na kojima se temelji Unija te puna i cjelovita primjena i poštovanje prava Unije.

135. Nadalje, kad arbitražni sudovi koje su osnovale države članice ne primjenjuju ili pogrešno primjenjuju pravo Unije to dovodi do odgovornosti dotičnih država članica u skladu s presudom od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) jer su ih one osnovale, kao i, ovisno o slučaju, do utvrđenja da su dotične države počinile povredu obveze u skladu s člancima 258. i 259. UFEU-a¹⁰⁰.

136. Međutim, ako Sud odluči da arbitražni sudovi osnovani u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a nisu sudovi država članica u smislu članka 267. UFEU-a, potrebno je još ispitati sprječava li se člankom 344. UFEU-a primjena članka 8. navedenog BIT-a te, ako je potrebno, je li taj BIT neusklađen s uređenjem nadležnosti utvrđenim UEU-om i UFEU-om te s autonomijom pravosudnog sustava Unije.

137. U tim okolnostima, potrebno je provesti tri analize, od kojih drugu treba provesti samo ako će odgovor na prvu biti potvrđan, a treću treba provesti samo ako će odgovor na prvo i drugo pitanje biti negativan:

- odnosi li se članak 344. UFEU-a na spor između ulagatelja i države članice, kao što je onaj iz članka 8. navedenog BIT-a?
- omogućuje li se na temelju predmeta takvog spora da ga se kvalificira kao spor „o tumačenju i primjeni Ugovorâ” u smislu članka 344. UFEU-a?
- što se tiče njegova cilja, ima li navedeni BIT za učinak utjecanje na poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i prema tome na autonomiju pravosudnog sustava Unije?

⁹⁹ Nekoliko je arbitražnih sudova koji odlučuju o sporovima između ulagatelja koji su državljani Unije i država članica, među kojima je arbitražni sud u ovom predmetu, već priznalo nadređenost prava Unije. Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 289.; Electrabel SA protiv Mađarske (predmet ICSID-a br. ARB/07/19), odluku od 30. studenoga 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu i odgovornosti, t. 4.189. do 4.191.; Charanne BV i Construction Investments Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet SCC-a br. 062/2012), konačnu odluku od 21. siječnja 2016., t. 439. i 443. i RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/13/30), odluku od 6. lipnja 2016. o nadležnosti, t. 72. (bilo bi drukčije da su ulagatelji došli iz treće zemlje, vidjeti točke 74. do 76.).

¹⁰⁰ Vidjeti u tom smislu Electrabel SA protiv Mađarske (predmet ICSID-a br. ARB/07/19), odluku od 30. studenoga 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu i odgovornosti, t. 4.160. do 4.162.

1. Odnosi li se članak 344. UFEU-a na spor između ulagatelja i države članice, kao što je onaj iz članka 8. navedenog BIT-a?

138. Prema mojem mišljenju odgovor treba biti negativan iz sljedećih razloga.

139. U skladu s člankom 344 UFEU-a, „[d]ržave članice obvezuju se da sporove o tumačenju ili primjeni Ugovorâ neće rješavati ni na koji drugi način osim onog koji je njima predviđen”.

140. Sud je često imao priliku tumačiti članak 344. UFEU-a i odlučiti o usklađenosti međunarodnih sporazuma s tim člankom čak i kad se radilo o međunarodnim sporazumima koje su sklopile Unija i njezine države članice s trećim zemljama¹⁰¹.

141. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, „međunarodni sporazum ne može utjecati na nadležnosti utvrđene Ugovorima i prema tome na autonomiju pravosudnog sustava Unije čije poštovanje osigurava Sud. To je načelo osobito propisano u članku 344. UFEU-a prema kojem se države članice obvezuju da sporove o tumačenju ili primjeni Ugovorâ neće rješavati ni na koji drugi način osim onog koji je njima predviđen”¹⁰².

142. Prema mišljenju Suda, članak 344. UFEU-a kojim se propisuje „obveza država članica da primjene pravosudni sustav [Unije] i da poštuju isključivu nadležnost Suda, koja je njegova temeljna značajka, [a koju obvezu] treba shvatiti kao poseban odraz njihove općenite obveze lojalnosti koja proizlazi iz članka [4. stavka 3. UEU-a]”¹⁰³.

143. Najprije valja napomenuti da je arbitražni sud koji je donio odluku u glavnom predmetu detaljno ispitao argumente Slovačke Republike i Komisije u pogledu članka 344. UFEU-a. U tom je pogledu presudio na temelju presude od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345) da sporovi između ulagatelja i država ugovornica TBI-ja nisu obuhvaćeni člankom 344. UFEU-a¹⁰⁴.

144. Slovačka Republika, koju podržava nekoliko država članica i Komisija, osporava tu ocjenu arbitražnog suda. Prema njihovu mišljenju, članak 344. UFEU-a treba široko tumačiti što ga čini primjenjivim na sporove između pojedinaca i države članice, osobito s obzirom na njegov tekst kojim se, za razliku od članka 273. UFEU-a, izričito ne ograničava njegovo područje primjene na sporove „među državama članicama”.

145. Ne slažem se s tom tezom.

101 Vidjeti mišljenja 1/91 (Sporazum o EGP-u – I) od 14. prosinca 1991. (EU:C:1991:490); 1/92 (Sporazum o EGP-u – II) od 10. travnja 1992. (EU:C:1992:189); 2/94 (Pristupanje Zajednice EKLJP-u) od 28. ožujka 1996. (EU:C:1996:140); 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123) i mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454). Vidjeti i presudu od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 Mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 201.). Vidjeti u tom smislu i mišljenje 1/91 (Sporazum o EGP-u – I) od 14. prosinca 1991. (EU:C:1991:490, t. 35.), kao i presude od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345, t. 123.) i od 3. rujna 2008., Kadi i Al Barakaat International Foundation/Vijeće i Komisija (C-402/05 P i C-415/05 P, EU:C:2008:461, t. 282.).

103 Presuda od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345, t. 169.).

104 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 276. Vidjeti u tom smislu i European American Investment Bank AG protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2010-17), odluku od 22. listopada 2012. o nadležnosti, t. 248. do 267.; Electrabel SA protiv Mađarske (predmet ICSID-a br. ARB/07/19), odluku od 30. studenoga 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu i odgovornosti, t. 4.150. do 4.152.; Charanne BV i Construction Investments Sàrl. protiv Kraljevine Španjolske (predmet SCC-a br. 062/2012), konačnu odluku od 21. siječnja 2016., t. 441. do 445.; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/13/30), odluku od 6. lipnja 2016. o nadležnosti, t. 80. i Eiser Infrastructure Limited i Energía Solar Luxembourg Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/13/36), odluku od 4. svibnja 2017., t. 204.

146. Iz sudske prakse Suda jasno proizlazi da se na sporove između država članica¹⁰⁵, kao i između država članica i Unije¹⁰⁶ odnosi članak 344. UFEU-a. Suprotno tome, taj se članak ne odnosi na sporove između pojedinaca, čak i kad se od suda koji je pozvan da ih riješi traži da uzme u obzir ili primjeni pravo Unije.

147. Naime, kao što je Sud presudio u pogledu nacrta ugovora o uspostavljanju suda za rješavanje sporova u pogledu europskih patenata i patenata Zajednice, „[o]snivanje [suda za rješavanje sporova u pogledu europskih patenata i patenata Zajednice] također ne utječe na članak 344. UFEU-a, s obzirom na to da se tim člankom samo zabranjuje *državama članicama* da se spor koji se odnosi na tumačenje ili primjenu Ugovorâ rješava na različit način od onog koji je njime predviđen. Međutim, nadležnosti koje se nacrtom ugovora namjeravaju odobriti [sudu za rješavanje sporova u pogledu europskih patenata i patenata Zajednice] odnosi se samo na sporove između pojedinaca u području patenata”¹⁰⁷.

148. Što se tiče sporova između pojedinaca i država članica, Komisija ističe da je pravosudni sustav koji se navodi u mišljenju 1/91 (Sporazum o EGP-u – I) od 14. prosinca 1991. (EU:C:1991:490) uključivao i žalbe koje su podnijele privatne osobe protiv nadzornog tijela Europskog udruženja za slobodnu trgovinu (EFTA) u području tržišnog natjecanja¹⁰⁸.

149. Međutim, te žalbe nisu bile podnesene protiv države članice i, u svakom slučaju, u mišljenju Suda ne postoji ulomak na temelju kojeg bi se moglo pretpostaviti da je Sud smatrao da je to posebno obilježje nacrta Sporazuma o Europskom gospodarskom prostoru (EGP) bilo problematično.

150. Valja još napomenuti da je Unija trebala postati potpisnica sporazuma navedenog u tom mišljenju te da je stoga taj sporazum trebao biti dio prava Unije, što očito nije slučaj s navedenim BIT-om. Nadalje, kao što jasno proizlazi iz točaka 13. do 29. tog mišljenja, Sud je bio zabrinut u pogledu postojanja sustavne opasnosti koju stvara članak 6. nacrta sporazuma za ujednačenost tumačenja i primjenu prava unutar EGP-a¹⁰⁹, a ne u pogledu činjenice da su žalbe koje su u području tržišnog natjecanja podnijeli pojedinci protiv nadzornog tijela EFTA-e bile obuhvaćene nadležnošću suda koji se nalazi izvan pravosudnog ustroja Unije.

151. Mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454) izrazito je važno u tom pogledu jer, iako je člankom 6. stavkom 2. UEU-a predviđeno pristupanje Unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisanoj u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP), ono bi bilo nespojivo s člankom 344. UFEU-a ako bi sporovi između pojedinaca i država članica, koji predstavljaju tipične sporove pred Europskim sudom za ljudska prava, ulazili u područje primjene te odredbe.

105 Vidjeti presudu od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345, t. 128.).

106 Vidjeti mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 202. i 205.).

107 Mišljenje 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente), od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123). Moje isticanje.

108 Vidjeti točku 6. tog mišljenja.

109 Člankom 6. nacrta sporazuma određivalo se da se odredbe sporazuma u svojoj provedbi i primjeni trebaju tumačiti u skladu sa sudskom praksom Suda koja *prethodi* datumu potpisivanja sporazuma i koja se odnosi na odgovarajuće odredbe UEEZ-a, UEZUČ-a i akata sekundarnog prava, što svakako stvara opasnost od toga da se razlikuju sudska praksa Suda i sudska praksa Suda EGP-a. Vidjeti mišljenje 1/91 (Sporazum o EGP-u – I) od 14. prosinca 1991. (EU:C:1991:490, t. 6. i 25. do 29.).

152. Upravo je iz toga razloga Sud u točkama 201. do 214. tog mišljenja, uzimajući u obzir članak 344. UFEU-a, ispitao samo sporove između država članica i između država članica i Unije¹¹⁰, iako je bio svjestan činjenice da je Unija svojim pristupanjem EKLJP-u postala obvezana prvom rečenicom članka 34. EKLJP-a kojom se predviđa da Europski sud za ljudska prava „može primati zahtjeve bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povrede prava priznatih u ovoj Konvenciji ili dodatnim protokolima što ih je počinila jedna [od ugovornih stranka]”¹¹¹.

153. Zbog toga smatram da spor između ulagatelja i države članice, kao što je onaj iz članka 8. navedenog BIT-a, nije obuhvaćen člankom 344. UFEU-a.

154. Na taj zaključak ne može utjecati argument Komisije prema kojem su sporovi između ulagatelja i država članica ustvari sporovi između država članica jer pokretanjem arbitražnog postupka protiv države članice na temelju odredbe kao što je članak 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke ulagatelj ne ostvaruje svoje pravo nego pravo koje se tim BIT-om dodjeljuje njegovoj državi podrijetla.

155. Komisija se u tom pogledu pozvala na dvije arbitražne odluke navedene u točki 81. njezinih pisanih očitovanja¹¹². Međutim, ta teza nije u skladu s tom istom arbitražnom sudskom praksom¹¹³ te je, u svakom slučaju, daleko od toga da dobije opće priznanje¹¹⁴.

156. Naime, u međunarodnom je pravu utvrđeno da se odredbama međunarodnog ugovora mogu, pod određenim uvjetima, dodijeliti prava pojedincima¹¹⁵. U tom smislu, nekoliko arbitražnih sudova¹¹⁶, kao i državnih¹¹⁷, presudili su da su se BIT-om izravno prenijela prava ulagateljima¹¹⁸.

157. To je sigurno slučaj s člankom 3. navedenog BIT-a, čiju je povredu utvrdio arbitražni sud u arbitražnoj odluci u glavnom postupku jer izričito navodi da su ulagatelji ugovornih strana imali pravo na pošteno i pravedno postupanje, kao i postupanje prema načelu najpovlaštenije nacije.

110 Vidjeti osobito točke 204., 205., 207. i 212.

111 Vidjeti mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 17. i 18.).

112 Vidjeti Loewen Group & Raymond L. Loewen protiv Sjedinjenih Američkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/98/3), odluku od 26. lipnja 2003., t. 233. i Archer Daniels Midland Company i Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. protiv Sjedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/04/05), odluku od 21. studenoga 2007., t. 178.

113 Vidjeti Loewen Group & Raymond L. Loewen protiv Sjedinjenih Američkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/98/3), odluku od 26. lipnja 2003., t. 223. u kojoj je arbitražni sud prihvatio da poglavlje 11. Sjevernoameričkog sporazuma o slobodnoj trgovini (NAFTA) čini postupni razvoj međunarodnog prava jer se njime dopušta ulagateljima da se pozovu na *vlastita prava* i da podnesu *vlastiti zahtjev* međunarodnoj arbitraži („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 Vidjeti Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009., str. 17. do 38.

115 Osim primjera UFEU-a i EKLJP-a, navodim i Bečku konvenciju o konzularnim odnosima od 24. travnja 1963. Vidjeti u tom smislu presudu od 27. lipnja 2001., *Affaire LaGrand* (Njemačka protiv Sjedinjenih Američkih Država), Međunarodni sud, Zbornik 2001., str. 466., t. 78.

116 Vidjeti u tom smislu American Manufacturing & Trading Inc. protiv Republike Zair (predmet ICSID-a br. ARB/93/1), odluku od 21. veljače 1997., t. 6.06.; CMS Gas Transmission Company protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/01/8), odluku suda od 17. srpnja 2003. o prigovorima njegove nadležnosti, t. 45.; Corn Products International, Inc. protiv Sjedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/04/01), odluku od 15. siječnja 2008., t. 174. do 176.; Cargill Inc. protiv Sjedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/05/2), odluku od 18. rujna 2009., t. 424. do 426., i European American Investment Bank AG protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2010-17), odluku od 22. listopada 2012. o nadležnosti, t. 445. Vidjeti u tom smislu i Burdeau, G., „Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat”, 1995., *Revue de l'arbitrage*, str. 3. do 12.; Paulsson, J., „Arbitration Without Privity”, 1995., sv. 10., *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, str. 232. do 256; Wälde, T., „Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty”, 1996., *Arbitration International*, str. 429., str. 435. do 437. i Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009., str. 32. do 38.

117 Vidjeti *Occidental Exploration & Production Company v Republic of Ecuador* [2005.] EWCA Civ, br. 1116, [2006.] QB, br. 432, t. 22. u kojoj je Court of Appeal (England & Wales) (Žalbeni sud, Engleska i Wales) kvalificirao točku 233. odluke od 26. lipnja 2003. u arbitraži Loewen Group & Raymond L. Loewen protiv Sjedinjenih Američkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/98/3) kao „kontroverznu” pri čemu je dodao da se ne slaže s tumačenjem u toj odluci prema kojemu se na temelju BIT-ova ne dodjeljuju prava ulagateljima nego njihovoj državi podrijetla.

118 Točno je da BIT-ovi sustavno sadržavaju arbitražne sporazume za sporove između država ugovornica (vidjeti u ovom slučaju članak 10. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke). Međutim, prema mojim saznanjima, takva arbitraža između država nije se dogodila nakon potpisa prvog BIT-a 1959. To je sigurno slučaj BIT-ova između država članica.

158. Usto, pravo koje se primjenjuje na sporove navedene u članku 8. stavku 6. navedenog BIT-a¹¹⁹ razlikuje se od prava koje se primjenjuje na sporove između dviju država potpisnica navedenog BIT-a, u skladu s njegovim člankom 10. stavkom 7.¹²⁰

159. Iz svega prethodno navedenog zaključujem da se na spor između ulagatelja i države članice, kao što je onaj iz članka 8. navedenog BIT-a ne odnosi članak 344. UFEU-a, što znači da je potrebno pitati odnosi li se takav spor „na tumačenje ili primjenu [UEU-a i UFEU-a]”. U slučaju da se Sud ne slaže s mojim zaključkom o prvoj točki, analizirat ću i to pitanje.

2. Odnosi li se predmetni spor na „tumačenje ili primjenu Ugovorâ”?

160. Time što je naveo točke 140., 149. i 151. do 153. presude od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345), sud koji je uputio zahtjev smatra da se povreda članka 344. UFEU-a može utvrditi samo ako se predmetna arbitražna odluka odnosi na tumačenje i primjenu samih odredbi prava Unije, što prema njegovu mišljenju nije slučaj s arbitražnom odlukom u glavnom predmetu.

161. Slovačka Republika, koju podržava nekoliko država članica, i Komisija osporavaju tu ocjenu suda koji je uputio zahtjev. One smatraju da je članak 344. UFEU-a primjenjiv na spor, kao što je onaj između Achmee i Slovačke Republike, zbog toga što se odnosi upravo na tumačenje i primjenu UEU-a i UFEU-a, uključujući u smislu presude od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Ne slažem se s tim mišljenjem.

163. Točno je da je u svojoj presudi od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345) i u svojem mišljenju 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454) Sud presudio da su se sporovi odnosili na tumačenje i primjenu UEU-a i UFEU-a iako su bili obuhvaćeni međunarodnim sporazumima (to jest, Konvencijom Ujedinjenih naroda o pravu mora, sklopljenom u Montego Bayu 10. prosinca 1982. i EKLJP-om).

164. Međutim, to nije bio slučaj jer je Unija bila potpisnica predmetnog sporazuma (Konvencije Ujedinjenih naroda o pravu mora) koji je stoga bio dio prava Unije ili je bilo predviđeno da pristupi predmetnom sporazumu (EKLJP) koji bi stoga postao dio prava Unije.

165. Naime, kao što je Sud presudio u točkama 126. i 127. presude od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345):

„Utvrđeno je da su odredbe Konvencije [Ujedinjenih naroda o pravu mora] koje se navode u sporu koji se odnosi na tvornicu MOX obuhvaćene nadležnošću [Unije] koju je Unija ostvarila pristupanjem Konvenciji, tako da su navedene odredbe sastavni dio pravnog poretka [Unije].

Stoga se u ovom slučaju stvarno radi o sporu koji se odnosi na tumačenje ili primjenu UFEU-a u smislu članka [344. UFEU-a].”

¹¹⁹ U skladu s tom odredbom, „[a]rbitražni sud primjenjuje pravna pravila, uzimajući u obzir osobito, ali ne isključivo: pravo predmetne ugovorne strane koje je na snazi; odredbe ovog ugovora i svakog drugog mjerodavnog ugovora između ugovornih strana; odredbe posebnih ugovorâ koji se odnose na ulaganja i opća načela međunarodnog prava”.

¹²⁰ „Sud odlučuje na temelju ovog ugovora, kao i na temelju drugih relevantnih ugovora između dviju ugovornih strana, općih načela međunarodnog prava i općih pravila prava koje sud smatra primjenjivima. Prethodnim se odredbama ne dovodi u pitanje ovlast suda da odluči *ex aequo et bono* ako se strane tako dogovore” (*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*).

166. Na isti je način Sud u mišljenju 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454) presudio da će „EKLJP [...] činiti sastavni dio prava Unije. Posljedično, kad se to pravo osporava, Sud je isključivo nadležan za rješavanje svakog spora između država članica te između država članica i Unije u pogledu poštovanja te konvencije”. Na temelju toga Sud je presudio da je pristupanje Unije EKLJP-u moglo utjecati na članak 344. UFEU-a¹²¹.

167. Međutim, za razliku od predmetnih sporazuma u predmetima u kojima je donesena presuda od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345) i mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454), Unija nije potpisnica navedenog BIT-a koji stoga nije dio prava Unije, što je kriterij koji je utvrđen u tim dvjema odlukama Suda.

168. Slijedom toga, ne dovodi se u pitanje isključiva nadležnost Suda koja je zajamčena člankom 344. UFEU-a.

169. Na to utvrđenje ne utječe argument Komisije prema kojem je pravo Unije dio prava primjenjivo na sporove između ulagatelja i država ugovornica BIT-a i prema kojem se u ovom slučaju Achmea pozvala na povredu prava Unije u arbitražnom postupku.

170. U tom pogledu, arbitražni sud iz glavnog postupka presudio je da „[n]ije bio spriječen uzeti u obzir i primijeniti pravo Unije, nego je zapravo [bio dužan] primijeniti ga u dijelu u kojem je [bio] dio mjerodavnog prava, u skladu s člankom 8. BIT-a, njemačkim pravom ili na drugi način”¹²². Dodao je da je Sud imao „monopol na konačno i mjerodavno tumačenje prava Unije”¹²³.

171. Napominjem da se od arbitražnog suda osnovanog u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a može tražiti i da primijeni pravo Unije u skladu s člankom 3. stavkom 5. navedenog BIT-a kojim se, među ostalim, predviđa da, ako ugovor koji će u budućnosti sklopiti stranke¹²⁴ sadržava opća ili posebna pravila kojima se u odnosu na ulaganja ulagatelja druge ugovorne strane odobrava povoljnije postupanje od onog koje je predviđeno navedenim BIT-om, tim se pravilima daje prednost u dijelu u kojem su povoljnija¹²⁵.

172. Osim toga, UEU i UFEU u svakom su slučaju dio pravnih pravila koje arbitražni sudovi trebaju uzeti u obzir, čak i ako ne postoji odredba kao što je članak 8. stavak 6. navedenog BIT-a jer ta obveza automatski proizlazi iz članka 31. stavka 3. točaka (a) i (c) Bečke konvencije¹²⁶.

173. Međutim, činjenica da je pravo Unije dio mjerodavnog prava u sporovima između ulagatelja i država u skladu s člankom 8. stavkom 6. BIT-a, ne znači da se ti sporovi odnose na tumačenje i primjenu UEU-a i UFEU-a i to iz dva razloga: kao prvo, nadležnost arbitražnog suda obuhvaća samo odlučivanje o povredama navedenog BIT-a i, kao drugo, područje primjene navedenog BIT-a te pravna pravila koja se njime uvode nisu jednaki onima UEU-a i UFEU-a.

121 Vidjeti točke 205. do 214. mišljenja.

122 Achmea BV (prije Eureka BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluka o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji od 26. listopada 2010., t. 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*”). Vidjeti u tom smislu također Isolux Infrastructure Netherlands BV protiv Kraljevine Španjolske (predmet CCS V 2013/153), odluku od 12. srpnja 2016., t. 654.

123 Achmea BV (ranije Eureka BV) protiv Republike Slovačke (CNUDCI) (predmet CPA br. 2008-13), odluka o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji od 26. listopada 2010., t. 282. („*What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law*”).

124 Kao što su UEU i UFEU.

125 Vidjeti u tom smislu u pogledu slične odredbe (članak 16. stavak 2. Ugovora o Energetskoj povelji) Eiser Infrastructure Limited i Energía Solar Luxembourg Sàrl protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/13/36), odluku od 4. svibnja 2017., t. 202.

126 U skladu s tom odredbom, u svrhu tumačenja ugovora, potrebno je uzeti u obzir svaki naknadni sporazum između stranaka o tumačenju ugovora ili o primjeni njegovih odredbi (u ovom slučaju UEU i UFEU), kao i svako mjerodavno pravilo međunarodnog prava primjenjivo na odnose između stranaka (u ovom slučaju pravo Unije).

a) Nadležnost arbitražnog suda obuhvaća samo odlučivanje o povredama BIT-a

174. Kao što je presudio arbitražni sud u glavnom postupku „njegova nadležnost obuhvaća samo odlučivanje o navodnim povredama BIT-a. Sud nema nadležnost za odlučivanje o navodnim povredama prava Unije kao takvima”¹²⁷.

175. Naime, zadaća suda nije da utvrdi jesu li države članice svojim ponašanjem koje osporava ulagatelj povrijedile svoje obveze koje proizlaze iz UEU-a i UFEU-a ili općenito iz prava Unije. Naprotiv, njegova je zadaća da utvrdi je li država u koju se ulaže povrijedila navedeni TBI, pri čemu je pravo Unije jedan od relevantnih elemenata koje treba uzeti u obzir kako bi se ocijenilo ponašanje države u pogledu navedenog BIT-a¹²⁸.

176. Upravo u tom smislu „[p]ravo Unije može imati utjecaj na doseg prava i obveza koje proizlaze iz BIT-a u ovom predmetu, na temelju njegovog svojstva kao dijela mjerodavnog prava u skladu s člankom 8. stavkom 6. BIT-a i njemačkog prava koji je *lex loci arbitri*”¹²⁹.

177. S obzirom na prethodno navedeno, pravo Unije nije imalo nikakav utjecaj na meritum spora između Achmea i Slovačke Republike. Naime, iz dviju arbitražnih odluka donesenih u glavnom postupku proizlazi da se Achmea nije pred arbitražnim sudom pozvala na akte prava Unije u svrhu njihova tumačenja i primjene u okviru postupka radi utvrđenja povrede odredbi akata koje je navela Slovačka Republika¹³⁰. Naprotiv, Achmea je navela da su se zakonodavnim mjerama, koje je Slovačka Republika poduzela u sektoru zdravstvenog osiguranja¹³¹ i koje ni po čemu nemaju podrijetlo iz prava Unije niti su temeljene na njemu, povrijedili članci 3., 4. i 5. navedenog BIT-a.

178. Usto, kao što je presudio arbitražni sud, ni Achmea ni Slovačka Republika nisu se pozvale na odredbe prava Unije kojima se moglo utjecati na obrazloženje ili odluku suda u pogledu merituma njihova spora. Njegova odluka stoga ne može imati nikakav utjecaj na pitanja u pogledu prava Unije¹³².

b) Područje primjene navedenog BIT-a i pravna pravila koja su njime uvedena nisu istovjetni onima iz UEU-a i UFEU-a

179. Teza Komisije, koju je iznijela u svojim pisanim očitovanjima¹³³ i tijekom rasprave, temelji se na pretpostavci da se pravom Unije, osobito temeljnim slobodama i Poveljom Europske unije o temeljnim pravima, ulagateljima nudi potpuna zaštita u području ulaganja.

127 Achmea BV (ranije Eureko BV) protiv Republike Slovačke (CNUDCI) (predmet CPA br. 2008-13), odluka o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji od 26. listopada 2010., t. 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”). Vidjeti u tom smislu također Isolux Infrastructure Netherlands BV protiv Kraljevine Španjolske (predmet CCS V 2013/153), odluku od 12. srpnja 2016., t. 651.

128 Vidjeti, osobito, Emilio Agustín Maffezini protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/97/7), odluku od 13. studenoga 2000., t. 65. do 71. u kojoj je ulagatelj naveo da je Kraljevina Španjolska povrijedila obvezu da u odnosu na njegovo ulaganje odobri pošteno i pravedno postupanje. Prema njegovu mišljenju, on je u pogledu svojeg ulaganja imao dodatne troškove zbog provođenja studije o utjecaju na okoliš. Arbitražni sud podsjetio je da obveza provođenja takve studije proizlazi iz prava Unije i da je Kraljevina Španjolska samo provjerila je li se ta obveza poštovala. Stoga je odbio njegov zahtjev u tom pogledu.

129 Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluka od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 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*”). U svakom slučaju, ne vidim zbog čega bismo trebali zabraniti arbitražnim sudovima da uzimaju u obzir pravo Unije, s obzirom na to da bi im se takvom zabranom oduzela mogućnost eventualnog tumačenja BIT-a, u skladu s pravom Unije, s ciljem izbjegavanja sukoba s potonjim.

130 Naprotiv, kao što proizlazi iz točke 151. presude od 30. svibnja 2006., Komisija/Irska (C-459/03, EU:C:2006:345), „Irska [je] arbitražnom sudu podnijela instrumente prava Zajednice u svrhu njihovog tumačenja i primjene u okviru postupka radi utvrđenja da je Ujedinjena Kraljevina povrijedila odredbe navedenih instrumenata”.

131 Vidjeti točku 24. ovog mišljenja.

132 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), konačnu odluku od 7. prosinca 2012., t. 275. i 276.

133 Vidjeti točke 13., 18., 57., 101. i 130. njezinih pisanih očitovanja.

180. Ne znam što Komisija podrazumijeva pod pojmom „potpuna zaštita”, ali usporedbom navedenog BIT-a s UEU-om i UFEU-om dokazano je da zaštita koja se ulagateljima odobrava tim ugovorima i dalje nije ni približno potpuna. Prema mojem mišljenju, BIT-ovima unutar Unije, te osobito BIT-om u glavnom predmetu, uvode se prava i obveze u kojima se ne ponavljaju jamstva zaštite prekograničnih ulaganja koja se nude pravom Unije niti proturječe tim jamstvima¹³⁴.

181. BIT u glavnom predmetu može se analizirati uzimajući u obzir tri gledišta. Kao prvo, njegovo područje primjene mnogo je šire od područja primjene UEU-a i UFEU-a (1.). Kao drugo, za određena pravna pravila uvedena tim BIT-om ne postoje jednakovrijedna pravila u pravu Unije (2.). Kao treće, neka od njegovih pravnih pravila djelomično se preklapaju s pravom Unije, a da njihovi rezultati nisu neusklađeni s UEU-om i UFEU-om (3.).

182. Prije nego što provedem tu analizu, utvrđujem glavna pravna pravila koja sadržava taj BIT:

- načelo zakonitosti ulaganja¹³⁵ (članak 2.);
- pošteno i pravedno postupanje (članak 3. stavak 1.);
- potpuna i cjelovita zaštita i sigurnost (članak 3. stavak 2.);
- klauzula o načelu najpovoljnije nacije (MFN) (članak 3. stavci 2. i 3.);
- klauzula o poštovanju ugovornih obveza, takozvana „*umbrella clause*”¹³⁶ (članak 3. stavak 4.);
- slobodan prijenos plaćanja (članak 4.);
- zabrana nezakonitih izvlaštenja (članak 5.);
- naknada štete u slučaju rata, oružanog sukoba, hitne situacije ili drugih izvanrednih okolnosti (članak 6.);
- subrogacija osiguratelja u prava ulagatelja u slučaju osiguranja od nekomercijalnih rizika (članak 7.);
- mehanizam ISDS (članak 8.);
- mehanizam rješavanja sporova između država (članak 10.), i

¹³⁴ Vidjeti u tom smislu i *Eastern Sugar BV protiv Češke Republike* (UNCITRAL) (predmet SCC-a br. 088/2004), djelomičnu odluku od 27. ožujka 2007., t. 159. do 172.; *Rupert Joseph Binder protiv Češke Republike* (UNCITRAL), odluku od 6. lipnja 2007. o nadležnosti, t. 63.; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius protiv Slovačke republike* (UNCITRAL), odluku od 30. travnja 2010. o nadležnosti, t. 74. do 79.; *Achmea BV (prije Eureka BV) protiv Slovačke Republike* (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13) odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 245. do 267.; *European American Investment Bank AG protiv Slovačke Republike* (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2010-17), odluku od 22. listopada 2012. o nadležnosti, t. 178. do 185.; *WNC Factoring Ltd protiv Češke Republike* (UNCITRAL) (predmet PCA br. 2014-34), odluku od 22. veljače 2017., t. 298. do 308.; *Anglia Auto Accessories Limited protiv Češke Republike* (predmet SCC-a V 2014/181), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 115. i 116.; *I. P. Busta i J. P. Busta protiv Češke Republike* (predmet SCC-a V 2015/014), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 115. i 116.

¹³⁵ Prema tom načelu, ulagatelj može ostvariti pravo na zaštitu putem BIT-a samo za ulaganje koje je u skladu s pravom države u koju se ulaže u trenutku kad je ulaganje provedeno. Vidjeti, osobito, *Salini Costruttori S.p.A. i Italstrade S.p.A. protiv Kraljevine Maroko* (predmet ICSID-a br. ARB/00/4), odluku od 31. srpnja 2001. o nadležnosti, t. 46. i *Tokios Tokelés protiv Ukrajine* (predmet ICSID-a br. ARB/02/18), odluku od 29. lipnja 2004. o nadležnosti, t. 84.

¹³⁶ Povreda ugovora koji su sklopile država i inozemni ulagatelj nije sama po sebi povreda međunarodnog prava. Klauzula o poštovanju ugovornih obveza koje je država u koju se ulaže preuzela u pogledu ulagatelja iz drugih država potpisnica BIT-a stoga ima za učinak unijeti u BIT obvezu poštovanja tih obveza. Slijedom toga, ako smatraju da je došlo do povrede tih obveza, ulagatelji mogu ostvariti zaštite dodijeljene BIT-om, uključujući osobito pravo na pokretanje međunarodne arbitraže, što ne bi bilo moguće bez klauzule o poštovanju obveza, pod uvjetom da nije propisana nacionalnim pravom.

- klauzula o vremenskom ograničenju valjanosti, takozvana „sunset”¹³⁷ (članak 13. stavak 3.).

1) Područje primjene navedenog BIT-a mnogo je šire od područja primjene UEU-a i UFEU-a

183. Osim ako je postavljeno izričito ograničenje, BIT-ovi se odnose na sve radnje ili propuste države koji utječu na inozemnog ulagatelja i njegovo ulaganje. U tom se smislu primjenjuju u situacijama koje nisu obuhvaćene UEU-om i UFEU-om.

184. Najbolji su primjeri oni u pogledu mehanizma kojim se jamči stabilnost europodručja, kaznenog prava i izravnog oporezivanja.

185. Stoga upućujem na arbitražne postupke pokrenute na temelju BIT-ova unutar Unije, na koje su se na raspravi pozvale Helenska Republika i Republika Cipra, u pogledu mjera koje su poduzele u skladu s uvjetima instrumenta financijske pomoći utvrđenima u memorandumima o razumijevanju i drugih instrumenata o kojima se pregovaralo u okviru Ugovora o uspostavljanju Europskog stabilizacijskog mehanizma (ESM) ili u okviru sustava koji je prethodio ESM-u [odnosno Europskog fonda za financijsku stabilnost (EFSF)]. Te mjere proizlaze iz ESM-a ili nadležnosti država članica, ali ne iz UEU-a i UFEU-a¹³⁸, u okviru kojih ih pojedinci ne mogu osporavati zbog njihove neusklađenosti s pravom Unije.

186. U tom smislu, mjere koje je poduzela grčka vlada poznate pod engleskim nazivom „Private Sector Involvement” (u daljnjem tekstu: PSI) i koje se u biti sastoje od jednostranog i retroaktivnog umanjenja vrijednosti obveznica koje je izdala ta vlada protivno volji određenih njihovih imatelja, dovele su do pokretanja arbitražnog postupka između slovačkog i ciparskog ulagatelja, s jedne strane, i Helenske Republike, s druge strane¹³⁹. Prema mišljenju tih ulagatelja, njihovo „prisilno” sudjelovanje u umanjenju vrijednosti obveznica koje se predviđelo PSI-jem činilo je neizravno izvlaštenje kao i nepošteno i nepravedno postupanje protivno BIT-u između Grčke i Čehoslovačke i BIT-u između Grčke i Cipra.

187. O PSI-ju su pregovarale grčka vlada i trojka (Komisija, ESB i Međunarodni monetarni fond (MMF)) te ga je zatim odobrila Euroskupina¹⁴⁰. Kao što je već presudio Sud, sudjelovanje Komisije i ESB-a u trojki odvijalo se izvan UEU-a i UFEU-a, a Euroskupina nije tijelo Unije¹⁴¹. U BIT-ovima ne postoje takva ograničenja. Oni se primjenjuju na sve radnje države.

188. Isto vrijedi za mjere kontrole kapitala koje je propisala Republika Cipra tijekom bankarske krize na koje se odnosi arbitražni postupak Theodoros Adamakopoulos i dr. protiv Republike Cipra (predmet ICSID-a br. ARB/15/49). Ciparska vlada na raspravi je priznala da je ona sama donijela te mjere na temelju članka 65. stavka 1. UFEU-a kojim se omogućuje, te stoga ne propisuje, državama članicama da ograniče slobodu kretanja kapitala.

¹³⁷ U skladu s tom klauzulom, ulaganja provedena tijekom trajanja BIT-a i dalje imaju materijalnu zaštitu koja im se njime dodjeljuje, čak i kad više nije na snazi i to na dodatno razdoblje koje se njime utvrđuje. To razdoblje počinje na dan kad BIT prestaje vrijediti.

¹³⁸ Prema sudskoj praksi Suda, iako se posebnim mjerama kojima se obvezuju države članice i kojima se uvjetuje financijska pomoć koju su te države zatražile u okviru ugovora o ESM-u treba poštovati pravo Unije, te mjere ne proizlaze iz tog prava. Vidjeti u tom smislu presude od 27. studenoga 2012., *Pringle* (C-370/12, EU:C:2012:756, t. 151., 164., 179. i 180.) i od 20. rujna 2016., *Mallis i dr./Komisija i ESB* (C-105/15 P do C109/15 P, EU:C:2016:702, osobito t. 59. i 61.). Naime, memorandum o razumijevanju koji su u ime Europskog stabilizacijskog mehanizma (ESM) potpisale Komisija i Europska središnja banka (ESB) jest akt ESM-a te nad njim kao takvim sudovi Unije ne mogu provoditi nadzor zakonitosti. Na utvrđenje da te mjere nisu obuhvaćene pravom Unije ipak ne utječe mogućnost pokretanja postupka za naknadu štete protiv Unije jer su Komisija i ESB potpisale taj memorandum o sporazumijevanju, što bi moglo značiti da su počinile ozbiljnu povredu prava Unije i tako prouzročile štetu. Vidjeti u tom smislu presudu od 20. rujna 2016., *Ledra Advertising i dr./Komisija i ESB* (C-8/15 P do C10/15 P, EU:C:2016:701, t. 52. do 55.).

¹³⁹ Vidjeti *Poštova banka, a.s. i Istrokapital SE protiv Helenske Republike* (predmet ICSID-a br. ARB/13/8), odluku od 9. travnja 2015., t. 60. do 76.

¹⁴⁰ Vidjeti izjavu za medije Europskupa od 21. veljače 2012.

¹⁴¹ Vidjeti presude od 20. rujna 2016., *Ledra Advertising i dr./Komisija i ESB* (C-8/15 P do C10/15 P, EU:C:2016:701, t. 52. i od 20. rujna 2016., *Mallis i dr./Komisija i ESB* (C-105/15 P do C109/15 P, EU:C:2016:702, t. 52. do 61.).

189. Kao što je istaknuo predsjednik ESB-a, čak i da se može prihvatiti da je poduzimanje tih mjera ograničenje slobode kretanja kapitala na temelju članka 65. stavka 1. UFEU-a, ipak ostaje činjenica da se radi o „*jednostranim i samostalnim* nacionalnim mjerama [...] koje su poduzeli ciparski parlament, ciparska vlada i/ili Ciparska središnja banka”¹⁴². Iako države članice trebaju izvršavati nadležnosti tako da ne povrjeđuju pravo Unije, BIT-om se ulagateljima može nuditi korisna zaštita, u slučaju u kojem im mjere koje proizlaze iz isključive nadležnosti država članica nanose štetu, a da se pritom ipak ne ometa primjena prava Unije.

190. Slično tome, sanacijske mjere za ciparski bankarski sektor koje su dogovorene u okviru ESM-a i koje je odobrila Euroskupina obuhvaćaju stečaj banke Laiki, njezinu podjelu na lošu banku i dobru banku, kao i spajanje dobre banke s bankom Trapeza Kyprou¹⁴³. U odnosu na Laiki donesene su i mjere ciparske vlade koje su, prema mišljenju njegova dioničara Marfin Investment Group, dovele do povećanja udjela Republike Cipra u kapitalu banke Laiki na njegovu štetu. Pokrenuti su kazneni postupci protiv upravitelja banke Laiki koje je imenovao Marfin Investment Group kao i postupci privremenog oduzimanja imovine koja je pripadala Marfin Investment Group i njegovim upraviteljima. Zbog toga što je smatralo da su te mjere bile neizravno izvlaštenje njegova ulaganja u banku Laiki, kao i proizvoljno i diskriminirajuće postupanje protivno BIT-u između Grčke i Cipra, društvo Marfin Investment Group pokrenulo je arbitražni postupak protiv Republike Cipra¹⁴⁴.

191. Očito je da ni spor o kojem se radi u toj arbitraži nije obuhvaćen područjem primjene UEU-a i UFEU-a ni u kaznenom dijelu ni u sanacijskom dijelu. Ciparska je vlada na raspravi prigovorila arbitražnom sudu da joj je naložio da „ne izdaje i ne izvršava europske uhiđbene naloge” protiv određenih grčkih državljana, čak i ako to čini u svrhu toga da im dopusti da sudjeluju na saslušanjima na raspravama pred arbitražnim sudom.

192. Međutim, kao što proizlazi iz priopćenja za medije koje je objavila pravna služba Republike Cipra, odluka o tome hoće li se izdavati takvi uhiđbeni nalozi obuhvaćena je isključivom nadležnosti država članica. Stoga mi nije jasno kako se odlukom arbitražnog suda može spriječiti Republiku Cipar da izvršava svoje obveze koje proizlaze iz Okvirne odluke Vijeća 2002/584/PUP od 13. lipnja 2002. o Europskom uhiđbenom nalogu i postupcima predaje između država članica¹⁴⁵, koja se u biti odnosi na to da se u drugim državama članicama izvrše nalozi koje je izdala država članica (u ovom slučaju Republika Cipar), kao i postupci predaje osoba na koje se ti nalozi odnose. Što se tiče suspenzije izvršenja naloga, ta okvirna odluka ne sadržava odredbe koje se odnose na izvršenje naloga u državama koje su ih izdale. U tom smislu, to pitanje također proizlazi iz isključive nadležnosti država članica. U svakom slučaju, predmetni arbitražni sud povukao je, nakon zahtjeva državnog odvjetnika Cipra, svoju odluku kojom obvezuje dotične grčke državljane da se pojave pred ciparskim sudovima, na što su se odnosili predmetni europski uhiđbeni nalozi¹⁴⁶.

142 Vidjeti dopis od 13. srpnja 2015. koji je Mario Draghi, predsjednik ESB-a, uputio članu Europskog parlamenta, Svenu Giegoldu, koji je dostupan na internetskoj stranici ESB-a https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. Moje isticanje.

143 Te mjere nisu obuhvaćene pravom Unije. Vidjeti presudu od 20. rujna 2016., Mallis i dr./Komisija i ESB (C-105/15 P do C109/15 P, EU:C:2016:702).

144 Vidjeti arbitražu koja je u tijeku *Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos i dr. protiv Republike Cipra* (predmet ICSID-a br. ARB/13/27). Vidjeti i priopćenje za medije pravne službe Republike Cipra dostupno na internetskoj stranici njegova Ureda za medije i informacije (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

145 SL 2002., L 190, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 83.) Okvirnom odlukom utvrđuju se kaznena djela za koja se mogu izdati europski uhiđbeni nalozi, ali ona se ne odnosi na druge uvjete kaznenog prava koji se moraju ispuniti u takvim postupcima, što isključivo proizlazi iz nadležnosti države članice koja je izdala uhiđbeni nalog.

146 Vidjeti novinski članak „Bouloutas et Foros sont comparus devant les juridictions” na internetskoj stranici novina *Politis* <https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

193. Što se tiče područja izravnog oporezivanja, u potpunosti se primjenjuje navedeni BIT. To nije slučaj s UFEU-om i UFEU-om jer izravno oporezivanje ulazi u nadležnost država članica, iako ga one moraju izvršavati uz poštovanje prava Unije¹⁴⁷. Zaštita koja se nudi temeljnim slobodama u području izravnog oporezivanja¹⁴⁸ uključuje samo zabranu različitog postupanja prema poreznim obveznicima koji se nalaze u objektivno usporedivim situacijama ili jednakog postupanja prema poreznim obveznicima koji se nalaze u različitim situacijama¹⁴⁹.

194. Komisija se na raspravi pozvala na presudu od 5. veljače 2014., *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47) iako se tom presudom dokazuje da se, za razliku od Komisijine teze, pravom Unije ne nudi „potpuna” zaštita u području ulaganja¹⁵⁰. Naime, iz točki 23 i 30. te presude jasno proizlazi da se pravom Unije nudi samo zaštita od diskriminacije u području na koje se odnosi ta presuda, odnosno izravno oporezivanje.

195. Usto, u skladu s člankom 51. stavkom 1. Povelje, njezine odredbe odnose se na države članice samo kada provode pravo Unije. Kao što je Sud presudio, pod uvjetom da predmetne mjere izravnog oporezivanja ne proizlaze iz odredbi UFEU-a ili direktiva koje se odnose na oporezivanje, odredbe Povelje ne primjenjuju se na njih¹⁵¹.

196. Suprotno tome, zaštita koja se u području izravnog oporezivanja ulagateljima dodjeljuje na temelju BIT-ova puno je šira nego u pravu Unije po tome što se ne odnosi samo na diskriminirajuće porezno postupanje, nego i na svako oporezivanje kojim se povređuju jamstva poštenog i pravednog postupanja, postupanja prema načelu MFN, potpune i cjelovite zaštite i sigurnosti, kao i na svako neizravno izvlaštenje izvršeno na temelju oporezivanja¹⁵².

197. Na primjer, manjinski dioničar u društvu sa sjedištem u drugoj državi članici koji je u njoj izvlašten¹⁵³ na temelju izravnog oporezivanja nije zaštićen temeljnim slobodama koje se jamče UFEU-om jer na temelju svojih udjela nema kontrolu u društvu na koje se odnose mjere izvlaštenja te iz tog razloga nije obuhvaćen slobodom poslovnog nastana. Usto, s obzirom na to da se mjere oporezivanja odnose na jedno društvo, primjenjuju se na potpuno unutarnju situaciju, zbog čega se odredbe UFEU-a koje se odnose na slobodno kretanje kapitala ne mogu primijeniti. Budući da odredbe prava Unije nisu primjenjive, ne primjenjuju se ni Povelja ni njezin članak 17.

147 Vidjeti presude od 14. veljače 1995., *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, t. 21.); presudu od 12. prosinca 2006., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, t. 36.) i od 10. svibnja 2012., *Santander Asset Management SGIIC i dr.* (C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, t. 14.).

148 Osim u rijetkim slučajevima u kojima se predviđa UFEU-om (člancima 110. do 112. UFEU-a) i u kojima ga je Unija propisala. Kao primjer navodim Direktivu Vijeća 2003/49, 2009/133/EZ, 2011/16/EU od 15. veljače 2011. o administrativnoj suradnji u području oporezivanja i stavljanju izvan snage Direktive 77/799/EEZ (SL 2011., L 64, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1, str. 363.); 2011/96 i 2015/2060 od 10. studenoga 2015. o stavljanju izvan snage Direktive 2003/48/EZ o oporezivanju dohotka od kamate na štednju (SL 2015., L 301, str. 1.). Vidjeti u tom smislu i mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu C (C-122/15, EU:C:2016:65, t. 42. do 50.). Institucije Unije i/ili države članice ničim se ne sprječava da, u skladu s raspodjelom njihovih nadležnosti u predmetnim područjima, uspostave jedinstveni pravni okvir za zaštitu ulaganja na području cijele Unije kojim bi se zamijenili BIT-ovi.

149 Vidjeti u tom smislu presude od 14. studenoga 1995., *Svensson i Gustavsson* (C-484/93, EU:C:1995:379, t. 12. do 19.); od 1. travnja 2014., *Felixstowe Dock and Railway Company i dr.* (C-80/12, EU:C:2014:200, t. 20., 21. i 25.); od 17. srpnja 2014., *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, t. 19. i 24.); od 3. veljače 2015., *Komisija/Ujedinjena Kraljevina* (C-172/13, EU:C:2015:50, t. 21. i 24.) i od 24. studenoga 2016., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, t. 54.).

150 Kako bi dokazala postojanje potpune zaštite u području ulaganja u pravu Unije, Komisija je proturječna pozivajući se na tu presudu u kojoj je riječ o izravnom oporezivanju, s obzirom na to da istovremeno brani tezu u skladu s kojom presuda od 5. srpnja 2005., *D.* (C-376/03, EU:C:2005:424) koja se također odnosi na postojanje diskriminacije zabranjene UFEU-om u području izravnog oporezivanja, nije relevantna za ocjenu spojivosti članka 8. s tim BIT-om jer izravno oporezivanje ulazi u nadležnost država članica. Vidjeti točku 78. ovog mišljenja.

151 Vidjeti presudu od 2. lipnja 2016., *C* (C-122/15, EU:C:2016:391, t. 28. i 29.) i rješenje od 15. travnja 2015., *Burzio* (C-497/14, EU:C:2015:251, t. 26. do 33.).

152 Vidjeti *Achmea BV* (prije *Eureko BV*) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 251. U slučaju izvlaštenja vidjeti osobito *Marvin Feldman* protiv Ujedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/99/1), odluku od 16. prosinca 2002., t. 101. do 107.; *EnCana Corporation* protiv Republike Ekvadora (UNCITRAL), odluku od 3. veljače 2006., t. 173. i 177. i *Occidental Petroleum Corporation* i *Occidental Exploration and Production Company* protiv Republike Ekvadora (predmet ICSID-a br. ARB/06/11), odluku od 5. listopada 2012., t. 455.

153 Za više detalja o usporedbi zaštite od nezakonitih izvlaštenja u navedenom BIT-u i u UEU-u i UFEU-u, vidjeti točke 217. do 226. ovog mišljenja.

198. Suprotno tome, s obzirom na to da je manjinski vlasnički udio izravno ulaganje u smislu navedenog BIT-a, manjinski dioničar može u potpunosti iskoristiti članak 5. kojim se zabranjuju nezakonita izvlaštenja¹⁵⁴.

2) *Pravna pravila navedenog BIT-a za koja ne postoje jednakovrijedna pravila u pravu Unije i koja nisu nespojiva s njim*

199. Za nekoliko pravnih pravila navedenog BIT-a ne postoje jednakovrijedna pravila u pravu Unije. Radi se o klauzuli MFN, klauzuli o poštovanju ugovornih obveza, klauzuli o vremenskom ograničenju valjanosti, kao i mehanizam ISDS.

i) *Klauzula MFN*

200. Člankom 3. stavkom 2. navedenog BIT-a uvodi se načelo prema kojem svaka ugovorna strana u odnosu na ulaganja ulagatelja druge strane odobrava potpunu i cjelovitu zaštitu i sigurnost, koja u svakom slučaju neće biti manja od onih koje se odobravaju u odnosu na ulaganja vlastitih ulagatelja ili ulaganja iz bilo koje druge države, ovisno o tome što je povoljnije za predmetnog ulagatelja.

201. Iako se pravom Unije priznaje načelo nacionalnog postupanja¹⁵⁵, ono ne sadržava klauzulu MFN kojom se državljanima jedne države članice omogućuje da se prema njima u drugoj državi članici postupa onako kako ta država postupa prema državljanima treće države članice na temelju bilateralnog ugovora¹⁵⁶.

ii) *Klauzula o poštovanju ugovornih obveza, takozvana „umbrella clause”*

202. Klauzula o poštovanju ugovornih obveza, takozvana „umbrella clause”, iz članka 3. stavka 5. navedenog BIT-a ima za učinak izmijeniti povredu ugovorne obveze države koju je preuzela u pogledu ulagatelja u povredu BIT-a. U pravu Unije ne postoji jednakovrijedno pravilo kojim bi se povreda ugovorne obveze izmijenila u povredu UEU-a ili UFEU-a.

iii) *Klauzula o vremenskom ograničenju valjanosti*

203. Protivno članku 13. stavku 3. navedenog BIT-a, UEU i UFEU ne sadržavaju klauzulu o vremenskom ograničenju valjanosti. Suprotno tome, člankom 50. stavkom 3. UEU-a predviđa se da se „Ugovori [...] na dotičnu državu prestaju primjenjivati od dana stupanja na snagu sporazuma o povlačenju ili, ako do toga ne dođe, dvije godine od obavijesti iz stavka 2.”, osim ako se to razdoblje produlji. Slijedom toga, državljani Unije odmah prestaju imati pravo na zaštitu koja se dodjeljuje pravom Unije u pogledu svojih gospodarskih djelatnosti u državi članici koja se odluči povući iz Unije, čak i ako su njihova ulaganja provedena tijekom razdoblja u kojem su Ugovori bili na snazi u toj državi članici, i *vice versa*.

¹⁵⁴ Vidjeti u tom smislu Quasar de Valores SICAV SA i dr. protiv Ruske Federacije (predmet SCC-a br. 24/2007), odluku od 20. srpnja 2012. i RosInvestCo UK Ltd. protiv Ruske Federacije (SCC br. V 079/2005), konačnu odluku od 12. rujna 2010., koje su iz drugih razloga poništili švedski sudovi.

¹⁵⁵ Vidjeti, osobito, presudu od 21. rujna 1999., Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, t. 59.).

¹⁵⁶ Vidjeti točke 66. do 72. ovog mišljenja.

iv) Pokretanje međunarodne arbitraže kao mehanizma ISDS

204. Članak 8. navedenog BIT-a sadržava trajnu ponudu („*standing offer*”) Kraljevine Nizozemske i Slovačke Republike za ulagatelje druge ugovorne strane da podvrgnu sve sporove koji se odnose na njihova ulaganja međunarodnoj arbitraži, u skladu s arbitražnim pravilima UNCITRAL-a, dok Arbitražni institut SCC-a djeluje kao tijelo s ovlastima imenovanja.

205. Prema mišljenju arbitražnog suda pred kojim je pokrenuta arbitraža u glavnom predmetu, pravo pokretanja međunarodne arbitraže ne može samo biti izjednačeno s pravnim sredstvima pred uobičajenim državnim sudovima¹⁵⁷, uzimajući u obzir da se UEU-om i UFEU-om (kao i prava država članica) ne uvode pravna sredstva jednakovrijedna mehanizmu ISDS. Iako se člankom 19. stavkom 1. drugim podstavkom obvezuje države članice da utvrde pravna sredstva dostatna za osiguravanje učinkovite pravne zaštite u područjima obuhvaćenima pravom Unije, UEU-om i UFEU-om ne stvaraju se pravna sredstva kojima se omogućuje pojedincima da izravno tuže države članice pred Sudom¹⁵⁸. Usto, područje primjene navedenog BIT-a šire je nego područje primjene UEU-a i UFEU-a te se stoga primjenjuje i kad se obveze koje proizlaze iz članka 19. stavka 1. drugog podstavka UEU-a ne primjenjuju.

206. Osim toga, arbitražni sudovi najprikladniji su sudovi za rješavanje sporova između ulagatelja i država na temelju BIT-a jer državni sudovi često propisuju ulagateljima uvjete pod kojima se mogu pozvati na međunarodno pravo koji se u stvarnosti ne mogu ispuniti¹⁵⁹, kao i rokove koji se teško mogu uskladiti s trgovačkim prometom i iznosima o kojima se radi.

207. Posljedično, da se nije predvidjelo pokretanje međunarodne arbitraže kao oblika ISDS-a, cijeli navedeni BIT bio bi lišen korisnog učinka. U tom pogledu, države članice intervenijenti u ovom postupku, kao i Komisija, nisu dali niti jedan primjer ulagatelja koji je podnio tužbu pred državnim sudovima na temelju prijašnjih BIT-ova, koji poput BIT-a između Njemačke i Grčke i BIT-a između Njemačke i Portugala ne sadržavaju mehanizme ISDS.

208. Stoga nije uopće začuđujuće da je pravo ulagatelja da pokrenu međunarodnu arbitražu priznato u međunarodnom pravu o ulaganjima kao najbitnija odredba BIT-ova jer je, osim svojeg postupovnog sadržaja, sama po sebi jamstvo kojim se potiču i štite ulaganja¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 264. Vidjeti u tom smislu i WNC Factoring Ltd protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2014-34), odluku od 22. veljače 2017., t. 300.

¹⁵⁸ Vidjeti Eastern Sugar BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet SCC-a br. 088/2004), djelomičnu odluku od 27. ožujka 2007., t. 180.; Rupert Joseph Binder protiv Češke Republike (UNCITRAL), odluku o nadležnosti od 6. lipnja 2007., t. 40.; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius protiv Slovačke Republike (UNCITRAL), odluku o nadležnosti od 30. travnja 2010., t. 77.; WNC Factoring Ltd protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2014-34), odluku od 22. veljače 2017., t. 299.; Anglia Auto Accessories Limited protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2014/181), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 116.; I. P. Busta i J. P. Busta protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2015/014), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 116.

¹⁵⁹ Vidjeti, osobito, presudu od 21. prosinca 2007., br. 280264, u kojoj je Državno vijeće (Francuska) presudilo da se odredbama članka 3. Ugovora između vlade Francuske Republike i vlade Demokratske Narodne Republike Alžira o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja, potpisan u Alžiru 13. veljače 1993. stvaraju obveze samo između dviju država potpisnica i da se, slijedom toga, pojedinci ne mogu na njih pozvati. Usporedba se može napraviti s nadzorom valjanosti akata Unije u pogledu međunarodnog prava. Vidjeti u tom smislu presudu od 21. prosinca 2011., Air Transport Association of America i dr. (C-366/10, EU:C:2011:864).

¹⁶⁰ Vidjeti Emilio Agustín Maffezini protiv Kraljevine Španjolske (predmet ICSID-a br. ARB/97/7), odluku suda od 25. siječnja 2000. o prigovorima nenadležnosti, t. 54. i 55.; Gas Natural SDG SA protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/03/10), odluku suda od 17. lipnja 2005. o prigovorima nenadležnosti, t. 31.; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA i InterAguas Servicios Integrales del Agua SA protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/03/17), odluku od 16. svibnja 2006. o nadležnosti, t. 60.; Eastern Sugar BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet SCC-a br. 088/2004), djelomičnu odluku od 27. ožujka 2007., t. 165. i 166.; Rupert Joseph Binder protiv Češke Republike (UNCITRAL), odluku od 6. lipnja 2007. o nadležnosti, t. 65.; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius protiv Slovačke Republike (UNCITRAL), odluku od 30. travnja 2010. o nadležnosti, t. 77. i 78.; Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 264.; WNC Factoring Ltd protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2014-34), odluku od 22. veljače 2017., t. 300.; Anglia Auto Accessories Limited protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2014/181), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 116.; I. P. Busta i J. P. Busta protiv Češke Republike (predmet SCC-a V 2015/014), konačnu odluku od 10. ožujka 2017., t. 116.

209. Sud je potvrdio tu ocjenu presudivši u točki 292. mišljenja 2/15 (Sporazum o slobodnoj trgovini sa Singapurom) od 16. svibnja 2017. (EU:C:2017:376) da mehanizmi ISDS „ne mo[gu] biti samo pomoćnoga karaktera”.

3) Preklapanje drugih odredbi navedenog BIT-a s određenim odredbama UEU-a i UFEU-a samo je djelomično

210. Što se tiče drugih pravnih pravila materijalne zaštite ulaganja, odnosno potpune i cjelovite zaštite i sigurnosti, poštenog i pravednog postupanja u odnosu na ulaganja, kao i zabrane nezakonitih izvlaštenja, valja napomenuti da je njihovo preklapanje s pravom Unije samo djelomično, a da ipak nije neusklađeno s tim pravom. Naprotiv, kao i temeljne slobode, tim se pravnim pravilima također potiče kretanje kapitala između država članica. Ta su pravna pravila *a priori* spojiva s unutarnjim tržištem.

i) Potpuna i cjelovita zaštita i sigurnost ulaganja

211. Tim se pravnim pravilom državi propisuje pozitivna obveza da poduzme mjere kako bi se zaštitila ulaganja, što podrazumijeva fizičku zaštitu ulagatelja i njegova ulaganja od nasilnih djela pojedinaca¹⁶¹ ili državnih tijela¹⁶², kao i pravnu zaštitu¹⁶³ ulagatelja i njegova ulaganja¹⁶⁴.

212. Ne postoji tome izravno jednakovrijedno pravilo u pravu Unije¹⁶⁵. Točno je da se temeljne slobode mogu primijeniti na iste činjenične okolnosti kao i jamstvo potpune i cjelovite zaštite i sigurnosti jer imaju izravan vertikalni i horizontalni učinak¹⁶⁶. Međutim, sadržaji su različiti, bez obzira radi li se o fizičkoj zaštiti ulagatelja ili pravnoj zaštiti u koju je uključena obveza da države osiguraju da razina zaštite i sigurnosti ulaganja koja je dogovorena s inozemnim ulagateljima ne bude ukinuta ili smanjena što bi se dogodilo izmjenom njezinih zakona ili djelima njezine uprave¹⁶⁷. U pravu Unije ne postoji ništa toliko specifično.

161 Vidjeti, osobito, Wena Hotels Ltd. protiv Arapske Republike Egipta (predmet ICSID-a br. ARB/98/4), odluku od 8. prosinca 2000., t. 84. i Técnicas Medioambientales TECMED S. A. protiv Sjedinjenih Meksčkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/00/2), odluku od 29. svibnja 2003., t. 175. do 177.

162 Vidjeti, osobito, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd protiv Ujedinjene Republike Tanzanije (predmet ICSID-a br. ARB/05/22), odluku od 24. srpnja 2008., t. 730. i Eureko BV protiv Republike Poljske (*ad hoc* arbitraža), djelomičnu odluku od 19. kolovoza 2005., t. 236. i 237.

163 Vidjeti CME Czech Republic BV protiv Češke Republike (UNCITRAL), djelomičnu odluku od 13. rujna 2001., t. 613. i Compañía de Aguas del Aconquija SA i Vivendi Universal SA protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/97/3), odluku od 20. kolovoza 2007., t. 7.4.15. i 7.4.16.

164 Za cjelovitiju analizu vidjeti Schreuer, C., „Full Protection and Security”, 2010., *Journal of International Dispute Settlement*, str. 1.

165 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 260.

166 Vidjeti, osobito, presudu od 11. prosinca 2007., International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:772, t. 56. do 59., 62. i 66.). Isto vrijedi za uredbe, ali ne i za direktive.

167 Vidjeti Saluka Investments BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2001-04), djelomičnu odluku od 17. ožujka 2006., t. 484.

ii) Pošteno i pravedno postupanje u odnosu na ulaganja

213. Pošteno i pravedno postupanje u odnosu na ulaganja jest širok pojam u koji je uključeno pravo na pošteno suđenje i temeljna jamstva dobre vjere, nediskriminacije¹⁶⁸ i proporcionalnosti¹⁶⁹, kao i pojmovi transparentnosti, nedvosmislenosti i proizvoljnog postupanja, zaštite legitimnih očekivanja i zaštite od prisile i uznemiravanja¹⁷⁰. Konačno, pojmom poštenog i pravednog postupanja štiti se ulagatelja od toga da mu državni sudovi¹⁷¹ uskrate sudsku zaštitu¹⁷².

214. Očite su dodirne točke s nekoliko načela prava Unije, kao što je načelo nediskriminacije, proporcionalnosti i zaštite legitimnih očekivanja, kao i s pravima na dobro sudovanje, djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje.

215. Međutim, ta pravila prava Unije, čak i kad se u cijelosti uzmu u obzir, ne podrazumijevaju da u pravu Unije postoji načelo poštenog i pravednog postupanja kao takvo. Na primjer, kao što je već presudilo nekoliko arbitražnih sudova, postupanje može biti nepošteno i nepravedno, čak i kad se odnosi na sve gospodarske subjekte, neovisno o njihovoj državnosti ili drugim razlikovnim obilježjima¹⁷³, kao što je na primjer paušalni porez na dobit. Valja naglasiti da je tijekom arbitražnog postupka u glavnom predmetu Slovačka Republika prihvatila da takav porez može biti protivan pravednom i poštenom postupanju koje se zahtijeva BIT-om iako nije neusklađen s pravom Unije¹⁷⁴.

216. Drugi je primjer zaštita od uskraćivanja sudske zaštite u koju je uključen i slučaj pogrešne i jasno zlonamjerne primjene nacionalnog prava. U pravu Unije ne nudi se usporediva zaštita jer sudovi Unije nisu nadležni za tumačenje nacionalnog prava.

168 Pojam diskriminacije u međunarodnom pravu o ulaganjima sličan je onom u pravu Unije jer se odnosi na nepovoljno postupanje prema ulagatelju koje se ne može razumno opravdati. Vidjeti u tom smislu Elettronica Sicula S. P. A. (ELSI), presudu, Međunarodni sud, Zbornik, 1989., str. 15., t. 122.; Saluka Investments BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2001-04), djelomičnu odluku od 17. ožujka 2006., t. 460. i Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. protiv Ujedinjene Republike Tanzanije (predmet ICSID-a br. ARB/05/22), odluku od 24. srpnja 2008., t. 695.

169 Vidjeti MTD Equity Sdn. Bhd. i MTD Chile SA protiv Republike Čilea (predmet ICSID-a br. ARB/01/7), odluku od 25. svibnja 2004., t. 109.; Saluka Investments BV protiv Češke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a br. 2001-04), djelomičnu odluku od 17. ožujka 2006., t. 303. i 460.; Plama Consortium Limited protiv Republike Bugarske (predmet ICSID-a br. ARB/03/24), odluku od 27. kolovoza 2008., t. 184. i EDF (Services) Limited protiv Rumunjske (predmet ICSID-a br. ARB/05/13), odluku od 8. listopada 2009., t. 303.

170 Vidjeti Técnicas Medioambientales TECMED SA protiv Ujedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/00/2), odluku od 29. svibnja 2003., t. 154, Waguih Elie George Siag i Clorinda Vecchi protiv Arapske Republike Egipta (predmet ICSID-a br. ARB/05/15), odluku od 1. lipnja 2009., t. 450. i Rumeli Telekom A. S. i Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. protiv Republike Kazahstan (predmet ICSID-a br. ARB/05/16), odluku od 29. srpnja 2008., t. 609. Vidjeti u tom smislu i Dolzer, M., i Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008., str. 133. do 149.; Yannaca-Small, K., „Fair and equitable Treatment Standard” objavljeno u Yannaca-Small, K., (izd), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010., str. 385. i 393. do 410. Vidjeti i mišljenje 2/15 (Sporazum o slobodnoj trgovini sa Singapurom) od 16. svibnja 2017. (EU:C:2017:376, t. 89).

171 Vidjeti Rumeli Telekom A. S. i Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. protiv Republike Kazahstana (predmet ICSID-a br. ARB/05/16), odluku od 29. srpnja 2008., t. 651. i Victor Pey Casado i President Allende Foundation protiv Republike Čilea (predmet ICSID-a br. ARB/98/2), odluku od 8. svibnja 2008., t. 653. do 657. Vidjeti u tom smislu i McLachlan, C., Shore, L., i Weiniger, M., *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007., str. 227.

172 Pojam „uskraćivanje sudske zaštite” u međunarodnom pravu obuhvaća obvezu države da ne vodi sudski postupak na očito nepravedan način. Vidjeti u tom smislu Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005., str. 67. Ta obveza nije ispunjena, na primjer, ako državni sudovi odbiju odlučiti o nekom predmetu, ako vode postupak uz nerazumna kašnjenja, ako ga vode na očito neprimjeren način ili čak ako se nacionalno pravo primijeni na pogrešan te jasno zlonamjeran način. Vidjeti Robert Azinian i dr. protiv Sjedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/97/2), odluku od 1. studenoga 1999., t. 102. i 103.

173 Vidjeti S. D. Myers Inc. protiv Kanade (UNCITRAL), djelomičnu odluku od 13. studenoga 2000., t. 259.; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., i LG&E International, Inc protiv Republike Argentine (predmet ICSID-a br. ARB/02/1), odluku o odgovornosti od 3. listopada 2006., t. 162. i Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji od 26. listopada 2010., t. 250. i 251.

174 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 119. i 251.

iii) *Zabrana nezakonitih izvlaštenja*

217. U skladu s člankom 5. navedenog BIT-a, izvlaštenje je zakonito samo ako je opravdano općim interesom, ako se njime poštuje zahtijevani zakonski postupak, ako nije diskriminirajuće te ako je uz njega donesena odredba u pogledu plaćanja pravične naknade.

218. Preklapanje s pravom vlasništva zajamčeno člankom 17. stavkom 1. Povelje jest očito¹⁷⁵. U skladu s tom odredbom „[v]lasništvo nikome ne može biti oduzeto, osim u javnom interesu u slučajevima i pod uvjetima koje propisuje zakon, ako se pravodobno isplati pravična naknada za gubitak vlasništva”.

219. Međutim, to preklapanje samo je djelomično jer je zaštita od izvlaštenja koja se odobrava BIT-ovima šira od one iz prava Unije u najmanje dva pogleda.

220. Kao prvo, u skladu s člankom 51. stavkom 1. Povelje, njezin članak 17. odnosi se na države članice samo kada provode pravo Unije. Stoga je njezina primjena isključena u drugim slučajevima. Iako se Komisija na raspravi pozvala na spojene predmete SEGRO i Horváth koji su u tijeku (C-52/16 i C113/16) kao primjere predmeta u kojima se pravom Unije nudi zaštita od izvlaštenja, ta je zaštita daleko od potpune jer se nikad ne primjenjuje samostalno¹⁷⁶. Suprotno tome, zabrana nezakonitih izvlaštenja u članku 5. navedenog BIT-a samostalna je i njome se bez ograničenja obvezuje državu.

221. Kao drugo, BIT-ovima se ne pruža zaštita samo od izravnih izvlaštenja¹⁷⁷, nego i od neizravnih izvlaštenja, odnosno izvlaštenja koja se provode propisom ili takozvana „latentna” izvlaštenja („creeping expropriations”)¹⁷⁸.

222. Pojam „neizravno izvlaštenje” manje je jasan te se njime predviđaju mjere miješanja u pravo vlasništva i iskorištavanja ulaganja, bez lišavanja vlasništva. Arbitražni sudovi utvrdili su nekoliko kriterija kako bi razlikovali neizravno izvlaštenje od uobičajenog provođenja ovlasti državnog regulatora, odnosno stupanj miješanja u pravo vlasništva, cilj i okvir predmetnih državnih mjera i jesu li tim mjerama povrijeđena razumna očekivanja u pogledu ekonomske uspješnosti ulaganja¹⁷⁹.

223. Isto vrijedi za takozvana „latentna” izvlaštenja, odnosno neizravna izvlaštenja koja se odvijaju postupno te se provode nizom mjera, od kojih nijedna nije sama po sebi izvlaštenje, ali njihov kumulativan učinak jest uništenje vrijednosti ulaganja¹⁸⁰.

224. Sudska praksa Suda u pogledu članka 17. Povelje nije toliko razrađena. Stoga uopće nije sigurno da bi se njome zaštitilo ulagatelje od neizravnih izvlaštenja na način koji se može usporediti s BIT-om.

175 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 261.

176 Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika H. Saugmandsgaard Øe u spojenim predmetima SEGRO i Horváth (C-52/16 i C113/16, EU:C:2017:410, t. 121.) u kojem predlaže da se ne odgovori na prethodna pitanja koja se odnose na članka 17. Povelje jer „navedena povreda [tog članka] ne može [se] ispitati neovisno o pitanju povrede slobode kretanja”. Vidjeti u tom smislu i presudu od 21. prosinca 2016., AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, t. 65.).

177 Izravnim izvlaštenjem smatraju se mjere nacionalizacije ili lišavanja vlasništva na temelju službenog prijenosa prava vlasništva ili fizičke zapljene.

178 Vidjeti Achmea BV (prije Eureko BV) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 261. Vidjeti u tom smislu i presudu od 15. rujna 2011., Komisija/Slovačka (C-264/09, EU:C:2011:580, t. 47. do 50.) u kojoj je Sud presudio da mogućnost da Slovačka Republika raskine ugovor koji je sklopila sa švicarskim ulagateljem, koji je bio potreban da ispuni obveze koje ima na temelju Direktive 2003/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2003. o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije i stavljanju izvan snage Direktive 96/92/EZ (SL 2003., L 176, str. 37.), može biti izvlaštenje u smislu članka 6. BIT-a između Švicarske i Slovačke.

179 Vidjeti u tom smislu sažetak relevantne međunarodne sudske prakse dostupne u Yannaca-Small, K., „Indirect expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law” *OECD Working Papers on International Investment*, 2004./04, str. 10. do 20.

180 Vidjeti na primjer Técnicas Medioambientales TECMED SA protiv Sjedinjenih Meksičkih Država (predmet ICSID-a br. ARB(AF)/00/2), odluku od 29. svibnja 2003., t. 114. i Generation Ukraine Inc. protiv Ukrajine (predmet ICSID-a br. ARB/00/9), odluku od 16. rujna 2003., t. 20.22.

225. Kao treće, člankom 17. Povelje predviđa se samo pravična naknada dok se člankom 5. točkom (c) navedenog BIT-a predviđa da naknada treba odražavati *stvarnu* vrijednost ulaganja.

226. Konačno, Komisija ne navodi niti jedan primjer postupka koji se odvijao pred Sudom povodom tužbe za poništenje ili zahtjeva za prethodnu odluku u kojem se ulagatelj pozvao na svoje pravo vlasništva protiv nezakonitog izvlaštenja njegova ulaganja¹⁸¹.

227. Usto, Komisija uopće ne objašnjava zbog čega zabrana nezakonitih izvlaštenja nije u skladu s UEU-om i UFEU-om.

228. Iz prethodno navedenog proizlazi da je područje primjene navedenog BIT-a šire od područja primjene UEU-a i UFEU-a te da su jamstva zaštite ulaganja koja su njime uvedena različita od jamstava dodijeljenih pravom Unije, a da nisu neusklađena s njime. Iz tog razloga, spor između nizozemskog ulagatelja i Slovačke Republike koji je obuhvaćen BIT-om nije spor koji se odnosi na tumačenje ili primjenu UEU-a i UFEU-a.

3. Što se tiče njegova cilja, ima li BIT između Nizozemske i Čehoslovačke za učinak utjecanje na poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i prema tome na autonomiju pravosudnog sustava Unije?

229. Ako Sud presudi da spor kao što je onaj između Achmee i Slovačke Republike u glavnom predmetu nije spor koji se odnosi na tumačenje ili primjenu Ugovorâ iz članka 344. UFEU-a, valja još ispitati ima li članak 8. BIT-a između Nizozemske i Čehoslovačke za učinak utjecanje na poredak nadležnosti utvrđen Ugovorima ili na autonomiju pravosudnog sustava Unije¹⁸².

230. Podsjećam najprije na temeljna načela koja je Sud naveo u tom pogledu u točkama 65. do 70. mišljenja 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123) i u točkama 157. do 176. mišljenja 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454).

231. Nije sporno da se osnivačkim ugovorima Unije uspostavio novi pravni poredak s vlastitim institucijama u čiju su korist države članice ograničile, u sve širim područjima, svoja suverena prava i čiji su subjekti ne samo te države članice nego i njihovi državljani, uzimajući u obzir da pravo Unije obilježava činjenica da je nadređeno u odnosu na prava država članica, kao i izravan učinak niza odredaba primjenjivih na njihove državljane i njih same¹⁸³.

232. Pravni poredak i pravosudni sustav Unije počivaju na temeljnoj pretpostavci da svaka država članica dijeli sa svim drugim državama članicama i priznaje da i one s njom dijele niz zajedničkih vrijednosti na kojima se temelji Unija, što podrazumijeva i opravdava postojanje uzajamnog povjerenja među državama članicama u priznavanju tih vrijednosti i stoga u poštovanju prava Unije koje ih provodi¹⁸⁴.

181 Ciparska vlada se na raspravi pozvala na t. 62. do 76. presude od 20. rujna 2016., Ledra Advertising i dr./Komisija i ESB (C-8/15 P do C-10/15 P, EU:C:2016:701), u kojoj se Sud izjasnio samo o pitanju je li Komisija, prije potpisivanja protokola sporazumu u ime ESM-a, doprinijela povredi prava vlasništva tužitelja, zajamčenog člankom 17. stavkom 1. Povelje. Pitanje postojanja povrede tog prava od strane Republike Cipra nije riješeno jer Povelja u svakom slučaju nije primjenjiva na države članice izvan konteksta provedbe prava Unije (vidjeti točku 67. te presude).

182 Vidjeti mišljenje 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 63. do 89.); mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 183.) i mišljenje 2/15 (Sporazum o slobodnoj trgovini sa Singapurom) od 16. svibnja 2017. (EU:C:2017:376, t. 301.).

183 Vidjeti u tom smislu presude od 5. veljače 1963., van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, str. 12.); od 15. srpnja 1964., Costa (6/64, EU:C:1964:66, str. 593.); od 17. prosinca 1970., Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, t. 3.); mišljenja 1/91 (Sporazum o EGP-u – I) od 14. prosinca 1991. (EU:C:1991:490, t. 21.) i 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 65.); presudu od 26. veljače 2013., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, t. 59.), kao i mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 166.).

184 Vidjeti mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 168.).

233. Na temelju načela lojalne suradnje propisanog u članku 4. stavku 3. prvom podstavku UEU-a, države članice na svojim državnim područjima osiguravaju primjenu i poštovanje prava Unije. Usto, na temelju drugog podstavka tog stavka, države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, kako bi osigurale ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Ugovorâ ili akata institucija Unije¹⁸⁵.

234. Kako bi se zajamčilo očuvanje posebnih značajki i autonomije pravnog poretka Unije, Ugovori su uspostavili pravosudni sustav namijenjen osiguranju usklađenosti i jedinstva u tumačenju prava Unije, kojim se nacionalnim sudovima i Sudu povjerava zadaća da zajamče punu primjenu prava Unije u svim državama članicama kao i sudsku zaštitu prava pojedinaca koja proizlaze iz tog prava¹⁸⁶.

235. U tom okviru, „zaglavni kamen tako zamišljenog pravosudnog sustava uspostavljen je postupkom povodom zahtjeva za prethodnu odluku predviđenog u članku 267. UFEU-a, koji uspostavljanjem dijaloga između sudova, točnije između Suda i sudova država članica, ima za cilj osigurati jedinstveno tumačenje prava Unije [...], omogućujući tako osiguranje njegove usklađenosti, njegova punog učinka i njegove autonomije kao i u konačnici posebne naravi prava uspostavljenog Ugovorima [...]”¹⁸⁷.

236. Konačno, u ispunjavanju svoje uloge zaštitnika prava Unije, sudovi država članica osiguravaju poštovanje pravnih pravila i načela koja proizlaze iz samih temelja pravnog poretka Unije, kao što su nadređenost prava Unije, četiri temeljne slobode, građanstvo Unije, područje slobode, sigurnosti i pravde, pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora, kao i temeljna prava¹⁸⁸.

237. Prema mojem mišljenju, na temelju mogućnosti koja se člankom 8. navedenog BIT-a nudi nizozemskim i slovačkim ulagateljima da pokrenu međunarodnu arbitražu ne povrjeđuje se ni poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om ni autonomija pravosudnog sustava Unije, čak ni u slučaju u kojem je Sud presudio da arbitražni sudovi osnovani u skladu s tim člankom nisu sudovi država članica u smislu članka 267. UFEU-a.

238. Valja najprije napomenuti da se, unatoč njezinoj ograničavajućoj naravi, nijedna arbitražna odluka ne može izvršiti bez suradnje države koja, u slučaju arbitraže u pogledu ulaganja, stavlja ulagateljima na raspolaganje svoje mehanizme izvršavanja.

239. U slučaju članka 8. navedenog BIT-a, nad odlukama koje su donijeli arbitražni sudovi mora se izvršiti nadzor državnih sudova. Taj se nadzor može izvršiti u okviru tužbe za poništenje protiv arbitražne odluke pred sudom koji se nalazi u sjedištu arbitraže ili u okviru prigovora povodom zahtjeva za priznavanje i izvršenje te odluke pred sudovima države u kojoj je zatraženo priznavanje i izvršenje odluke u skladu s Konvencijom o priznavanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, potpisanom u New Yorku 10. lipnja 1958.¹⁸⁹ (U daljnjem tekstu: Konvencija iz New Yorka).

185 Vidjeti presudu od 16. srpnja 1998., *Oelmühle i Schmidt Söhne* (C-298/96, EU:C:1998:372, t. 23.), ako i mišljenja 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 68.) i 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 173.).

186 Vidjeti članak 19. stavak 1. UEU-a. Vidjeti i mišljenje 1/91 (Sporazum o EGP-u – I) od 14. prosinca 1991. (EU:C:1991:490, t. 35.); presudu od 13. ožujka 2007., *Unibet* (C-432/05, EU:C:2007:163, t. 38.) i mišljenje 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 66. i 68.), kao i mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 173.).

187 Mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 176.). Vidjeti u tom smislu i presude od 16. siječnja 1974., *Rheinmühlen-Düsseldorf* (166/73, EU:C:1974:3, t. 2. i 3.) i od 12. lipnja 2008., *Gourmet Classic* (C-458/06, EU:C:2008:338, t. 20.), kao i mišljenje 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 83.).

188 Vidjeti u tom smislu presude od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, t. 36. do 39.); od 28. ožujka 2000., *Krombach* (C-7/98, EU:C:2000:164, t. 21.); od 3. rujna 2008., *Kadi i Al Barakat International Foundation/Vijeće i Komisija* (C-402/05 P i C-415/05 P, EU:C:2008:461, t. 304.) i mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u), od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 172.). Za detaljniju analizu pojma europskog javnog poretka, upućujem na svoje mišljenje u predmetima koji se isto odnose na arbitražne odluke *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2014:2414, t. 166. do 177.) i *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177, t. 55. do 72.).

189 *Zbirka međunarodnih ugovora Ujedinjenih naroda*, sv. 330., str. 3.

240. Kao što je Sud već u više navrata presudio „ako su se u okviru konvencionalne arbitraže postavila pitanja u pogledu prava [Unije], od uobičajenih sudova može se zatražiti da ispituju ta pitanja, osobito u okviru nadzora arbitražne odluke koji može imati veći ili manji doseg, ovisno o slučaju, koja im se mogu postaviti u slučaju žalbe, prigovora, egzekvatore ili bilo kojeg drugog pravnog sredstva ili oblika nadzora predviđenog mjerodavnim nacionalnim zakonodavstvom”¹⁹⁰.

241. Na tom se utvrđenju temelji ustaljena sudska praksa prema kojoj je „na tim [...] nacionalnim sudovima da provjere trebaju li pokrenuti postupak pred Sudom u skladu s člankom [267. UFEU-a] u svrhu tumačenja ili ocjene valjanosti odredbi prava [Unije] na temelju kojih mogu u okviru sudskog nadzora primijeniti arbitražnu odluku”¹⁹¹, uzimajući u obzir da su ti sudovi u konačnici nadležni osigurati ujednačenu primjenu prava Unije i poštovanje pravnih pravila europskog javnog poretka¹⁹².

242. Sud isto tako nije smatrao korisnim izričito napomenuti u tekstu svojih presuda od 13. svibnja 2015., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) i od 7. srpnja 2016., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) u kojima je izravno presudio o meritumu pitanja koje se u oba predmeta odnosilo na to je li predmetna arbitražna odluka bila neusklađena s pravom Unije u području tržišnog natjecanja.

243. U tim predmetima, ni države članice i Komisija nisu smatrale da pitanja u pogledu prava tržišnog natjecanja koja su postavljena pred arbitrima nisu bila arbitrabilna ili da je postojala i najmanja neusklađenost između prava Unije i arbitražnih klauzula koje su privatne stranke unijele u svoje ugovore¹⁹³.

244. Usto, predmeti u kojima su donesene presude od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) i od 7. srpnja 2016., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) nastali su u okviru tužbe za poništenje arbitražne odluke iako se predmet u kojem je donesena presuda od 13. svibnja 2015., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) odnosila na prigovor povodom zahtjeva za priznavanje i izvršenje arbitražne odluke. Time se dokazuje da, bez obzira na to o kakvim se postupcima radi, sudovi države članice i Unije imaju mogućnost osiguravanja ujednačenog tumačenja prava Unije i poštovanja pravnih pravila europskog javnog poretka u području tržišnog natjecanja¹⁹⁴ ili u drugim područjima prava Unije.

245. Na temelju obilježja arbitražnih sudova osnovanih u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a, te osobito arbitražnog suda u ovom predmetu, omogućuje se uobičajenim sudovima država članica da osiguraju poštovanje tih načela, kao što to čine u okviru međunarodne trgovačke arbitraže.

246. Člankom 8. navedenog BIT-a povjerava se predsjedniku Arbitražnog Instituta SCC-a, sa sjedištem u državi članici, da imenuje arbitre ako se imenovanja ne obave u rokovima utvrđenima u članku 8. stavku 3. navedenog BIT-a. Njime se predviđa i da se arbitražna pravila UNCITRAL-a primjenjuju na arbitražne postupke koji se odvijaju u skladu s tim člankom. U skladu s člankom 16. arbitražnih pravila iz 1976., na samom je arbitražnom sudu da utvrdi sjedište arbitraže te da odabere instituciju koja će imati ulogu tajništva nakon što sasluša izlaganja stranaka¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Presuda od 23. ožujka 1982., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, t. 14.) Vidjeti u tom smislu i presude od 27. travnja 1994., *Almelo* (C-393/92, EU:C:1994:171, t. 22. i 23.) i od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, t. 32.).

¹⁹¹ Presuda od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, t. 33.) Vidjeti u tom smislu i presudu od 23. ožujka 1982., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, t. 15.).

¹⁹² Vidjeti u tom smislu točke 59. do 62. mojeg mišljenja u predmetu *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177).

¹⁹³ Vidjeti u tom smislu i presudu od 21. svibnja 2015., *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335, t. 57. do 72.) u kojoj se Sud nije složio sa stajalištem nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena koje je iznio u točki 124. svojeg mišljenja u predmetu *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443), prema kojem bi se upućivanjem na arbitražu, kao takvim, moglo utjecati na članak 101. UFEU-a.

¹⁹⁴ Vidjeti presudu od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, t. 37.).

¹⁹⁵ Vidjeti *Achmea BV* (prije *Eureko BV*) protiv Slovačke Republike (UNCITRAL) (predmet PCA-a, br. 2008-13), odluku od 26. listopada 2010. o nadležnosti, dopuštenosti i suspenziji, t. 16.

247. Svojim postupovnim rješenjem od 19. ožujka 2009. arbitražni sud utvrdio je sjedište arbitraže na državnom području države članice, odnosno u Frankfurtu na Majni. Stoga se u skladu s člankom 1059. njemačkog Zakona o građanskom postupku na tu odluku može podnijeti tužba za poništenje pred njemačkim sudovima koji stoga mogu u tom okviru osigurati ujednačeno tumačenje prava Unije i poštovanje pravnih pravila europskog javnog poretka. U okviru takve vrste tužbe pokrenut je postupak pred sudom koji je uputio zahtjev i pred Sudom.

248. Usto, priznavanje i izvršenje arbitražnih odluka koje donesu arbitražni sudovi osnovani u skladu s člankom 8. navedenog BIT-a obuhvaćeno je Konvencijom iz New Yorka kojoj su pristupile sve države članice. U skladu s tom konvencijom, državni sudovi mogu odbiti priznati i izvršiti te odluke zbog svih razloga predviđenih u članku V. te konvencije, među kojima je činjenica da arbitražni postupak nije bio u skladu s ugovorom između stranaka¹⁹⁶ i da bi bio protivan javnom poretku¹⁹⁷, uključujući europski javni poredak.

249. Stoga čak i pod pretpostavkom da je Achmea zatražila priznavanje i izvršenje arbitražne odluke u ovom predmetu u drugoj državi članici, sudovi države u kojoj se priznavanje i izvršenje zahtijeva također su dužni osigurati da odluka nije neusklađena s pravom Unije.

250. Isto vrijedi i u okviru tužbe za poništenje kao što je ona u ovom predmetu. Ujednačena primjena prava Unije može se osigurati na temelju nekoliko razloga, od kojih su najrelevantniji činjenica da je arbitražni postupak neusklađen sa ugovorom između stranaka te da je protivan javnom poretku¹⁹⁸, uključujući europski javni poredak.

251. Komisija navodi i opasnost od toga da se sjedište arbitraže može utvrditi u trećoj zemlji i/ili da se priznavanje i izvršenje arbitražne odluke koja nije usklađena s pravom Unije zatraži u trećoj zemlji, u tom slučaju sudovi Unije nisu uključeni te se stoga pred Sudom uopće ne pokreće prethodni postupak.

252. Prema mišljenju Komisije, isto vrijedi u pogledu BIT-ova unutar Unije kojima se Međunarodni centar za rješavanje investicijskih sporova (ICSID), sa sjedištem u Washingtonu, D. C., određuje kao institucija koja ima ulogu tajnika arbitraže. U takvom slučaju, arbitražna odluka je obvezujuća u odnosu na stranke te ne može biti predmet žalbe ili drugog pravnog sredstva kao što su oni predviđeni Konvencijom ICSID-a¹⁹⁹. Iz toga proizlazi da ne postoji nijedan tužbeni razlog na temelju kojeg bi se sudovima država članica omogućilo da izvršavaju nadzor nad usklađenosti arbitražne odluke ICSID-a s pravom Unije.

253. Iako smatram da bi države članice trebale izbjegavati odabir ICSID-a u svojim BIT-ovima, opasnosti koje navodi Komisija potpuno su hipotetske s obzirom na to da se predmetnim BIT-om ne utvrđuje ICSID kao institucija koja ima ulogu tajnika arbitraže, da su stranke odabrale PCA u Haagu kao instituciju koja ima tu ulogu, da je arbitražni sud utvrdio sjedište arbitraže na državnom području države članice te da ne postoji niti zahtjev za priznavanje i izvršenje arbitražne odluke u trećoj zemlji²⁰⁰, nego tužba za poništenje protiv arbitražne odluke pred sudovima države članice od kojih je jedan pokrenuo prethodni postupak pred Sudom.

196 Vidjeti članak V. stavak 1. točku (d) Konvencije iz New Yorka, što bi mogao biti slučaj kad arbitražni sud ne bi, protivno članku 8. stavku 6. navedenog BIT-a, uzeo u obzir pravo Unije.

197 Vidjeti članak V. stavak 2. točku (b) Konvencije iz New Yorka i presudu od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C126/97, EU:C:1999:269, t. 38.).

198 Vidjeti članak 1059. stavak 2. točku 1. podtočku (d) i točku 2. podtočku (b) njemačkog Zakonika o građanskom postupku.

199 Vidjeti članak 53. stavak 1. te konvencije. Ipak ističem da se time nije spriječilo institucije Unije da odaberu ICSID kao arbitražnu instituciju u članku 9.16. Sporazuma o slobodnoj trgovini između EU-a i Singapura.

200 Čak i pod tom pretpostavkom, opasnost može zaista postojati tek ako država članica koja je tuženik u arbitraži ima zaplijenjenu imovinu na državnom području treće zemlje te ako nema pravo na imunitete priznate međunarodnim pravom u stranim državama. U stvarnosti, čak i da je sjedište arbitraže utvrđeno u trećoj zemlji ili da je priznavanje i izvršenje odluke zatraženo u trećoj zemlji, ulagatelj bi morao zatražiti priznavanje i izvršenje arbitražne odluke pred sudovima države članice koja je tuženik.

254. Usto, neusklađenost u pogledu merituma arbitražne odluke s pravom Unije nije upitna jer se argumenti koje je Slovačka Republika iznijela pred sudom koji je uputio zahtjev odnose samo na usklađenost mehanizma za rješavanje sporova uvedenog člankom 8. navedenog BIT-a s UEU-om i UFEU-om.

255. S obzirom na to, djelotvornost pravosudnog sustava Unije ostala bi jednaka čak i ako država članica ne može tužbom za poništenje ili podnošenjem prigovora u pogledu zahtjeva za priznavanje i izvršenje osporavati neusklađenost arbitražne odluke s UEU-om i UFEU-om. Naime, u takvom slučaju, člancima 258. i 260. UFEU-a omogućuje se Komisiji da pokrene postupak protiv te države članice koja je prihvatila arbitražnu odluku koja nije u skladu s pravom Unije²⁰¹.

256. Iz tih razloga, smatram da se člankom 8. navedenog BIT-a ne utječe na poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i prema tome ni na autonomiju pravosudnog sustava Unije.

257. Na to utvrđenje ne utječe argumentacija nekoliko vlada i Komisije koja se temelji na opasnosti od toga da odluke arbitražnih sudova ne budu u skladu s pravom Unije kao i na načelu uzajamnog povjerenja.

258. Ta argumentacija ne vrijedi samo za međunarodnu arbitražu u pogledu ulaganja, nego i za međunarodnu trgovačku arbitražu jer se i u okviru te potonje arbitraže mogu donijeti odluke koje nisu u skladu s pravom Unije te se mogu temeljiti na navodnom nepostojanju povjerenja u pogledu sudova država članica. Unatoč tim opasnostima, Sud nikad nije osporavao njezinu valjanost jer arbitraža u pogledu pitanja prava Unije u području tržišnog natjecanja između pojedinaca nije nepoznata²⁰².

259. Stoga, ako međunarodna arbitraža između pojedinaca ne utječe na poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i prema tome ni na autonomiju pravosudnog sustava Unije, čak i ako je država stranka u arbitražnom postupku²⁰³, smatram da isto treba vrijediti za međunarodnu arbitražu između ulagatelja i država, tim više jer neizbježna prisutnost države znači i veću transparentnost²⁰⁴ te da postoji mogućnost da je se obveže da poštuje obveze koje proizlaze iz prava Unije u okviru postupka zbog povrede obveze na temelju članaka 258. i 259. UFEU-a.

260. Ako se prihvati rasuđivanje Komisije, svakom arbitražom može se utjecati na poredak nadležnosti utvrđen UEU-om i UFEU-om i prema tome na autonomiju pravosudnog sustava Unije.

261. Nadalje, ne vidim čime se arbitražnim postupkom u glavnom predmetu ugrožava načelo uzajamnog povjerenja uzimajući u obzir to da se arbitraža provodila samo zato što su dotične države članice na nju pristale te zato što je Achmea slobodno izrazila svoj odabir da iskoristi mogućnost koju su joj te države članice ponudile.

262. Naime, načelo uzajamnog povjerenja „nalaže, osobito u pogledu područja slobode, sigurnosti i pravde, da smatra, osim u iznimnim okolnostima, da sve ostale države članice poštuju pravo Unije i konkretno temeljna prava priznata tim pravom”²⁰⁵.

201 Vidjeti *Electrabel SA protiv Mađarske* (predmet ICSID-a br. ARB/07/19), odluku o nadležnosti, mjerodavnom pravu i odgovornosti od 30. studenoga 2012., t. 4.160. do 4.162.

202 Vidjeti, u tom smislu, presude od 1. lipnja 1999., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269); od 7. srpnja 2016., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) i presudu švicarskog Saveznog suda od 8. ožujka 2006. 4P.278/2005 koja se odnosi na tužbu za poništenje arbitražne odluke donesene u Švicarskoj u postupku između dva talijanska društva povodom povrede prava tržišnog natjecanja Unije.

203 Vidjeti arbitražni postupak između *Gazproma* i litavskog ministarstva energetike na koji se odnosio predmet u kojem je donesena presuda od 13. svibnja 2015., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 Većina je odluka javna iako to nije slučaj s međunarodnom trgovačkom arbitražom. Stoga je još teže provjeriti je li došlo do povrede prava Unije.

205 Mišljenje 2/13 (Pristupanje Unije EKLJP-u) od 18. prosinca 2014. (EU:C:2014:2454, t. 191.) i navedena sudska praksa

263. Ne smatram da postoji povezanost između tog načela i članka 8. navedenog BIT-a. Kao što je na raspravi istaknula nizozemska vlada, međunarodna arbitraža kao oblik ISDS-a nikako ne znači da Kraljevina Nizozemska i Slovačka Republika imaju dvojbe u pogledu toga poštuje li druga stranka pravo Unije i temeljna prava koja su joj njime priznata.

264. Kao sa svim mehanizmima ISDS iz BIT-ova, člankom 8. navedenog BIT-a osniva se sud pred kojim ulagatelji mogu tužiti državu kako bi ostvarili prava koja su im u međunarodnom javnom pravu dodijeljena BIT-om jer tu mogućnost ne bi imali bez tog članka²⁰⁶.

265. Usto, nije sigurno da se pojedinac može pozvati na odredbe međunarodnog ugovora pred državnim sudovima jer oni po službenoj dužnosti isključuju tu mogućnost smatrajući da se Ugovorima ne stvaraju prava i obveze između država ili propisuju više ili manje strogi uvjeti pozivanja, ovisno o slučaju, kojima se pojedincima ne jamči da se mogu pozvati na odredbe Ugovora²⁰⁷.

266. Slijedom toga, bez iskazivanja nepovjerenja prema pravosudnom sustavu druge države članice, pokretanje međunarodne arbitraže jedini je razlog zbog kojeg treba BIT-u dati puni i korisni učinak stvaranjem posebnog suda pred kojim se ulagatelji mogu pozvati na prava koja im se dodjeljuju BIT-ovima.

267. Slijedom toga, smatram da se člankom 8. BIT-a ne ugrožava načelo uzajamnog povjerenja.

268. Konačno, nisam uopće uvjeren da je argumentacija Komisije prema kojoj je nepostojanje BIT-ova između država članica koje su osnovale Uniju ili koje su joj pristupile prije 2004. dokaz da se ti ugovori temelje na nepostojanju uzajamnog povjerenja.

269. Kao prvo, nije točno da države članice osnivačice i države članice koje su Uniji pristupile prije 2004. nisu povezane ugovorima koji su slični BIT-ovima, uz UEU i UFEU²⁰⁸.

270. Kao drugo, BIT-ovi su puno manje korisni između država koje izvoze kapital. Stoga, primjer toga su najnovije statistike na temelju kojih se utvrđuje da Francuska nije bila ni među prvih deset zemalja koje su primale novčane tokove iz Njemačke ni među prvih deset zemalja koje su ulagale novčane tokove u Njemačku, iako je Poljska na desetom mjestu u pogledu novčanih tokova koji dolaze iz Njemačke²⁰⁹.

271. Stoga se pitam može li se nepostojanje BIT-ova između starijih država članica bolje objasniti činjenicom da je većina država članica te kategorije veći izvoznik kapitala od država u koje se ulaže te im u tom smislu u stvarnosti nije potrebno da međusobno sklope BIT.

272. Iz tih razloga smatram da je mehanizam rješavanja sporova uveden člankom 8. navedenog BIT-a u skladu s člankom 344. UFEU-a, kao i poretkom nadležnosti koji je utvrđen UEU-om i UFEU-om te autonomijom pravosudnog sustava Unije.

206 Vidjeti u tom smislu rješenje Bundesverfassungsgerichta (Savezni ustavni sud, Njemačka) od 8. svibnja 2007., drugo vijeće, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, t. 54.

207 Vidjeti točku 206. ovog mišljenja.

208 Vidjeti primjere koje sam naveo u točkama 42. i 43. ovog mišljenja.

209 Vidjeti napomenu od 1. ožujka 2017. francuskog veleposlanstva u Njemačkoj o izravnim inozemnim ulaganjima u Njemačku u 2014. i 2015. sastavljenu na temelju statističkih podataka koje su prikupili UNCTAD i Deutsche Bundesbank (Njemačka savezna banka) dostupnu na internetskoj stranici <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. Vidjeti, među ostalim, tablicu 5.

VI. Zaključak

273. Stoga predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

Članke 18., 267. i 344. UFEU-a treba tumačiti na način da se njima ne sprječava primjena mehanizma rješavanja sporova između ulagatelja i države uvedenog bilateralnim ugovorom o ulaganju koji je sklopljen prije pristupanja države ugovarateljice Europskoj uniji te kojim se predviđa da ulagatelj države ugovarateljice može, u slučaju spora koji se odnosi na ulaganja u drugu državu ugovarateljicu, pokrenuti postupak protiv te potonje države pred arbitražnim sudom.