

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Tomáš Munzar

**Návrh Evropské komise ve věci reformy mechanismu řešení
investičních sporů: komparativní analýza**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.

Katedra mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 13. 3. 2016

Poděkování:

Děkuji doc. JUDr. Vladimíru Balašovi, CSc. za rady, které mi poskytl při psaní této práce, a mé rodině a přítelkyni za podporu, které se mi od nich dostalo během mého studia.

Prohlášení:

Prohlašuji, že předloženou diplomovou práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Tomáš Munzar

Obsah

Úvod.....	1
1. Návrh Evropské komise – důvody pro reformu stávajícího mechanismu.....	4
1.1. Legitimita investiční arbitráže.....	4
1.2. Veřejné konzultace vyhlášené Evropskou komisí.....	8
1.2.1. Regulační pravomoci státu	9
1.2.2. Vytváření a fungování rozhodčích tribunálů.....	11
1.2.3. Vztah vnitrostátních soudních systémů a ISDS	13
1.2.4. Odvolací mechanismus	14
2. Popis fungování návrhu Evropské komise a jeho analýza v kontextu dohody TTIP.....	18
2.1. Průběh rozhodčího řízení podle návrhu	18
2.2. Kritéria pro výběr soudců k ICS	26
2.3. Problematika transparentního řízení.....	27
2.4. Ochrana práva na regulaci ve veřejném zájmu	29
2.5. Předběžné poznámky k návrhu	30
3. Komparativní analýza jiných mechanismů řešení sporů v mezinárodním právu – WTO, dohoda TPP.....	37
3.1. Systém řešení sporů v rámci Světové obchodní organizace.....	37
3.1.1. Popis fungování mechanismu řešení sporů v rámci WTO	38
3.1.2. Srovnání ISDS se systémem WTO	43
3.1.3. Dílčí závěry	48
3.2. Systém řešení sporů podle dohody TPP	53
3.2.1. Odvolací mechanismus a jeho alternativy.....	55
3.2.2. Etická pravidla uplatňovaná vůči rozhodcům	60
3.2.3. Dílčí závěry	64
Závěr	68
Seznam použité literatury.....	I
Abstrakt.....	XIV
Abstract	XV
Klíčová slova / Keywords	XVI

Úvod

Dne 8. července 2013 začalo ve Washingtonu první kolo neveřejných jednání o uzavření Dohody o transatlantickém obchodním a investičním partnerství (dále "TTIP") mezi Evropskou unií a Spojenými státy americkými. Pokud by došlo k uzavření této dohody, byl by vytvořen největší světový prostor volného obchodu s potenciálem zvětšit obchodní výměnu mezi EU a USA o více než sto miliard dolarů ročně.¹ Později uveřejněná směrnice pro vyjednávání již od samého začátku počítala s tím, že se Evropská unie bude pokoušet prosadit do textu dohody TTIP určitou podobu mechanismu pro řešení sporů z investic.² V březnu 2014 část rozjednaného textu unikla na veřejnost, přičemž z uniklého textu bylo zřejmé, že Evropská komise směřuje k tomu, aby TTIP obsahoval víceméně tradiční model řešení sporů prostřednictvím investiční arbitráže mezi investorem a státem (tzv. ISDS, investor-state dispute settlement).³

Proti začlenění ISDS do TTIP se zvedla poměrně silná vlna kritiky ze strany think-tanků, neziskových organizací či různých politických stran. Mezi výraznější veřejné akce patřil například otevřený dopis více než sta nevládních organizací, který vyzýval k vyloučení ISDS z textu dohody.⁴ V odpovědi na tuto kritiku vyhlásila Komise čtyřměsíční veřejnou konzultaci, ve které umožnila občanům EU vyjádřit jejich názor na podobu mechanismu řešení sporů v TTIP. Za čtyři měsíce Komise obdržela téměř 150.000 odpovědí, které v drtivé většině případů ISDS odmítaly nebo k němu byly velmi kritické. Takto vysoký zájem o konzultace se neočekával a množství zaslaných odpovědí více než stokrát převýšilo jakoukoli předchozí veřejnou konzultaci v oblasti obchodní politiky.⁵

¹ WEAVER, M. A. The Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications. *Emory International Law Review*. 2014, č. 1, s. 226. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2548830>

² Directives for the Negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America. 2013, dostupný z WWW <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>>

³ Trade in Services, Investments and E-commerce - pracovní verze textu dohody TTIP. 2013, dostupný z WWW <<http://keionline.org/sites/default/files/eu-kommission-position-in-den.pdf>>

⁴ Open Letter of Civil Society against Investor Privileges in TTIP. 27. 12. 2013. Dostupný z WWW <<http://www.bilaterals.org/?open-letter-of-civil-society&lang=en>>

⁵ OLIVER, CH. Public Backlash Threatens EU Trade Deal. *Financial Times*, 13. 1. 2015. Dostupný z WWW <<http://www.ft.com/cms/s/0/8c17a17e-9b33-11e4-882d-00144feabdc0.html#axzz3zhgfJuPS>>

Komise se vlivem této kritiky dostala do nepříjemné situace, ve které se na jedné straně má snažit naslouchat hlasům veřejnosti a na straně druhé musí na základě negociačního mandátu od členských států a s ohledem na postoj USA v nějaké podobě usilovat o začlenění ISDS do finální podoby dohody.⁶ V odpovědi na kritiku se tedy Komise rozhodla změnit svůj přístup k ideální podobě mechanismu ISDS v TTIP a po osmi měsících práce schválila dne 16. září 2015 konečnou podobu svého reformního návrhu tohoto mechanismu. Cecilia Malmström, komisařka pro obchod, v této souvislosti uvedla následující: *"Dnes plníme náš slib navrhnout nový, modernizovaný systém investičních soudů, podřízený demokratickým principům a veřejnému dohledu. Z proběhnuvší debaty jednoznačně vyšlo, že stará a tradiční forma řešení sporů trpí závažným nedostatkem důvěry. Evropští investoři jsou zároveň nejčastějšími uživateli tohoto modelu, který jednotlivé země EU postupem času vyvinuly. Tato skutečnost znamená, že Evropa musí převzít odpovědnost za reformu a modernizaci tohoto modelu. Musíme se stát světovým vůdcem na cestě reformy. Chceme založit nový systém, vystavěný na prvcích, díky kterým občané věří národním a mezinárodním soudům."*⁷

Tato práce si klade za cíl analýzu uvedeného návrhu Evropské komise. Ve svém úvodu se práce zabývá současnou situací okolo sjednávání textu dohody TTIP, resp. její investiční kapitoly, veřejnými konzultacemi a související debatou o legitimitě ISDS. Porozumění této debatě je klíčové pro to, aby bylo možné pochopit reformní aktivitu Komise a vyhodnotit, zda se návrhy Komise ubírají (alespoň z pohledu kritiků dosavadního systému) správným směrem.

Dále je v práci podrobně popsán a komentován samotný reformní návrh Evropské komise a širší kontext institutů, které návrh upravuje nebo kterými se inspiruje. Tato analýza je dále prohloubena srovnáním se systémem řešení sporů v rámci Světové obchodní organizace a také s textem dohody TPP, kterou mezi sebou podepsaly některé pacifické státy (mezi nimi jsou Spojené státy americké, Kanada či Japonsko). Návrh dohody TPP se mnohem více než TTIP drží tradičního fungování investiční

⁶ Tamtéž.

⁷ Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations, tisková zpráva. Brusel, 16. září 2015. Dostupný z WWW <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm>

arbitráže, což mimo jiného ukazuje, že hlavním aktérem na poli reformy stávajícího systému je skutečně Evropská unie.

V žádném případě se neočekává, že by návrh předložený Komisí byl ze strany USA bez výhrad přijat a že by tedy investiční arbitráž na základě dohody TTIP mohla probíhat tak, jak je popsáno ve druhé kapitole této práce. Cílem práce je zejména zkoumat, zda se reformní úsilí Komise v textu návrhu dohody TTIP materializovalo do kvalitní a životaschopné alternativy k tradiční koncepci ISDS, zda mezi nimi existují výrazné či spíše drobnější rozdíly a zda by v některých aspektech mohla Komise zvolit lepší řešení.

1. Návrh Evropské komise – důvody pro reformu stávajícího mechanismu

V této části se práce věnuje důvodům, pro které Komise reformní návrh vypracovala. Nejdříve je pro uvedení do problematiky v obecných rysech popsána veřejná debata o legitimitě investiční arbitráže, která zasadí do kontextu kritiku, jež byla adresována připravované investiční kapitole k dohodě TTIP. Dále je pozornost věnována proběhnuvším veřejným konzultacím a oblastem, které na jejich základě Komise identifikovala jako klíčové otázky, na kterých je třeba dále pracovat. Jak se ukáže v další kapitole této práce, tvoří odpovědi na tyto otázky základy Komisí navrhované reformy mechanismu řešení sporů mezi investory a státy.

1.1. Legitimita investiční arbitráže

Investiční arbitráž je v posledních letech poměrně výrazně kritizována pro svou údajnou nevyváženost, netransparentnost či jiné fundamentální nedostatky, které ji v očích jejích kritiků činí nelegitimní.⁸

Na první pohled se může zdát překvapivé, že k tomuto nárůstu kritických hlasů dochází až v této době, tedy více než padesát let po podpisu první dohody o ochraně a podpoře investic mezi Německem a Pákistánem v roce 1959. Jedním z důvodů této "opožděné" kritiky je nepochybně skutečnost, že investiční arbitráž zažívá oproti svým počátkům v poslední době velice výrazný rozvoj. Zatímco v roce 1996 registroval ICSID za celou dobu své existence pouhých 38 rozhodčích řízení mezi investorem a státem, k 30. červenci 2014 jich bylo již 473.⁹ Za rok 2013 ICSID zaregistroval celkem 40 investičních sporů, tedy více než za prvních 25 let své existence.¹⁰

⁸ FRANCK, S. D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*. 2005, č. 73, s. 1582-1583. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812964>

⁹ The ICSID Caseload – Statistics. International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2014, č. 2, s. 7. Dostupný z WWW <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(English).pdf)>

¹⁰ PUIG, S. Social Capital in the Arbitration Market. *The European Journal of International Law*. 2014, č. 2, s. 396. Dostupný z WWW <<http://www.ejil.org/pdfs/25/2/2495.pdf>>

Historicky to zřejmě byla právě devadesátá léta minulého století, kdy zatím došlo k doposud nejméně výrazným změnám v oblasti ISDS. V roce 1990 došlo k malé revoluci, když tribunál ve sporu *Asian Agricultural Products Ltd. v. Srí Lanka* poprvé shledal, že jeho jurisdikce k projednání předloženého investičního sporu je založena již samotnou dohodou o podpoře a ochraně investic, která implicitně obsahuje svolení hostitelského státu k zahájení arbitráže.¹¹ Toto rozhodnutí znamenalo značný posun vpřed a umožnilo v dalších letech velmi výrazný nárůst počtu investičních arbitráží, ve kterých už jurisdikce tribunálu nemusela být založena výhradně investiční smlouvou. V roce 2013 bylo podle statistik ICSIDu celých 74 % investičních sporů zahájeno právě tímto způsobem.¹²

V roce 1993 byla také podepsána dohoda NAFTA a v roce 1994 Dohoda k Energetické chartě,¹³ které obě zřídily rozsáhlé multilaterální mechanismy ochrany investic mezi státy se stovkami milionů obyvatel. Dále pak začalo docházet k výraznému růstu počtu bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic – zatímco začátkem devadesátých let jich existovalo kolem pěti set,¹⁴ v roce 2005 jich bylo zhruba pětkrát tolik.¹⁵ V současné době se uvádí, že těchto dohod je více než tři tisíce.¹⁶

Tento růst celkového počtu zahájených investičních arbitráží s sebou přinesl také větší počet řízení týkajících se citlivých otázek jako je například ochrana životního prostředí. V Severní Americe tak již v devadesátých letech vzbudila pozornost první rozhodčí řízení zahájená na základě jedenácté kapitoly dohody NAFTA týkající se životního prostředí – *Ethyl v. Kanada*, *Metalclad v. Mexiko* či *S. D. Myers v. Kanada*.¹⁷ Za extrémní lze pokládat případ *Methanex v. Spojené státy americké*, ve kterém

¹¹ PAUWELYN, J. At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law As A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed. 24. 1. 2014, s. 40. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271869>

¹² Tamtéž, s. 40.

¹³ PAULSSON, J. Arbitration without Privity. *ICSID Review*. 1995, č. 2, s. 2. Dostupný z WWW <http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_with_out_privity.pdf>

¹⁴ IGNACIO SUAREZ ANZORENA, C. a PERRY, W. K. The Rise of Bilateral Investment Treaties: Protecting Foreign Investments and Arbitration. *In-House Defense Quarterly*. 2010, s. 59. Dostupný z WWW <<http://www.chadbourne.com/sites/default/files/publications/idq-2010-03-suarezanzorenaperry.pdf>>

¹⁵ Bilateral Investment Treaties: Trends in Investment Rulemaking. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2014, s. 1. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>

¹⁶ Recent Trends in IIAS and ISDS. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2015, s. 1. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>

¹⁷ BEHN, D. Legitimacy, Evolution and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art. *Georgetown Journal of International Law*. Washington, 2014, č. 46, s. 366. Dostupný z WWW <<https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00215000363-2.PDF>>

kanadský investor (neúspěšně) požadoval odškodné ve výši téměř miliardy dolarů za to, že Spojené státy začaly regulovat užívání vysoce nebezpečné chemické látky používané v továrně investora.¹⁸

Stejně jako počet arbitráží roste také průměrná výše odškodnění, které v případě úspěchu žalobce musí žalované státy vyplácet. Dopady tohoto trendu kdysi krátce po sobě pocítily také Česká republika a Slovensko, když musely v letech 2003 a 2004 po prohrách v případech *CME v. Česká republika* a *ČSOB v. Slovensko* vyplatit žalobcům přibližně 7,9 miliardy Kč (nepočítaje úroky), resp. 24,7 miliardy Sk. Vydání nálezů, které ukládaly žalovaným státům povinnost k náhradě takto vysoké škody, bezpochyby přispělo k tomu, že se investiční arbitráž stala předmětem zájmu médií, nevládních organizací i řadových občanů, i když tato pozornost často skončila u samotné částky přiznané jako náhrada škody bez podrobnějšího zájmu o to, zda a jak stát skutečně pochybil. Protože žalovanými státy jsou podle statistik většinou rozvojové země, může takto velká povinnost k náhradě škody výrazně ovlivnit rozpočet žalovaného státu – tuto hrozbu potvrdila ve své zprávě týkající ISDS také OECD.¹⁹ Pomyslným vyvrcholení tohoto procesu pak bylo vydání rozhodčích nálezů ve třech paralelních arbitrážích týkajících se postupu Ruské federace vůči společnosti Yukos, ve kterých byla Rusku uložena povinnost vyplatit žalobcům celkem 50 miliard dolarů.²⁰ Podle výzkumu organizace IISD byla ke dni 1. září 2013, ke kterému bylo veřejných 83 rozhodčích nálezů ve prospěch investorů, průměrná výše přiznaného odškodnění 81.446.380 USD, medián pak byl 10.694.005 USD.²¹ Vzhledem k tomu, že se v investičních arbitrážích často jedná o vysoké částky, je pochopitelné, že jim začala být ze strany médií i jiných skupin a osob věnována větší pozornost.

V neposlední řadě se investiční arbitráž dostala do popředí také vlivem sporů vedených proti Argentině v návaznosti na její postup během závažné hospodářské krize,

¹⁸ *Methanex v. United States of America* (UNCITRAL Arbitration), Final Award, 3. 8. 2005, odst. 1.

¹⁹ Investor-State Dispute Settlement: Public Consultation: 16 May – 9 July 2012. Organization for Economic Co-operation and Development. Paříž, 2012, s. 5. Dostupný z WWW <<http://www.oecd.org/daf/inv/international-investmentagreements/50291642.pdf>>

²⁰ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation* (PCA Case No. AA 226), Final Award, 18. 7. 2014, odst. 1888; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation* (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18. 7. 2014, odst. 1888; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation* (PCA Case No. AA 228), Final Award, 18. 7. 2014, odst. 1888.

²¹ ROSERT, D. The Stakes Are High: A Review of the Financial Costs of Investment Treaty Arbitration. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, 2014, s. 3. Dostupný z WWW <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>>

do které se země dostala v letech 2000-2001. V souvislosti s touto krizí bylo zahájeno více než 40 investičních arbitráží.²² Na základě kritiky, která byla v souvislosti s tímto vývojem vůči investiční arbitráži směřována, shrnuli J. Alvarez a G. Topalian argumenty kritiků investiční arbitráže do následujících šesti bodů:

- a) režim arbitráže investor-stát produkuje nekonzistentní rozhodčí nálezy, které podkopávají dosažení jeho cílů v oblasti stability a předvídatelnosti;
- b) rozhodčí nálezy příliš výrazně narušují státní svrchovanost, protože jsou dostatečně nerespektují vnitrostátní právo a právo států na regulaci ve veřejném zájmu (např. za účelem ochrany základních lidských práv, pracovních práv či životního prostředí);
- c) rozhodčí nálezy nerespektují právo států na přijetí nutných nouzových opatření v reakci na zásadní hrozby;
- d) v rozhodčích nálezech se projevuje upřednostňování žalujících investorů, jelikož dohody o podpoře a ochraně investic jsou na úkor veškerých dalších legitimních cílů státu vnímány jen jako nástroje vytvořené výhradně za účelem ochrany investorů;
- e) pro svou soukromoprávní povahu rozhodčí nálezy "privatizují" spory, které se týkají suverénních států a výkonu jejich veřejnoprávních funkcí a na kterých existuje veřejný zájem; a
- f) investiční právo představuje druh globálního správního či ústavního práva, který nerespektuje zásady rule of law (včetně transparentnosti a účasti veřejnosti), jež jsou však pro podobné režimy nutné pro zachování jejich legitimacy.²³

Je pravdou, že např. ICSID původně sloužil zejména pro řešení sporů z investičních smluv – v prvních 25 letech jeho existence měly všechny spory s výjimkou tří svůj základ v investiční smlouvě.²⁴ Při vzniku Úmluvy ICSID se také arbitráži sporů z investičních smluv věnovala většina myšlenek tvůrců textu a otázky dopadu použití modelu komerční arbitráže v případech porušení mezinárodních dohod

²² PETERSON, L. E. Argentine Crisis Arbitration Awards Pile Up, But Investors Still Wait for a Payout. 25. 6. 2009. Dostupný z WWW <<http://www.bilaterals.org/?argentine-crisis-arbitration&lang=en>>

²³ ALVAREZ, J. E. a TOPALIAN, G. The Paradoxical Argentina Cases. *World Arbitration and Mediation Review*. 2013, č. 3, s. 491-492. Dostupný z WWW <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_074917.pdf>

²⁴ PUIG, S. op. cit. sub 10. s. 396.

o podpoře a ochraně investic stály poněkud stranou.²⁵ Arbitráž je sice pro svou rychlost a diskrétnost vhodná pro řešení sporů ze smluv, je však zřejmé, že některé vlastnosti charakteristické pro arbitráž nemusí být vhodné v případě rozhodování o otázkách s výrazným veřejným dopadem – problematickými se ukázaly být zejména nízká transparentnost a možnost nekonzistentních rozhodnutí tribunálů, které jsou vytvářeny ad hoc a jejich rozhodnutí nepodléhají přezkumu (resp. mohou být přezkoumávána jen omezeně).²⁶

Výrazným kritickým příspěvkem do probíhající debaty bylo také tzv. Veřejné prohlášení o mezinárodním investičním režimu z 31. srpna 2010, ve kterém více než 70 akademiků vyzvalo k revizi dohod o podpoře a ochraně investic za účelem nápravy jejich údajných nedostatků a ochrany práva států na regulaci ve veřejném zájmu.²⁷

Kromě kritiků pochopitelně existují i zastánci investiční arbitráže. Ti zdůrazňují jak domnělé hospodářské přínosy uzavírání dohod o podpoře a ochraně investic, tak jejich přínos pro kultivaci právního prostředí hostitelských států.²⁸ Protože samotné téma legitimacy investiční arbitráže není nosným tématem této práce, nebude zde argumentům zastánců arbitráže věnován větší prostor.

1.2. Veřejné konzultace vyhlášené Evropskou komisí

Jak bylo uvedeno výše, reagovala Komise na výraznou kritiku investiční kapitoly k dohodě TTIP pozastavením jednání a vypsáním veřejných konzultací. Konzultace probíhaly v období od 27. března do 13. července 2014 prostřednictvím online dotazníku, ve kterém Komise umožnila respondentům vyjádřit se ke dvanácti konkrétním otázkám týkajícím se např. rozsahu hmotněprávních standardů ochrany, transparentnosti řízení či zavedení odvolacího mechanismu. Vzhledem k nečekaně

²⁵ CLODFELTER, M. The Future Direction of Investment Agreements in the European Union. *Santa Clara Journal of International Law*, 2014, č. 1, s. 172. Dostupný z WWW <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=scujil>>

²⁶ Tamtéž, s. 173.

²⁷ Public Statement on the International Investment Regime. 31. 8. 2010. Dostupný z WWW <<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010>>

²⁸ NEWCOMBE, A. A Brief Comment on the "Public Statement on the International Investment Regime". 3. 9. 2010. Dostupný z WWW <<http://kluwerarbitrationblog.com/2010/09/03/public-statement-on-the-international-investment-regime>>

rozsáhlému zájmu, který konzultace vyvolaly, trvalo vyhodnocení všech odpovědí téměř půl roku. Překvapivě velký rozsah odpovědí dokumentuje také původní předpoklad Komise, která očekávala, že jednání o investiční kapitole v dohodě TTIP bude možné znovu otevřít v květnu či červnu 2014.²⁹ 13. ledna 2015 pak Komise publikovala stočtyřicetistránkový dokument, který výsledky veřejné konzultace shrnul.

Za oblasti, na kterých by bylo zejména potřeba pracovat, označila Komise na základě konzultací ochranu regulatorní pravomoci státu, vytváření a fungování rozhodčích tribunálů, vztah vnitrostátních soudních systémů a ISDS a zavedení odvolacího mechanismu.³⁰ Vzhledem k úzké souvislosti těchto témat s následně vypracovaným návrhem reformy mechanismu řešení sporů se jim tato práce bude ve stručnosti věnovat.

1.2.1. Regulatorní pravomoci státu

Diskuse o problematice ochrany regulatorní pravomoci státu je založena na premise, že existence dohod o podpoře a ochraně investic určitým způsobem omezuje právo státu na regulaci ve veřejném zájmu. Tato premisa má zřejmě základ v množství případů, ve kterých byly státy žalovány právě na základě takových regulatorních opatření.

V oblasti regulatorní pravomoci státu je například spatřován problém v tzv. *regulatory chill* efektu - jedná se o situaci, ve které stát plánuje v dobré víře vydat zákon či podzákonný předpis, pod hrozbou arbitráže je však přinucen od tohoto záměru buď upustit nebo jej výrazně zmírnit.³¹ Příkladem takového efektu může být plán kanadské provincie New Brunswick z roku 2004 na zavedení veřejného automobilového pojištění – od tohoto plánu bylo upuštěno na základě hrozby zahájení

²⁹ EU Says It Will Hit 'Pause' On TTIP Investment Talks Pending Public Debate. Sierra Club Canada Foundation. Dostupný z WWW <<http://www.sierraclub.ca/en/main-page/eu-says-it-will-hit-pause-ttip-investment-talks-pending-public-debate>>

³⁰ Report: Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement. Brusel, 13. 1. 2015, s. 4. Dostupný z WWW <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf>

³¹ TIENHAARA, K. Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science. 28. 10. 2010. s. 5-6. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065706>

investiční arbitráže ze strany soukromých poskytovatelů pojištění.³² Jiným podobným případem je postup indonéské vlády, která v roce 1999 zakázala povrchové dolování ve chráněných lesích. V reakci na tento zákaz oznámila skupina zahraničních investorů, že zahájí proti Indonésii investiční arbitráž. Indonéská vláda nejdříve ze zákazu některé investory preventivně vyjmula, nakonec však od zákazu úplně upustila, přičemž hrozba arbitráže byla velmi pravděpodobně důvodem pro tento postup.³³

Evropské veřejnosti je pak velmi blízký případ švédské státem vlastněné společnosti Vattenfall, která vedla celkem dvě arbitráže proti Německu. První z nich se týkala rozestavěné uhelné elektrárny v blízkosti Hamburku, která byla podle Vattenfallu v rámci udělených povolení zatížena příliš restriktivními podmínkami provozu, jež omezovaly její ziskovost. Arbitráž byla v roce 2010 ukončena dohodou, v rámci které Německo souhlasilo se zmírněním těchto podmínek.³⁴ Zajímavostí je skutečnost, že v roce 2015 zahájila v této věci Evropská komise proti Německu řízení o porušení povinnosti, a to právě kvůli nedostatečným podmínkám provozu této elektrárny.³⁵ Druhá arbitráž zahájená společností Vattenfall se týká rozhodnutí německé vlády o ukončení výroby elektřiny v jaderných elektrárnách, které bylo učiněno v roce 2011 v reakci na havárii reaktoru v japonské Fukušimě. Vattenfall byl tímto opatřením dotčen jako vlastník dvou starších reaktorů, jejichž činnost byla podle rozhodnutí německé vlády zastavena okamžitě. Rozhodčí řízení stále probíhá a Vattenfall se údajně domáhá odškodnění přesahujícího čtyři miliardy eur.³⁶

V konzultacích se citlivost tohoto tématu projevila tím, že významná část respondentů označila cíle Komise v této oblasti za nedostatečné, přičemž jim vadila zejména nízká závaznost ustanovení o ochraně práva na regulaci, které se v připomínkovaném textu nacházelo v preambuli (připomínky byly zasílány

³² SHRYBMAN, S. a SINCLAIR, S. Public Auto Insurance and Trade Treaties. *Canadian Centre for Policy Alternatives Briefing Paper*. Ottawa, 2004, č. 1, s. 2. Dostupný z WWW <<http://goldblattpartners.com/wp-content/uploads/00128082.pdf>>

³³ SUDA, R. The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization. In: De SCHUTTER, O. (ed.) *Transnational Corporations and Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2006. s 100.

³⁴ VAN HARTEN, G. Vattenfall v. Germany (Energy Charter Treaty). 2011. Dostupný z WWW <http://iiapp.org/media/uploads/vattenfall_v_germany.rev2.pdf>

³⁵ Environment: Commission Refers Germany to Court over Coal Power Plant in Moorburg, tisková zpráva. Brusel, 26. března 2015. Dostupný z WWW <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4669_en.htm>

³⁶ BERNASCONI, N. a BRAUCH, M. D. The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German Public in the Dark. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, 2014, s. 2. Dostupný z WWW <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>>

k navrhovanému znění dohody CETA).³⁷ Velká část odpovědí zaslaných podnikatelskými sdruženími uváděla, že právo státu na regulaci není dohodami dotčeno, protože stát má pouze povinnost na základě jejich porušení nahradit vzniklou škodu. Objevily se také obavy o zneužití ustanovení o ochraně práva na regulaci a někteří respondenti uvedli, že tato ustanovení by mohla podkopat cíle, které má ochrana zahraničních investic sledovat.³⁸

1.2.2. Vytváření a fungování rozhodčích tribunálů

Do bodu týkajícího se vytváření a fungování rozhodčích tribunálů Komise zřejmě soustředila zejména námitky respondentů ohledně transparentnosti investiční arbitráže a problematiky kvalifikace a nezávislosti rozhodců.

Transparentnost řízení se dá označit za tradiční otázku, ve které je investiční arbitráž kritizována – historicky se proti tomuto jejímu aspektu ozývají hlasy již od osmdesátých let minulého století.³⁹ Investiční arbitráž je založena na modelu fungování obchodní arbitráže, jejímž prominentním rysem je z povahy věci právě důvěrnost řízení.⁴⁰ Velká část arbitráží probíhá u ad hoc tribunálů na základě pravidel UNCITRAL, která byla původně vytvořena pro obchodní arbitráže. Tato pravidla přitom umožňují zveřejnění rozhodčího nálezu jen tehdy, pokud s ním souhlasí obě strany řízení.⁴¹ Slyšení před tribunálem jsou neveřejná, pokud se strany řízení nedohodnou jinak.⁴²

V reakci na kritiku netransparentního charakteru investiční arbitráže začal již v 80. letech minulého století ICSID zveřejňovat úryvky z nálezů, které odhalovaly

³⁷ Public Consultation Report, op. cit. sub 30. s. 74.

³⁸ Tamtéž, s. 75-76.

³⁹ HAFNER, E. M., STEINERT-THRELKELD, Z. C. a VICTOR, D. G. Transparency of Investor---State Arbitration. 13. 9. 2013. s. 4. Dostupný z WWW <<http://www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/Transparency-in-Arbitration-2.pdf>>

⁴⁰ FRANCK, S. D. op. cit. sub 8. s. 1544.

⁴¹ Verze pravidel z roku 1976 v článku 32.5 stanoví, že nálezy lze zveřejnit jen se svolením obou stran sporu. Pravidla z roku 2010 pak v článku 34.5 stanoví totéž s výjimkou situací, kdy existuje zákonná povinnost poskytnutí nálezu třetí straně nebo je toto poskytnutí pro ochranu či uplatňování práva v řízení před soudem či jiným příslušným orgánem.

⁴² UNCITRAL Arbitration Rules. United Nations Commission on International Trade Law. New York, 1976, čl. 25/4. Dostupný z WWW <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>; UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010. United Nations Commission on International Trade Law. New York, 2010, čl. 28/3. Dostupný z WWW <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>

základní právní závěry tribunálu o meritech sporu.⁴³ Dalším krokem ICSIDu směrem k větší transparentnosti bylo zpřístupnění jeho archivů akademikům – toto rozhodnutí mimo jiného umožnilo vydání Schreuerova Komentáře k Úmluvě ICSID v roce 2001, který se pro rozhodce stal důležitým referenčním bodem. V nedávné době pak začalo docházet k výraznějšímu zlepšení v této oblasti.⁴⁴ Na bilaterální bázi některé státy, jako například Kanada či Spojené státy americké, vložily do svých vzorových dohod o podpoře a ochraně investic ustanovení o transparentnosti řízení.⁴⁵ ICSID na svých webových stránkách zveřejňuje procesní informace k řízení, která administruje, rozhodčí nálezy ani podání stran však nezveřejňuje.⁴⁶

Potenciálně mnohem rozsáhlejší dopad může mít iniciativa na půdě UNCITRAL, která vedla k tomu, že k 1. dubnu 2014 vstoupila v platnost Pravidla transparentnosti UNCITRAL. Tento dokument, který se stal součástí obecných pravidel UNCITRAL, obsahuje úpravu zveřejňování podání stran, rozhodnutí rozhodčích tribunálů či možnosti třetích stran adresovat rozhodčímu tribunálu své vyjádření k probíhajícímu sporu (*amicus curiae brief*).

Dne 17. března 2015 pak byla k podpisu otevřena Úmluva o transparentnosti v rozhodčích řízeních mezi investorem a státem vedených na základě dohod o ochraně investic (tzv. Mauricijská úmluva). Úmluva má za cíl usnadnit aplikaci Pravidel transparentnosti i na rozhodčí řízení zahájená na základě těch dohod o podpoře a ochraně investic, které byly uzavřeny před 1. dubnem 2014 – Pravidla se uplatní tehdy, pokud stát k této úmluvě přistoupí a bude žalován investorem z jiného signatářského státu.

V konzultacích zahájených Komisí se sice většina respondentů shodla na potřebnosti transparentního fungování rozhodčích řízení, menší shoda ovšem panovala na jejím optimálním rozsahu.⁴⁷ Někteří respondenti se tak obávají příliš velké diskrece tribunálů v otázce udělování výjimek z režimu transparentnosti, jiní naopak

⁴³ HAFNER, E. M., STEINERT-THRELKELD, Z. C. a VICTOR, D. G. op. cit. sub 39. s. 4.

⁴⁴ Tamtéž, s. 17-18.

⁴⁵ Americká vzorová dohoda o podpoře a ochraně investic. 2004, čl. 29. Dostupný z WWW <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>; Kanadská vzorová dohoda o podpoře a ochraně investic, 2004, čl. 38. Dostupný z WWW <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>

⁴⁶ MAUPIN, J. A. Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky. In: BIANCHI, A. a PETERS, A. (eds.) *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. s. 9-10. Dostupný z WWW <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3126>

⁴⁷ Public Consultation Report, op. cit. sub 30. s. 80-83.

upozornují na to, že navrhovaný rozsah uveřejňování je větší než u národních soudů (kde se nezveřejňují podání) a že povinnost zveřejňovat dokumenty povede ke zvýšení nákladů řízení.⁴⁸

Pokud jde o kvalifikaci a nezávislost rozhodců, objevila se kritika týkající se samotného nastavení systému investiční arbitráže – rozhodci mají motivaci rozhodovat co nejvíce pro-investorsky, aby podpořili rozvoj investiční arbitráže a zajistili si co nejvíce práce.⁴⁹ Dále je kritizováno to, že rozhodcem může být jmenován každý bez ohledu na své znalosti. V konzultacích byly všechny tyto obavy vyjádřeny. Respondenti mimo jiného vyjádřili přání, aby rozhodci měli zkušenosti s více oblastmi práva (např. právo životního prostředí).⁵⁰ K návrhu na vytvoření seznamu rozhodců, ze kterého by byl v případě neshody vybírán předseda tribunálu, dostala Komise rozporuplné odpovědi – někteří respondenti kritizovali, že ze seznamu je vybírán jen jeden rozhodce,⁵¹ jiní naopak uvedli, že se jedná o návrh výhodný pro státy, protože investoři se na tvorbě tohoto seznamu nepodílí, a že seznamy zabraňují jmenování rozhodců se speciálními znalostmi potřebnými pro řešení konkrétního sporu.⁵²

1.2.3. Vztah vnitrostátních soudních systémů a ISDS

K tomuto bodu v konzultacích velká většina respondentů uvedla, že spory mezi investory a státem by měly být řešeny výhradně obecnými vnitrostátními soudy.⁵³ Zprv je podle nich v případě dohody mezi EU a USA zajištěna dostatečná úroveň soudní ochrany, takže již není potřeba do dohody TTIP vkládat žádný mechanismus pro řešení sporů mezi investory a státem.⁵⁴

Zadruhé jsou vnitrostátní soudy respondenty považovány za legitimnější, protože rozhodují na základě zákonů přijatých demokraticky zvolenými parlamenty a jsou

⁴⁸ Tamtéž, s. 82-84.

⁴⁹ PARK, W. W. Arbitrator Integrity. In: WAIBEL, M., KAUSHAL, A., CHUNG, K. L. a BALCHIN, C. (eds.) *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. s. 213.

⁵⁰ Public Consultation Report, op. cit. sub 30. s. 103.

⁵¹ Tamtéž, s. 106.

⁵² Tamtéž, s. 21.

⁵³ Tamtéž, s. 90.

⁵⁴ Tamtéž, s. 91.

podřízeny ústavám států – rozhodčí tribunály jsou naopak vnímány jako neoprávněná výhoda zahraničních investorů, kteří se skrze ně mohou těmto legitimním soudům vyhnout.⁵⁵

Zatřetí někteří respondenti uvedli, že pokud jsou vnitrostátní soudy považovány za nedostačující, měla by se dohoda TTIP místo vytváření paralelního mechanismu pro řešení sporů zaměřit na reformy, které by fungování vnitrostátních soudů zlepšily.⁵⁶

Začtvrté někteří respondenti navrhují, aby dohoda TTIP obsahovala pouze mechanismus řešení sporů stát-stát, který se osvědčil např. ve Světové obchodní organizaci.⁵⁷

Respondenti, kteří myšlenku ISDS neodmítli, pak často uvedli, že vnitrostátní soudy by měly být preferovanou cestou řešení sporů a že by tedy dohoda TTIP měla tuto cestu více prosazovat, například skrze požadavek na vyčerpání opravných prostředků dostupných ve vnitrostátním soudnictví (*exhaustion of local remedies*).⁵⁸ Některé mezinárodní organizace také navrhly, aby byl k řešení sporů z důvodu své nezávislosti příslušný Mezinárodní soudní dvůr.⁵⁹

Z hlediska vzniku ISDS je výše uvedená kritika poněkud paradoxní, neboť ISDS vznikl právě proto, aby byly spory týkající se investic depolitizovány (ve srovnání s metodami diplomatické ochrany) a předloženy k řešení tribunálům, které měly spíše než národní soudy být schopny garantovat neutralitu.⁶⁰

1.2.4. Odvolací mechanismus

Otázka odvolacího mechanismu v investiční arbitráži není v akademické rovině v žádném případě novým tématem. Výraznější diskuse o něm se rozběhly po roce 2002, kdy se jej Spojené státy americké rozhodly prosazovat do svých dohod o podpoře

⁵⁵ Tamtéž, s. 91.

⁵⁶ Tamtéž, s. 91.

⁵⁷ Tamtéž, s. 91.

⁵⁸ Tamtéž, s. 91-92.

⁵⁹ Tamtéž, s. 92.

⁶⁰ ROGERS, C. A. The Politics of International Investment Arbitrators. *Santa Clara Journal of International Law*. 2014, č. 1, s. 226. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2347843>

a ochraně investic za účelem dosažení větší konzistentnosti výkladu jejich ustanovení.⁶¹ Tento přístup USA byl vyjádřen ve vzorové dohodě z roku 2004, která ovšem odvolací mechanismus přímo nezakládala. Stanovila jen, že strany dohody do tří let od vstupu dohody v platnost zvažují vytvoření odvolacího mechanismu a také že v případě vzniku takového mechanismu v rámci jiné mezinárodní dohody se pokusí o přistoupení k takovému mechanismu.⁶² Následně diskuse o této agendě začal prosazovat také ICSID, a to jako potenciálně nejvýznamnější bod případné reformy svého fungování.⁶³

Literatura uvádí čtyři hlavní důvody pro tuto podporu odvolacího mechanismu. Zaprvé se přirozeně počítá s tím, že by odvolání byla využívána jako nástroj pro korekci špatných rozhodnutí tribunálů. Zadruhé odvolací mechanismus umožňuje alespoň v rozsahu dohod, na které se vztahuje, předcházet nebezpečí rozdílné interpretace těchto dohod, které se zvětšuje úměrně rostoucímu počtu probíhajících arbitrází. Třetím důvodem je úspěch odvolacího mechanismu fungujícího v rámci Světové obchodní organizace. Začtvrté jsou odvolací mechanismy zaváděny některými dohodami o volném obchodu (např. dohodou CAFTA) a také bilaterálními dohodami o ochraně investic, což s ohledem na hrozící forum shopping vytváří tlak na jejich vložení i do dalších dohod.⁶⁴

V obecné rovině je volání po odvolacím mechanismu úzce spojeno s diskusí o legitimitě investiční arbitráže – pokud jsou tribunály vydávána nekonzistentní rozhodnutí, režim není vnímán jako důvěryhodný. I podle klasické právní filosofie platí, že aplikace práva má být konzistentní a předvídatelná a že ti, kteří rozhodují, mají tyto cíle sledovat.⁶⁵ S. Franck definovala ve svém článku tři druhy případů, ve kterých se objevila nekonzistentní rozhodnutí, a v každém z těchto okruhů se věnovala popisu příslušných investičních sporů.⁶⁶ Pro účely této práce postačí zmínit spory *CME*

⁶¹ QURESHI, A. H. An Appellate System in International Investment Arbitration? In: MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. a SCHREUER, CH. (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. s. 1155-1156.

⁶² Americká vzorová dohoda o podpoře a ochraně investic. op. cit. sub 45. čl. 28.10, příloha D.

⁶³ Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper. International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. 10. 2004, odst. 6. Dostupný z WWW <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>

⁶⁴ QURESHI, A. H. op. cit. sub 61. s. 1157.

⁶⁵ KAUFMANN-KOHLER, G. Is Consistency a Myth? In: GAILLARD, E. a BANIFATEMI, Y. (eds.) *Precedent in International Arbitration*. New York: Juris Publishing, 2008. s. 144. Dostupný z WWW <<http://www.arbitration-icca.org/media/4/92392722703895/media01231914136072000950062.pdf>>

⁶⁶ FRANCK, S. D. op. cit. sub 8. s. 1558.

v. *Česká republika a Lauder v. Česká republika*, ve kterých tribunály rozhodovaly o stejném skutkovém stavu a na základě velmi podobných dohod o podpoře a ochraně investic. Přesto tribunály došly k opačným závěrům, když jeden z nich žalobu zamítl a druhý deset dní poté konstatoval porušení dohody a uložil povinnost k náhradě škody ve výši 7,9 miliardy korun, nepočítaje úroky. Česká republika podala návrh na zrušení rozhodčího nálezu u švédských soudů, ty ale z důvodu omezeného přezkumu tento náleznemohly zrušit. Právě skutečnost, že byly vydány dva protichůdné nálezy, z nichž jeden logicky musel být chybný (byly sice aplikovány různé dohody o podpoře a ochraně investic, standardy ochrany v nich obsažené ale byly prakticky totožné), a že tato situace nemohla být nijak napravena, vyvolává pochyby o legitimitě systému investiční arbitráže.⁶⁷

Ohledně ideální podoby odvolacího mechanismu panují rozdílné představy. Je v zásadě možné takový mechanismus implementovat buď do každé jednotlivé dohody o ochraně a podpoře investic, vytvořit centralizovaný odvolací orgán u nové či stávající (ICSID, Mezinárodní soudní dvůr) instituce či integrovat dosavadní systém ochrany zahraničních investic do systému Světové obchodní organizace.⁶⁸

Idea odvolacího mechanismu je v rozporu s konceptem konečnosti rozhodčího nálezu – jedná se o všeobecně rozšířený koncept, který na základě specifických vlastností rozhodčího řízení považuje rozhodčí nález za konečný a umožňuje napadnout jej jen omezenými prostředky, které se většinou týkají platnosti či rozsahu rozhodčí doložky, popřípadě způsobu vedení řízení před rozhodčím tribunálem. Konečnost rozhodčího nálezu vychází ze skutečnosti, že arbitráž je založena na konsenzu stran, které se rozhodly svěřit spor vybraným rozhodcům na základě dohodnutých pravidel – tato volba s sebou nevyhnutelně nese přijetí určitého rizika.⁶⁹ Je však třeba podotknout, že tento koncept vznikl ve vazbě na komerční arbitráž – spolu s jednoduchostí, rychlostí, nižší nákladností a neveřejností tvoří její hlavní přednosti.⁷⁰ Koncept

⁶⁷ Tamtéž, s. 1567-68.

⁶⁸ QURESHI, A. H. op. cit. sub 61. s. 1160-1167.

⁶⁹ LALIVE, P. Absolute Finality of Arbitral Awards? *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. 2008, č. 6, s. 5-6. Dostupný z WWW <http://www.arbitration-icca.org/media/4/00233523493034/media/012641359550680lalive_absolute_finality.pdf>

⁷⁰ PEREZCANO, H. Enhancing The Dispute Settlement System Or Much Ado About Nothing. In LAIRD, I. A., SABAHI, B., SOURGENS, F. G. a WEILER, T. D. (eds.) *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 6*. New York: Juris Publishing, 2013. s. 4. Dostupný z WWW

konečnosti rozhodčího nálezu však nutně nezohledňuje veškerá specifika investiční arbitráže – vzhledem k existenci silného veřejného zájmu na spravedlivém výsledku investiční arbitráže se trvání na opuštění tohoto konceptu ve prospěch možnosti odvolání zdá důvodné.⁷¹ Je však pochopitelně třeba navrhnout takový systém, který skutečně bude zárukou spravedlivějších rozhodnutí.

K otázce možného začlenění odvolacího mechanismu do dohody TTIP dostala Komise poměrně nejednoznačná vyjádření. Zastánci odvolacího mechanismu jsou přesvědčeni o tom, že posílí právní jistotu prostřednictvím větší konzistentnosti rozhodčích nálezů, jeho odpůrci se naopak domnívají, že by prodlužil řízení a zvýšil jeho již tak dost vysoké náklady.⁷² Jiní respondenti však předpokládají přínos k větší konzistentnosti rozhodčích nálezů zpochybnili.⁷³ Někteří respondenti vyjádřili přesvědčení o tom, že s množstvím dohod o podpoře a ochraně investic roste fragmentace ISDS a tedy i potenciální rozdílnosti v jejich interpretacích – tento problém by podle nich mohl řešit všeobecný odvolací mechanismus, který by se aplikoval na všechny investiční dohody.⁷⁴ Takový všeobecný mechanismus by podle některých mohl mít formu mezinárodního soudu.⁷⁵

<https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Enhancing_Dispute_Settlement_of_Much_Ado_about_Nothing_FINAL.pdf>

⁷¹ Tamtéž, s. 7.

⁷² Public Consultation Report, op. cit. sub 30. s. 24.

⁷³ Tamtéž, s. 128.

⁷⁴ Tamtéž, s. 24-25.

⁷⁵ Tamtéž, s. 127.

2. Popis fungování návrhu Evropské komise a jeho analýza v kontextu dohody TTIP

V této části práce je blíže popsán reformní návrh Evropské komise, resp. jeho druhá (hmotněprávní) a zejména třetí (procesní) část. Kromě samotného popisu fungování navrhovaného mechanismu řešení sporů se práce také u některých otázek za účelem jejich lepší srozumitelnosti zabývá také jejich širším kontextem.

Evropská komise ve svém návrhu počítá s tím, že pravomoc řešit investiční spory na základě dohody TTIP by byla svěřena do pravomoci nově vzniklého systému soudů pro investice (*Investment Court System - ICS*). Jednalo by se o stálou instituci soudního typu, která by se skládala z Tribunálu prvního stupně a Odvolacího tribunálu. Návrh obsahuje komplexní úpravu fungování této instituce – je v něm upraveno jmenování soudců, požadavky na jejich kvalifikaci a vlastnosti či průběh rozhodčího řízení v první i druhé instanci.

Výraznou roli ve fungování ICS má mít návrhem předvídaný výbor. Návrh ovšem nijak nspecifikuje jeho složení, lze jen předpokládat, že v něm budou paritně zastoupeny EU a USA (u zástupců EU je nicméně otázkou, zda se bude jednat o zástupce členských států či Komise – tato otázka bude pravděpodobně ještě předmětem rozsáhlých diskusí). Podobný výbor má vzniknout i v rámci dohody CETA, ani v ní však jeho složení není jasně popsáno. Výbor má přitom mít některé velmi výrazné pravomoci – kromě toho, že sestavuje seznam soudců ICS, může např. vydávat stanoviska k výkladu jednotlivých ustanovení návrhu, pokud nastanou závažné problémy s jejich výkladem, přičemž tato stanoviska budou pro soudce ICS závazná.⁷⁶

2.1. Průběh rozhodčího řízení podle návrhu

Ve věci způsobu řešení sporů návrh klasicky na první místo staví jednání o smírném řešení.⁷⁷ V pojetí návrhu se jedná o neformální jednání, která není třeba

⁷⁶ Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce: Chapter II – Investment, návrh Evropské komise. 3. část, čl. 13.5. Dostupný z WWW <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf>

⁷⁷ Tamtéž, čl. 2.1.

zahajovat žádným kvalifikovaným podnětem. Po vzoru některých vzorových dohod o podpoře a ochraně investic návrh také výslovně počítá s možností uchýlit se k mediaci, a to v jakékoli fázi sporu.⁷⁸ Mediátor je vybírán ze seznamu, který po vstupu dohody TTIP v platnost sestaví výbor. Na seznamu má podle návrhu být zapsáno šest osob vysokých morálních kvalit, uznávaných v oblastech práva, obchodu, průmyslu či finančnictví, u kterých lze očekávat nezávislé rozhodování. Mediátor je vybrán buď oběma stranami sporu na základě jejich dohody, nebo předsedou Tribunálu na společnou žádost obou stran. Po dobu trvání mediace se staví významné procesní lhůty jako např. lhůta pro zahájení řízení či vydání rozhodčího nálezu.⁷⁹

V případě neúspěchu jednání o smírném řešení sporu je na investorovi, aby zahájil tzv. konzultace (v případě žádosti o konzultace se jedná o období tradiční notifikace sporu). Žádost o konzultace obsahuje základní údaje vztahující se k investorovi, jeho investici, popis skutkového stavu a právní kvalifikaci tvrzeného porušení dohody či vyčíslení způsobené škody. Návrh také v tomto článku upravuje procesní překážky uplatnění nároku s účinkem promlčení – žádost o konzultace musí být podána do tří let od okamžiku, kdy se investor dozvěděl nebo se měl dozvědět o údajném porušení dohody, popřípadě do dvou let ode dne, kdy investor vyčerpal možnosti ochrany poskytované vnitrostátním právem nebo od jejich využívání upustil (v tomto případě však nikoli později než deset let od okamžiku, kdy se investor dozvěděl nebo se měl dozvědět o údajném porušení dohody). Dále platí, že pokud není do osmnácti měsíců od zahájení konzultací přikročeno k zahájení rozhodčího řízení, má se za to, že investor vzal svou žádost o konzultace zpět a rozhodčí řízení již nemůže být zahájeno.⁸⁰

Pokud jde o investora ze Spojených států amerických, musí tento investor ještě před zahájením rozhodčího řízení požádat Komisi o to, aby určila, zda bude v řízení žalovaným EU nebo členský stát. Komise tuto skutečnost sdělí žalobci do 60 dnů.⁸¹ Vzhledem k tomu, že k určení žalovaného dochází až v tomto bodu, není zcela zřejmé,

⁷⁸ JOUBIN-BRET, A. Investor-State Mediation (ISM): A Comparison of Recent Treaties and Rules. In: ROVINE, A. W. (ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2014*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2015. s. 154. Dostupný z WWW <<https://books.google.cz/books?id=krG8CgAAQBAJ&pg>>

⁷⁹ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 3.

⁸⁰ Tamtéž, čl. 4.

⁸¹ Tamtéž, čl. 5.

kdo má s investorem jednat v předchozích fázích sporu. V některých případech bude pravděpodobně jednoduché určit, zda se jedná o pochybení EU či členského státu, v méně jasných situacích by však bylo vhodné, aby se jednání zúčastnili zástupci EU i příslušného členského státu. V tomto kontextu však není zcela uspokojivá představa, že není na rovinu postaveno kdo je oprávněn rozhodnout o smírném řešení sporu. Zařazení určení osoby žalovaného až do této fáze sporu proto autor této práce nepokládá za koncepční.

K zahájení rozhodčího řízení před Tribunálem je investor oprávněn tehdy, pokud od okamžiku zahájení konzultací uplynulo více než šest měsíců a, pokud se jedná o investora ze Spojených států amerických, pokud uplynuly více než tři měsíce od okamžiku podání žádosti o určení žalovaného. Řízení před Tribunálem se může řídit jakoukoli soustavou pravidel, na které se strany sporu dohodnou, při absenci dohody si žalobce může zvolit mezi pravidly UNCITRAL, Úmluvou ICSID či pravidly ICSID Additional Facility,⁸² vybraná pravidla se však pochopitelně uplatní pouze subsidiárně k úpravě řízení v samotném návrhu. S ohledem na to, že je v návrhu vytvářena stálá soudní instituce se autor této práce domnívá, že pro její snazší fungování by bylo vhodnější zvolit jednu sadu pravidel, která by se aplikovala ve všech rozhodčích řízeních.

Žaloby v prvním stupni projednává Tribunál. V okamžiku vstupu dohody TTIP v platnost do něj výbor jmenuje celkem patnáct soudců – pět z USA, pět z členských států EU a pět ze třetích zemí. Výbor může kdykoli rozhodnout o zvýšení či snížení tohoto počtu soudců o násobky tří, musí však dodržet stejný poměr mezi výše uvedenými třemi skupinami soudců.⁸³

Koncept seznamu rozhodců není nový, používá ho již např. Úmluva ICSID či dohoda NAFTA. U ICSIDu se počítá s existencí panelu rozhodců, na který může každý stát jmenovat až čtyři rozhodce, a to bez ohledu na jejich státní příslušnost.⁸⁴ Jmenování musí být osoby vysokých morálních kvalit, uznávané v oblasti práva, obchodu, průmyslu nebo finančnictví, u kterých lze očekávat nezávislé rozhodování

⁸² Tamtéž, čl. 6.

⁸³ Tamtéž, čl. 9.1 až 9.3.

⁸⁴ Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (otevřena k podpisu 18. 3. 1965, vstoupila v platnost 14. 10. 1966) (Úmluva ICSID), čl. 13.1. Dostupný z WWW <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>

(jedná se o stejné požadavky, jaké návrh Komise klade na mediátora). Úmluva stanoví, že za zvláště důležitou má být pokládána odbornost v oblasti práva.⁸⁵ Rozhodci jsou k panelu jmenováni na šest let, maximální počet jmenování na osobu není stanoven.⁸⁶ Funkce panelu u ICSID je poměrně omezená – strany nejsou při výběru rozhodce panelem nijak vázány a mohou si vybrat kohokoli.⁸⁷ Panel je tak obligatorně využit pouze tehdy, kdy tribunál není ustaven ani 90 dnů po odeslání oznámení o registraci sporu (tuto lhůtu mohou strany dohodou upravit) – v takovém případě jmenuje chybějící rozhodce předseda správní rady ICSIDu (kterým je vždy prezident Světové banky), a to právě z řad rozhodců jmenovaných k panelu.⁸⁸ Toto jmenování v praxi bývá činěno na doporučení generálního tajemníka ICSIDu.⁸⁹ Většinou na tento způsob jmenování dojde v situaci, kdy se strany sporu neshodnou na osobě předsedy tribunálu, může se však stát i to, že jedna ze stran nejmenuje "svého" rozhodce.

V dohodě NAFTA je pak stanoveno, že po jejím vstupu v platnost vytvoří strany dohody seznam čtyřiceti pěti rozhodců, ze kterých bude generální tajemník NAFTA vybírat předsedu tribunálu. Pokud nebude tribunál ustaven do 90 dnů od předložení sporu k arbitráži, jmenuje generální tajemník chybějící rozhodce – předsedu tribunálu ze seznamu, ostatní rozhodce podle svého uvážení.⁹⁰ Pro budoucí fungování mechanismu navrhovaného Komisí není příliš dobrou zprávou to, že tento předvídaný seznam rozhodců dodnes nebyl stranami dohody NAFTA sestaven (dohoda v takovém případě umožňuje využít panel ICSIDu). Z této skutečnosti je zřejmé, že najít shodu v otázce osob rozhodců může být značně problematické. I proto bude muset Komise této problematice věnovat zvýšenou pozornost a zřejmě je tento problém také jedním z důvodů pro to, že Komise zatím nedefinovala podobu výboru, který bude o osobách soudců rozhodovat.

Pokud jde o požadavky na kvalifikaci soudců, budou muset buď splňovat požadavky na výkon funkce soudce v jejich domovské zemi nebo být uznávanými právníky. U každého ze soudců bude nutné, aby v minulosti prokázal znalosti

⁸⁵ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 14.1.

⁸⁶ Tamtéž, čl. 15.1.

⁸⁷ Tamtéž, čl. 40.1.

⁸⁸ Tamtéž, čl. 38.

⁸⁹ PUIG, S. op. cit. sub 10. s. 398.

⁹⁰ Severoamerická dohoda o volném obchodu (podepsána 17. 12. 1992, vstoupila v platnost 1. 1. 1994) (Dohoda NAFTA), čl. 1124. Dostupný z WWW <http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029_0.pdf>

mezinárodního práva veřejného. Dále návrh stanoví, že je vhodné, aby soudci měli znalosti mezinárodního investičního práva, mezinárodního obchodního práva a řešení sporů na základě mezinárodních investičních nebo obchodních dohod.⁹¹

Soudci budou jmenováni na období šesti let s možností jednoho opětovného jmenování, výjimkou bude sedm z prvních patnácti soudců, jejichž funkční období bude devítileté (těchto sedm soudců se určí losem). Pokud bude některý soudce muset být nahrazen před uplynutím svého funkčního období, bude jeho náhradník jako soudce působit pouze po zbytek funkčního období jeho předchůdce.⁹²

Návrh také upravuje finanční ohodnocení soudců. Inspirací byl systém odměňování panelistů ve WTO. V základní podobě návrh počítá s tím, že by soudcům byla měsíčně vyplácena paušální odměna (tzv. *retainer fee*; jejím účelem je zajistit, aby si příslušný soudce neváhal vyhradit na agendu ICS dostatek času) a u soudců Odvolacího tribunálu také mzda za každý den, který stráví výkonem soudcovské funkce. Výši těchto částek by určoval svým rozhodnutím výbor, přičemž Komise v návrhu uvádí, že by u soudců Tribunálu chtěla prosadit *retainer fee* okolo jedné třetiny paušálu vypláceného členům Odvolacího orgánu WTO (ti dostávají 7.000 CHF měsíčně a 600 CHF na den výkonu funkce). Soudci jmenovaní k Odvolacímu tribunálu by pak měli být placeni stejně jako členové Odvolacího orgánu WTO.⁹³ V přepočtu na české koruny by tedy podle představ Komise soudci Odvolacího tribunálu měsíčně pobírali přibližně 172.000 Kč, výše denního poplatku by byla zhruba 15.000 Kč. Soudci tribunálu by pobírali pouze měsíční paušál ve výši přibližně 57.000 Kč. Návrh také umožňuje, aby výbor svým rozhodnutím přeměnil výše popsany systém odměn na stálý plat – v případě takového rozhodnutí by soudci pracovali na plný úvazek a jinou výdělečnou činnost by mohli vykonávat jen se svolením předsedy (Odvolacího) Tribunálu.⁹⁴

V čele Tribunálu stojí předseda a místopředseda – v těchto funkcích na bázi losu provedeného předsedou výboru působí soudci třetích států, funkční období je

⁹¹ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 9.4.

⁹² Tamtéž, čl. 9.5.

⁹³ Tamtéž, čl. 9.12, 10.12.

⁹⁴ Tamtéž, čl. 9.15, 10.14.

dvouleté.⁹⁵ Tito činitelé mají významnou roli při vytváření senátů, které jednotlivé spory rozhodují.

Každý spor bude projednán senátem sestávajícím ze tří soudců - jednoho z USA, jednoho z EU a jednoho ze třetího státu, předsedou senátu bude vždy soudce ze třetího státu. Složení senátu určuje předseda Tribunálu ve lhůtě 90 dnů od podání žaloby k Tribunálu. Předseda postupuje při jmenování senátu tak, aby byl jeho výběr namátkový a nepředvídatelný a aby byli stejně vytěžováni všichni soudci Tribunálu. Na základě dohody stran sporu může být spor rozhodován i jedním soudcem, kterého vybere rovněž předseda Tribunálu. Návrh stanoví, že žalovaný žádost žalobce o jmenování jediného rozhodce s porozuměním posoudí v případě, kdy je žalobcem malý nebo střední podnik nebo pokud je uplatňovaný nárok relativně nízký.⁹⁶ Toto ustanovení má zřejmě za cíl snížit náklady řízení v uvedených případech a tím mimo jiného také přispět k větší přístupnosti investiční arbitráže i pro nároky menších podnikatelských subjektů. Je pochopitelně otázkou, zda na takový způsob řešení sporu státy přistoupí.

V první instanci musí být vydán rozhodčí nález do osmnácti měsíců od okamžiku zahájení řízení.⁹⁷ Protože návrh neřeší situaci, ve které před ukončením rozhodčího řízení vyprší funkční období jednoho ze členů senátu, je pravděpodobné, že předseda Tribunálu bude vybírat soudce tak, aby jejich funkční období neskončilo během probíhajícího řízení. Je možné, že tato skutečnost bude mít v určitých situacích za následek relativní předvídatelnost toho, jakým soudcům bude příslušný spor přidělen.

Určení lhůt pro vydání rozhodčího nálezu je zajímavým prvkem, návrh v této souvislosti dále stanoví, že rozhodčí senát může v případě nemožnosti dodržení lhůty vydat rozhodnutí, kterým prodlení odůvodní.⁹⁸ Při aktivním přístupu soudců je pravděpodobné, že většina sporů bude ve lhůtě stanovené návrhem řádně projednána. Je ovšem otázkou, zda bude při osmnáctiměsíční lhůtě možné spory bifurkovat a věnovat se před meritorním přezkumem jurisdikci tribunálu, neboť bifurkace řízení

⁹⁵ Tamtéž, čl. 9.8.

⁹⁶ Tamtéž, čl. 9.9.

⁹⁷ Tamtéž, čl. 28.5.

⁹⁸ Tamtéž, čl. 28.5.

prodlužuje (pokud tribunál rozhodne, že má jurisdikci k projednání sporu). V tomto smyslu by bylo možné usuzovat, že tlak na rychlejší rozhodnutí tribunálu by mohl bifurkaci vylučovat a tím pádem u některých sporů poněkud paradoxně vést k větším nákladům než kdyby lhůta stanovena nebyla.

Proti nálezu vydanému senátem Tribunálu může každá ze stran sporu podat ve lhůtě 90 dnů od jeho vydání odvolání. Návrh rozeznává tři odvolací důvody. První dva představují pochybení Tribunálu při výkladu či aplikaci aplikovatelného práva či zjevné pochybení Tribunálu při hodnocení skutkového stavu nebo práva hostitelského státu. Třetí důvod odkazuje na článek 52 Úmluvy ICSID a v něm obsažené důvody pro žádost o zrušení (*annulment*) rozhodčího nálezu, které jsou blíže popsány v kapitole 3.2.1. této práce.⁹⁹ Je zvláštní, že návrh sice odkazuje na Úmluvu ICSID ve věci důvodů pro zrušení nálezu, nepřebírá ale již speciální tříletou lhůtu, kterou článek 52 Úmluvy stanoví pro žádost o zrušení nálezu v případě namítané korupce člena tribunálu. Není jasné, zda se jedná o úmysl, každopádně je důsledkem této skutečnosti uvedený odvolací důvod značně oslaben, neboť korupce většinou vyjde najevo až po delší době. Z hlediska pojetí odvolacích důvodů Komise prakticky doslovně převzala znění navržené ICSIDem v roce 2004, pouze u právních pochybení došlo k rozvolnění standardu přezkumu tak, že není nutné, aby pochybení bylo jasné.¹⁰⁰

O odvolání proti nálezu vydanému Tribunálem rozhodují senáty Odvolacího tribunálu. Návrh pro jeho členy na rozdíl od Tribunálu nepoužívá termín "soudci" a nazývá je "členy" (dále bude pro jednoduchost v případě souhrnného označení soudců Tribunálu i členů Odvolacího tribunálu používán termín "soudci"). Po vstupu dohody TTIP v platnost bude rozhodnutím výboru jmenováno celkem šest členů Odvolacího tribunálu, a to na základě návrhů EU a USA – každá strana navrhne za členy dvě osoby s její státní příslušností a jednoho zástupce s příslušností třetího státu.¹⁰¹

⁹⁹ Tamtéž, čl. 29.1.

¹⁰⁰ Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper. op. cit. sub 63. s. 4.

¹⁰¹ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 10.3.

Členové Odvolacího tribunálu budou jmenováni na období šesti let s možností jednoho opětovného jmenování, výjimkou budou tři z prvních šesti jmenovaných členů, jejichž funkční období bude devítileté (tito členové se určí losem).¹⁰²

Podobně jako u Tribunálu může výbor rozhodnout o navýšení (ovšem ne snížení) počtu členů Odvolacího tribunálu o násobky tří, musí však dodržet stejný poměr mezi třemi skupinami členů.¹⁰³

Odvolací tribunál má svého předsedu a místopředsedu, jejich pravomoci a způsob jmenování jsou podobné jako u předsedy a místopředsedy Tribunálu.¹⁰⁴

O podaných odvoláních rozhodují tříčlenné senáty složené podle stejného klíče jako senáty Tribunálu.¹⁰⁵ Rozdílem oproti prvoinstančnímu řízení je to, že návrh nestanoví předsedovi Odvolacího tribunálu žádnou lhůtu pro jmenování členů odvolacího senátu.

Členové Odvolacího tribunálu budou muset splňovat stejné požadavky, jaké jsou stanoveny pro jmenování k nejvyšším soudům jejich země, nebo být uznávanými právníky. U každého ze členů bude nutné, aby v minulosti prokázal znalosti mezinárodního práva veřejného. Dále návrh stanoví, že je vhodné, aby členové měli znalosti mezinárodního investičního práva, mezinárodního obchodního práva a řešení sporů na základě mezinárodních investičních nebo obchodních dohod.¹⁰⁶

Podobně jako pro řízení v první instanci stanoví návrh i pro odvolací řízení lhůtu pro rozhodnutí, která činí 180 dnů od podání odvolání. Pokud se odvolací senát domnívá, že v této lhůtě nestihne vydat rozhodnutí, musí oběma stranám sdělit důvody a uvést, kdy očekává vydání rozhodnutí. Rozhodnutí musí v každém případě být vydáno do 270 dnů od podání odvolání.¹⁰⁷

Návrh také předjímá budoucí možnou multilateralizaci ICS – článek 12 třetí části návrhu stanoví, že pokud vstoupí v platnost vícestranná dohoda, jejímiž stranami budou EU a USA, která bude upravovat řešení investičních sporů, relevantní části návrhu

¹⁰² Tamtéž, čl. 10.5.

¹⁰³ Tamtéž, čl. 10.4.

¹⁰⁴ Tamtéž, čl. 10.6.

¹⁰⁵ Tamtéž, čl. 10.9.

¹⁰⁶ Tamtéž, čl. 10.7.

¹⁰⁷ Tamtéž, čl. 29.3.

přestanou být aplikovatelné. Výbor bude v takovém případě mít pravomoc rozhodnout o přechodných opatřeních.¹⁰⁸ Jedná se zřejmě o situace, kdy k ICS přistoupí nový stát (ať už k celé instituci nebo jen k Odvolacímu tribunálu) a bude třeba např. adekvátně upravit počet soudců a poměry mezi nimi.

2.2. Kritéria pro výběr soudců k ICS

Jako obecné kritérium pro výběr soudců návrh stanoví, že budou vybíráni z osob, o jejichž nezávislosti nelze mít pochybnosti. Výslovně je vyloučeno, aby byli spojeni s jakoukoli vládou, k otázkám souvisejícím se spory také nesmí od vlád ani od organizací přijímat žádné pokyny. Zakazuje se jim také zúčastnit se řešení jakéhokoli sporu, který by u nich vyvolal přímý nebo nepřímý střet zájmů. Důležité je ustanovení, podle kterého nesmí po svém jmenování soudci jednat jako právní zástupci v žádném investičním sporu.¹⁰⁹

Tento zákaz souvisí s kritikou skutečnosti, že mnoho rozhodců zároveň působí v jiných rozhodčích řízeních jako právní zástupce stran sporu. Podle P. Sandse, rozhodce a bývalého advokáta, je podobné paralelní působení problematické zejména proto, že investiční právo z velké části stojí na několika základních tématech, jako jsou definice "spravedlivého a rovného zacházení" či fungování tzv. umbrella clause, přičemž z pohledu advokáta bude často třeba argumentovat jinak, než jak daná osoba rozhodla v pozici arbitra, což nepůsobí příliš seriózně. Dále je podle Sandse třeba mít na paměti, že rozhodci mohou být při posuzování případů vědomě či nevědomě ovlivněni právě tím, že v jiném sporu argumentují v určité právní otázce z pozice advokáta. V praxi je však obtížně představitelné, že by advokát měl po svém prvním jmenování rozhodcem zanechat advokacie a spoléhat se na to, že bude jmenován i do dalších sporů.¹¹⁰ V rámci šestiletého funkčního období u ICS, během kterého má soudce zaručený příjem, se proto zákaz souběžného výkonu advokacie a rozhodčí činnosti jeví jako smysluplnější. K této otázce se ve světě arbitráže výrazně vyjádřil

¹⁰⁸ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 4. část, čl. 12.

¹⁰⁹ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 11.1.

¹¹⁰ PETERSON, L. E. Arbitrator Decries "Revolving Door" Roles of Lawyers in Investment Treaty Arbitration. *Investment Arbitration Reporter*. 25. 2. 2010. Dostupný z WWW <<http://www.iareporter.com/articles/arbitrator-decries-revolving-door-roles-of-lawyers-in-investment-treaty-arbitration>>

Rozhodčí soud pro sport, který zakázal, aby rozhodci sporů zároveň před soudem v jiných sporech vystupovali jako zástupci stran.¹¹¹

Podrobnější úpravu etických povinností soudce obsahuje návrh ve své příloze č. II, kterou tvoří kodex jednání pro soudce a mediátory. Ti musí být nezávislí a nestranní a jejich jednání musí dodržovat vysoký standard, aby byla zachována integrita a nestrannost navrhovaného mechanismu řešení sporů. Ještě před svým jmenováním k Tribunálu či Odvolacímu tribunálu budou kandidáti muset oznámit jakékoli minulé či trvající skutečnosti, které by pravděpodobně mohly ovlivnit jejich nezávislost a nestrannost či o kterých lze rozumně předpokládat, že by mohly v řízení vyvolat dojem nevhodnosti nebo předpojatosti. Soudcům je také uložena povinnost tyto skutečnosti během řízení aktivně zjišťovat a oznamovat stranám sporu.¹¹²

Pokud některá ze stran v průběhu řízení získá dojem, že je soudce senátu ve střetu zájmů, může napadnout jeho jmenování odůvodněnou stížností podanou předsedovi Tribunálu či Odvolacího tribunálu. Pokud soudce do 15 dnů senát dobrovolně neopustí, předseda o stížnosti po ústním jednání rozhodne, a to nejpozději 45 dnů od podání stížnosti.¹¹³ V případě závažného porušování povinností soudce může výbor na žádost předsedy Odvolacího tribunálu rozhodnout o jeho odvolání z řad soudců ICS.¹¹⁴

2.3. Problematika transparentního řízení

Návrh počítá s tím, že na rozhodčí řízení se s některými modifikacemi uplatní Pravidla transparentnosti UNCITRAL. Kromě dokumentů stanovených Pravidly budou publikovány také dokumenty vznikající v průběhu specifického řízení podle návrhu, např. dohoda o mediaci nebo stížnost na podjatost soudce a rozhodnutí o ní.¹¹⁵

Je zajímavé, že podle úpravy Pravidel transparentnosti UNCITRAL se pro rozhodčí řízení aplikuje větší míra transparentnosti než je běžné před vnitrostátními soudy některých států (Česká republika, Německo). V této souvislosti je

¹¹¹ ROSS, A. CAS Puts a Stop to Role-Switching. *Global Arbitration Reporter*. 14. 10. 2009. Dostupný z WWW <<http://globalarbitrationreview.com/news/article/19054/cas-puts-stop-role-switching>>

¹¹² TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, příloha II, čl. 2.

¹¹³ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 11.2, 11.3.

¹¹⁴ Tamtéž, čl. 11.2, 11.5.

¹¹⁵ Tamtéž, čl. 18.

možné obávat se toho, že návrh zachází do druhého extrému, tedy naprosté transparentnosti řízení, která nemusí být žádoucí z hlediska ochrany soudců a stran sporu před tlakem veřejného mínění či kvůli zvýšeným nákladům, které jsou s ní spojeny.¹¹⁶

Nad rámec podání třetích stran (tzv. *amicus curie brief*), jejichž přípustnost vyplývá z aplikace Pravidel transparentnosti UNCITRAL, návrh upravuje také možnost třetích stran přímo zasahovat do průběhu řízení – intervence se povolí každé osobě, která do 90 dnů od zveřejnění žaloby zašle Tribunálu žádost, ve které doloží přímý a trvající zájem na výsledku řízení. Tribunál o takové žádosti rozhodne do 90 dnů od jejího podání, dá přitom stranám sporu možnost se k žádosti vyjádřit. V případě kladného rozhodnutí jsou pak tomuto "vedlejšímu účastníkovi" zasílány všechny procesní dokumenty a je mu umožněno podat písemné vyjádření podporující jednu ze stran sporu, na něž mohou obě strany sporu písemně reagovat. Dále se tato třetí osoba může zúčastnit ústního jednání před rozhodčím senátem a přednést na něm řeč.¹¹⁷ Jak *amicus curiae brief*, tak "vedlejší účastenství" podle návrhu jsou instituty, které umožňují třetím stranám (typicky nevládním organizacím) účast na řízení a tím posilují jeho legitimitu a otevřenost.¹¹⁸

S problematikou transparentnosti řízení souvisí také úprava týkající se financování žaloby či obhajoby třetí stranou (*third party funding*). Návrh ukládá straně, která takové financování přijímá, aby takovou skutečnost co nejdříve oznámila druhé straně sporu a Tribunálu.¹¹⁹ Vědomost o financování třetí stranou může být v řízení relevantní např. pro účely podání žádosti o složení zálohy na náklady řízení a právního zastoupení, z pohledu transparentnosti může tato vědomost být klíčová

¹¹⁶ RISSE, J. A New "Investment Court System" – Reasonable Proposal or Nonstarter? 25. 9. 2015. Dostupný z WWW <<http://globalarbitrationnews.com/investment-court-system-20150925>>

¹¹⁷ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 23.

¹¹⁸ DE BRABANDERE, E. NGOs and the "Public Interest": The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes. *Chicago Journal Of International Law*. 2011, č. 1, s. 18. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992939>

¹¹⁹ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 3. část, čl. 8; Z textu ustanovení lze usuzovat, že návrh používá slovo "Tribunál" chybně ve smyslu slova "senát".

pro možnost posouzení nestrannosti členů rozhodčího tribunálu nebo střetu zájmů právních zástupců.¹²⁰

2.4. Ochrana práva na regulaci ve veřejném zájmu

Návrh se kromě procesních otázek věnuje také problematice hmotněprávních standardů a ochraně regulatorního práva států. Návrh se po vzoru textu dohody CETA věnuje obsahu standardu spravedlivého a rovného zacházení, který bude porušen pouze následujícími způsoby:

- upřením spravedlnosti (denial of justice) v trestním, správním či civilním řízení;
- závažným porušením práva na spravedlivý proces, včetně porušení transparentnosti řízení a kladení překážek k účinnému přístupu ke spravedlnosti prostřednictvím soudního či správního řízení;
- zjevnou svévolí;
- cílenou diskriminací na zjevně nespravedlivém základě jako pohlaví, rasa či náboženství; a
- obtěžováním, nátlakem, zneužitím pravomocí nebo jiným podobným jednáním ve zlé víře.¹²¹

Dále také návrh stanoví, že strany dohody mají možnost revidovat obsah tohoto standardu.¹²²

V otázce ochrany regulatorního práva států návrh stanoví, že ustanovení návrhu neovlivňují právo stran vydávat na svém území opatření nezbytná pro dosažení legitimních politických cílů, jako jsou ochrana veřejného zdraví a bezpečnosti, životního prostředí, veřejné mravnosti nebo spotřebitelů a prosazování a ochrana kulturní rozmanitosti.¹²³

¹²⁰ DE BRABANDERE, E. a LEPELTAK, J. V. Third Party Funding in International Investment Arbitration. *Grotius Centre Working Paper*. 2012, č. 1, s. 16-17. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2078358>

¹²¹ TTIP, návrh Evropské komise, op. cit. sub 76. 2. část, čl. 3.2.

¹²² Tamtéž, čl. 3.3.

¹²³ Tamtéž, čl. 2.1.

Toto ustanovení je zvláštní v tom, že na první pohled nepřináší oproti tradičním dohodám o podpoře a ochraně investic z praktického hlediska nic nového – tyto dohody sice podobná ustanovení neobsahují, je však samozřejmé, že právo státu přijímat regulatorní opatření není jejich přijetím nijak dotčeno. Pokud stát takovým regulatorním opatřením poruší dohodu, toto opatření zůstává v platnosti a stát je pouze povinen zahraničního investora odškodnit.

Není zcela jasné, zda je toto ustanovení pouze politickou proklamací či zda z něj mají rozhodčí senáty vyvodit nějaké závěry pro své rozhodování, např. z něj dovodit existenci jakéhosi testu, který by při osvědčení nezbytnosti opatření pro dosažení legitimních cílů stát zprostil odpovědnosti – takový test je navíc tribunály často aplikován při posuzování nepřímého vyvlastnění, kde se počítá s tím, že regulace splňující podmínky dobré víry, přiměřenosti, nediskriminace a legitimního cíle neporušuje standard ochrany před vyvlastněním.¹²⁴ Podobně přistupují tribunály i ke standardu spravedlivého a rovného zacházení, u kterého se uvádí, že je při posuzování jeho poškození třeba hledat rovnováhu mezi rozumnými a legitimními očekáváními investora a legitimním regulatorním zájmem státu.¹²⁵ Prohlášení Komise o ochraně regulatorního práva by spíše vedla ke druhému závěru, text ustanovení však tento výklad příliš nepodporuje a směřuje spíše k prvnímu závěru, tedy že jde o pouhou proklamaci bez výraznějšího vlivu na právní posouzení jednotlivých případů.

2.5. Předběžné poznámky k návrhu

Kromě některých dílčích kritických poznámek, které již byly zmíněny výše, lze k návrhu předloženému Komisí před jeho srovnáním s jinými způsoby řešení sporů v mezinárodním právu uvést několik předběžných komentářů.

Ačkoli je návrh Komisí označován za "*systém podřízený demokratickým principům*", není zcela jasné, v čem jeho demokratická povaha spočívá. Obecně se

¹²⁴ BROWER, CH. a SCHILL, S. W. Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *Chicago Journal of International Law*. 2009, č. 2, s. 484. Dostupný z WWW <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=cjil>>

¹²⁵ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (UCITRAL Arbitration), Partial Award, 17. 3. 2006, odst. 306.

o demokratických principech dá v soudnictví mluvit v souvislosti s jeho demokratickou legitimitou, tedy jeho ústavněprávním zakotvením, či s jeho veřejností.

V otázce veřejnosti řízení již moderní dohody o podpoře a ochraně investic většinou splňují požadavky, které na ně lze klást, a to díky Pravidlům transparentnosti UNCITRAL a speciálním ustanovením vztahujícím se na veškerá zahájená rozhodčí řízení. Návrh Komise v této oblasti sice přináší některá další rozšíření přístupu veřejnosti k řízení, z pohledu legitimacy ISDS však nejde o zásadní změny.

Z hlediska jejich demokratické legitimacy jsou návrh Komise i tradiční ISDS prakticky stejné, neboť v jejich rámci dochází k řešení sporů z mezinárodních dohod orgány, které k tomu v příslušných dohodách státy pověřily. Tyto orgány jsou sice jinak obsazovány, nelze však zřejmě tvrdit, že jmenování soudců předsedou Tribunálu je demokratičtější než výběr rozhodců stranami sporu. Dohody o podpoře a ochraně investic jsou navíc stejně jako zákony schvalovány národními parlamenty. Celkově lze tedy tvrzení Komise o systému podřízeném demokratickým principům brát spíše s rezervou.

V oblasti investiční arbitráže se nejedná o první návrh na vytvoření investičního soudu. Již v roce 2008 publikoval Van Harten článek, ve kterém vznik takového soudu navrhoval.¹²⁶ Za výhodu pevně daného funkčního období soudců je považována skutečnost, že na rozdíl od ad hoc jmenovaných rozhodců nemají tito soudci potřebu rozhodovat s ohledem na to, jak by jejich rozhodnutí mohla ovlivnit šanci na budoucí opětovné jmenování.¹²⁷ Zastánci konceptu investičního soudu také předpokládají, že soudci nebudou oproti kariérním rozhodcům mít motivaci k tomu, aby extenzivně rozhodovali o jurisdikci a tím zvětšovali okruh sporů, které lze v investiční arbitráži projednávat. Je však třeba uvést, že tendence k extenzivnímu výkladu vlastní jurisdikce je vlastní všem orgánům, které mají pravomoc rozhodovat spory, a kromě investičních tribunálů ji lze také pozorovat např. u soudců vnitrostátních soudů.¹²⁸

Jako stálá instituce by ICS byl nositelem obrovské odpovědnosti za legitimitu nového systému. Pokud v současné době *ad hoc* rozhodčí tribunál rozhodne zjevně

¹²⁶ VAN HARTEN, G. A Case for an International Investment Court. Society for International Economic Law. 30. 6. 2008. s. 30. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424>

¹²⁷ BROWER, CH. a SCHILL, S. W. op. cit. sub 124. s. 490-491.

¹²⁸ ROGERS, C. A. op. cit. sub 60. s. 250.

špatně, lze sice kritizovat celý systém investiční arbitráže, ale hlavní odpovědnost leží na členech tohoto tribunálu. Pokud špatná rozhodnutí začne produkovat ICS, bude velmi snadné odsoudit celý Komisí navržený systém.

Dále je potřeba upozornit na fakt, že investiční soud by centralizoval veškeré rozhodování o porušení investičního práva v rámci dohody TTIP. Rozhodčí tribunály v rámci ISDS jsou sice kritizovány proto, že jako "soukromé" orgány rozhodují o otázkách s výrazným dopadem na veřejnost, tyto tribunály jsou ale po vydání rozhodnutí rozpuštěny, což zabraňuje výraznější koncentraci moci. Stálá soudní instituce koncipovaná v návrhu bude naproti tomu o takto významných otázkách rozhodovat neustále a bude tedy mít v rukou mnohem více moci.¹²⁹ Je otázkou, která z těchto dvou variant je přijatelnější. EU a USA si sice skrze právo na vydávání závazných interpretačních stanovisek podrží jistou kontrolu nad rozhodovací činností ICS, toto právo ale skrze výbor mohou uplatnit jen v "závažných případech". Autor této práce se domnívá, že v očích radikálních odpůrců ISDS, kteří bezpodmínečně odmítají samotnou existenci investiční arbitráže, by při nutnosti výběru mezi uvedenými alternativami byl spíše přijatelnější tradiční model ISDS.

Návrh je specifický tím, že oproti ISDS je stranám sporu odebráno právo na volbu svého rozhodce. Investor nemá podle návrhu na jejich volbu vůbec žádný vliv a žalovaný stát ji také přímo neovlivňuje, má však prostřednictvím výboru možnost ovlivnit tuto volbu ve svůj prospěch tím, že k Tribunálu prosadí jako soudce osoby s názory vyhovujícími státům. Navrhovaný systém tedy na první pohled ve srovnání s ISDS trpí jistou nevyvážeností.

Zastánci navrhovaného mechanismu by mohli tvrdit, že státům lze při volbě soudců věřit, neboť tito soudci budou rozhodovat také o nárocích vznášených investory příslušných států. Není proto vhodné najmenovat k Tribunálu pouze soudce s pro-státními názory, protože by výsledný systém sice účinně bránil stát před nároky investorů, selhával by však ve svém primárním úkolu – ochraně zahraničních investic. Toto dilema se dá přirovnat k vyjednávání dohod o podpoře a ochraně investic, kde je

¹²⁹ BROMUND, T. R., ROBERTS, J. M. a DASGUPTA, R. The Proposed Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Mechanism: U.S. Should Oppose EU Demand to Abandon It. 15. 7. 2015. Dostupný z WWW <<http://www.heritage.org/research/reports/2015/07/the-proposed-investor-state-dispute-settlement-isds-mechanism-us-should-oppose-eu-demand-to-abandon-it>>

třeba hledat kompromis mezi ochranou zájmů států a investorů daného státu – každé omezení standardů ochrany ve prospěch států znamená menší ochranu investorů. Proti tomuto argumentu je možné namítat, že stát si vždy raději pojistí své vlastní a přímé zájmy (nevyplácet vysokou náhradu škody) než zájmy třetích, byť s ním spřízněných, osob. Pokud by takto státy skutečně jednaly, byl by systém zavedený dohodou TTIP jen prázdnou a zbytečnou karikaturou ochrany zahraničních investic. Pravděpodobnost takového vývoje by mohla být snížena tím, že by výbor jmenoval některé soudce na návrh organizací, které spíše zastupují zájmy investorů (např. ICC). S tím však návrh v současné podobě nepočítá.

Z hlediska způsobu konstituování tribunálu se tedy tradiční investiční arbitráž jeví být nezávislejší na vůli států – stát si v ní svobodně volí pouze jednoho ze tří arbitráž, zatímco u ICS může provést předvýběr všech členů tribunálu. Svým způsobem se tento koncept řešení sporů v rovině nezávislosti rozhodujícího orgánu možná poněkud paradoxně přibližuje zpět k vnitrostátnímu soudnímu řízení, které měla investiční arbitráž právě z důvodu garance nezávislosti nahradit.

Pokud je systém koncipovaný v návrhu z tohoto úhlu pohledu možné označit za pro-státní, dosavadní podoba ISDS naopak bývá svými kritiky označována za pro-investorskou. Jak bylo uvedeno výše, tyto kritické hlasy jsou založeny zejména na premise, že rozhodci jsou motivováni rozhodnout co možná nejhůře pro stát, aby zvýšili atraktivitu investiční arbitráže a zajistili si další jmenování ze strany investorů. Tato kritika nicméně v konfrontaci se statistikou a racionální analýzou chování rozhodců může obstát jen velmi obtížně.

Pokud by skutečně byla investiční arbitráž tak nevýhodná pro státy, nebylo by možné, aby statisticky žalobci uspěli jen ve 36 % zahájených řízeních. I pokud se podíváme pouze na statistiku rozhodování o meritech sporu, žalobce zde uspěje v 60 % případů,¹³⁰ což není číslo, které by svědčilo o systémovém znevýhodnění států. Zejména to platí pokud vezmeme v úvahu, že před rozhodčí tribunál se dostanou pouze takové spory, u kterých žalobce vyhodnotí, že má šanci proti státu uspět - uvedená statistika nezohledňuje, že státy ve skutečnosti "vítězí" i v případech notifikovaných investičních

¹³⁰ World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2015, s. 116. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>

sporů, kdy se investor vlivem slabého právního nároku vůbec nerozhodne arbitráž zahájit. Z hlediska statistiky je pozitivní také zkušenost České republiky, která z devatenácti ukončených rozhodčích řízení prohrála pouze tři investiční arbitráže (jedná se o spory s Prenem Nrekou a se společnostmi CME a Eastern Sugar).¹³¹

Kritika investiční arbitráže jako pro-investorské je problematická i z pohledu racionální analýzy chování rozhodců. Zprvu, pokud rozhodci skutečně usilují o co nejvíce jmenování, pak toho spíše dosáhnou vyváženým projevem než bezohledným prosazováním právních názorů vyhovujících žalobcům (už jen proto, že v rámci ISDS přichází v úvahu zrušení rozhodčího nálezu, přičemž alespoň před vydáním nálezu je v zájmu obou stran sporu, aby nález byl pro svou kvalitu nenapadnutelný).¹³² Jmenování rozhodce lze také napadnout pro nedostatek nezávislosti a nestrannosti, i z tohoto důvodu tedy je v zájmu rozhodců jednat vyváženě. V neposlední řadě je vlivem značné publicity, které se investiční arbitráži dostává, chování každého rozhodce předmětem odborných článků a diskusí.¹³³

Zadruhé, volba rozhodce v systému ISDS je poměrně složitý proces, ve kterém strany musí zvažovat více faktorů. Nelze si zvolit rozhodce pouze na základě jeho vyhraněných názorů na výklad klíčových otázek investičního práva – důležitou vlastností je také přesvědčivost. Pokud každá ze stran nominuje rozhodce, u kterého se počítá s tím, že bude zastávat její pozice (z důvodu pečlivého posouzení okolností případu a výběru adekvátního rozhodce, ne proto, že by ji rozhodce podpořil v jakékoli situaci), je pro vítězství ve sporu klíčové přesvědčit předsedu tribunálu o tom, že názory zastávané tím kterým rozhodcem jsou ty správné. Pokud se o rozhodci ví, že umíněně a poněkud neupřímně podporuje v každém sporu výhradně investora či stát, bude jeho vliv v tribunálu menší, což nakonec povede k tomu, že tento rozhodce přestane být jmenován.¹³⁴

¹³¹ Přehled arbitrážních sporů vedených proti České republice, tisková zpráva. Praha, 2015. Dostupný z WWW <<http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-arbitraznich-sporu-vedenych-prot>>

¹³² PARK, W. W. op. cit. sub 49. s. 214.; BROWER, CH. a SCHILL, S. W. op. cit. sub 124. s. 491-492.

¹³³ BROWER, CH. a SCHILL, S. W. op. cit. sub 124. s. 492-493.

¹³⁴ Tamtéž, s. 493.

Existují pochopitelně rozhodci, u kterých převažují nominace od investorů (např. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Francisco Orrego Vicuña či Karl-Heinz Böckstiegel),¹³⁵ tito arbitři ale zároveň často slouží jako předsedové tribunálů, což ukazuje, že se jedná o respektované osobnosti schopné nacházet konsenzus. Od rozhodců konec konců nelze čekat naprostou názorovou neutralitu, určité inklinace k výkladu investičního práva jistým směrem jsou zcela přirozené. Je jen důležité, aby se jednalo o upřímné a racionálně podložené argumenty – to lze však zkoumat jen velmi obtížně.

Pokud vzal návrh stranám sporu možnost volby arbitrů, stalo se tak zřejmě z důvodu kritiky toho, že takový systém vedl k opětovným nominacím rozhodců profilovaných jako pro-státní nebo pro-investorští. Tato polarita však není v návrhu odstraněna, je spíše jen nahrazena polaritou mezi rozhodcem EU a rozhodcem USA, a to jak před Tribunálem, tak před Odvolacím tribunálem. V systému ICS tak teoreticky bude nadále možné vnímat rozhodce jako zaujaté, jejich motivace k preferenci jedné ze stran sporu však bude více než z usilování o opětovné jmenování vycházet z jejich státní příslušnosti. Tomuto přístupu Komise nelze na první pohled upřít jisté racionální jádro – lze předpokládat, že USA i členské státy EU by i bez požadavků stanovených návrhem chtěly jmenovat zejména kandidáty se svou státní příslušností a pokud bude případ posuzovat Američan, jeví se logické, aby mu protiváhu dělal soudce z EU. Takový přístup však ukazuje apriorní nedůvěru k tomu, že se soudci dokážou oprostit od preferování "svého" státu či investora, přičemž se zřejmě jedná o stejný typ nedůvěry, který kritici ISDS mají k rozhodcům jmenovaným stranami sporu. Zdá se tedy, že Komise svou radikální změnou tohoto aspektu ISDS žádného konkrétního přínosu nedosáhla. Jak bude naopak vysvětleno níže, může tento přístup vést k poklesu legitimacy řízení u ISDS z pohledu stran sporu.

Z hlediska zájmů Evropské unie se navíc zdá být model, kdy jeden ze soudců je z USA a jeden ze členských států EU, poměrně nevýhodný. Zatímco USA jsou federálním státem s historicky vytvořenou národní identitou, Evropská unie je spolkem národních států a ačkoli existuje evropské občanství, pocit sounáležitosti mezi jednotlivými členskými státy lze jen těžko pokládat za souměřitelný s tím, který existuje

¹³⁵ Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom. Corporate Europe Observatory. Brusel/Amsterdam, 2013, s. 39-40. Dostupný z WWW <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>

v rámci federálních Spojených států amerických. Lze se proto odůvodněně obávat toho, že ve sporech před ICS budou evropští investoři i bránící se členské státy EU svým způsobem znevýhodněni.

3. Komparativní analýza jiných mechanismů řešení sporů v mezinárodním právu – WTO, dohoda TPP

V návaznosti na analýzu fungování mechanismu navrhovaného Komisí se nyní práce bude dále věnovat principům a fungování jiných mechanismů řešení sporů v mezinárodním právu. Prvním z nich bude systém v rámci WTO, druhým pak investiční arbitráž podle multilaterální dohody TPP, která na rozdíl od TTIP vychází z tradičního modelu řešení sporů mezi investory a státy a žádné převratné změny nepřináší.

V případě Světové obchodní organizace bude cílem komparace srovnat rozdíly mezi ISDS a WTO a z výsledků tohoto srovnání pak zjistit, zda systém WTO některé otázky řeší lépe než tradiční ISDS a zda by se Evropská komise v těchto bodech mohla systémem WTO inspirovat. U TPP bude pak předmětem zkoumání fungování moderní dohody o podpoře a ochraně investic se zaměřením na otázky přezkumu rozhodčích nálezů a regulace střetu zájmů na straně rozhodců. Účelem tohoto srovnání bude posoudit, nakolik se návrh Komise od tradiční podoby ISDS svým fungováním a předpokládanými důsledky v těchto oblastech odlišuje.

3.1. Systém řešení sporů v rámci Světové obchodní organizace

Světová obchodní organizace byla založena v roce 1994 členskými státy GATT. Jedná se o mezinárodní organizaci se sídlem v Ženevě, která má za cíl dohlížet na realizaci mezinárodních dohod, které tvoří její základ a které obsahují základní pravidla mezinárodního obchodu, a zajišťovat jejich vynucování. Dále WTO působí jako fórum pro jednání o podobě dalších mezinárodních dohod týkajících se obchodu a v neposlední řadě je její rolí také řešení sporů mezi členskými státy ohledně těchto dohod. Režim WTO se od GATT liší v několika důležitých aspektech, z pohledu této práce jsou nejvýraznějšími z nich institucionální povaha WTO, právní závaznost

pravidel WTO pro její členy a také závaznost rozhodnutí, která jsou výsledkem mechanismu řešení sporů.¹³⁶

V čele Světové obchodní organizace stojí generální ředitel, který je volen Generálním shromážděním WTO na čtyřleté funkční období s možností jednoho znovuzvolení. Volba generálního ředitele musí být jednomyslná.¹³⁷

Na první pohled se v případě WTO a investiční arbitráže jedná o odlišné režimy - ve WTO se projednávají spory mezi státy týkající se obchodní politiky, v investičních arbitrážích se pak řeší spory mezi státy a soukromými osobami vycházející z dohod o podpoře a ochraně investic. Tyto zdánlivě rozdílné režimy se však v některých situacích mohou prolínat – příkladem může být australská regulace obalů tabákových výrobků, která byla ve stejné době napadena několika státy ve WTO a zároveň také společností Philip Morris na základě dohody o podpoře a ochraně investic mezi Austrálií a Hong Kongem.¹³⁸ Pro účely této práce je také možné tyto dva režimy srovnávat pro jejich výrazný společný rys – jedná se o mezinárodní režimy vytvořené státy za účelem podpory liberalizace obchodu, obchodní výměny a pohybu kapitálu, které obsahují pravidla pro řešení sporů souvisejících s porušováním norem předepsaných v rámci těchto režimů.

3.1.1. Popis fungování mechanismu řešení sporů v rámci WTO

Řešení sporů ve WTO je upraveno ve druhé příloze k Dohodě o zřízení Světové obchodní organizace nazvané *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (Dispute Settlement Understanding, DSU). Tato pravidla se uplatní na spory vycházející ze všech v nich vyjmenovaných obchodních dohodách. Článkem 2 DSU byl pak založen útvar nazvaný Dispute Settlement Body (DSB),

¹³⁶ MEHTA, P. a PUROHIT, P. ABC of the WTO. Monographs on Globalisation and India: Myths and Realities. Centre for International Trade, Economics & Environment. 2002, s. 16-17. Dostupný z WWW <<http://www.cuts-citee.org/pdf/MONOGRAPH02-01.pdf>>

¹³⁷ Procedures for the Appointment of Directors-General. World Trade Organization. Ženeva, 20. 1. 2003. Dostupný z WWW <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDdocuments/t/WT/L/509.doc>>

¹³⁸ PAUWELYN, J. The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Panelists Are from Venus. *CTEI Working Papers*. 2015, s. 6. Dostupný z WWW <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI-2015-05_Pauwelyn-Mars%20and%20Venus.pdf>

který je za provádění procedur stanovených pro řešení sporů podle DSU odpovědný. DSB je v podstatě jednou z forem zasedání Generální rady WTO – zasedání se zúčastní každý členský stát.

Řízení o sporu začíná v režimu WTO tehdy, když stát, který je přesvědčen o porušení některé z vyjmenovaných dohod, požádá druhý stát o zahájení konzultací. V konzultacích se obě strany sporu mají v dobré víře pokoušet o nalezení oboustranně uspokojivého řešení příslušného sporu. Pokud druhý stát do 10 dnů písemně neodpoví nebo do 30 dnů nezahájí konzultace, je žádající stát oprávněn požádat WTO o zřízení panelu. Toto právo žádajícímu státu vždy vzniká po 60 dnech od žádosti o konzultace, může však vzniknout i dříve, pokud oba státy považují možnost nalezení smíru prostřednictvím konzultací za vyloučenou.¹³⁹ Kdykoli v průběhu sporu, i po ustavení panelu, mohou strany využít mediaci, konsiliaci nebo *good offices*.¹⁴⁰

Podání žádosti o zřízení panelu znamená, že takový panel musí být zřízen na zasedání DSB. Na prvním zasedání, na jehož pořad je záležitost zařazena, ještě může jakýkoli člen DSB zřízení panelu zablokovat. Na druhém zasedání však DSB panel zřídí, pokud se konsenzuálně neshodne, že panel zřízen nebude – protože je však členem DSB i žádající stát, je tato možnost spíše teoretická.¹⁴¹

Po rozhodnutí o zřízení panelu musí být jmenování panelisté – standardně bývají panely tříčlenné, strany sporu se ale mohou do 10 dnů od zřízení panelu dohodnout, že bude pětičlenný.¹⁴² Pokud jde o požadavky na osoby panelistů, DSU pouze stanoví, že se má jednat o kvalifikované osoby. Dále je např. výslovně stanoveno, že členy panelu mohou být také osoby, které již v panelu zasedaly nebo před ním obhajovaly některý členský stát, nebo osoby, které vyučovaly mezinárodní obchodní právo či o něm publikovaly.¹⁴³ Zřejmě se ale jedná pouze o doporučení, splnění těchto kritérií není nutnou podmínkou pro jmenování k panelu. Pro usnadnění výběru panelistů vede sekretariát WTO indikativní seznam osob, které splňují uvedené předpoklady.

¹³⁹ Dohoda o zřízení Světové obchodní organizace, příloha 2: Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů (otevřena k podpisu 15. 4. 1994, vstoupila v platnost 1. 1. 1995) (Dispute Settlement Understanding), čl. 4. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm>

¹⁴⁰ Tamtéž, čl. 5.

¹⁴¹ LAYTON, D. W. a MIRANDA, J. O. *Advocacy before World Trade Organization Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases*. *Kluwer Law International*. 2003, č. 1, s. 74. Dostupný z WWW <<http://www.kslaw.com/library/pdf/laytonarticle.pdf>>

¹⁴² Dispute Settlement Understanding, op. cit. sub 139, čl. 8.5.

¹⁴³ Tamtéž, čl. 8.1.

Zapsání osob na tento seznam navrhuje členské státy WTO a zápis podléhá schválení ze strany DSB.¹⁴⁴ Při výběru panelistů tento seznam není závazný a lze vybírat i osoby mimo něj, což se také často děje – v 63 % případů jsou panelisty jmenováni lidé, kteří do seznamu nejsou zapsáni.¹⁴⁵

Panelisté mají být vybíráni s ohledem na zajištění jejich nezávislosti, odlišnost jejich zázemí a co největší zkušenosti.¹⁴⁶ Pokud se strany sporu nedohodnou odlišně, nesmí být členem panelu osoby s jejich státní příslušností.¹⁴⁷

Panelisty navrhuje stranám sporu sekretariát WTO, přičemž strany mohou vůči navrženým osobám vznášet námitky jen ze závažných důvodů (v praxi jsou však námitky poměrně časté).¹⁴⁸ Pokud není do 20 dnů na osobách panelistů mezi stranami sporu nalezena shoda, určí složení panelu na návrh jedné ze stran generální ředitel WTO.¹⁴⁹

Veškeré fáze řízení u WTO jsou neveřejné – platí to pro konzultace, řízení před panelem i před Odvolacím orgánem.¹⁵⁰ Určitá míra transparentnosti řízení je dosažena tím, že strany sporu mohou zveřejňovat svá podání, a že ve zprávách panelů i Odvolacího orgánu jsou shrnuty argumenty stran sporu.¹⁵¹ Řízení před Odvolacím orgánem někdy na základě žádosti stran sporu bývá veřejné.¹⁵²

Zpráva prvoinstančního panelu musí být vydána ve lhůtě šesti měsíců ode dne jmenování panelistů, v urgentních případech má panel povinnost pokusit se rozhodnutí vydat do tří měsíců. Pokud panel usoudí, že nemůže lhůtu dodržet, písemně informuje DSB o důvodech předpokládaného prodloužení a uvede, do kdy očekává vydání rozhodnutí. Prvoinstanční řízení nesmí v žádném případě trvat déle než devět měsíců.¹⁵³ V praxi však tato lhůta bývá velmi často překračována, neboť řízení před

¹⁴⁴ Tamtéž, čl. 8.4.

¹⁴⁵ PAUWELYN, J. op. cit. sub 138. s. 28.

¹⁴⁶ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 8.2.

¹⁴⁷ Tamtéž, čl. 8.3.

¹⁴⁸ LAYTON, D. W. a MIRANDA, J. O. op. cit. sub 141. s. 79.

¹⁴⁹ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 8.7

¹⁵⁰ Tamtéž, čl. 4.6, 14.1, 18.2, 17.10.

¹⁵¹ Dispute Settlement System Training Module: Chapter 9: Participation in Dispute Settlement Proceedings. World Trade Organization. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c9s1p1_e.htm>

¹⁵² Dispute Settlement: Procedures. Appellate Procedures. World Trade Organization. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_procedures_e.htm>

¹⁵³ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub. 139. čl. 12.8, 12.9.

panelem trvá průměrně 456 dnů (tedy okolo patnácti měsíců), a to zejména z důvodu složitosti projednávaných sporů.¹⁵⁴

Po vydání zprávy obdrží obě strany sporu její písemné vyhotovení, následně je pak zpráva (obvykle po třech týdnech) rozeslána všem ostatním členům WTO. Proti prvoinstančnímu rozhodnutí panelu se každá ze stran sporu může odvolat, a to do doby, než je zpráva panelu přijata na jednání DSB. Protože DSB může zprávu projednat nejdříve 20 dnů a nejpozději 60 dnů od jejího rozeslání členským státům, je odvolací lhůta nestálá a pohybuje se podle okolností případu v uvedeném intervalu.¹⁵⁵ Odvolání pak má být projednáno ve lhůtě 60 dnů od okamžiku, kdy odvolávající se strana sporu formálně oznámila svůj úmysl podat odvolání. Pokud Odvolací orgán usoudí, že nemůže tuto lhůtu dodržet, písemně informuje DSB o důvodech předpokládaného prodlení a uvede, do kdy očekává vydání rozhodnutí. Odvolací řízení nesmí trvat déle než 90 dnů.¹⁵⁶ V praxi sice bývá většinou překročena šedesátidenní lhůta, valná většina rozhodnutí však bývá vydána do devadesáti dnů.¹⁵⁷

Řízení o odvolání je v DSU upraveno pouze v základním rozsahu, detailní úprava je obsažena v odděleném dokumentu (*Working Procedures of the Appellate Body*), jehož obsah určuje Odvolací orgán po konzultaci s generálním ředitelem WTO a předsedou DSB.¹⁵⁸

Odvolací orgán je stálým orgánem se sedmi členy, které jmenuje DSB na čtyřleté funkční období, přičemž nikdo nemůže být jmenován více než dvakrát.¹⁵⁹ Podobně jako v ostatních případech, kdy DSB o něčem rozhoduje, je i v tomto případě pro jmenování kandidáta potřeba jednomyslné hlasování všech členských států.¹⁶⁰ O podaném odvolání mají vždy rozhodovat tři členové Odvolacího orgánu – jejich výběr má probíhat na rotačním principu, jehož přesné fungování mají upravit *Working Procedures*.¹⁶¹ Přesto se rozvinula kolegiální praxe, zakotvená i ve *Working Procedures*,

¹⁵⁴ VAN DEN BOSSCHE, P. a ZDOUC, W. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 247. Dostupný z WWW <<https://books.google.cz/books?id=OTsoAAQAQBAJ>>

¹⁵⁵ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 16.

¹⁵⁶ Tamtéž, čl. 17.5.

¹⁵⁷ VAN DEN BOSSCHE, P. a ZDOUC, W. op. cit. sub 154. s. 248.

¹⁵⁸ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 17.1.; Dispute Settlement: Procedures. Appellate Procedures. op. cit. sub 151.

¹⁵⁹ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 17.2.

¹⁶⁰ Tamtéž, čl. 2.4, 17.2.

¹⁶¹ Tamtéž, čl. 17.1.

kdy na společných poradách o podaném odvolání diskutují všichni členové Odvolacího orgánu – tato praxe ještě výrazněji přispívá ke konzistentnímu rozhodování Odvolacího orgánu.¹⁶²

Členy Odvolacího orgánu mohou být pouze uznávané osoby, které v minulosti prokázaly znalosti v oblastech práva, mezinárodního obchodu a mezinárodních dohod, jejichž dodržování je v rámci WTO chráněno mechanismem řešení sporů. Členové nesmí mít vazby na žádnou vládu a složení Odvolacího orgánu by mělo odrážet členskou strukturu WTO. Členům Odvolacího orgánu je zakázáno angažovat se v jakýchkoli sporech, v souvislosti s kterými by u nich mohl vzniknout přímý či nepřímý střet zájmů.¹⁶³

V odvolacím řízení se ve vztahu ke zprávám panelů uplatňuje standard přezkumu, který umožňuje revidovat výhradně právní otázky a interpretaci práva použitou panelem.¹⁶⁴ Skutková zjištění jsou proto Odvolacím orgánem vnímána jako něco, co je v diskreci panelů, a zpravidla nejsou přezkoumávána.¹⁶⁵

Jak již bylo naznačeno výše, role panelů WTO je odlišná od tribunálů v ISDS – článek 11 DSU stanoví, že panely mají asistovat DSB ve výkonu jeho povinností v rámci DSU. Panely mají vyhodnotit případ, který je jim předložen, a učinit odpovídající doporučení a závěry pro DSB.¹⁶⁶ Zde vystupuje do popředí výrazný diplomatický prvek, který je mechanismu řešení sporů v rámci WTO vlastní – výrok panelu má charakter doporučení, aby DSB požádalo stát o uvedení jeho opatření do souladu s právem WTO.¹⁶⁷

Pro právní závaznost zprávy vydané panelem je v souladu s výše uvedeným nutné, aby byla schválena na zasedání DSB – resp. se zpráva pokládá za schválenou,

¹⁶² GANTZ, D. A. An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions In Investor - State Disputes: Prospects and Challenges. *Vanderbilt Journal of International Law*. 2006, č. 39, s. 27. Dostupný z WWW <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3890&context=expresso>>

¹⁶³ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 17.3.

¹⁶⁴ Tamtéž, čl. 17.6.

¹⁶⁵ GANTZ, D. A. An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions In Investor - State Disputes: Prospects and Challenges. op. cit. sub 162. s. 20.

¹⁶⁶ Dispute Settlement Understanding. op. cit. sub 139. čl. 11.

¹⁶⁷ POSNER, T. R. An Appellate Mechanism for Investor-State Dispute Settlement: A Perspective Based on the WTO Appellate Body Experience. Crowell Moring. Washington, s. 5-6. Dostupný z WWW <<https://www.crowell.com/documents/An-Appellate-Mechanism-for-Investor-State-Dispute-Settlement.pdf>>

pokud DSB konsenzuálně nerozhodne o tom, že zprávu neschvaluje.¹⁶⁸ K tomu, že by zpráva panelu nebo Odvolacího orgánu nebyla ze strany DSB přijata, však zatím v historii WTO nedošlo.¹⁶⁹

3.1.2. Srovnání ISDS se systémem WTO

Výzkumem rozdílů mezi ISDS (konkrétně mezi spory vedenými u ICSIDu) a systémem řešení sporů v rámci WTO se v článku z roku 2015 zabýval J. Pauwelyn. Po srovnání obou systémů konstatoval, že režim WTO je vnímán jako úspěšnější a legitimnější než ISDS. Tato skutečnost může mít mnoho příčin, jednou z nich ale nesporně je to, jaké osoby rozhodují spory v obou mezinárodních režimech.¹⁷⁰

Na základě statistických údajů ohledně ustavování ICSID tribunálů v letech 1972-2014 a WTO panelů v letech 1995-2014 došel Pauwelyn k některým zajímavým závěrům týkajících se vlastností osob, které do těchto orgánů bývají jmenovány. Provedený výzkum identifikoval následujících šest oblastí, ve kterých jsou mezi oběma režimy významné rozdíly:

- Národnost: U ICSIDu mělo celých 69 % rozhodců státní příslušnost států EU, Kanady, Mexika či USA. Jiná statistika vedená do roku 2011 ukazuje, že ačkoli 85 % žalob bylo podáno vůči rozvojovým státům, jen 34% arbitrů pocházelo z takových zemí. Přímé srovnání s WTO ukazuje v tomto kritériu velké rozdíly – zatímco mezi panelisty WTO mají USA, Francie a Spojené království celkem 3,5 % zastoupení, mezi rozhodci ICSIDu představují jejich státní příslušníci téměř třetinu všech jmenování.¹⁷¹
- Profese: U panelistů WTO bylo zjištěno, že v 88 % případů je jejich osoba silně profesně spojena s působením ve vládním sektoru. V 57 % případů se dokonce jednalo o diplomaty, kteří v minulosti působili v Ženevě, a pouhých 15 % panelistů mělo výraznější zkušenost se soukromou právní praxí.

¹⁶⁸ LAYTON, D. W. a MIRANDA, J. O. op. cit. sub 141. s. 102.

¹⁶⁹ Dispute Settlement System Training Module: Chapter 6: The Process – Stages in a Typical WTO Dispute Settlement Case. World Trade Organization. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/disp_e/disp_settlement_cbt_e/c6s4p1_e.htm>

¹⁷⁰ PAUWELYN, J. op. cit. sub 138. s. 44.

¹⁷¹ Tamtéž, s. 11-12.

U rozhodců ICSIDu naproti tomu byla zkušenost ze soukromého sektoru nejčastější, mělo ji celých 63 % z nich.¹⁷²

- Právní odbornost: Ve WTO mělo pouhých 56 % panelistů právnické vzdělání, u ICSIDu jej naproti tomu mělo celých 99,6 % rozhodců. V rámci WTO je nicméně možné pozorovat v této věci vzestupný trend – v období let 1995-1999 bylo mezi panelisty 47 % právníků, mezi lety 2009-2014 jich bylo 69 %.¹⁷³

Podle Pauwelyna jde větší kvalifikace rozhodců v ISDS na úkor jejich reprezentativnosti a nestrannosti, u panelistů WTO je tomu naopak – reprezentativnost a nestrannost jsou klíčovými vlastnostmi panelistů, a to do té míry, že mohou snadno převážit jejich odbornost. Nižší odbornost panelistů ve WTO je podle Pauwelyna kompenzována třemi faktory, kterými jsou silný sekretariát WTO, existence stálého Odvolacího orgánu a skutečnost, že panelisté vesměs pocházejí z komunity diplomatů ze sídla WTO v Ženevě.¹⁷⁴

- Rozmanitost: Statistiky ukazují, že okruh osob jmenovaných jako rozhodci k ICSIDu je mnohem uzavřenější než v případě WTO a že ve WTO je výrazně méně opětovných jmenování – u ICSIDu připadá na jednoho rozhodce průměrně 4,2 případu, ve WTO jen 2,1, přičemž u ICSIDu je navíc větší počet osob, které byly jmenovány pouze v jednom případě.¹⁷⁵

Pokud jde o uzavřenost okruhu jmenovaných, je možné ji demonstrovat na základě počítání vazeb, které vznikají mezi jednotlivými členy ustavených tribunálů a panelů. Ve WTO má 54 % panelistů tři a méně vazeb, 7 % více než deset a 0,2 % jich dosáhlo na 17 vazeb, což je nejvyšší naměřený počet. U ICSIDu je podobná statistika pro tři a méně vazeb, které má 56 % rozhodců. Diametrální rozdíl je však v tom, že 8 % rozhodců má více než dvacet vazeb.¹⁷⁶ Tato skutečnost ukazuje, že úzká skupina rozhodců je opakovaně jmenována do vysokého počtu sporů – podle jiné studie bylo 15 nejvýraznějších rozhodců

¹⁷² Tamtéž, s. 15-16.

¹⁷³ Tamtéž, s. 16.

¹⁷⁴ Tamtéž, s. 4-5.

¹⁷⁵ Tamtéž, s. 17.

¹⁷⁶ Tamtéž, s. 18.

nominováno do 55 % všech investičních sporů.¹⁷⁷ Naproti tomu žádný z panelistů WTO nebyl jmenován více než desetkrát.¹⁷⁸

- Prestiž a vnímání: Panelisty WTO byli ve sledovaném období vesměs jmenováni neznámí technokraté z rozvojových zemí, v odborné literatuře označovaní např. jako "byrokraté bez tváře". Rozhodci u ICSIDu jsou naproti tomu považováni za svého druhu právní celebrity a prestiž spojovaná s výkonem jejich funkce je mnohem větší. Statistiky také ukazují, že jmenování k panelu WTO může být předstupněm pro následné jmenování rozhodcem u ICSIDu, druhým směrem ale tento vztah již nefunguje.¹⁷⁹
- Ideologická polarizace: Mezi rozhodci jmenovanými ve sporech u ICSIDu je podle Pauwelyna výrazná ideologická polarita spočívající v tom, zda mají reputaci pro-investorského či pro-státního rozhodce – 41 z 45 nejčastěji jmenovaných rozhodců je výrazně častěji jmenováno žalobci či žalovanými státy. Ve WTO naproti tomu žádná podobná polarizace neexistuje.¹⁸⁰

Vysvětlení pro výše uvedené rozdíly je podle Pauwelyna třeba hledat v rozdílných podmínkách a pravidlech pro jmenování a také v odlišném institucionálním kontextu obou režimů.¹⁸¹

Ve WTO neexistuje jednostranné jmenování rozhodce jako v ISDS, kde každá strana jmenuje svého rozhodce a protistrana může namítat pouze jeho případný nedostatek nezávislosti nebo nestrannosti. Panelisté WTO jsou navrhováni sekretariátem, který však s oběma stranami sporu své návrhy konzultuje, a jejich jmenování je podmíněno souhlasem obou stran (pokud se strany nedohodnou, jmenuje panelisty generální ředitel WTO – v období let 1995-2014 takto jmenoval 64 % panelů). Tato skutečnost může odůvodňovat větší polarizaci rozhodců v ISDS a také to, že častěji dochází k opakovaným jmenováním – každá strana sporu chce nominovat zkušeného rozhodce, o kterém je přesvědčena, že bude v tribunálu schopen účinně prosazovat její pozice.¹⁸² U sporů vedených v rámci WTO naopak potřeba hledat

¹⁷⁷ Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom. op. cit. sub 135. s. 8.

¹⁷⁸ PAUWELYN, J. op. cit. sub 138. s. 19.

¹⁷⁹ Tamtéž, s. 20-24.

¹⁸⁰ Tamtéž, s. 24-25.

¹⁸¹ Tamtéž, s. 27.

¹⁸² Tamtéž, s. 27-29.

konsenzus ohledně osob panelistů vede k tomu, že osoby s více polarizovanými názory jsou z výběru vyloučeny.

Zajímavým rozdílem mezi oběma režimy je odměna vyplácená členům tribunálu (resp. panelu). U zaměstnanců vlád, kteří jsou jmenováni členy panelu WTO, se vůbec s žádnou odměnou nepočítá – funkci vykonávají v rámci svého zaměstnání. Tato skutečnost může být příčinou toho, proč jsou panelisty často jmenováni vládní funkcionáři – jejich jmenování nepředstavuje pro WTO žádné náklady navíc. Ostatním panelistům je vyplácena paušální odměna ve výši přibližně 600 USD za den. Obecně jsou veškeré výdaje spojené s řízením před panelem hrazeny z rozpočtu WTO a strany sporu se tedy na jeho financování podílí jen nepřímo skrze příspěvky do rozpočtu WTO. Členům Odvolacího orgánu je pak vyplácen měsíční *retainer fee*, který činí přibližně 7.000 dolarů, a dále odměna za každý den výkonu jejich funkce. Odměny vyplácené za práci v panelech a Odvolacím orgánu WTO jsou navíc ve srovnání s ICSIDem tak nízké, že nemohou přilákat úspěšnější právníky ze soukromé sféry – v řízeních vedených u ICSIDu je každému rozhodci za den práce vypláceno maximálně 3.000 dolarů, přičemž celková odměna za jedno ukončené řízení se průměrně pohybuje okolo 200.000 dolarů. Ve světě arbitráže se přitom v případě ICSIDu nejedná o nějak zvlášť dobře placenou práci, někteří rozhodci údajně pokládají ICSID za práci *pro bono*. Přesto je zřejmé, že řízení u ICSIDu budou i na základě vyplácené odměny schopna přilákat prestižnější rozhodce a také, že tito rozhodci budou mnohem více usilovat o (opětovné) jmenování a to občas i v případech, kdy je možné na jejich straně uvažovat o existenci střetu zájmů.¹⁸³

Pokud jde o roli při jmenování rozhodců, sekretariát WTO je mnohem silnější než sekretariát ICSIDu. WTO má v každém sporu pravomoc navrhnout osoby panelistů a v 64 % případů dochází k tomu, že panelisty jmenuje kvůli neshodě stran sporu generální ředitel. U ICSIDu dochází naproti tomu k zapojení předsedy jeho správní rady jen ve 29 % případů a při výběru je omezen seznamem rozhodců, které nominovaly jednotlivé členské státy (to ovšem neplatí pro řízení o zrušení rozhodčího nálezu, kde předseda ze seznamu jmenuje všechny členy anulačního výboru).¹⁸⁴ Sekretariát WTO

¹⁸³ Tamtéž, s. 32-34.

¹⁸⁴ Úmluva ICSID. op. cit. sub 84. čl. 52.3.

má tedy oproti ICSIDu nepoměrně větší příležitost k tomu, aby ovlivňoval složení panelů a tím i celé fungování příslušného mechanismu řešení sporů.¹⁸⁵

Sekretariát dále hraje výraznou roli i v procesu přípravy zpráv jednotlivých panelů – ke každému panelu je přidělen minimálně jeden zaměstnanec sekretariátu, který panelistům pomáhá s výkladem dosavadní judikatury, řešením právních problémů nebo se samotným psaním konečné zprávy. Přítomnost zkušených pracovníků sekretariátu může vyvažovat menší zkušenost panelistů a dává také sekretariátu možnost zhodnotit výkon jmenovaných panelistů a rozhodnout se, zda je bude v budoucnu opět navrhopvat stranám ke jmenování. Tuto možnost může sekretariát na jednu stranu využít k odfiltrování špatných panelistů, na druhou stranu však také může usilovat o vyloučení kvalitních panelistů, kteří se nenechají ovlivnit jeho názory – toto může také být další z důvodů, proč mezi panelisty WTO nenajdeme mnoho prestižních právníků. Lze usuzovat, že členské státy jsou prozatím s takovým přístupem sekretariátu spokojené - kdyby nesouhlasily s jeho silnou rolí, mohly by prosazovat jmenování vlastních silných panelistů, kteří by na radách sekretariátu byli nezávislí. K takovému zvratu však zatím ve WTO nedošlo.¹⁸⁶

Existence Odvolacího orgánu v režimu WTO je výrazným prvkem zajišťujícím větší konzistentnost v rozhodovací praxi a také vyvažujícím skutečnost, že panelisté jsou často poměrně nezkušení. Jelikož odvolání bývá podáno proti 68 % rozhodnutí a Odvolací orgán rozhodne o změně prvoinstančního rozhodnutí v celých 84 % těchto případů, je jeho vliv na judikaturu WTO poměrně výrazný. ICSID (a obecně také ISDS) podobnou instituci postrádá (tomuto tématu se blíže věnuje kapitola 3.2.1.), za prostředek dosahování větší konzistentnosti rozhodčích nálezů lze pokládat snad jen to, že v mnoha sporech dochází ke jmenování úzké skupiny rozhodců, kteří mají tím pádem určitou příležitost vytvářet konzistentní judikaturu.¹⁸⁷

Z hlediska širšího institucionálního ukotvení obou srovnávaných mechanismů řešení sporů je třeba konstatovat, že WTO mnohem více než ICSID (a tím spíše arbitráže UNCITRAL) tvoří komunitu. WTO představuje platformu, které slouží k častým schůzkám a jednáním diplomatů ohledně obchodní politiky, tito diplomaté pak

¹⁸⁵ Tamtéž, s. 35-36.

¹⁸⁶ Tamtéž, s. 37-38.

¹⁸⁷ Tamtéž, s. 36-37.

zároveň často působí jako panelisté v jednotlivých sporech. WTO také sama vydává hmotněprávní normy, které jsou následně aplikovány v rámci řízení před panely. Rozhodovací činnost DSB týkající se schvalování zpráv panelů je také provázena diskusí členských států o příslušných zprávách. ICSID je naproti tomu organizací, která zajišťuje průběh rozhodčích řízení na základě substantivních norem, jež jsou obsaženy v dohodách uzavřených státy mimo strukturu ICSIDu. V rámci ICSIDu neprobíhá žádná diskuse o vydaných rozhodčích nálezech a každoroční setkání zástupců členských států se věnuje výhradně institucionálním a procesním otázkám. ICSID tedy podle Pauwelyna trpí oproti WTO jistým deficitem legitimacy, který znamená, že legitimita musí být čerpána z jiných zdrojů, a to v každém jednotlivém případě zvláště – zejména se jedná o vlastnosti rozhodců jako jsou nezávislost, odbornost, charakter a jistá prestiž spojovaná s výkonem jejich funkce.¹⁸⁸ Je pravdou, že ve srovnání s WTO, kde se tématu výběru panelistů prakticky nikdo nevěnuje, je toto téma v literatuře zabývající se ISDS prominentní.

Je překvapivé, že pro panelisty WTO neexistují žádná ustanovení přímo upravující problematiku střetu zájmů. Mechanismy pro regulaci střetu zájmů tak představují v obecné rovině pouze omezení založená na státní příslušnosti, právo vznášet námitky proti panelistům navrženým sekretariátem a jmenování panelistů skrze osobu generálního ředitele, u kterého se dá předpokládat jistá nestrannost a starost o integritu řízení a který má panelisty vybírat s ohledem na zajištění jejich nezávislosti. DSU také nijak neupravuje případné vyloučení panelisty v průběhu sporu – zřejmě se ve věci střetu zájmů systém WTO plně spoléhá na schopnost Odvolacího orgánu všechny případné vady napravit. Ačkoli ISDS paradoxně disponuje robustnějším mechanismem pro zabránění střetu zájmů, což bude patrné i z následující kapitoly této práce, je přesto v této oblasti mnohem více kritizovaným režimem.

3.1.3. Dílčí závěry

Mezi WTO a režimem ISDS jsou výrazné rozdíly. Přes tyto rozdíly, nebo možná naopak právě díky nim, poskytuje jejich srovnání několik poznatků, které jsou pro hodnocení návrhu Evropské komise a obecně pro potenciální reformy ISDS zásadní.

¹⁸⁸ Tamtéž, s. 38-40.

Z provedeného srovnání s WTO jednoznačně vyplývá, že pro legitimitu mezinárodního režimu je kromě zkušenosti a kvalifikace rozhodců velmi významný také institucionální kontext celého režimu. V tomto bodě je režim ISDS zatím silně závislý na vnímání osob rozhodců, tento jediný potenciální zdroj legitimacy však zjevně není dostačující. Případné reformy ISDS proto musí vytvořit nové pilíře, o které by se tento režim mohl opřít.

Režim WTO mnohem více než režim ISDS funguje jako komunita, což je dáno zejména více funkcemi které WTO plní, koncentrací veškeré její agendy v Ženevě a tím, že v jejím rámci působí výlučně státy. Aspekty ISDS jsou naproti tomu diskutovány v rámci různých platform jako jsou ICSID, UNCTAD, UNCITRAL, OECD, ECT a další. Překonat institucionální roztržičnost ISDS se jeví poměrně obtížné, k jistému vytváření komunity však alespoň dochází v rámci odborných konferencí, publikací či specializovaných webových stránek.

Nepominutelnými aktéry celého systému jsou také samotní investoři, kteří se sice přímo nepodílejí na tvorbě pravidel, podle kterých ISDS funguje, ale jejich zájmy se do něj přesto promítají – pokud by je ISDS nerefletoval, ztratil by svůj smysl. Z důvodu této polarizace mezi státy a investory a také většímu současnému stupni decentralizace bude zřejmě ISDS jen obtížně schopen fungovat jako komunita ve stylu WTO.

Na druhou stranu pro oba režimy platí, že jejich tvůrci jsou výhradně státy. Probíhající diskuse o reformě ISDS a také změny, které státy provádějí ve svých vzorových dohodách o podpoře a ochraně investic, svědčí o tom, že státy chtějí systém ISDS aktivně měnit. Lze jim proto doporučit, aby se kromě dílčích změn svých dohod o podpoře a ochraně investic zaměřily také na možné posílení institucionálního kontextu ISDS, např. formou rozsáhlejších diskusí v rámci UNCTAD, která díky své vazbě na OSN představuje nejširší dostupnou platformu. V tomto směru by také byla přínosná multilateralizace dohod o podpoře a ochraně investic, což je krok, se kterým Evropská komise ve svém návrhu do budoucna počítá.

K posílení ISDS v této oblasti by nepochybně mohla přispět také v současné době již prosazovaná větší transparentnost řízení, která by mimo jiného umožnila,

aby už v průběhu řízení probíhaly o případu veřejné diskuse. Návrh Komise v tomto směru pouze o něco více rozšiřuje v současné době již běžná ustanovení dohod o podpoře a ochraně investic.

Pokud jde o sestavování senátů v rámci ICS, zvolila Komise poměrně výrazný odklon od dosavadní praxe a odňala stranám sporu právo na to, aby každá jmenovala "svého" rozhodce. Toto právo však představuje jeden ze základních pilířů arbitráže – podílení se na tvorbě tribunálu dodává stranám sporu důvěru v rozhodčí řízení a z pohledu stran sporu také činí výsledný rozhodčí nález legitimnějším.¹⁸⁹ Lze pochybovat o tom, že jmenování soudců předsedou Tribunálu bude mít podobný efekt. Návrh Komise mohl dát stranám sporu možnost vybrat si soudce z osob nominovaných výborem, Komise se však rozhodla volbu stran naprosto potlačit a soudce vybírat nezávisle na vůli stran, podobně jako u vnitrostátních soudů. I některé stálé soudní instituce, např. Mezinárodní soudní dvůr, přitom umožňují, aby si v řízeních před nimi strany vybíraly, kdo bude jejich spor rozhodovat.¹⁹⁰

Pokud Komise chtěla odstranit polaritu mezi rozhodcem nominovaným žalobcem a žalovaným, mohla se inspirovat režimem WTO, kde strany musí na osobách všech panelistů najít shodu. Až pokud by se jim to v určité lhůtě nepodařilo, mohlo by přicházet v úvahu, aby soudce vybral předseda Tribunálu. Státy sice vybírají kandidáty na funkci u ICS a tím i určují okruh osob, které mohou být předsedou Tribunálu k rozhodování konkrétního sporu přiděleny, přesto si však i státy mohou přát, aby v konkrétním sporu figuroval či nefiguroval určitý soudce. Úprava inspirovaná WTO by tedy podle autora této práce stranám sporu více vyhovovala a činila režim navrhaný Komisí o něco přijatelnější. Jak bylo již také uvedeno v předchozí kapitole, je v mechanismu navrhaném Komisí nadále přítomna polarita mezi dvěma ze tří rozhodců – jedná se zde o polaritu založenou na státní příslušnosti k jedné ze stran sporu. Tato nežádoucí polarita by mohla být navrhanou inspirací v režimu WTO odstraněna.

¹⁸⁹ GIORGETTI, CH. Who Decides Who Decides In International Investment Arbitration? *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2013, č. 431, s. 465-466. Dostupný z WWW <<http://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1893&context=law-faculty-publications>>

¹⁹⁰ ROGERS, C. op. cit. sub 60. s. 252.

Z hlediska legitimacy by také ISDS prospělo, kdyby došlo k větší obměně mezi osobami, které bývají jmenovány jako rozhodci jednotlivých sporů – srovnání s WTO ukazuje, že strany sporu v ISDS tíhnou k opětovným nominacím rozhodců, jejichž profil je velmi podobný. Reprezentativnost mezi panelisty WTO je s touto skutečností ve výrazném kontrastu.

Návrh Komise tuto problematiku řeší dvěma způsoby. Zaprvé se jedná o samotný proces výběru soudců ICS – případy budou rozhodovat osoby, které do jejich funkce jmenuje výbor a do konkrétního senátu pak předseda Tribunálu či Odvolacího tribunálu. V rámci těchto jmenovacích procesů je výrazný prostor pro personální změny. Zadruhé lze vliv na osoby soudců přisuzovat také odměnám, které návrh pro soudce předepisuje – někteří potenciální kandidáti, převážně působící v soukromé sféře, by mohli platové podmínky u ICS pokládat za nedostatečné (nemluvě o tom, že po dobu výkonu funkce by nemohli pracovat jako advokáti v investičních sporech), což by výboru znemožňovalo tyto osoby k ICS jmenovat. Návrh Komise stanovuje *retainer fee* členů Odvolacího tribunálu ve výši odpovídající členům Odvolacího orgánu WTO, v případě soudců tribunálu pak jedné třetiny tohoto paušálu. Tato výše odměny je nižší, než kterou v současné době průměrně pobírají rozhodci v investičních arbitrážích. Působení u Odvolacího tribunálu se jeví jako dostatečně lukrativní a prestižní na to, aby u něj mohli působit někteří ze současných uznávaných rozhodců, zatímco *retainer fee* zamýšlený Komisí pro soudce Tribunálu by mohl spíše přilákat právníky, kteří se rozhodování investičních sporů doposud výrazněji nevěnovali.

Z hlediska odvolacího mechanismu je zřejmé, že model WTO je založen na skutečnosti, že panelisté v prvním stupni často nemají dostatečnou odbornost pro to, aby bylo možné věřit tomu, že předložený spor vyhodnotí kompetentně bez nutnosti jejich rozhodnutí měnit. To potvrzuje i výše uvedená statistika ohledně počtu rozhodnutí, která jsou odvolacím orgánem změněna. V ICS by zřejmě panovala odlišná situace, neboť soudci v prvním stupni by měli být natolik zkušenými právníky, aby si s rozhodovanými případy dokázali uspokojivě poradit v mnohem větší míře než panely WTO. I když vyloženě nesprávnou aplikaci práva nelze v prvoinstančním řízení vyloučit, bude pravděpodobně úkolem odvolacího tribunálu spíše dohled nad konzistentní judikaturou ICS než náprava zjevných pochybení. Každopádně zvyšuje

přezkum nálezu odvolacím orgánem jeho legitimitu, a to zejména v případě, kdy je nálezn potvrzen.

Další specifický rys odvolacího mechanismu WTO spočívá v tom, že v některých případech Odvolací orgán zruší zprávu prvoinstančního panelu s tím, že panel špatně aplikoval příslušné předpisy, aniž by však Odvolací orgán tyto předpisy aplikoval jiným způsobem – spor tedy může zůstat nerozhodnut.¹⁹¹ V diplomatickém kontextu WTO je i takový výsledek přijatelný, neboť některá konstatování Odvolacího orgánu mohou přispět k tomu, aby strany sporu dosáhly řešení sporu jinými prostředky.¹⁹² V kontextu ISDS by však byl takový postup rozhodčího tribunálu nepatřičný, neboť cílem investiční arbitráže je výhradně dospět ve věci k vydání konečného rozhodčího nálezu. Z tohoto důvodu je možnost získat v odvolacím mechanismu WTO inspiraci pro reformu ISDS v některých ohledech značně omezena.

K nákladům na provoz obou režimů řešení sporů lze uvést, že v rámci mechanismu WTO bylo v období let 1994-2014 řešeno celkem 201 sporů. Ve srovnání s tímto číslem je počet známých investičních sporů mezi státy EU a USA prakticky zanedbatelný - za celou dobu existence ISDS bylo takových sporů celkem devět. Tato statistika je pochopitelně zkreslená skutečností, že jen devět ze 28 členských států má s USA uzavřenu dohodu o podpoře a ochraně investic.¹⁹³ I pokud však tuto skutečnost zohledníme a předpokládáme, že uzavření dohody TTIP způsobí navýšení obchodní výměny mezi EU a USA a tedy dojde k nárůstu počtu investičních sporů, pořád se pohybujeme v řádově nižších číslech než v režimu WTO.

WTO má navíc 162 členů, zatímco v systému zavedeném návrhem by se na financování mechanismu řešení sporů podílelo pětikrát méně států. Je pravda, že Komise počítá s postupným rozšířením ICS na jiné státy, se kterými EU uzavírá dohody o ochraně a podpoře investic, a že v tomto směru dosáhla v poslední době jistých úspěchů při jednání s Kanadou (dohoda CETA) a Vietnamem (EU-Vietnam

¹⁹¹ POSNER, T. R. op. cit. sub 167. s. 4-5.

¹⁹² Tamtéž, s. 6.

¹⁹³ Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2014, s. 2-3. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf>

FTA).¹⁹⁴ Přesto je ale zřejmé, že náklady na provoz navrhovaného systému budou poměrně vysoké a že budou plně financovány státy EU a USA – návrh nepředpokládá, že by se žalobci na nákladech řízení nějak podíleli.

Je tedy otázkou, zda je z hlediska menšího očekávaného počtu sporů ekonomicky racionální zřídit stálé orgány jakými mají být Tribunál a Odvolací tribunál. Z ekonomického hlediska je také zvláštní, že návrh Komise počítá s okamžitým zřízením Odvolacího tribunálu, ačkoli jeho členové budou zřejmě prvních pár let bez práce. Z hlediska nákladů na fungování odvolacího mechanismu by nepochybně větší smysl dávalo využít podobný mechanismus jako pro zrušení rozhodčího nálezu v rámci ICSIDu, tedy vytvoření ad hoc výboru ze seznamu speciálně nominovaných osob. Takový způsob ustavení odvolacího orgánu však zřejmě nedokáže zajistit konzistentní rozhodování stejně spolehlivě jako stálý orgán, což je zřejmě jedním z důvodů, proč se Komise rozhodla prosazovat zřízení stálé instituce.

3.2. Systém řešení sporů podle dohody TPP

Dohoda o transpacifickém partnerství (dále "TPP") je komplexní obchodní dohoda, která byla dne 4. února 2016 podepsána dvanácti pacifickými zeměmi. Skládá se ze třiceti kapitol, přičemž jedna z nich je věnována řešení sporů mezi investory a signatářskými státy. Protože do sjednávání této dohody nebyla zapojena Evropská unie, nebyly v ní zohledněny specifické postoje Komise a evropské veřejnosti, které měly vliv na podobu reformního návrhu vypracovaného k dohodě TTIP. TPP proto představuje moderní dohodu o podpoře a ochraně investic, která ovšem vychází z tradičního pojetí ISDS.

Podobně jako většina jiných dohod stanoví TPP každému investorovi pokusit se nejdříve spor vyřešit smírnou cestou – tato jednání zahajuje investor žádostí o konzultace, u které nejsou předepsány žádné zvláštní náležitosti, které by měla splňovat.¹⁹⁵ Pokud není spor vyřešen do šesti měsíců od zahájení jednání, může investor

¹⁹⁴ CETA: EU and Canada Agree on New Approach on Investment in Trade Agreement, tisková zpráva. Brusel, 29. února 2016. Dostupný z WWW <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm>

¹⁹⁵ Dohoda o transpacifickém partnerství (podepsána 4. 2. 2016) (Dohoda TPP), kapitola 9, čl. 9.17. Dostupný z WWW <<https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>>

předložit spor k rozhodnutí rozhodčímu tribunálu. Alespoň 90 dnů před podáním žaloby však musí státu zaslat upozornění, že hodlá rozhodčí řízení zahájit. Toto upozornění již musí obsahovat základní skutečnosti vztahující se k příslušnému sporu jako jsou identita žalobce, popis skutkového stavu nebo právní kvalifikace namítaných porušení Dohody.¹⁹⁶

Pokud jde o samotnou arbitráž, má žalobce na výběr mezi ICSIDem nebo ad hoc arbitráží UNCITRAL, v případě dohody stran je ale možné využít jakoukoli jinou rozhodčí instituci nebo její pravidla.¹⁹⁷

Spor předložený k arbitráži rozhoduje rozhodčí tribunál sestávající ze tří rozhodců. Každá strana jmenuje jednoho rozhodce, předseda tribunálu je jmenován na základě dohody stran. Pokud do 75 dnů od podání žaloby není tribunál zcela konstituován, na návrh jedné ze stran jmenuje chybějící rozhodce generální tajemník ICSIDu.¹⁹⁸

Dohoda TPP také upravuje zásady jednání rozhodců, resp. stanoví, že před vstupem dohody v platnost mají smluvní strany určit, nakolik se na investiční arbitráž podle Dohody budou vztahovat zásady jednání panelistů, kteří podle kapitoly 28 Dohody mají obecně rozhodovat spory vycházející z TPP, popřípadě zda budou tyto zásady nějak modifikovány.¹⁹⁹ Žádné stanovisko v tomto smyslu však doposud vydáno nebylo.

Dohoda TPP také předepisuje poměrně rozsáhlý standard transparentnosti řízení – zveřejňovány mají být následující dokumenty: upozornění o chystaném zahájení arbitráže (podle článku 9.18.3), arbitrážní žaloba, písemná podání stran sporu, protokol ze slyšení před tribunálem, rozhodnutí tribunálu i konečný rozhodčí nález.²⁰⁰ Slyšení před tribunálem mají být podle TPP přístupná veřejnosti.²⁰¹ TPP neumožňuje po vzoru návrhu Komise vystoupení třetích stran na slyšení před tribunálem, jinak se ovšem

¹⁹⁶ Tamtéž, čl. 9.18.3.

¹⁹⁷ Tamtéž, čl. 9.19.4.

¹⁹⁸ Tamtéž, čl. 9.21.3.

¹⁹⁹ Tamtéž, čl. 9.21.6.

²⁰⁰ Tamtéž, čl. 9.23.1.

²⁰¹ Tamtéž, čl. 9.23.2.

ve svém přístupu k podání třetích stran blíží Pravidlům transparentnosti UNCITRAL, ačkoli na ně oproti návrhu explicitně neodkazuje.²⁰²

3.2.1. Odvolací mechanismus a jeho alternativy

Dohoda TPP nezakládá odvolací mechanismus, obsahuje pouze ustanovení, podle kterého v případě vzniku odvolacího mechanismu v rámci jiné dohody či instituce strany TPP zváží, zda bude možné se v takovém systému odvolat také proti nálezům vydaným v režimu dohody TPP.²⁰³

Z důvodu neexistence odvolacího mechanismu bude přezkum nálezů vydaných v režimu dohody TPP spadat do pravomoci ICSIDu nebo národních soudů, a to podle pravidel, kterými se rozhodčí řízení řídí.²⁰⁴

Rozhodčí nálezy vydané mimo režim ICSIDu (např. ad hoc tribunálem na základě pravidel UNCITRAL) mohou být zrušeny výhradně obecnými soudy na základě *lex loci arbitri*. Protože podrobné zkoumání této problematiky by vyžadovalo porozumění desítkám právních úprav jednotlivých států, omezí se tato práce pro účely představení možností rušení rozhodčích nálezů vydaných mimo režim ICSIDu na popis fungování vzorového zákona o rozhodčím řízení vypracovaného v rámci UNCITRAL.

Vzorový zákon stanoví, že návrh na zrušení rozhodčího nálezu je třeba podat k příslušnému soudu do tří měsíců od jeho doručení. Soud může i bez důkazu předloženého navrhovatelem nálezu zrušit tehdy, pokud předmět sporu nemůže podle *lex loci arbitri* být předmětem arbitráže nebo je napadený nálezu v rozporu s veřejným pořádkem. Navrhovatel dále může dosáhnout zrušení nálezu, pokud prokáže, že:

- rozhodčí doložka byla uzavřena neplatně;
- nebyl řádně upozorněn na probíhající rozhodčí řízení nebo nemohl prezentovat své argumenty;

²⁰² Tamtéž, čl. 9.22.3.

²⁰³ Tamtéž, čl. 9.22.11.

²⁰⁴ BALAŠ, V. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, P., ORTINO, F: a SCHREUER, CH. (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. s. 1136.

- nález se vztahuje na otázky, které nebyly tribunálu předloženy k rozhodnutí (v takovém případě bude nález zrušen pouze v této části, pokud je od ostatních oddělitelná); anebo
- ustavení tribunálu nebo řízení před ním bylo v rozporu s dohodou stran.²⁰⁵

Je zřejmé, že přezkum v rámci žádosti o zrušení rozhodčího nálezu se omezuje na otázky související s jurisdikcí rozhodčího tribunálu nebo na problematiku *lis pendens* či *res iudicata*. Meritorní rozhodnutí tribunálu jsou nepřezkoumatelná, pokud nejsou v rozporu s veřejným pořádkem.

Pokud jde o rozhodčí nálezy vydané v režimu Úmluvy ICSID, upravuje Úmluva hned několik způsobů změny vydaného rozhodčího nálezu. Článek 49 umožňuje každé straně sporu do 45 dnů od vydání návrhu požadovat, aby tribunál dodatečně rozhodl o otázce, kterou opomněl, nebo aby opravil případné chyby v psaní. Článek 51 umožňuje žádat obnovu řízení, pokud vyjdou najevo okolnosti, které by bývaly ovlivnily rozhodnutí tribunálu a žadateli ani tribunálu nebyly tyto okolnosti v době vydání nálezu známy, přičemž tato neznalost nebyla způsobena nedbalostí žadatele. Žádost o obnovu řízení je možné podat nejpozději do tří let od vydání nálezu, přičemž žadateli také plyne subjektivní devadesátidenní lhůta ode dne, kdy se o okolnostech odůvodňujících obnovu řízení dozvěděl.²⁰⁶

Nejvýznamnějším ustanovením Úmluvy týkajícím se problematiky změny vydaných nálezů je článek 52, který stanovuje důvody pro zrušení nálezu. Tyto důvody jsou následující:

- tribunál nebyl správně ustaven;
- tribunál zjevně překročil svou pravomoc;
- některý ze členů tribunálu byl zkorumpovaný;
- došlo k závažnému odchýlení od základních procesních pravidel; anebo
- nález není dostatečně odůvodněn.²⁰⁷

²⁰⁵ Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži. United Nations Commission on International Trade Law. 2006, čl. 34. Dostupný z WWW <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>

²⁰⁶ Úmluva ICSID, op. cit. sub 84. čl. 49, 51.

²⁰⁷ Tamtéž, čl. 52.1.

Návrh na zrušení nálezu se podává ve lhůtě 120 dnů od vydání nálezu, v případě namítané korupce člena tribunálu se ovšem uplatní objektivní tříletá lhůta, přičemž žadateli plyne také subjektivní 120denní lhůta ode dne odhalení namítané korupce.²⁰⁸

Po doručení žádosti jmenuje předseda správní rady ICSIDu tříčlenný výbor, jehož členy nemohou být rozhodci, kteří vydali napadený nález. Členové anulačního výboru dále musí každý mít odlišnou státní příslušnost a nemohou mít státní příslušnost jedné ze stran sporu. Anulační výbor může napadený nález buď potvrdit anebo zrušit, a to buď celý nebo jeho část. Pokud je zrušen celý nález, bude spor na žádost jedné z jeho stran znovu rozhodnut novým tribunálem.²⁰⁹

Nejčastěji využívaným důvodem pro zrušení nálezu je zjevné překročení pravomoci. Tento důvod bude zejména dán tehdy, pokud:

- tribunál neměl jurisdikci a rozhodl o meritu sporu;
- tribunál meritorně nerozhodl o otázce, která byla v jeho jurisdikci; anebo
- tribunál neaplikoval právo, které aplikovat měl.²¹⁰

Protože se jedná o přezkum *zjevného* překročení pravomoci, anulační výbory opakovaně judikují, že pochybení rozhodčího tribunálu musí být patrné bez většího úsilí a hluboké analýzy,²¹¹ přičemž kritériem přezkumu je zejména rozumnost a udržitelnost přezkoumávaného právního názoru.²¹² Anulační výbor tedy nález nezruší jen proto, že s právním názorem rozhodců nesouhlasí. Závěr, že je dán některý z důvodů stanovených článkem 52 Úmluvy, ovšem neznamená automatické zrušení nálezu. Podle judikatury mají anulační výbory v této věci určitou míru diskrece a nález ruší pouze tam, kde by tribunál při nepochybení došel k odlišnému závěru a tehdy, pokud je

²⁰⁸ Tamtéž, čl. 52.2.

²⁰⁹ Tamtéž, čl. 52.6.

²¹⁰ BALAŠ, V. op. cit. sub 204. s. 1138.

²¹¹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Annulment Committee Decision, 1. 9. 2009, odst. 68.

²¹² *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. The Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16), Annulment Committee Decision, 25. 3. 2010, odst. 96.

zrušení nálezu vhodné s ohledem na proporcionalitu mezi závažností pochybení a právy stran sporu.²¹³

Zajímavé jsou případy týkající se důvodu pro zrušení nálezu spočívajícího v tom, že tribunál nebyl správně ustaven. Tyto případy mají jistý přesah do tématu nezávislosti a nestrannosti arbitrářů, o čemž svědčí žádosti o zrušení nálezů v případech *Vivendi II.* a *Azurix*. V případě *Vivendi II.* požadovala Argentina zrušení rozhodčího nálezu proto, že Gabrielle Kaufmann-Kohler byla v době svého působení v tribunálu zároveň členkou představenstva společnosti UBS, která byla akcionářem žalobce. Protože však tuto skutečnost Kaufmann-Kohler stranám sporu nesdělila, nemohla Argentina v průběhu sporu napadnout její jmenování. Anulační výbor sice její jednání kritizoval, nález však nezrušil, protože věřil tvrzení Kaufmann-Kohler, že o uvedeném spojení UBS a žalobce nevěděla. Podle výboru nebyl narušen její nezávislý úsudek a protože byl rozhodčí nález vydán jednomyslně, nemohl mít tento vztah žádný vliv na výrok tribunálu.²¹⁴

V případě *Azurix* Argentina namítala střet zájmů předsedy tribunálu Andrese Rigo Suredy, který podle ní umožňoval mít důvodné pochybnosti o jeho nestrannosti. Tuto námitku Argentina vznesla již v průběhu řízení, byla však zamítnuta. Anulační výbor oproti případu *Vivendi II.* zaujal jiný postoj k výkladu tohoto důvodu pro zrušení nálezu, když se ve svém přezkumu omezil na zkoumání toho, zda byla námitka Argentiny vyřízena v souladu s příslušnými předpisy. Pokud by anulační výbor přezkoumával samotné rozhodnutí, šlo by podle něj v takovém případě o odvolání proti tomuto rozhodnutí. Protože procedurálně byla námitka vyřízena správně, anulační výbor žádost Argentiny zamítl.²¹⁵

Pojetí zrušení rozhodčího nálezu jako poměrně výrazně omezeného prostředku získalo trhliny v roce 2010. kdy byla vydána tři rozhodnutí, kterými anulační výbory zrušily přezkoumávané nálezy z důvodů chybné aplikace práva ze strany rozhodčích tribunálů – jedná se o rozhodnutí v případech *Sempra*, *Enron* a *Helnan*. V případech *Sempra* a *Enron* byly zrušeny dva rozhodčí nálezy vydané v neprospěch Argentiny,

²¹³ SCHREUER, CH. Three Generations of ICSID Annulment Proceedings. s. 19. Dostupný z WWW <<http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/69.pdf>>

²¹⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Annulment Committee Decision, 20. 8. 2007, odst. 230-242.

²¹⁵ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Annulment Committee Decision, 1. 9. 2009, odst. 282-294.

a to z toho důvodu, že podle anulačních výborů tribunály výrazně pochybily při aplikaci ustanovení příslušných dohod o podpoře a ochraně investic týkajících se krajní nouze. Tato pochybení měla být tak závažného charakteru, že naplnila důvod pro zrušení nálezu spočívající v tom, že tribunál neaplikoval právo, které aplikovat měl.²¹⁶ V této souvislosti je paradoxní, že v roce 2007 bylo vydáno rozhodnutí anulačního výboru v případě *CMS Gas*, kde byla předmětem přezkumu stejná otázka jako v případech *Sempra* a *Enron*. Ačkoli byl anulační výbor i v tomto případě kritický k postupu tribunálu, došel k závěru, že sebevětší chyba při aplikaci práva nemůže představovat jeho neaplikování a tedy být důvodem pro zrušení nálezu.²¹⁷

Lze tedy shrnout, že podle Úmluvy ICSID by zřejmě zrušení nálezu mělo být nástrojem pro korekci zjevných a závažných pochybení procesní povahy. Zrušení nálezu tedy nemá přispívat k zachování ani k dosažení konzistentnosti mezi vydávanými rozhodčími nálezy. V posledních letech bylo vydáno několik rozhodnutí o zrušení rozhodčích nálezů, která svým extenzivním výkladem Úmluvy směřují k meritornímu přezkumu nálezů a tedy svým způsobem i blíže k jakémusi odvolacímu mechanismu. Tato rozhodnutí jsou však kritizována a zřejmě spíše než nový trend představují exces z činnosti anulačních výborů – výše uvedená vlna extenzivních rozhodnutí byla v roce 2011 ukončena rozhodnutími v případech *GDF* a *Continental Casualty*, která se vrátila zpět k restriktivnímu pojetí zrušení nálezu. Tato rozhodnutí je možné vnímat jako výsledek silné kritiky, které se dostalo extenzivním rozhodnutím v případech *Sempra* a *Enron*. V historii ICSIDu se již jedna generace extenzivních rozhodnutí objevila a po kritice ze strany odborné veřejnosti se na dobu dvaceti pěti let ustálilo v judikatuře anulačních výborů restriktivní pojetí. Je možné, že obnovená kritika znovu povede k delšímu období, ve kterém bude restriktivní pojetí zrušení rozhodčího nálezu respektováno.²¹⁸

²¹⁶ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29. 6. 2010, odst. 229. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30. 6. 2010, odst. 392-395, 406-407.

²¹⁷ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25. 9. 2007, odst. 136.

²¹⁸ FRIEDLAND, P. a BRUMPTON, P. Rabid Redux: The Second Wave of Abusive ICSID Annulments. *American University International Law Review*. 2012, č. 4, s. 760. Dostupný z WWW <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1782&context=auilr>>

Z pohledu cílů, které by chtěl odvolací mechanismus sledovat, je tedy zrušení rozhodčího nálezu v systému ICSID pro svou omezenost spíše neperspektivním institutem. V případě extenzivního výkladu by sice bylo možné rušit nálezy pro meritorní pochybení, judikatura ohledně možnosti takého výkladu je však nejednotná a nelze se tak spolehnout na to, že by rozhodování anulačních výborů bylo v tomto směru konzistentní. Rozhodnutí vydaná v případech *Sempra* a *Enron* konec konců větší konzistentnost nepřinesla, naopak byla vydána v přímém rozporu s úvahami anulačního výboru v případě *CMS Gas*.

3.2.2. Etická pravidla uplatňovaná vůči rozhodcům

V předchozí části této práce bylo popsáno, jak anulační výbory zřízené u ICSIDu při přezkumu rozhodčích nálezů posuzují také otázky související s nezávislostí a nestranností rozhodců. Přezkum této skutečnosti vyplývá z toho, že rozhodci jmenovaní v arbitrážích u ICSIDu musí splňovat požadavek článku 14 Úmluvy, podle kterého musí být spolehnutí na to, že budou spor rozhodovat nezávisle. Protože každá rozhodčí pravidla mají k otázce etických pravidel odlišný přístup a dohoda TPP umožňuje v případě dohody stran arbitráž podle jakýchkoli pravidel rozhodčího řízení, omezí se tato práce z důvodu omezeného rozsahu na popis fungování obecných pravidel Mezinárodní advokátní komory a Úmluvy ICSID.

Pokyny Mezinárodní advokátní komory pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži (dále jen "Pokyny IBA") jsou svou povahou soft-law dokumentem, který vznikl v roce 2004 na základě průzkumu aplikovatelných vnitrostátních standardů, z něhož byly vyvozeny základní principy pro posuzování střetu zájmů.²¹⁹ V roce 2014 došlo k revizi těchto pravidel tak, aby lépe odpovídala vývoji, kterým prošla arbitráž během uplynulých deseti let.²²⁰

²¹⁹ KAUFMANN-KOHLER, G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*. 2010, č. 1, s. 8-9. Dostupný z WWW <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13571335592180/soft_law_in_international_arbitration_kaufmann-kohler.pdf>

²²⁰ Publication of New IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration – the Key Changes, tisková zpráva. 4. 12. 2014. Dostupný z WWW <<http://hsfnotes.com/arbitration/2014/12/04/publication-of-new-iba-guidelines-on-conflict-of-interests-in-international-arbitration-the-key-changes>>

Jako soft-law nejsou Pokyny IBA pro arbitráž závazně aplikovatelné, pokud se na jejich použití nedohodnou strany sporu. Přes tuto skutečnost se jedná o velmi vlivný a využívaný dokument, který je rozhodci i advokáty často využíván v situacích, ve kterých je třeba vyhodnotit, zda dochází ke střetu zájmů.²²¹ To potvrzuje také skutečnost, že rozhodčí tribunály se na Pokyny IBA při svém rozhodování výslovně odkazují.²²²

Pokyny IBA se skládají ze dvou částí – první obsahuje sedm obecných standardů, které se mají v souvislosti se střetem zájmů na rozhodce vztahovat. Obecně lze tato pravidla shrnout tak, že osoba by neměla být ve sporu rozhodcem, pokud pochybuje o své nestrannosti či nezávislosti. Podobně to platí i pro existence důvodných pochybností ze strany jiných osob – existence takových pochybností ve smyslu Pokynů IBA se posuzuje podle toho, zda by rozumně uvažující třetí osoba obeznámená s okolnostmi sporu došla k závěru, že je možné, že rozhodce je při výkonu své funkce ve střetu zájmů.²²³ V tomto případě se tedy jedná o objektivní test.

Významnou povinností uloženou ustanoveními Pokynů IBA je povinnost (potenciálních) rozhodců oznámit stranám sporu jakékoli skutečnosti, které by mohly vyvolat pochybnosti o jejich nestrannosti a nezávislosti, a to buď ještě před přijetím jmenování rozhodcem nebo neprodleně poté, co se o takové skutečnosti jmenovaný rozhodce dozví. Takové oznámení učiní rozhodce vždy, když se nerozhodne jmenování odmítnout nebo na svou funkci rezignovat.²²⁴ Účelem oznámení je tedy zejména poskytnout stranám sporu informace, které potřebují k tomu, aby případně mohly požadovat jeho rezignaci či odvolání.

Druhá část Pokynů IBA pak pro jejich snadnější praktickou aplikaci obsahuje popis některých situací, které mohou v rozhodčím řízení nastat, a jejich rozdělení mezi tři kategorie – zelenou, oranžovou a červenou.

²²¹ KAUFMANN-KOHLER, G. a RIGOZZI, A. *Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 200. Dostupný z WWW <<https://books.google.cz/books?id=SfZGCwAAQBAJ>>

²²² *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina* (UNCITRAL Arbitration), Decision on Challenge to Arbitrator, 17. 12. 2009, odst. 2; *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/07/16), Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19. 3. 2010, odst. 56.

²²³ IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration. International Bar Association. Londýn, 2014, s. 5. Dostupný z WWW <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>>

²²⁴ Tamtéž, s. 6-7.

V případě červeného seznamu se jedná o situace, ve kterých existují důvodné pochybnosti o nestrannosti či nezávislosti rozhodce. Červený list se dále dělí na dvě podskupiny – v jedné z nich jsou obsaženy situace, ve kterých střet zájmů lze zhojit prohlášením stran sporu, ve kterém výslovně souhlasí s tím, aby rozhodce spor rozhodl, do druhé skupiny jsou pak zařazeny situace, které takové řešení nepřipouštějí a existující střet zájmů tedy nelze nijak zhojit.²²⁵ Do první skupiny patří např. situace, kdy je rozhodce přímým nebo nepřímým vlastníkem akcií jedné ze stran sporu nebo kdy je rozhodce zaměstnancem advokátní kanceláře, která zastupuje jednu ze stran sporu. Druhá skupina zahrnuje např. situace, kdy je rozhodce zaměstnancem jedné ze stran sporu nebo kdy je významným způsobem finančně nebo osobně zainteresován na výsledku sporu.²²⁶

Oranžový seznam zahrnuje situace, v nichž lze mít důvodné pochybnosti o nestrannosti či nezávislosti rozhodce. Spadají sem například situace, ve kterých byl rozhodce v posledních třech letech více než jednou jmenován některou ze stran sporu rozhodcem v jiném sporu nebo ve kterých jsou dva rozhodci v tribunálu zaměstnanci jedné advokátní kanceláře.²²⁷ Pod oranžový seznam bychom zřejmě subsumovali také výše popsanou situaci Gabrielle Kaufmann-Kohler v případě *Vivendi II.*, a to konkrétně pod bod 3.5.4. (*"rozhodce je manažerem, ředitelem nebo členem dozorčího orgánu nebo je ovládající osobou společnosti propojené s některou ze stran sporu, přičemž tato společnost není přímým účastníkem řízení"*).²²⁸ Kaufmann-Kohler by tedy měla povinnost oznámit stranám sporu, že vykonává funkci ve společnosti propojené s žalobcem. Protože o této skutečnosti údajně nevěděla, takové oznámení stranám sporu neučinila – takové neoznámení však podle Pokynů IBA nezakládá absenci nestrannosti či nezávislosti, to mohou způsobit jen skutečnosti, které nebyly oznámeny.²²⁹ Lze tedy konstatovat, že v případě *Vivendi II.* postupoval anulační výbor v duchu ustanovení Pokynů IBA, když přistoupil ke zkoumání podstaty neoznámeného vztahu a samotné neoznámení nepovažoval za právně relevantní.

²²⁵ Tamtéž, s. 17.

²²⁶ Tamtéž, s. 20-21.

²²⁷ Tamtéž, s. 22-23.

²²⁸ Tamtéž, s. 25.

²²⁹ Tamtéž, s. 18.

Zelený seznam obsahuje příklady situací, které žádný střet zájmů nepředstavují. Jedná se např. o situace, v nichž rozhodce a právní zástupce jedné ze stran v minulosti byli členy jednoho rozhodčího tribunálu nebo v nichž rozhodce v minulosti veřejně prezentoval svůj právní názor na otázku, která bude řešena v příslušné arbitráži.²³⁰

Přes jejich rozšířenost a srozumitelnost se bohužel Pokyny IBA nemohou v některých případech prosadit v celém rozsahu – např. v rozhodčích řízeních vedených na základě Úmluvy ICSID nebude možné použít jejich standard pro odvolání rozhodce, neboť samotná Úmluva tuto otázku upravuje odlišně. Na rozdíl od Pokynů IBA (které vychází z určitého aktuálně přijímaného standardu, kdy stačí pochybnosti o nestrannosti či nezávislosti rozhodce) zakotvuje Úmluva ICSID pro tyto situace standard zjevného nedostatku nestrannosti či nezávislosti, tedy standard, jehož naplnění by pro stranu sporu mělo být těžší dosáhnout.²³¹ Úmluva navíc stanoví, že o odvolání arbitra rozhodují zbývající členové tribunálu – taková úprava není vhodná proto, že rozhodci se mezi sebou často znají a rozhodování o odvolání jejich kolegy je staví do složité pozice.²³²

Do roku 2013 skutečně byla v celé historii ICSIDu pouze jedna úspěšná žádost o odvolání rozhodce.²³³ O to více překvapivá byla tři rozhodnutí o odvolání rozhodců vydaná v rozmezí několika měsíců na přelomu let 2013 a 2014 v případech *Blue Bank*, *Burlington Resources* a *Caratube*. V prvních dvou případech bylo o odvolání rozhodců rozhodováno předsedou správní rady Světové banky na základě článku 58 Úmluvy ICSID, protože v případě *Blue Bank* bylo požadováno odvolání dvou ze tří členů tribunálu a v případě *Burlington Resources* nedokázaly dvě zbývající členky tribunálu najít shodu při rozhodování. V případě *Caratube* o odvolání rozhodce rozhodovali jeho kolegové z tribunálu a jednalo se o první rozhodnutí v rámci ICSIDu, kdy bylo v takovém případě žádosti o odvolání vyhověno.²³⁴ Ačkoli je tato vlna pozitivních

²³⁰ Tamtéž, s. 25-26.

²³¹ Úmluva ICSID, op. cit. sub 84. čl. 57.

²³² GIORGETTI, CH. op. cit. sub 189. s. 477-478.

²³³ VASANI, B. S. a PALMER, S. A. Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn? *ICSID Review*. 2014, č. 1, s. 18. Dostupný z WWW <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/center-for-international-arbitration/laa_20150_paolo_di_rosa_reading_8.pdf>

²³⁴ Tamtéž, s. 11.

rozhodnutí pozoruhodná, přísný právní standard aplikovaný v rámci ICSIDu v nich nebyl nijak pozměněn.²³⁵

Lze tedy konstatovat, že standard pro odvolání rozhodce na základě Úmluvy ICSID je přísnější než stanovuje většina ostatních rozhodčích pravidel. Nejjednodušším řešením této nežádoucí situace by byla změna výkladu ustanovení článku 57 Úmluvy ICSID - někteří autoři na základě výzkumu historických reálií tvrdí, že článek 57 je vykládán špatně a že úmyslem států při tvorbě Úmluvy nebylo vytvoření takto vysokého standardu pro odvolání rozhodce.²³⁶ Hlubší rozbor této problematiky by však již přesáhl tematický rozsah této práce. Možnost změny textu Úmluvy je vzhledem k obrovské náročnosti takového procesu spíše teoretická.

Z hlediska co nejlepšího zajištění nezávislosti a nestrannosti rozhodců dohoda TPP zatím nic nového nepřináší – v tomto ohledu bude nutné počkat na stanovisko, které mají signatářské státy do vstupu dohody v platnost přijmout ohledně zásad jednání rozhodců. Autor této práce se domnívá, že by bylo vhodné buď v tomto směru výslovně odkázat na Pokyny IBA nebo alespoň vytvořit podobná pravidla, protože aplikace ustanovení Pokynů IBA dokáže řešit mnohé situace, které kritici ISDS označují za problematické. Ani takovéto začlenění Pokynů IBA do dohody TPP by však zřejmě neumožnilo, aby se jejich aplikace prosadila přes přísnější ustanovení Úmluvy ICSID.²³⁷

Tradiční model ISDS tedy kromě ICSIDu nabízí v současné době dostatečné prostředky k tomu, aby umožnil účinný boj proti střetu zájmů nominovaných rozhodců, a to zejména díky soft law standardům, které mohou strany sporu přijmout v každé arbitráži.

3.2.3. Dílčí závěry

Jak již bylo uvedeno výše, dohoda TPP vychází z tradičního fungování ISDS – na základě dohody stran sporu umožňuje arbitráž podle jakýchkoliv rozhodčích pravidel

²³⁵ Tamtéž, s. 22.

²³⁶ Tamtéž, s. 5.

²³⁷ GANTZ, D. A. Investor-State Arbitration Under ICSID, the ICSID Additional Facility and the UNCTAD Arbitral Rules. 2004, s. 9. Dostupný z WWW <http://www.usvtc.org/trade/other/Gantz/Gantz_ICSID.pdf>

a u jakékoliv instituce. Ve věci odvolacího mechanismu pouze stanoví, že signatářské státy zváží připojení se k odvolacímu mechanismu, který by v budoucnosti mohl být vytvořen jinou mezinárodní dohodou. Vzhledem k tomu, že se signatářské státy dohody TPP drží spíše konzervativního přístupu k ISDS, lze usuzovat, že jejich zájem o připojení dohody TPP k odvolacímu mechanismu u ICS nebude příliš velký (pokud bude ICS zřízen v podobě navrhované Komise).

Tradiční mechanismy ISDS (přezkum nálezů vnitrostátními soudy a anulačními výbory) umožňují pouze zrušení vydaného rozhodčího nálezu, a to na základě úzce specifikovaných kritérií, která neumožňují výraznější meritorní přezkum. Vydané nálezy ani nelze nijak měnit. Z hlediska dosažení větší konzistentnosti v rozhodování rozhodčích tribunálů, a občas také z hlediska nápravy nespravedlivých rozhodnutí, jsou proto tyto mechanismy nedostatečné. Toto pojetí, které upřednostňuje konečnost rozhodčího nálezu před jeho správností, je však spíše vlastní komerční arbitráži a z hlediska legitimacy investiční arbitráže se ukazuje jako problematické.

Koncept odvolacího mechanismu navrhovaný Komisí tyto tradiční mechanismy ISDS nahrazuje. Obecně se zdá, že pokud režim ISDS nějakou reformu opravdu potřebuje, mělo by jí být zavedení odvolacího mechanismu. Nelze přehlížet problémy spojené s rozdílností v interpretaci některých typických ustanovení a z nich vyplývající nálezy, které si vzájemně odporují. Stejně tak je neustále možné, aby se objevily nové právní otázky, na které budou rozhodčí tribunály nacházet protichůdné odpovědi. Diskuse o odvolacím mechanismu probíhají již poměrně dlouhou dobu a některé státy mají ve svých dohodách ustanovení o tom, že v budoucnu zavedení takového mechanismu zváží. Doposud však tyto skutečnosti k žádnému výsledku nevedly. Autor této práce se domnívá, že návrh Komise je minimálně z tohoto úhlu pohledu třeba ocenit – jedná se o konkrétní návrh, u kterého navíc podle dostupných informací Kanada souhlasila s jeho začleněním do dohody CETA.

Pokud by byl mechanismus koncipovaný v návrhu Komise skutečně zaveden, vzhledem k širokému rozsahu přezkumu by mohl způsobit významný růst již tak dost vysokých nákladů, které musí obě strany sporu vynakládat na právní zastoupení. Historicky jsou většinou mechanismy pro zrušení rozhodčích nálezů využívány spíše

žalovanými státy²³⁸ a zejména z důvodu jejich prakticky neomezených finančních zdrojů se lze domnívat, že by tomu bylo podobně i v případě dohody TTIP. Zavedení odvolacího mechanismu by tak mohlo způsobit, že někteří zejména menší investoři nebudou mít dostatek prostředků k tomu, aby dokázali financovat dvoustupňové řízení. Toto riziko by mohlo být částečně kompenzováno existencí externího financování (*third party funding*), to je však většinou dostupné pouze pro investory, kteří disponují relativně vysokými nároky. Dalším faktorem, který popsané riziko lehce koriguje, je skutečnost, že v systému dohody TTIP nenesou strany sporu náklady na tribunál, které činí v průměru kolem 746.000 USD a obvykle jsou rovnoměrně neneseny oběma stranami sporu.²³⁹ Snížení nákladů by také bylo možné dosáhnout tím, že by Odvolací tribunál po vzoru Odvolacího orgánu WTO nepřezkoumával správnost posouzení skutkového stavu. Jak bylo také zmíněno výše, členové Odvolacího orgánu budou v prvních letech jeho fungování placeni, ačkoli nebudou mít žádnou práci. Z hlediska financování odvolacího mechanismu a jeho dopadu na náklady právního zastoupení lze mít vůči návrhu Komise výhrady. Z hlediska zamýšlených cílů by návrh Komise zřejmě dokázal zajistit větší konzistentnost a také správnost rozhodčích nálezů vydávaných v rámci ICS.

Z hlediska etických pravidel regulujících jednání rozhodců má dohoda TPP naprosto stejný přístup jako k zavedení odvolacího mechanismu – oproti tradičnímu pojetí ISDS nic nemění a stanoví, že v budoucnu bude přijato stanovisko, které tuto oblast blíže upraví. Oproti stávajícímu mechanismu přezkumu rozhodčích nálezů lze však konstatovat, že současná úprava etických povinností rozhodců je z hlediska řešení střetu zájmů poměrně kvalitní a dostačující – výjimku tvoří rigidní podmínky pro odvolání rozhodců jmenovaných v arbitrážích probíhajících na základě Úmluvy ICSID.

Úpravu etických pravidel obsaženou v návrhu Komise lze považovat za srovnatelnou s tradičním pojetím ISDS. Návrh nestanoví, jaký standard bude uplatňován při rozhodování o námitkách vůči jmenování členů senátů, lze však

²³⁸ GANTZ, D. A. An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions In Investor - State Disputes: Prospects and Challenges. op. cit. sub 162. s. 35.

²³⁹ Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take? 18. 2. 2014. Dostupný z WWW <<http://www.allenvery.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take-.aspx>>

předpokládat, že bude stejně jako v Pokynech IBA uplatňován standard odůvodněných pochybností rozumné třetí osoby. Návrh Komise na rozdíl od tradičního modelu ISDS bezpodmínečně zakazuje soudcům souběžné působení v advokacii, situace vznikající z takového potenciálního střetu zájmů však dokáže řešit i tradiční ISDS – dokonce i v rámci přísných pravidel ICSIDu došlo v případě *Blue Bank v. Venezuela* k odvolání rozhodce jmenovaného žalobcem, který byl zaměstnancem madridské pobočky kanceláře Baker & McKenzie, jejíž newyorská pobočka v té době zastupovala ve sporu proti Venezuele dalšího investora.²⁴⁰ Z hlediska praktické aplikace návrh Komise neobsahuje příklady řešení různých praktických situací jako Pokyny IBA a bude tedy plně v rukou předsedů Tribunálu a Odvolacího tribunálu, zda se při aplikaci příslušných ustanovení návrhu nevydají vlastní, ať už přísnější či volnější cestou.

²⁴⁰ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/20), Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12. 11. 2013, odst. 66.

Závěr

V odpovědi na veřejnou kritiku ISDS Evropská komise vypracovala rozsáhlý reformní návrh tohoto systému, který předložila USA jako návrh podoby investiční kapitoly dohody TTIP. Tato práce se zabýváva fungováním navrhovaného mechanismu a jeho srovnáním s mechanismem řešení sporů v rámci WTO a dohody TPP.

Na základě provedené analýzy se autor této práce nedomnívá, že by bylo možné investiční arbitráž označit za systémově nevyváženou ve prospěch investorů. Komparace s režimem WTO naopak ukázala, že ISDS disponuje silnějšími zárukami nezávislosti a nestrannosti rozhodců, a podrobnější analýza v kapitole věnované dohodě TPP vedla k závěru, že tento režim je dostatečný. Kritika ISDS v této oblasti spíše vychází z pohledu, který poněkud povrchně vnímá ISDS jako režim, ve kterém úzká skupina elitních korporátních právníků rozhoduje o suverénních aktech států. Podrobnější analýza však ukazuje, že rozhodci nejsou motivováni k tomu, aby rozhodovali v neprospěch států – naopak je v jejich zájmu rozhodovat spory nestranně a dbát o svou profesionalitu a dobrou pověst. Výrazně problematickým se ukazuje být pouze mechanismus užíváný při rozhodování o odvolání rozhodce v rámci ICSID, který by bylo vhodné reformovat.

Návrh Komise v řadě otázek výrazně nevybočuje z mezí ustanovení, která jsou dnes obvykle vkládána do dohod o podpoře a ochraně investic a prakticky aplikována v investičních arbitrážích – týká se to například transparentnosti řízení, ochrany práva na regulaci ve veřejném zájmu, externího financování a také úpravy střetu zájmů.

Pokud jde o koncept ICS jako stálého investičního soudu, má zřízení takové instituce smysl zejména pro Odvolací tribunál, kde stálější povaha mandátu umožní jeho členům častěji se mezi sebou setkávat a diskutovat o posuzovaných případech – tím by se po vzoru WTO mohlo snadněji dosáhnout jednoho ze základních cílů odvolacího mechanismu, kterým je konzistentnost vydávaných nálezů. Za tuto konzistentnost však strany sporů zaplatí většími náklady na právní zastoupení. Tribunál je sice v návrhu Komise také koncipován jako stálý soud, z praktického hlediska pro to však není žádný zásadní důvod. Jedná se zřejmě o snahu Komise zdůraznit, že případy jsou rozhodovány stálými soudci, kteří mají podle jejího názoru být

veřejností přijímání jako "demokratičtější" než ad hoc rozhodci. Odvolací tribunál je však v návrhu koncipován kvalitně a v případě jeho úspěšné multilateralizace by mohl tvořit základní kámen tak dlouho diskutovaného odvolacího mechanismu.

Srovnání s WTO dále ukázalo, že okruh současných často jmenovaných rozhodců by bylo vhodné rozšířit. Takové rozšíření návrh Komise nepochybně umožňuje, probíhalo by však výhradně v režii států. Komise přitom hazarduje s funkčností ISDS, když chce výběr soudců plně podřídít schválení státy. Takový přístup dává smysl z hlediska ochrany zájmů států, pro udržitelnost celého režimu ISDS je ale nutné, aby v něj měli důvěru také investoři, k jejichž ochraně byl tento režim vytvořen. Zde se nabízí možnost poskytnout jistý podíl na jmenování také zástupcům investorů – např. umožnit ICC navrhnout výboru jistý počet kandidátů. Takovým krokem by se návrh vrátil zpět ke kritizované polaritě mezi zástupci států a zástupci investorů. V této práci byla tato kritika posouzena jako z větší části neoprávněná, i v případě jiného názoru je nicméně nutné zdůraznit, že v rámci ICS mají soudci šestileté funkční období, což jejich závislost na skupině, která je jmenovala, do značné míry oslabuje.

Pokud jde o důvěru žalobců i žalovaných států k navrhovanému mechanismu, je návrh možné kritizovat proto, že stranám sporu bere jakoukoli možnost přímo se podílet na ustavování senátů. Pokud Komise tímto krokem zamýšlela odstranit domnělé problémy spojené s nominováním rozhodců stranami sporu, autor této práce není přesvědčen o tom, že tato snaha je správná. I kdyby však správná byla, mohla Komise alespoň do návrhu po vzoru WTO implementovat možnost konsenzuálního výběru rozhodců oběma stranami sporu. Taková možnost by zvýšila důvěru stran v řízení před ICS a jeho celkovou legitimitu.

Ze srovnání s WTO dále vyplynulo, že legitimita režimu ISDS by měla stát na více pilířích, než jsou charakterové vlastnosti osob, které působí jako rozhodci. Silná institucionální povaha WTO je do režimu ISDS kvůli jeho decentralizované povaze jen obtížně převoditelná, je ale možné rozšířit diskuse o ISDS, a to jak v rámci některých mezinárodních organizací a jejich orgánech, tak v rámci odborné i laické veřejnosti. Pokud jde o institucionální aspekt, návrh Komise v tomto ohledu příliš změn přinést nemohl. Větší přínos by nicméně mohl v budoucnu v případě jeho úspěšné

multilateralizace představovat Odvolací tribunál. Veřejnou diskusi pak může mimo jiného výrazně podpořit současný trend zvětšování transparentnosti investiční arbitráže.

Na základě výše uvedeného lze usuzovat, že návrh Komise bude v jednáních se Spojenými státy podroben kritice zaměřené zejména na mechanismus jmenování soudců ICS i ustavování senátů k projednání konkrétních sporů – jedná se pravděpodobně o nejproblematictější aspekty návrhu. Oprávněně lze kritizovat také zřízení stálého prvoinstančního Tribunálu či celkovou nákladnost systému ICS, a to z hlediska nákladů na jeho provoz i na právní zastoupení stran v dlouhém dvoustupňovém řízení. Obecně lze konstatovat, že návrh je na několika místech nejasný a v některých výše uvedených bodech by podle autora této práce bylo vhodné zvážit výraznější koncepční změny. Pozici USA k odvolacímu mechanismu lze těžko na základě provedené analýzy předvídat, v každém případě je však podle autora této práce alespoň třeba ocenit iniciativu Komise, která konečně předložila konkrétní návrh fungování takového mechanismu.

Seznam použité literatury

Monografie

KAUFMANN-KOHLER, G. a RIGOZZI, A. Arbitration: Law and Practice in Switzerland. Oxford: Oxford University Press, 2015. Dostupný z WWW <<https://books.google.cz/books?id=SfZGCwAAQBAJ>>

VAN DEN BOSSCHE, P. a ZDOUC, W. The Law and Policy of the World Trade Organization. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Dostupný z WWW <<https://books.google.cz/books?id=OTsoAAAAQBAJ>>

Periodická literatura a příspěvky do sborníků

ALVAREZ, J. E. a TOPALIAN, G. The Paradoxical Argentina Cases. *World Arbitration and Mediation Review*. 2013, č. 3. Dostupný z WWW <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_074917.pdf>

BALAŠ, V. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. a SCHREUER, CH. (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BEHN, D. Legitimacy, Evolution and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art. *Georgetown Journal of International Law*. Washington, 2014, č. 46. Dostupný z WWW <<https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00215000363-2.PDF>>

BROWER, CH. a SCHILL, S. W. Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *Chicago Journal of International Law*. 2009, č. 2, s. 484. Dostupný z WWW <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=cjil>>

CLODFELTER, M. The Future Direction of Investment Agreements in the European Union. *Santa Clara Journal of International Law*, 2014, č. 1, s. 172. Dostupný z WWW <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=scujil>>

DE BRABANDERE, E. NGOs and the “Public Interest”: The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes. *Chicago Journal Of International Law*. 2011, č. 1. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992939>

DE BRABANDERE, E. a LEPELTAK, J. V. Third Party Funding in International Investment Arbitration. *Grotius Centre Working Paper*. 2012, č. 1. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2078358>

FRANCK, S. D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*. 2005 č. 73. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812964>

FRIEDLAND, P. a BRUMPTON, P. Rabid Redux: The Second Wave of Abusive ICSID Annulments. *American University International Law Review*. 2012, č. 4. Dostupný z WWW <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1782&context=auilr>>

GANTZ, D. A. An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions In Investor - State Disputes: Prospects and Challenges. *Vanderbilt Journal of International Law*. 2006, č. 39. Dostupný z WWW <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3890&context=expresso>>

GIORGETTI, CH. Who Decides Who Decides In International Investment Arbitration? *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2013, č. 431, s. 477-478. Dostupný z WWW <<http://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1893&context=law-faculty-publications>>

IGNACIO SUAREZ ANZORENA, C. a PERRY, W. K. The Rise of Bilateral Investment Treaties: Protecting Foreign Investments and Arbitration. *In-House Defense Quarterly*. 2010. Dostupný z WWW <<http://www.chadbourne.com/sites/default/files/publications/idq-2010-03-suarezanzorenaperry.pdf>>

JOUBIN-BRET, A. Investor-State Mediation (ISM): A Comparison of Recent Treaties and Rules. In: ROVINE, A. W. (ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2014*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2015. Dostupný z WWW <<https://books.google.cz/books?id=krG8CgAAQBAJ&pg>>

KAUFMANN-KOHLER, G. Is Consistency a Myth? In: GAILLARD, E. a BANIFATEMI, Y. (eds.) *Precedent in International Arbitration*. New York: Juris Publishing, 2008. Dostupný z WWW <<http://www.arbitration-icca.org/media/4/92392722703895/media01231914136072000950062.pdf>>

KAUFMANN-KOHLER, G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*. 2010, č. 1. Dostupný z WWW <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13571335592180/soft_law_in_international_arbitration_kaufmann-kohler.pdf>

LALIVE, P. Absolute Finality of Arbitral Awards? *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*. 2008, č. 6. Dostupný z WWW <http://www.arbitration-icca.org/media/4/00233523493034/media012641359550680lalive_absolute_finality.pdf>

LAYTON, D. W. a MIRANDA, J. O. Advocacy before World Trade Organization Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases. *Kluwer Law International*. 2003, č. 1. Dostupný z WWW <<http://www.kslaw.com/library/pdf/laytonarticle.pdf>>

MAUPIN, J. A. Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky. In: BIANCHI, A. a PETERS, A. (eds.) *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Dostupný z WWW <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3126>

PARK, W. W. Arbitrator Integrity. In: WAIBEL, M., KAUSHAL, A., CHUNG, K. L. a BALCHIN, C. (eds.) *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

PAULSSON, J. Arbitration without Privity. *ICSID Review*. 1995, č. 2. Dostupný z WWW <http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf>

PAUWELYN, J. The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Panelists Are from Venus. CTEI Working Papers. 2015, s. 6. Dostupný z WWW <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI-2015-05_Pauwelyn-Mars%20and%20Venus.pdf>

PEREZCANO, H. Enhancing The Dispute Settlement System Or Much Ado About Nothing. In LAIRD, I. A., SABAHI, B., SOURGENS, F. G. a WEILER, T. D. (eds.) *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 6*. New York: Juris Publishing, 2013. Dostupný z WWW <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Enhancing_Dispute_Settlement_of_Much_Ado_about_Nothing_FINAL.pdf>

PETERSON, L. E. Arbitrator Decries "Revolving Door" Roles of Lawyers in Investment Treaty Arbitration. *Investment Arbitration Reporter*. 25. 2. 2010. Dostupný z WWW <<http://www.iareporter.com/articles/arbitrator-decries-revolving-door-roles-of-lawyers-in-investment-treaty-arbitration>>

PUIG, S. Social Capital in the Arbitration Market. *The European Journal of International Law*. 2014, č. 2. Dostupný z WWW <<http://www.ejil.org/pdfs/25/2/2495.pdf>>

QURESHI, A. H. An Appellate System in International Investment Arbitration? In: MUCHLINSKI, P., ORTINO, F: a SCHREUER, CH. (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROGERS, C. The Politics of International Investment Arbitrators. *Santa Clara Journal of International Law*. 2014, č. 1. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2347843>

ROSS, A. CAS Puts a Stop to Role-Switching. *Global Arbitration Reporter*. 14. 10. 2009. Dostupný z WWW <<http://globalarbitrationreview.com/news/article/19054/cas-puts-stop-role-switching>>

SHRYBMAN, S. a SINCLAIR, S. Public Auto Insurance and Trade Treaties. *Canadian Centre for Policy Alternatives Briefing Paper*. Ottawa, 2004, č. 1. Dostupný z WWW <<http://goldblattpartners.com/wp-content/uploads/00128082.pdf>>

SUDA, R. The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization. In: De SCHUTTER, O. (ed.) *Transnational Corporations and Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2006.

TIENHAARA, K. Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science. 28. 10. 2010. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065706>

VASANI, B. S. a PALMER, S. A. Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn? *ICSID Review*. 2014, č. 1. Dostupný z WWW <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/center-for-international-arbitration/laa_2015_0_paolo_di_rosa_reading_8.pdf>

WEAVER, M. A. The Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications. *Emory International Law Review*. 2014, č. 1. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2548830>

Mezinárodní smlouvy

Dohoda o transpacifickém partnerství (podepsána 4. 2. 2016) (Dohoda TPP), kapitola 9. Dostupný z WWW <<https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>>

Dohoda o zřízení Světové obchodní organizace, příloha 2: Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů (otevřena k podpisu 15. 4. 1994, vstoupila v platnost 1. 1. 1995). Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm>

Severoamerická dohoda o volném obchodu (podepsána 17. 12. 1992, vstoupila v platnost 1. 1. 1994). Dostupný z WWW <http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029_0.pdf>

Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (otevřena k podpisu 18. 3. 1965, vstoupila v platnost 14. 10. 1966). Dostupný z WWW <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>

Rozhodčí nálezy

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/07/16), Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz, 19. 3. 2010

Azurix Corp. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12), Annulment Committee Decision, 1. 9. 2009

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/20), Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12. 11. 2013

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25. 9. 2007

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3), Annulment Committee Decision, 20. 8. 2007

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30. 6. 2010

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russian Federation (PCA Case No. AA 226), Final Award, 18. 7. 2014

ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina (UNCITRAL Arbitration), Decision on Challenge to Arbitrator, 17. 12. 2009

Methanex v. United States of America (UNCITRAL Arbitration), Final Award, 3. 8. 2005

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. The Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/05/16), Annulment Committee Decision, 25. 3. 2010

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (UCITRAL Arbitration), Partial Award, 17. 3. 2006

Sempra Energy International v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16), Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29. 6. 2010

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation (PCA Case No. AA 227), Final Award, 18. 7. 2014

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation (PCA Case No. AA 228), Final Award, 18. 7. 2014

Tiskové zprávy

CETA: EU and Canada Agree on New Approach on Investment in Trade Agreement, tisková zpráva. Brusel, 29. února 2016. Dostupný z WWW <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm>

Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations, tisková zpráva. Brusel, 16. září 2015. Dostupný z WWW <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm>

Environment: Commission Refers Germany to Court over Coal Power Plant in Moorburg, tisková zpráva. Brusel, 26. března 2015. Dostupný z WWW <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4669_en.htm>

Přehled arbitrážních sporů vedených proti České republice, tisková zpráva. Praha, 2015. Dostupný z WWW <<http://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-arbitraznich-sporu-vedenych-prot>>

Publication of New IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration – the Key Changes, tisková zpráva. 4. prosince 2014. Dostupný z WWW <<http://hsfnotes.com/arbitration/2014/12/04/publication-of-new-iba-guidelines-on-conflict-of-interests-in-international-arbitration-the-key-changes>>

Internetové zdroje

BERNASCONI, N. a BRAUCH, M. D. The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German Public in the Dark. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, 2014. Dostupný z WWW <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>>

Bilateral Investment Treaties: Trends in Investment Rulemaking. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2014. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf>

BROMUND, T. R., ROBERTS, J. M. a DASGUPTA, R. The Proposed Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Mechanism: U.S. Should Oppose EU Demand to Abandon It. 15. 7. 2015. Dostupný z WWW <<http://www.heritage.org/research/reports/2015/07/the-proposed-investor-state-dispute-settlement-isds-mechanism-us-should-oppose-eu-demand-to-abandon-it>>

Dispute Settlement: Procedures. Appellate Procedures. World Trade Organization. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_procedures_e.htm>

Dispute Settlement System Training Module: Chapter 6: The Process – Stages in a Typical WTO Dispute Settlement Case. World Trade Organization. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s4p1_e.htm>

Dispute Settlement System Training Module: Chapter 9: Participation in Dispute Settlement Proceedings. World Trade Organization. Dostupný z WWW <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c9s1p1_e.htm>

EU Says It Will Hit 'Pause' On TTIP Investment Talks Pending Public Debate. Sierra Club Canada Foundation. Dostupný z WWW <<http://www.sierraclub.ca/en/main-page/eu-says-it-will-hit-pause-ttip-investment-talks-pending-public-debate>>

GANTZ, D. A. Investor-State Arbitration Under ICSID, the ICSID Additional Facility and the UNCTAD Arbitral Rules. 2004. Dostupný z WWW <http://www.usvtc.org/trade/other/Gantz/Gantz_ICSID.pdf>

HAFNER, E. M., STEINERT-THRELKELD, Z. C. a VICTOR, D. G. Transparency of Investor---State Arbitration. 13. 9. 2013. Dostupný z WWW <<http://www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/Transparency-in-Arbitration-2.pdf>>

Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take? 18. 2. 2014. Dostupný z WWW <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-How-much-does-it-cost-How-long-does-it-take-.aspx>>

Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2014. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf>

Investor-State Dispute Settlement: Public Consultation: 16 May – 9 July 2012. Organization for Economic Co-operation and Development. Paříž, 2012. Dostupný z WWW <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>>

MEHTA, P. a PUROHIT, P. ABC of the WTO. Monographs on Globalisation and India: Myths and Realities. Centre for International Trade, Economics & Environment. 2002. Dostupný z WWW <<http://www.cuts-citee.org/pdf/MONOGRAPH02-01.pdf>>

NEWCOMBE, A. A Brief Comment on the "Public Statement on the International Investment Regime". 3. 9. 2010. Dostupný z WWW <<http://kluwerarbitrationblog.com/2010/09/03/public-statement-on-the-international-investment-regime>>

OLIVER, CH. Public Backlash Threatens EU Trade Deal. Financial Times, 13. 1. 2015. Dostupný z WWW <<http://www.ft.com/cms/s/0/8c17a17e-9b33-11e4-882d-00144feabdc0.html#axzz3zhgfJuPS>>

Open Letter of Civil Society against Investor Privileges in TTIP. 27. 12. 2013. Dostupný z WWW <<http://www.bilaterals.org/?open-letter-of-civil-society&lang=en>>

PAUWELYN, J. At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law As A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed. 24. 1. 2014. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271869>

PETERSON, L. E. Argentine Crisis Arbitration Awards Pile Up, But Investors Still Wait for a Payout. 25. 6. 2009. Dostupný z WWW <<http://www.bilaterals.org/?argentine-crisis-arbitration&lang=en>>

POSNER, T. R. An Appellate Mechanism for Investor-State Dispute Settlement: A Perspective Based on the WTO Appellate Body Experience. Crowell Moring. Washington. Dostupný z WWW <<https://www.crowell.com/documents/An-Appellate-Mechanism-for-Investor-State-Dispute-Settlement.pdf>>

Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper. International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. 10. 2004. Dostupný z WWW <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>

Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom. Corporate Europe Observatory. Brusel/Amsterdam, 2013. Dostupný z WWW <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>

Public Statement on the International Investment Regime. 31. 8. 2010. Dostupný z WWW <<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010>>

Recent Trends in IIAS and ISDS. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2015. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf>

Report: Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement. Brusel, 13. 1. 2015. Dostupný z WWW <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf>

RISSE, J. A New “Investment Court System” – Reasonable Proposal or Nonstarter? 25. 9. 2015. Dostupný z WWW <<http://globalarbitrationnews.com/investment-court-system-20150925>>

ROSERT, D. The Stakes Are High: A Review of the Financial Costs of Investment Treaty Arbitration. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, 2014. Dostupný z WWW <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf>>

SCHREUER, CH. Three Generations of ICSID Annulment Proceedings. Dostupný z WWW <<http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/69.pdf>>

The ICSID Caseload – Statistics. International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2014, č. 2. Dostupný z WWW <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(English).pdf)>

VAN HARTEN, G. A Case for an International Investment Court. Society for International Economic Law. 30. 6. 2008. Dostupný z WWW <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424>

VAN HARTEN, G. Vattenfall v. Germany (Energy Charter Treaty). 2011. Dostupný z WWW <http://iiapp.org/media/uploads/vattenfall_v_germany.rev2.pdf>

World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance. United Nations Conference on Trade and Development. Ženeva, 2015. Dostupný z WWW <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>

Jiné zdroje

Americká vzorová dohoda o podpoře a ochraně investic. 2004. Dostupný z WWW <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>

Directives for the Negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America. 2013, dostupný z WWW <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>>

IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration. International Bar Association. Londýn, 2014. Dostupný z WWW <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>>

Kanadská vzorová dohoda o podpoře a ochraně investic, 2004. Dostupný z WWW <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>

Procedures for the Appointment of Directors-General. World Trade Organization. Ženeva, 20. 1. 2003. Dostupný z WWW <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/L/509.doc>>

Trade in Services, Investments and E-commerce - pracovní verze textu dohody TTIP. 2013, dostupný z WWW <<http://keionline.org/sites/default/files/eu-kommission-position-in-den.pdf>>

Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-commerce: Chapter II – Investment, návrh Evropské komise. Dostupný z WWW <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf>

UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010. United Nations Commission on International Trade Law. New York, 2010. Dostupný z WWW <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>

UNCITRAL Arbitration Rules. United Nations Commission on International Trade Law. New York, 1976. Dostupný z WWW <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>

Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži. United Nations Commission on International Trade Law. 2006. Dostupný z WWW <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>

Abstrakt

Návrh Evropské komise ve věci reformy mechanismu řešení investičních sporů: komparativní analýza

V listopadu 2015 předložila Evropská komise v rámci jednání o investiční kapitole dohody TTIP delegátům USA k jednání text, který se výrazně liší od klasických modelů ISDS. Tento reformní návrh Komise vychází ze současné vlny kritiky, která označuje investiční arbitráž za nelegitimní a požaduje její výraznou reformu či dokonce úplné odstranění z textu návrhu dohody TTIP. Komise k vypracování návrhu přikročila poté, co se veřejné konzultace vypsané v odpovědi na kritiku ISDS setkaly s výrazným zájmem veřejnosti.

Tato práce si klade za cíl analyzovat návrh Komise a stanovit, zda Komise v jednáních o dohodě TTIP předložila kvalitní návrh, který je schopen nahradit dosavadní tradiční koncepci ISDS. Dále je cílem této práce zkoumat, zda mezi návrhem Komise a tradiční koncepcí ISDS existují výrazné či spíše drobnější rozdíly, a zda by v některých aspektech mohla Komise zvolit lepší řešení.

Po úvodní kapitole věnované výše zmíněné kritice legitimacy investiční arbitráže a výsledkům veřejné konzultace se práce ve druhé kapitole věnuje analýze fungování návrhu Komise. Pozornost je věnována zejména procesním aspektům fungování řízení před stálým investičním soudem, jehož založení Komise navrhuje. Jako hlavní problematické body jsou identifikovány způsob jmenování soudců do jejich funkcí a odstranění možnosti stran sporu ovlivnit složení senátů, které jejich případ posuzují.

Třetí kapitola pak obsahuje komparativní analýzu návrhu Komise se systémem řešení sporů v rámci Světové obchodní organizace a dohody TPP. V části věnované WTO se práce zejména věnuje průběhu řízení před panely a Odvolacím tribunálem WTO a statistikám, které umožňují provést srovnání mezi režimem WTO a ISDS. V části zabývající se dohodou TPP je pak zejména věnován prostor mechanismům, které v tradičním pojetí ISDS regulují problematiku střetu zájmů na straně rozhodců anebo umožňují přezkum vydaných rozhodčích nálezů. Na základě těchto srovnání práce nabízí některá možná zlepšení reformního návrhu Komise.

Abstract

European Commission's Reform Proposal Concerning The Investment Dispute Settlement Mechanism: Comparative Analysis

In November 2015, during negotiations with the USA about the investment chapter of TTIP, the European Commission presented US delegates with a text which significantly differs from the traditional model of ISDS. Commission's reform proposal is a reaction to the current criticism directed towards the legitimacy of investment arbitration and to the demands for its thorough reform or even removal from the TTIP draft text. The Commission introduced the proposal after the public consultation opened in connection with the criticism of ISDS attracted significant public interest.

This thesis aims to analyze the Commission's proposal and determine whether the Commission has introduced a sound proposal which would be capable of replacing the traditional concept of ISDS. The thesis further examines whether there are smaller or larger differences between the Commission's proposal and traditional ISDS and whether the Commission could have taken a different approach to some issues.

After the first chapter dedicated to the criticism of investment arbitration and the results of the public consultation, the thesis analyses the Commission's proposal. Most attention is given to its procedural aspects, describing the proceedings before the permanent investment court that the Commission proposes to establish. The thesis identifies as most problematic the procedure to appoint judges and the fact that the parties to the dispute are not able to influence the composition of the division which is hearing their case.

The third chapter contains a comparative analysis of the Commission's proposal and the dispute settlement mechanisms used in the WTO and the TPP. The part dedicated to the WTO mainly deals with the proceedings before the WTO panels and the Appellate Body and with the statistics which enable a comparison between the ISDS and WTO regimes. In the part describing TPP, the thesis focuses on the mechanisms used in the traditional concept of ISDS to regulate the issues of conflict of interest or to enable review of arbitral awards. Based on these comparisons, the thesis suggests some possible improvements to the Commission's reform proposal.

Klíčová slova / Keywords

TTIP

ICS

stálý investiční soud / Investment Court System

investiční arbitráž / investment arbitration

Evropská komise / European Commission

reformní návrh / reform proposal