

## **PRECEDENT V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ**

FILIP ČERNÝ

Law offices Bělohávek & Law Faculty of Charles University in Prague  
(Department of Commercial Law, Czech Republic)

### **Abstract in original language**

Autor předkládá krátkou stať zabývající se stále diskutovaným tématem existence precedenčního systému v rámci investičního rozhodčího řízení. S ohledem na specifickou povahu investičních rozhodčích řízení, které se nacházejí na pomezí mezi soukromým, veřejným, národním a mezinárodním právem, přičemž zahrnují právní prameny ze všech těchto oblastí, je odpověď na otázku, zda zde prakticky existuje systém závazných rozhodnutí komplikovaná. Auto se pokusí demonstrovat na rozhodovací praxi Střediska ICSID důvody, proč takový systém formálně neexistuje, přičemž se pokusí zmapovat faktické fungování referenčního rámce vydaných rozhodnutí běžně využívaného rozhodci.

### **Key words in original language**

Investice - ochrana investic – Středisko ICSID - Washingtonská Úmluva – Precedent - měkký precedent - Investiční rozhodčí řízení.

### **Abstract**

Author provides a short essay concerning with the evergreen topic of the precedents in Investment Treaty Arbitration. Given by the specifics of the investment protection system standing on the small edge between private, public, national and international law including all sources of law of these systems, is the answer to the question: is there a factual doctrine of precedent in investment treaty arbitration, complicated. Author demonstrates on the case law of the most developed system for the dispute resolution among the states and nationals of the other states (ICSID) the reasons for the non-existence of the precedential system. Simultaneously, author sketches the factual functioning of the referential framework of the previously Publisher decision regularly exploited by the arbitrators.

### **Key words**

Investment – Investment protection - ICSID Centre - Washington Convention – Precedent - Soft Precedent

**PRECEDENT V INVESTIČNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ**

Problematika sporů z investic je velmi komplikovanou a současně komplexní disciplínou. Důvodem této komplikovanosti je především skutečnost, že systém ochrany investic je založen na diagonálních právních vztazích<sup>1</sup>, tj. vztazích založených mezinárodní smlouvou (většinou dohodou o podpoře a ochraně investic- dále jen jako „BIT“<sup>2</sup>) mezi suverénními entitami mezinárodního práva veřejného (státy), v rámci kterých jsou určitá práva a mechanismy ochrany designována pro účely ochrany soukromoprávních subjektů (tedy non-subjektů dle mezinárodního práva veřejného).

Tyto soukromoprávní subjekty (investoři) pak na základě mechanismů zakotvených v příslušných mezinárodně právních instrumentech veřejného práva, mezi které lze řadit i způsob řešení sporů z investic mezi investorem a hostitelským státem, uplatňují své nároky plynoucí z porušení závazku mezinárodního práva veřejného vůči hostitelskému státu a to před fórem, které je určeno v příslušné BIT. Komplexita řešeného sporu (pakliže odhlédneme od faktické komplexity investičních celků umístěvaných na cizím území jako takových) pak mimo jiné vyplývá z použitelného práva pro řešení sporu z investic, které zahrnuje kombinaci vnitrostátního práva (dotčeného státu), příslušné dohody o podpoře a ochraně investic, specifických dohod týkajících se příslušné investice a obecných zásad mezinárodního práva veřejného<sup>3</sup>. Zcela samostatnou kapitolou je pak otázka aplikace procesních norem, které závisejí na možnostech řešení sporu, tak jak je stanoví rozhodčí doložka v příslušné BIT.

V tomto příspěvku se budeme zabývat otázkou, zda vůbec a do jaké míry je možné rozhodnutí investičních rozhodčích tribunálů považovat za obecně závazné, přičemž autor analyzuje (polemizuje se) stávající rozhodovací praxí soudních tribunálů (především s ohledem na rozhodovací praxi Střediska ICSID, které jako jediné všechny své rozhodnutí zveřejňuje) a poukáže na některé negativní vlivy doprovázející fenomén (ne)existence precedenčních rozhodnutí v investičním rozhodčím řízení.

### *Nastínění problému*

---

<sup>1</sup> K tomuto tématu srovnej KVĚTOSLAV RŮŽIČKA, DIAGONÁLNÍ SMLOUVY V PROCESU SOCIALISTICKÉ EKONOMICKÉ INTEGRACE, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica. Monographia, Praha: Karlova Univerzita (1988).

<sup>2</sup> Zažitá zkratka z anglického názvu (B)ilateral (I)vestment (T)reaty, či v množném čísle pak (T)reatie(s).

<sup>3</sup> Srovnej například ustanovení čl. 8 odst. 6 Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic z 29. Dubna 191, publikováno ve sbírce zákonů pod č. 569/1992Sb.

I když se za poslední dekádu množství sporů vedených pro porušení BITs mnohonásobně rozrostl, přeci jen se jedná o oblast, jež je pro investory velice finančně náročná,<sup>4</sup> tudíž některé otázky se před rozhodčími tribunály operujícími na rozdílných platformách, respektive podle rozdílných rozhodčích pravidel objevují prvně, zatímco „jinde“ byly již dříve řešeny. Je však možné k rozhodnutím vydaným v rámci jiných řízení (na základě odlišné BIT) dle rozdílných rozhodčích pravidel přihlížet či odkazovat, a pokud ano, tak v jakém rozsahu?

Je tedy třeba vymezit obecný *modus operandi* vzájemných vztahů mezi jednotlivými nálezy týkajícími se porušení BITs<sup>5</sup> (vydaných na základě rozdílných procesních pravidel).

Otázka závaznosti rozhodnutí mezinárodních tribunálů je pro investora navýsost palčivá v případě, kdy je třeba v případě zvažování zahájení investičního rozhodčího řízení provést evaluaci potenciálního výsledku sporu, přičemž při hodnocení svého úspěchu může vycházet pouze z předcházející judikatury investičních rozhodčích tribunálů- otázka určité minimální úrovně právní jistoty je zde tedy skutečně nasnadě.

*Precedenční povaha rozhodnutí v mezinárodním právu veřejném: formální pohled*

Jelikož jednotlivé nálezy jsou vydávány různými rozhodčími institucemi, rozhodujícími na základě rozdílných procesních a fakticky i hmotných norem, je otázkou zda je vůbec možné na ně nahlížet jako na autoritativní rozhodnutí mající závaznost zasahující dále než jen *inter partes*. Skutečností však je, že investiční rozhodčí senáty, zahrnující i senáty ICSID, odkazují na rozhodnutí předchozích senátů v nejvyšší možné míře<sup>6</sup>. Zajímavou skutečností ovšem je, že sama Washingtonská Úmluva<sup>7</sup> výslovně ve svém

---

<sup>4</sup> Pouze namátkou z poslední doby (nález o odmítnutí příslušnosti rozhodčího soudu vydán 15.dubna 2009) spor *Phoenix Action, Ltd.v. Czech Republic*, ICISD Case No. ARB/06/5, Final Award of April 15, 2009, kde pouze za fázi jednání o příslušnosti přiznal soud České republice náhradu nákladů právního zastoupení a výdajů spolu s částí poplatku za řízení ve výši 21.417.199.13,-Kč.

<sup>5</sup> Pozorný čtenář si jistě všimne záměrně užitého množného čísla. Kritické možnosti existence precedenčního, či jistou terminologickou lehkostí řečeno „referenčního“ systému právě nejčastěji poukazují na skutečnost, že není možné zakládat systém závazných rozhodnutí založených na různých, i když v jádru stejnou věc upravujících BITs. Striktně vzato by pak bylo možné vytvářet závazný systém jen na základě rozhodnutí vydaných podle stejných procesních pravidel, což už z důvodů zajištění určité předvidatelnosti systému není možné.

<sup>6</sup> Christoph Schreuer, Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?* in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, New York: Oxford University Press 1189 (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds. 2008).

<sup>7</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, uzavřena dne 18. března 1965, 457 U.N.T.S 195 (Úmluva o řešení sporů

ustanovení čl. 53 odst. 1 uvádí, že „nález bude závazný pro strany...“<sup>8</sup>, což pouze potvrzuje závaznost nálezů *inter partes*. Navíc, každý z rozhodčích senátů je konstituován ad hoc na základě vůle stran. Nelze tedy předpokládat, že by tento „systém“ fungoval podobně, jako fungují vnitrostátní soudní systémy.

Obdobně se k této otázce staví i například statut Mezinárodního soudního dvora, který v čl. 59 výslovně stanoví, že rozhodnutí soudu není závazné pro nikoho jiného, než pro strany sporu s ohledem na daný případ.<sup>9</sup> Toto zdůraznění závaznosti *inter partes* pak potvrzuje pouze skutečnost, že existence *de jure* precedenčního systému analogického systému užívaného v jurisdikcích *Common Law*, respektive doktríny *stare decisis* jakožto základního kamene precedenčního systému v mezinárodním právu veřejném, potažmo v jeho partikulární oblasti ochrany investic neexistuje.<sup>10</sup>

Skutečnost je ale jiná, a investiční rozhodčí senáty pravidelně odkazují na rozhodnutí předcházejících senátů. Jaká je tedy povaha těchto odkazů a především jejich váha pro subjekty stojící extra partes?

Právo ochrany investic je součástí partikulárního mezinárodního práva, a jako takové je tedy právem bez vnitřní hierarchie dané svrchovanou zákonodárnou, potažmo soudní mocí, je pak tedy v souvislosti s otázkou závaznosti daných rozhodnutí se třeba dotazovat, zda výše nastíněné nedostatky jsou opravdu závadou, jež by znemožňovala považovat rozhodnutí z jistého hlediska za precedentní per se.

Autor tohoto příspěvku se domnívá, že ano, neboť systém mezinárodního práva veřejného, i když absentuje svrchovaného zákonodárce stejně jako hierarchizovanou soustavu soudů, je založen na maximě souhlasu (konsensu) účastníků tohoto systému (především pak států), kteří vytvářejí

---

z investic mezi státy a občany druhých států, v ČSFR vyhlášena sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.).

<sup>8</sup> Originální znění čl. 53 odst.1 Washingtonské Úmluvy:

*„The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.“*

<sup>9</sup> Originální znění čl. 59 Statutu MSD:

*„The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.“*

<sup>10</sup> Tak tento fakt interpretují i přední odborníci v oboru. Srovnej CHRISTOPH SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, Cambridge: Cambridge University Press, 1082 (2001), obdobně CABELL MCLACHLAN, LAURENCE SHORE, MATTHEW WEINIGER, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES*, New York: Oxford University Press, 71, marg. 3.85 (2007).

system, jehož meze jsou stanoveny právě rozsahem souhlasu ohledně příslušných otázek, zakotveným v mezinárodním smluvním či obyčejovém právu. Z tohoto hlediska je pak zřejmé, že pokud dva specifictí účastníci systému dospějí ke konsensu ohledně řešení příslušného sporu plynoucího z příslušné dohody (smluvního instrumentu mezinárodního práva veřejného), je zřejmé, že výsledek takového sporu bude zavazovat pouze tyto strany (státy) s ohledem na tento daný spor. Vytváření paralel s takovýmto sporem (byť i interpretačních) v případě sporu jiných subjektů by totiž mohlo být považováno za zásah do svrchované rovnosti států jakožto účastníků systému mezinárodního práva veřejného.

#### *Teoretická východiska rozhodovací praxe rozhodčích senátů*

V případě rozhodovací činnosti senátů rozhodujících spory z investic je situace poněkud odlišná a to z především z důvodu, že i když se *stricto sensu* jedná o jedinečné dohody,<sup>11</sup> dojednané mezi jednotlivými státy za odlišných podmínek<sup>12</sup>, většina z nich kopíruje určitou modelovou dohodu<sup>13</sup>, tj. v závislosti na rozšiřování BITs v devadesátých letech minulého století

---

<sup>11</sup> Jelikož aktuální čísla nejsou známa, lze současný stav zřejmě pouze odhadovat, ovšem dle UNCTAD bylo na počátku roku 2006 platných a účinných přes 2500 BITs, bližší viz UNCTAD, The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs), 3 IIA MONITOR 2 (2006), (dále jen jako „UNCTAD Report“).

<sup>12</sup> V tomto ohledu bude jistě z pohledu ČR zajímavé sledovat vývoj „bytí“ dohod, které byly uzavřeny za dob společného Československa respektive federace, a které sukcedovaly po rozpadu federace na oba nově vzniknuvší státy. V tomto ohledu se totiž jedná vcelku o jedinečný fenomén, který jde proti výše uvedenému, neboť tyto dohody byly dojednány v době, kdy ČR a SR byly jedním státem, tudíž teoreticky by byly rozhodnutí vydaná na základě dohody zavazující jeden stát (respektive výklad a interpretace institutů zakotvených v takové BIT) analogicky aplikovatelné i na případné spory ohledně ochrany investic v druhém státě dle druhé dohody, která je ovšem totožnou s BIT originální. Z tohoto hlediska by jistě pak byly odkazy na rozhodnutí vydaná podle jedné dohody při interpretaci dohody druhé nejbližší k legitimnímu vytvoření výkladových pravidel aplikovatelných obecně na příslušnou dohodu.

<sup>13</sup> Za „matku všech BITs“ lze považovat OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property z roku 1962, která obsahovala základní kostru obsahu BITs (zacházení se zahraniční investicí, vyvlastění, řešení sporů, etc.), které z ní velmi často a extenzivně čerpaly. Text této dohody dostupný v el. podobě na: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> (naposledy navštíveno dne 15.května 2011). Za zmínku stojí také další významné modelové dohody jednotlivých kapital exportujících států, které jsou oproti tomuto pravzoru specificky modifikované s ohledem na definice, rozsah standardů ochrany, řešení sporů apod., a to s ohledem na politické hospodářské postavení příslušného státu. Takovými státy s vlastní specifickou a aktuální modelovou BIT jsou například USA (2004), v el. podobě dostupná na: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (naposledy navštíveno dne 15.května 2011), nebo například Kanada (FIPA, 2003) [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what\\_fipa.aspx?lang=en#structure&menu\\_id=45](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=en#structure&menu_id=45) (naposledy navštíveno dne 15.května 2011).

došlo k rozmachu BITs ze stovek na tisíce<sup>14</sup>, přičemž však původní dohody vycházely právě z modelu OECD, přičemž docházelo ke kumulativnímu kopírování a vytváření určitých kvazi-modelů na základě této základní modelové dohody. Výsledkem je skutečnost, že drtivá většina BITs mají obdobnou strukturu respektive obsah, odrážející základní prvky ochrany investorů a jejich investic, jakož i jednotlivé specifické instituty<sup>15</sup> vlastní této právní oblasti.

Z tohoto hlediska je pak pochopitelný přístup praxe investičních rozhodčích senátů při snaze vytvářet systém rozhodnutí, jež svou povahou alespoň připomínají precedenční rozhodnutí, respektive, jejichž použití za hranicemi *inter partes* závaznosti tomu alespoň nasvědčuje. Tato skutečnost je dána taktéž tím, že investor (subjekt, který v drtivé většině zahajuje investiční rozhodčí řízení), jenž byl poškozen jednáním suverénního státu by jistě rád zhodnotil své šance na úspěch v případném sporu na základě předcházejících rozhodnutí vydaných v obdobných sporech, neboť investiční arbitráž je nejen časově ale taktéž finančně nákladná záležitost. Totéž samozřejmě platí i o hostitelských státech, které by rády na základě příslušné rozhodovací praxe taktéž rády hodnotily své šance na úspěch v příslušném sporu, resp. potenciálně se mu vyhnuly v případě, že by z jejich strany skutečně došlo k pochybení a spor by bylo možné vyřešit smírně v rámci obligatorní lhůty pro smírné řešení sporů stanovené většinou BITs.<sup>16</sup> Prvek předvídatelnosti a jisté právní jistoty zde tudíž hraje významnou roli pro jednotlivé aktéry s ohledem na rozhodnutí, zda se rozhodnou svěřit svůj spor mezinárodnímu investičnímu tribunálu či nikoliv.

Není tedy zřejmě možné hovořit o precedenční povaze rozhodnutí jako takové ve smyslu právního systému *Common Law*, na druhou stranu je třeba mít na paměti, že velké množství rozhodců praktikujících v dané oblasti pochází z této právní kultury a tento způsob rozhodování je jím vlastní. Jak však již bylo uvedeno, nedokonalost mezinárodního právního systému postrádajícího hierarchizovanou strukturu soudů vylučuje aplikaci doktríny *stare decisis* v její úplnosti. Z praktického hlediska je tedy možné konstatovat, že zde existuje funkční systém quasi-precedenčních rozhodnutí, na jejichž základě mohou rozhodci dále postupovat při rozhodování investičních sporů a stabilizovat tak předmětný systém a to formou

---

<sup>14</sup> Viz UNCTAD Report, tabulka č. 1, str.3.

<sup>15</sup> Jakými jsou například tzv. „*fork in the road clause*“, která umožňuje investorovi vybrat si, zda svůj nárok uplatní před investičním rozhodčím senátem nebo před vnitrostátními soudy hostitelského státu- volba jednoho způsobu řešení spor pak vylučuje aplikaci druhého způsobu; dalším je např. „*most favourite nation clause*“, jinak doložka nejvyšších výhod (standard ochrany), která umožňuje investorovi dožadovat se vyššího standardu ochrany, který plyne z jakékoliv BIT, kterou uzavřel hostitelský stát s třetím státem, etc.

<sup>16</sup> Tzv. *cooling off period*, jež bývá ohraničena většinou lhůtou šesti měsíců, v rámci které mají strany potenciálního sporu usilovat o smírné vyřešení sporu.

zpřesňujícího výkladu obecných ustanovení BITs. To je dáno především tím, že samy BIT i ostatní prameny mezinárodního práva jsou normami nedokonalými, respektive se jedná o normy, jež mají povahu smluv vyjadřujících konsensus smluvních stran. Právo vytvářené na bázi konsensu tak musí nutně obsahovat velké množství obecných a relativně neurčitých definic (např. standardy ochrany), jež není možné definovat precizně, což je však nutné provést v rámci případného sporu a s ohledem na všechny okolnosti daného případu pak obecné normy zakotvené v příslušné BIT konkretizovat, přičemž podobnost struktury jednotlivých BITs přímo nabádá k využívání předcházejících rozhodnutí tímto referenčním způsobem. Rozhodčí nálezy lze totiž považovat za podpůrný prostředek interpretace a výkladu mezinárodního práva ve smyslu čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora, jež stanoví prameny mezinárodního práva.

Je třeba se však vyrovnat se skutečností, že každé rozhodnutí je svým způsobem jedinečné, neboť aplikuje mezinárodní úmluvu na jedinečný spor rozhodovaný dle odlišných pravidel buď zvolených stranami sporu, nebo na základě pravidel příslušného tribunálu, jež se vzájemně liší od pravidel tribunálů ostatních. Domnívám se však, že tato skutečnost není na překážku, jelikož obsahem takovýchto nálezů je především argumentace rozhodců, v rámci které dochází k rozvíjení předmětných doktrín, přičemž vzájemně jsou tyto rozhodnutí zohledňována referenčně, tedy obdobně jako podpůrné prameny mezinárodního práva veřejného dle čl. 38 Statutu Mezinárodního soudního dvora.

Z hmotně- právního hlediska jsou pak odlišnosti, jimiž jsou nadány jednotlivé BITs a předmětné případy předkládané před mezinárodní rozhodčí tribunály jsou tak spíše marginální, neboť jádrem je právě výklad daných standardů. K podobnému závěru dospěl i Cheng<sup>17</sup>, který navrhuje, poté co dochází k názoru, že precedenční systém v rámci investičních sporů existuje, přičemž je však kontrolován nikoliv hierarchickou strukturou závaznosti precedentů ale spíše zevnitř ze strany rozhodců, že ideální pro hodnocení a analýzu jednotlivých případů z hlediska jejich precedenční závaznosti je především srovnávání nálezů co do rozhodnutí a argumentace týkající se jednotlivých institutů ochrany, než srovnávání jednotlivých případů *en bloc*, tak jak to je činěno tradičně s jednotlivými precedenty.

S tímto názorem se lze jistě ztotožnit, ovšem je třeba si uvědomit, že přijetím takového předpokladu je svěřován systém investičního rozhodčího řízení a jeho vývoje mimo sféru hostitelských států na bedra nezávislých rozhodců, tj. nezávislé, neurčité a názorově nehomogenní skupině právních vědců, kteří rozhodují spory, jejich výsledky nemusejí být ani zveřejňovány, pokud si to strany nepřejí. Navíc, každý z rozhodců

---

<sup>17</sup> Tai-Hang Cheng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, 30 FORDHAM INTL JOURNAL 1014-1049 (2006).

vychází z jiného právního prostředí, jiného vědeckého zázemí a s jinými zkušenostmi, tudíž i s jinými úhly pohledu na zkoumanou problematiku.

Předcházející odstavec však nelze brát jako výtku směrem k rozhodcům, to v žádném případě ne, ale spíše obecně k nekonceptčnosti systému jako takového, neboť i když rozhodce není vázán předcházejícími rozhodnutími, může je (některá z nich) reflektovat z referenčního hlediska, ovšem nemusí, neboť to není povinen učinit.

Dalším velmi důležitým dílkem celé této mozaiky je fakt, že rozhodci nikdy nebudou mít k dispozici úplné portfolio podpůrných pramenů v podobě rozhodčích nálezů předcházejících senátů, neboť tyto nemusely být vůbec zveřejněny (jak je to časté v případě řízení dle pravidel UNCITRAL).

#### *Pohled rozhodčích senátů*

Sama rozhodovací praxe to s ohledem na vyjádření k otázkám existence precedenčního systému více méně potvrzuje. Například v případě *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*<sup>18</sup>, kde senát uvedl, že „...souhlasí, že není vázán předcházejícími rozhodnutími, ovšem určitě je řádně zváží tam, kde sám uzná za vhodné“.

Z historického hlediska se v rámci řízení ICSID k existenci precedenčního systému vyjádřil senát rozhodující ve věci *AES v. Argentina*. Navrhovatel v tomto případě zdůrazňoval, že pět předcházejících námitek nepříslušnosti vznášených Argentinou bylo obdobných či naprosto shodných jako námitky, kterými se Argentina bránila neúspěšně v několika přecházejících řízeních, přičemž se navrhovatel snažil přesvědčit rozhodčí senát, že tyto námitky jsou s ohledem na shodné odmítnutí těchto námitek ve všech předcházejících rozhodnutích diskutabilní ba přímo neúčinné.<sup>19</sup>

Senát odmítl přijmout argumentaci navrhovatele, že by měly být námitky odpůrce odmítnuty z důvodů jejich zamítnutí předcházejícími rozhodčími senáty a přijal argumentaci odpůrce, že každá BIT má svou vlastní identitu a není možné je zaměňovat. Bylo tedy třeba pečlivě analyzovat znění příslušné BIT, která představovala vůli smluvních stran (států) ohledně rozsahu poskytované ochrany investorům a jejich investicím. Argentině tedy nebylo zamezeno vznášet námitky, se kterými byla již dříve neúspěšná.

Senát pak, obdobně jako u případu *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ale mnohem detailněji především se zdůrazněním jednotného procesního pozadí Washingtonské Úmluvy konstatoval

---

<sup>18</sup> *Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14 2005, odst. 76.

<sup>19</sup> *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of April 26, 2005, odst. 18.



s ohledem na rozhodnutí předcházejících senátů, že „ shoda východisek při stanovení příslušnosti těchto senátů, i když se setká s velmi podobnými nebo přímo shodnými skutečnostmi při vzniku sporů, nedostačuje k tomu, aby byla řešení či názory přijaté v těchto předcházejících sporech systematicky použity na stávající případ. Každý senát zůstává suverénní a smí dosáhnout, jak bylo potvrzeno předcházející rozhodčí praxí ICSID, rozdílného řešení stejné otázky. Ovšem otázky příslušnosti dotýkající se stejných či velmi podobných otázek mohou přinejmenším naznačovat určité významné argumentační linie. Tento rozhodčí senát je může vzít v úvahu při srovnání svých vlastních závěrů s těmi, ke kterým dospěly předcházející senáty zabývající stejnou otázkou a pokud by tento senát sám dospěl k závěrům, které byly již jedním či více rozhodčími senáty k příslušné právní otázce vysloveny, vyhrazuje si svobodu, přijmou stejné řešení.

Existují i situace, kdy na základě kombinace příslušné BIT s Washingtonskou Úmluvou dojde v rámci výkladu k tomu, že senát předloží řešení otázky, které lze aplikovat v jiných případech a to bez ohledu na specifika takovýchto jiných sporů. Takovéto precedenty mohou být správně zohledněny, a to přinejmenším z hlediska komparačního, a pokud to senát považuje za vhodné, tak i z hlediska inspiračního.“<sup>20</sup>

Obdobně opatrný přístup je zjevný z rozhodnutí ve věci *Gas Natural SDG, SA v Argentina*. Jak zajímavě poznamenává prof. Schreuer s Weinigerem, opatrnost rozhodčího senátu je v tomto případě patrná i ze samotné struktury rozhodnutí, když senát napřed rozhodne o své příslušnosti bez odkazu na předchozí rozhodnutí<sup>21</sup>, aby pak následně konstatoval následující „ Rozhodčí senát by rád zdůraznil, že své rozhodnutí vydává nezávisle, bez toho aniž by se povadl být vázán jakýmikoliv jinými soudními rozhodnutími či rozhodčími nálezy. Po dosažení vlastního závěru se však senát domnívá, že by mohlo být užitečné porovnat své závěry se závěry obsaženými v nedávno vydaných rozhodnutích dle rozhodčích pravidel ICSID a plynoucích z nároků vznášených dle obdobných BITs. Shrnujeme některé z těchto rozhodnutí dále a potvrzujeme, že jsme nenalezli nebo nám nebyla předložena rozhodnutí nebo nálezy, jejichž závěry by byly v rozporu s těmi, ke kterým dospěl tento senát.“<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, odst. 30-31.

<sup>21</sup> Christoph Schreuer, Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?* in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, New York: Oxford University Press 1195 (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds. 2008).

<sup>22</sup> *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005, odst. 36, dostupné v el. formě na: <http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf> (naposledy navštíveno dne 15. května 2011).

Z výše uvedeného jasně plyne názorové „rozdvojení“ rozhodců,<sup>23</sup> neboť na jednu stranu je jejich primárním úkolem rozhodnout jedinečný spor, k čemuž byly jmenovány stranami, na druhou stranu se pohybují v určitém referenčním systému, který obsahuje řadu záchytných bodů a argumentačních linií stanovující určitou předvídatelnost takovým rozhodnutím a i se nás výše citované rozhodnutí snaží přesvědčit o opaku, význam referenčního rámce poskytovaného rozhodčím senátům je velmi významný. Zřejmě i proto Judith Gill s odvoláním na prof. Schreuera označuje stávající systém za systém „měkkých precedentů“ který spočívá především v zachování alespoň určité předvídatelnosti hodnocení jednotlivých hmotně-právních institutů vlastních a rámcově unifikovaných v systému BITS<sup>24</sup>.

Na základě tohoto spíše teoretického pojednání autor dospěl k závěru, že precedenční systém v rámci systému rozhodčího řízení neexistuje, neboť jej nelze považovat za vyjádření obecného konsensu mezinárodního společenství ve vztahu k předmětným otázkám, jakož ani za formální pramen práva. Jedná se tak více či méně o kvazi-právní pramen, který poskytuje rozhodcům referenční rámec a pohodlí uměle shromážděných pramenů v jednotlivých rozhodnutích dle zkoumaných institutů.

#### *Několik slov závěrem*

Tento příspěvek je z pohledu autora možné uzavřít s tím, že zde jistá quasi precedenční, či spíše referenční struktura uznávání jednotlivých případů existuje, což potvrzuje sama rozhodčí praxe. I když je formální odstup rozhodců od problematiky závaznosti předcházejících rozhodnutí zcela pochopitelný a na místě, paradoxně tento stav vede spíše k pocitu právní nejistoty, neboť rozhodci jsou v takové situaci vázáni pouze psaným právem, které je však v oblasti mezinárodní ochrany investic, jak bylo výše vysvětleno, spíše obecné povahy a bez opory v rozhodovací praxi je tak dán rozhodcům velmi široké pole působnosti. Na druhou stranu, i když je předvídatelnost systému významnou vlastností, je třeba s ohledem na právní rámec ochrany investic vyvážit zájmy plynoucí z diagonálních vztahů toho zvláštního systému a nalézt rovnováhu celého systému. To v praxi znamená, že systém založený na mezinárodních smlouvách, které vyjadřují úmysl těchto vysokých smluvních stran, nelze měnit bez jejich souhlasu na základě rozhodovací praxe (ad hoc) rozhodčích senátů sledujících vyjasnění či zpřesnění nejdosažitelnějšího konsensu suverénů, vyjádřeného předmětnou BIT. Budováním takovéto předvídatelnosti se totiž rozhodčí tribunály pouštějí paradoxně do destrukce předvídatelnosti systému, neboť i když jsou

---

<sup>23</sup> cynik by zřejmě použil slovo oxymóron.

<sup>24</sup> Tzv. soft precedents, viz Judith Gill, *Inconsistent Decisions: An Issue to Be Addressed or Facto f Life?* In 1 INVESTMENT TREATY LAW, London: British Institute of International and Comparative Law 25 (F. Ortino, A. Sheppard, H. Warner eds., 2006)

východí pravidla spočívající na konsensu států vtěleného do BIT leckdy velmi obecná a normativní, právě tato jejich vlastnost se s postupem času ukazuje jako nadčasová, neboť výklad jednotlivými rozhodnutími a jejich případným přejímáním i za předpokladu aplikace doktríny „měkkých precedentů“ jak byla popsána výše, znamená zásah do rovnováhy systému, který má tendenci se zákonitě partikularizovat, čímž ztrácí svoji normativní váhu. Je tedy zcela pochopitelné, že jsou v dnešní době slyšet i hlasy,<sup>25</sup> které volají po návratu k této prapůvodní normativní hranici, a já s nimi v tomto ohledu souhlasím.

### **Literature:**

#### *Monographs:*

- Cambell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, New York: Oxford University Press (2007).
- Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 1082 (2001)
- Květoslav Růžička, *diagonální smlouvy v procesu socialistické ekonomické integrace*, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica. Monographia, Praha: Karlova Univerzita (1988).

#### *Books with editors/collected works*

- *1 Investment Treaty Law*, London: British Institute of International and Comparative Law 25 (F. Ortino, A. Sheppard, H. Warner eds., 2006).
- *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York: Oxford University Press 1189 (P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds. 2008).

---

<sup>25</sup> Např. výborná přednáška Joshui Fellenbauma 5. dubna 2011 ve Washingtonu D.C. v rámci konference *Fifth Annual Investment Conference: A Debate and Discussion*, kde vystoupil ostře proti další partikularizaci systému právě formou výkladu pravidel ICSID, neboť tato praxe jde proti smyslu systému ochrany investic jako takového.

*Articles:*

- Tai-Hang Cheng, Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration, 30 Fordham Intl Journal 1014-1049 (2006).
- UNCTAD, The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs), 3 iia monitor 2 (2006), UN ID(UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9).

*Electronic Sources:*

- OECD: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)
- US Department of State: <http://www.state.gov>
- Foreign Affairs and International Trade Canada:  
<http://www.international.gc.ca>
- United Nation Conference on Trade and Development:  
<http://www.unctad.org>
- American Society of International Law:  
<http://www.asil.org>
- 

*Cited regulations:*

- Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.).
- Vyhláška MZV 30/1947 Sb., O Chartě Spojených národů.
- OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1962)

*Cited Case Law:*

- Phoenix Action, Ltd.v. Czech Republic, ICISD Case No. ARB/06/5, Final Award of April 15, 2009.

- Bayindir Insaat Turizm Tecaret Ve Sanayi AS v Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of November 14 2005.
- AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of April 26, 2005.
- Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of June 17, 2005.

-

**Contact – email**  
*filip.cerny@ablegal.cz*