

Univerza v Ljubljani
Pravna fakulteta
Katedra za mednarodno pravo

PRIHODNOST MEDNARODNEGA INVESTICIJSKEGA PRAVA
V EVROPSKI UNIJI V LUČI SODBE SODIŠČA EVROPSKE
UNIJE SLOWAKISCHE REPUBLIK PROTI ACHMEA BV

Magistrsko diplomsko delo

Avtor: Miha Šinigoj

Mentorica: izr. prof. dr. Vasilka Sancin

Ljubljana, november 2019

Zahvala:

Zahvaljujem se mentorici izr. prof. dr. Vasilki Sancin za vso pomoč ter vloženi čas in trud.

Hvala tudi družini in prijateljem za podporo in nasvete med pisanjem, še posebej mami za jezikovne izboljšave, in vsem iz ZMP MZZ za zaupanje, nasvete ter pridobljeno znanje in izkušnje.

POVZETEK

Magistrsko diplomsko delo obravnava prihodnost mednarodnega investicijskega prava v EU s poudarkom na investicijskih sporazumih, sklenjenih med državami članicami EU. Med temi prevladujejo bilateralni investicijski sporazumi (intra-EU BIS), za katere Evropska komisija že vse od razširitve EU leta 2004, ko se je njihovo število močno povečalo, zatrjuje, da so v neskladju s pravom EU, pridružile pa so se ji tudi nekatere države članice, ki so zatrjevano neskladje izrabile za ugovor pristojnosti arbitražnih tribunalov, ki so na podlagi intra-EU BIS odločali v sporih investitorjev proti njim. Poleg intra-EU BIS je bila podobne obravnave deležna tudi Pogodba o energetske listini (ECT), ki so jo med seboj sklenile tako države članice EU kot tretje države in ureja tuje investicije na področju energije. V marcu 2018 je o skladnosti intra-EU BIS s pravom EU v kontekstu arbitražnega postopka nizozemskega investitorja Achmea proti Slovaški odločalo tudi Sodišče EU in ugotovilo neskladje arbitražne klavzule v BIS med Nizozemsko in Slovaško s sodnim sistemom EU in avtonomijo prava EU. Medtem ko v doktrini prevladujejo razprave o posledicah ugotovljenega neskladja z vidika prava EU, magistrsko diplomsko delo odnos med intra-EU BIS oz. ECT in Pogodbo o delovanju EU (PDEU) obravnava z vidika mednarodnega prava – kot odnos med mednarodnimi pogodbami, in sicer predvsem skozi določbe Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb z upoštevanjem dosedanje arbitražne prakse, v kontekstu te analize pa upošteva tudi pomen in doseg odločitve Sodišča EU. Mednarodnopravna obravnava odnosa med intra-EU BIS oz. ECT in PDEU pokaže, da so intra-EU BIS, vključno z arbitražnimi klavzulami, še vedno veljavni in uporabljivi, prav tako je tudi v intra-EU odnosih še vedno uporabljiva ECT, tega pa ne spreminja niti odločitev v sodbi Achmea. Na drugi strani politične zaveze držav k odpovedi vseh intra-EU BIS vseeno nakazujejo konec intra-EU investicijske arbitraže na njihovi podlagi, usoda ECT pa je bolj negotova.

Ključne besede: mednarodno investicijsko pravo, investicijska arbitraža, EU, Achmea, intra-EU bilateralni investicijski sporazumi, Pogodba o energetske listini, Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb, neskladje med mednarodnimi pogodbami

ABSTRACT

This master's thesis explores the future of international investment law in the European Union with an emphasis on the investment agreements concluded between EU Member States. The majority of them consists of bilateral investment agreements (intra-EU BITs). Ever since their number increased significantly after the enlargement of the EU in 2004, the European Commission claims they are incompatible with EU law and is joined by some Member States that presented the alleged incompatibility as a jurisdictional objection before the investment tribunals hearing disputes brought by investors against them under intra-EU BITs. Aside from intra-EU BITs, similar claims were made in the context of the Energy Charter Treaty (ECT) concluded between Member States as well as third countries, which covers foreign investments in the energy field. In March 2018, the compatibility of intra-EU BITs in the context of the arbitration proceedings between the Dutch investor Achmea and Slovakia was considered by the Court of the EU which found an incompatibility between the arbitration clause contained in the BIT between the Netherlands and Slovakia and the judicial system of the EU as well as the autonomy of EU law. While most of the theoretical discussion is focused on the consequences of the decision from the standpoint of EU law, this thesis assesses the relationship between the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) and the intra-EU BITs as well as the ECT respectively from the standpoint of international law, i.e. as a relationship between treaties with an emphasis on the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties while also taking into account the arbitration awards available so far. In the context of this assessment, the impact and reach of the decision of the Court of the EU is also considered. The international law analysis of the relationship between the TFEU and intra-EU BITs as well as the ECT respectively shows that the intra-EU BITs, including their arbitration clauses, remain valid and applicable while the ECT also remains applicable in the intra-EU context which is true even after the judgement in Achmea. On the other hand, the political commitment of the Member States to terminate all intra-EU BITs still suggests the end of intra-EU arbitration based on them whereas the fate of the ECT remains more uncertain.

Keywords: international investment law, investment arbitration, EU, Achmea, intra-EU bilateral investment treaties, Energy Charter Treaty, Vienna Convention on the Law of Treaties, treaty conflict

KAZALO

| | |
|---|----|
| POVZETEK | 3 |
| ABSTRACT | 4 |
| SEZNAM KRATIC IN OKRAJŠAV | 7 |
| 1 UVOD | 9 |
| 2 MEDNARODNO INVESTICIJSKO PRAVO | 12 |
| 3 INVESTICIJSKI SPORAZUMI DRŽAV ČLANIC EU | 15 |
| 3.1 Sporazumi, sklenjeni med državami članicami EU in tretjimi državami (ekstra-EU BIS) | 15 |
| 3.2 Sporazumi, sklenjeni med državami članicami (intra-EU BIS) | 18 |
| 3.3 Pogodba o energetske listini (ECT) | 20 |
| 4 SODBA SEU SLOWAKISCHE REPUBLIK PROTI ACHMEA B.V. | 22 |
| 4.1 Eureko vs. Slovak Republic | 22 |
| 4.2 Odločitev SEU | 23 |
| 5 MEDNARODNOPRAVNA ANALIZA RAZMERJA MED INTRA-EU INVESTICIJSKIMI SPORAZUMI DRŽAV ČLANIC IN PDEU | 26 |
| 5.1 59. člen DKPMP | 27 |
| 5.1.1 Avtomatično prenehanje veljavnosti prejšnje pogodbe? Odnos med 59. in 65. členom DKPMP | 27 |
| 5.1.2 »Isti predmet« | 29 |
| 5.1.3 Obstoje neskladja (59/1/b) DKPMP) | 32 |
| 5.1.4 Namen pogodbenic predmet urediti s kasnejšo pogodbo (59/1/a) DKPMP) | 33 |
| 5.2 30. člen DKPMP | 34 |
| 5.2.1 »Isti predmet« | 35 |
| 5.2.2 Obstoje neskladja | 35 |
| 5.3 Lex specialis | 36 |
| 5.4.1 Neuporabljenost 59. in 30. člena DKPMP | 38 |
| 5.4.2 Sprememba ECT v razmerjih med državami članicami EU: 41. člen DKPMP | 39 |
| 5.4.3 Razlaga določb ECT o uporabi ratione personae in (ne)obstoje klavzule o neuporabi (»disconnection clause«) | 40 |
| 6 SODBA ACHMEA Z VIDIKA MEDNARODNEGA PRAVA | 46 |
| 6.1 59. in 30. člen DKPMP v luči sodbe Achmea | 47 |
| 6.2 Sodba Achmea in ICSID arbitraža (UP and C.D. Holding Internationale v. Hungary) | 48 |
| 6.3 Sodba Achmea in arbitraža na podlagi ECT (Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany) | 50 |
| 6.4 Sklepno o mednarodnopravnem pomenu sodbe Achmea | 51 |

| | |
|---|----|
| 7 SKLEP | 52 |
| 8 SEZNAM VIROV IN LITERATURE..... | 56 |
| 8.1. MONOGRAFIJE..... | 56 |
| 8.2. POGLAVJA V MONOGRAFIJAH IN ZBORNIKIH..... | 56 |
| 8.3. DIPLOMSKA DELA, MAGISTRSKA DELA IN DOKTORSKE DISERTACIJE | 57 |
| 8.4. ČLANKI..... | 57 |
| 8.5. MEDNARODNI AKTI..... | 59 |
| 8.6. SODNA PRAKSA SODIŠČA EU | 60 |
| 8.7. ARBITRAŽNA PRAKSA | 60 |
| 8.8. POROČILA..... | 62 |
| 8.9. ZAKONODAJA EU | 62 |
| 8.10. DEKLARACIJE IN DRUGI DOKUMENTI DRŽAV | 62 |
| 8.11. SPLETNI VIRI..... | 63 |

SEZNAM KRATIC IN OKRAJŠAV

angl. – angleško

BIS - bilateralni investicijski sporazumi

DKPMP - Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb

ECT - Pogodba o energetski listini (*Energy Charter Treaty*)

EFC - Ekonomsko finančni odbor Sveta EU (*Economic and Financial Committee*)

ES - Evropska skupnost

EU - Evropska unija

FET - *fair and equitable treatment*

FPS - *full protection and security*

fr. - francosko

ICSID - Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*)

ILC - Komisija za mednarodno pravo (*International Law Commission*)

ISDS - *Investor-State Dispute Settlement*

itd. - in tako dalje

MFN - *most favoured nation*

MP - mednarodne pogodbe

NAFTA – Severnoameriški prostotrgovinski sporazum (*North American Free Trade Agreement*)

npr. - na primer

NT - *national treatment*

OECD - Organizacija za gospodarsko sodelovanje in razvoj (*Organisation for Economic Co-operation and Development*)

oz. - oziroma

PDEU - Pogodba o delovanju Evropske unije

PES - Pogodba o Evropski skupnosti

PEU - Pogodba o Evropski uniji

par. - paragraf(i)

prim. - primerjaj

RS - Republika Slovenija

SEU - Sodišče Evropske unije

SFRJ - Socialistična federativna republika Jugoslavija

str. - stran(i)

št. - številka

t. i. - tako imenovani

tj. - to je

UNCTAD - Konferenca Združenih narodov o trgovini in razvoju (*United Nations Conference on Trade and Development*)

Ur. l. - Uradni list

WTO - Svetovna trgovinska organizacija (*World Trade Organization*)

ZDA - Združene države Amerike

1 UVOD

Še pred nedavnim odnos med mednarodnim investicijskim pravom in pravom EU niti v teoriji niti v praksi ni vzbujal posebne pozornosti. Ti pravni področji sta namreč soobstajali in se vzporedno razvijali, ne da bi si prihajali v nasprotja. Z razširitvijo EU leta 2004¹ in sprejemom Lizbonske pogodbe leta 2009² pa so se začela pojavljati raznovrstna vprašanja skladnosti obstoječih investicijskih sporazumov, ki so jih sklenile države članice EU, s pravom EU.

Razširitev EU leta 2004 je povezana s fenomenom intra-EU BIS, tj. bilateralnih investicijskih sporazumov, sklenjenih med državami članicami EU. Pred pristopom novih držav so bili investicijski sporazumi med državami članicami EU velika redkost, saj so jih prvotne članice praviloma sklepale le s tretjimi državami, med drugim s tistimi, ki so k EU pristopile leta 2004. Od pridružitve slednjih naprej pa so to postali sporazumi, sklenjeni med državami članicami EU. V povezavi z njimi se tako v teoriji kot v praksi odpirajo kompleksna vprašanja, povezana z njihovo skladnostjo s pravom EU, še posebej v zvezi z njihovimi arbitražnimi klavzulami. Vodilni pri zatrjevanju neskladja so Evropska komisija in nekatere države članice, ki se soočajo z velikim številom arbitražnih postopkov, v katerih so tožene s strani investitorjev iz drugih držav članic EU.

Z Lizbonsko pogodbo pa je bila na EU prenesena izključna zunanja pristojnost na področju neposrednih tujih investicij, kar je odprlo vprašanje obsega pristojnosti EU za pogajanje in sklepanje sporazumov na tem področju in hkrati usode obstoječih investicijskih sporazumov držav članic, sklenjenih s tretjimi državami, v luči nove razdelitve pristojnosti med EU in državami članicami. PDEU sama namreč ni predvidela nobenega prehodnega obdobja, v katerem bi države članice EU odpovedale oz. prilagodile svoje investicijske sporazume, niti jim izrecno ni priznala pravice ohraniti jih v veljavi.³ Kljub temu, da Lizbonska pogodba notranjih pristojnosti na področju investicij ni spremenila, pa so se zaradi okrepljene vloge Unije na tem področju še bolj okrepila tudi prizadevanja Evropske komisije v boju proti »notranjim« (intra-EU) investicijskim sporazumom.

Podobna vprašanja glede skladnosti s pravom EU kot v primeru BIS so se v praksi odprla tudi v povezavi s Pogodbo o energetski listini (ECT), multilateralno pogodbo, ki (med drugim) vsebuje določbe o varstvu tujih investicij na področju energije.

¹ Glej Pogodbo o pristopu Češke, Estonije, Cipra, Latvije, Litve, Madžarske, Malte, Poljske, Slovenije in Slovaške, Ur. l. EU št. L 236, z dne 23. 9. 2003.

² Lizbonska pogodba, ki spreminja Pogodbo o Evropski uniji in Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti, Ur. l. RS št. 20/08, MP št. 4/08 z dne 27. 2. 2008-

³ Hojnik, Investicijsko pravo EU – Dileme na začetku celovitejšega razvoja (2010), str. 534.

Marca 2018 je svet dočakal težko pričakovano odločitev SEU glede skladnosti intra-EU BIS s pravom EU. V zadevi Achmea je SEU odločilo, da je arbitražna klavzula, *kot je* ta v BIS med Slovaško in Nizozemsko, v neskladju s sodnim sistemom EU ter avtonomijo prava EU. Gre za prvo odločitev SEU o skladnosti investicijskih sporazumov v razmerjih med državami članicami, hkrati pa sodba pušča mnoga vprašanja neodgovorjena, *inter alia*: kako ugotovljeno neskladje vpliva na mednarodnopravno veljavnost oz. uporabljivost intra-EU BIS? Je treba sodbo Achmea razlagati ozko, tj. le v kontekstu zadeve Achmea, ali širše? V primeru širše razlage, veljajo ugotovitve SEU tudi za ECT v intra-EU kontekstu?

Z namenom poiskati odgovor na zgornja vprašanja v magistrskem diplomskem delu obravnavam razmerje med investicijskimi sporazumi, sklenjenimi med državami članicami EU (tj. intra-EU BIS ter ECT v intra-EU delu), in PDEU. Z namenom dodatno osvetliti problem in ponuditi primerjavo pa kratko obravnavam tudi nekatera vprašanja v zvezi z investicijskimi sporazumi, sklenjenimi s tretjimi državami.

Pri obravnavi razmerja se omejujem na mednarodnopravni vidik: s stališča mednarodnega javnega prava gre tako v primeru investicijskih sporazumov kot v primeru PDEU za mednarodne pogodbe, med katerimi ni *a priori* hierarhije.⁴ Pri tem je pglavitni vir za presojo tega odnosa Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb (DKPMP),⁵ v kateri so kodificirana pravila prava mednarodnih pogodb, skupaj z obsežno arbitražno prakso, ki se je na podlagi intra-EU BIS in ECT razvila v zadnjih (dobrih) desetih letih.

V kontekstu mednarodnopravne analize razmerja med intra-EU investicijskimi sporazumi in PDEU skozi prizmo mednarodnega prava obravnavam tudi odločitev SEU v zadevi Achmea. Pri tem se osredotočam predvsem na pomen odločitve za presojo razmerja na podlagi pravil DKPMP ter na vprašanje dosega sodbe Achmea v zadevah, o katerih se SEU izrecno ni izreklo, pri čemer prek odločitev arbitražnih tribunalov obravnavam vpliv sodbe na intra-EU ICSID arbitražo ter na investicijsko arbitražo na podlagi ECT.

⁴ Tak je bil tudi pristop arbitražnih tribunalov, ki so odločali o razmerju med investicijskimi sporazumi in Pogodbami EU.

⁵ Objavljena v Ur. l. RS št. 87/11, MP št. 13/11 z dne 2. 11. 2011.

Sodba Achmea je bila v strokovni javnosti med drugim označena za »smrtno obsodbo«⁶, za »smrtni udarec«⁷ in za »(dokončno) smrt«⁸ intra-EU investicijske arbitraže. Moja hipoteza je nasprotna: PDEU ne prevlada nad investicijskimi sporazumi, sklenjenimi med državami članicami, in ne povzroča njihove neveljavnosti niti neuporabljivosti, česar ne spreminja niti odločitev SEU v zadevi Achmea. Zato odločitev SEU ne pomeni konca intra-EU arbitraže in arbitražni tribunali ostajajo pristojni za odločanje tudi v intra-EU postopkih.

⁶ Thym, The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals (2018), EU Law Analysis, URL: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html> (15. 11. 2019).

⁷ Blanck, Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs? (2018), American Society for International Law, URL: <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/8/slovak-republic-v-achmea-bv-death-knell-intra-eu-bits> (15. 11. 2019).

⁸ Power, The (Final?) Death of Intra-EU Investor-State Arbitration (2019), Kluwer Arbitration Blog, URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/28/the-final-death-of-intra-eu-investor-state-arbitration/> (15. 11. 2019).

2 MEDNARODNO INVESTICIJSKO PRAVO

Vse od konca druge svetovne vojne so poleg mednarodne trgovine tuje investicije ključen dejavnik svetovnega ekonomskega razvoja, pri čemer je z liberalizacijo svetovnih trgov, globalizacijo in napredkom v tehnologiji rast mednarodne trgovine močno zaostala za rastjo tujih investicij. To je posledica prepričanja, da tuje investicije prinašajo gospodarsko rast, povečujejo konkurenčnost in nasploh pospešujejo razvoj držav gostiteljic.⁹

Jereb opiše neposredne investicije v tujino kot dolgotrajen in kapitalsko zajeten vložek, povezan s precejšnjim tveganjem, ki je v veliki meri tudi posledica za investitorje neugodnih in nepredvidljivih pravnih ureditev v potencialnih državah gostiteljicah.¹⁰ V praksi uveljavljen način za zmanjševanje tega tveganja in privabljanje tujih investitorjev je sklepanje sporazumov o medsebojni zaščiti in vzpodbujanju tujih investicij.¹¹

Kljub visokemu številu takih sporazumov in s tem precejšnje razdrobljenosti v praksi večina vsebuje enake oz. vsaj v veliki meri podobne določbe. Ravno ta standardizacija vsebine (kot tudi bogata arbitražna praksa) je omogočila, da se je mednarodno investicijsko pravo razvilo v samostojno pravno disciplino in precej koherenten pravni sistem.¹²

Med sporazumi o medsebojni zaščiti in spodbujanju investicij danes še vedno prednjačijo BIS.¹³ Gre za mednarodne pogodbe, ki jih med seboj sklepajo države z namenom druga drugi zagotoviti, da se bodo vzdržale samovoljnih in pristranskih posegov v lastninske in druge interese investitorjev iz sopogodbence.¹⁴

Obveznosti držav glede varovanja tujih investicij in vzdrževati se posegov vanje so v praksi zapisane v obliki standardov oz. posebnih klavzul.¹⁵ Najpogosteje uporabljene med njimi so: **standard nacionalne obravnave** (angl. *national treatment – NT*) zagotavlja tujemu investitorju enako ali boljšo obravnavo, kot so je deležni domači investitorji, **klavzula priznavanja največjih ugodnosti** (angl. *most favoured nation – MFN*) pa obravnavo, ki je vsaj tako dobra, kot so je deležni tuji investitorji iz drugih držav, s katerimi je domača država sklenila investicijske sporazume; **klavzula pravične obravnave** (angl. *fair and equitable treatment – FET*) zagotavlja, da bo država gostiteljica tujega investitorja pravično obravnavala, pri čemer gre predvsem za način, *kako* je obravnavan na podlagi domače zakonodaje, in manj za njeno

⁹ Dimopoulos, EU Foreign Investment Law (2011), str. 8.

¹⁰ Jereb, Položaj EU v mednarodnem investicijskem pravu (2016), str. 13.

¹¹ M. Rakovec, Dvostranske mednarodne pogodbe o naložbah (2013), str. 369.

¹² Collins, An Introduction to International Investment Law (2017), str. 28.

¹³ V angl. znani kot bilateral investment treaties oz. pod kratico BIT.

¹⁴ M. Rakovec, navedeno delo, str. 386.

¹⁵ Fatur, Peček, Zaščita tujih neposrednih investicij v Republiki Sloveniji (2014), str. 1357.

vsebinsko samo; pri tem gre mnogokrat za zahtevo po transparentnem in odprtem delovanju državnih oblasti,¹⁶ na drugi strani **klavzula največje zaščite in varnosti** (angl. *full protection and security - FPS*) predstavlja obveznost države, da tujemu investitorju nudi primerno zaščito pred gmotno škodo; ta obveznost ima pozitivni in negativni vidik: država mora investitorja varovati pred svojimi državljanji (npr. v primeru nasilnih demonstracij), hkrati pa se mora sama vzdržati povzročanja škode (gre za prepoved povzročanja škode s strani njenih organov, predvsem vojske in policije);¹⁷ **prepoved neupravičene razlastitve** (angl. *expropriation*); razlastitev premoženja investitorja sama po sebi ni nezakonita, vendar država to lahko stori le pod določenimi pogoji (enako velja za vsak ukrep z enakim učinkom – t. i. posredna razlastitev): obstajati mora javni interes, razlastitev ne sme biti samovoljna ali diskriminatorna, izvedena mora biti po zakonitem postopku in, najpomembneje, država mora razlastinjenemu investitorju takoj plačati ustrezno in učinkovito nadomestilo;¹⁸ **klavzula dežnik** (angl. *umbrella clause*) omogoča, da se kršitve običajnih pogodb na podlagi nacionalnega prava, sklenjenih med tujim investitorjem in državo gostiteljico (npr. pogodba o koncesiji), povzdigne na raven kršitve investicijskega sporazuma kot mednarodne pogodbe, kar investitorju omogoči, da se tudi glede odločanja o tovrstnih kršitvah izogne domačim sodiščem države gostiteljice (ki so sicer običajno pristojna), in jih uveljavlja pred pristojnim arbitražnim tribunalom enako kot kršitve investicijskega sporazuma¹⁹. Vsaj toliko kot našete vsebinske klavzule, pa je pomembna tudi **klavzula o reševanju sporov** (angl. *dispute settlement clause*), saj investitorjem omogoča, da določbe, ki ščitijo njihove investicije, ne ostanejo le mrtva črka na papirju. Investicijski spori se namreč v veliki večini ne rešujejo več med državami v okviru diplomatske zaščite, temveč države v sporazumu vnaprej sprejmejo pristojnost arbitražnega tribunala, pred katerim lahko tuji investitor enostransko sproži postopek v primeru kršitev sporazuma (t. i. *Investor-State Dispute Settlement oz. ISDS*).²⁰

Kljub poskusom kodifikacije mednarodnega investicijskega prava na globalni ravni v okviru OECD in WTO pa še danes ne obstaja multilateralna pogodba z velikim številom pogodbenic, ki bi celovito uredila to področje. Edina izjema je konvencija ICSID,²¹ ki pa ureja zgolj arbitražno reševanje investicijskih sporov (ISDS) v okviru istoimenske institucije, tj. Mednarodnega centra za reševanje investicijskih sporov (oz. z angl. kratico ICSID).²²

¹⁶ Collins, navedeno delo, str. 125.

¹⁷ Prav tam, str. 138.

¹⁸ Rakovec, navedeno delo, str. 375.

¹⁹ Collins, navedeno delo, str. 145-146.

²⁰ Fecák, *International Investment Agreements and EU Law* (2016), str. 43-44.

²¹ Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državami in državljanji drugih držav, objavljena v Ur. l. SFFRJ, MP, št. 7/67.

²² Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2010), str. 79-80.

Sklenjenih pa je bilo več regionalnih mednarodnih pogodb, ki vsebujejo poglavja o zaščiti tujih investicij. Med najpomembnejšimi je prostotrgovinski sporazum med ZDA, Kanado in Mehiko NAFTA.²³ V kontekstu EU pa je izjemnega pomena ECT.²⁴ Gre za multilateralno pogodbo, ki je *ratione materiae* omejena na energetske sektor, med drugim pa vsebuje tudi določbe o zaščiti tujih investicij v tem sektorju in investitorjem v primeru kršitev omogoča sprožiti arbitražni postopek proti pogodbenicam (ISDS).²⁵ Med pogodbenicami ECT so skoraj vse države članice EU (z izjemo Italije, ki je od pogodbe odstopila z učinkom od 1. 1. 2016) in tudi EU sama ter številne tretje države.²⁶

²³ North American Free Trade Agreement, sklenjen 17. 12. 1992.

²⁴ Pogodba o energetske listini, objavljena v Uradnem listu RS, št. 42/97, MP št. 12/97.

²⁵ Happ, *The Energy Charter Treaty* (2015), str. 240.

²⁶ Fecák (2016), navedeno delo, str. 396.

3 INVESTICIJSKI SPORAZUMI DRŽAV ČLANIC EU

V literaturi se kot prvi BIS omenja tisti, ki ga je Nemčija sklenila s Pakistanom leta 1959. Kmalu so ji sledile še druge evropske izvoznice kapitala.²⁷ Danes Nemčija ostaja vodilna v svetu pri sklepanju BIS z mrežo 131 sklenjenih tovrstnih sporazumov, v prvi deseterici pa so še naslednje države članice EU: Velika Britanija (103), Francija (101), Luksemburg (94) in Nizozemska (93).²⁸

Danes je ustaljena delitev investicijskih sporazumov, ki jih sklepajo države članice, na dve skupini: sporazumi, sklenjeni s tretjimi državami (t. i. ekstra-EU sporazumi), in sporazumi, sklenjeni med državami članicami (t. i. intra-EU sporazumi), pri čemer gre v večini za BIS,²⁹ izjemo pa predstavlja že omenjena ECT, tako glede dejstva, da gre za multilateralni sporazum, ter tudi zato, ker združuje tako intra-EU kot ekstra-EU vidik.³⁰

3.1 Sporazumi, sklenjeni med državami članicami EU in tretjimi državami (ekstra-EU BIS)

Večina sporazumov držav članic EU je bila sklenjena z državami nečlanicami. To je v veliki meri posledica dejstva, da je zaščita investicij znotraj EU večplastna, saj so investicije zaščitene s temeljnimi svoboščinami notranjega trga, z Listino o temeljnih pravicah EU in z Evropsko konvencijo o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah, katere pogodbenice so vse države članice.³¹

Dolgo časa so pravo EU in BIS držav članic soobstajali, ne da bi si prihajali v nasprotje, in razmerje med njimi ni pritegnilo posebne pozornosti. Fecák vidi razlog v tem, da so države članice zgolj izvrševale eno izmed preostalih zunanjih pristojnosti, ki je še niso prenesle na EU, ter v dejstvu, da je prvotnih petnajst držav članic EU sklepalo sporazume zgolj z državami v razvoju: ti sporazumi so recipročni le na papirju, v praksi pa so bili podlaga skoraj izključno postopkom evropskih investorjev proti državam nečlanicam in posledično vprašanja v zvezi s potencialnim neskladjem med obveznostmi držav članic, ki imajo izvor v pravu EU, in obveznostmi iz BIS niso bila predmet arbitražnih postopkov.³²

²⁷ Gaffney, Akçay, *European Bilateral Approaches* (2015), str. 188.

²⁸ UNCTAD, Investment Policy Hub, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy> (4. 11. 2019).

²⁹ Prim. npr. Fecák (2016), navedeno delo in Gaffney, Akçay, navedeno delo.

³⁰ Fecák, navedeno delo, str. 395, 397.

³¹ Titi, *Recent Developments in International Investment Law* (2018), str. 399.

³² Fecák (2016), navedeno delo, str. 311-312.

Kljub temu, da se v nadaljevanju osredotočam le na problematiko intra-EU BIS in sorodna vprašanja glede ECT, pa je za ponazoritev in širši kontekst koristno kratko predstaviti tudi dva problemska sklopa v povezavi z razmerjem med ekstra-EU BIS in pravom EU:

- 1) Leta 2006 se je Evropska komisija odločila sprožiti postopek zaradi kršitev prava EU zoper Avstrijo, Švedsko in Finsko. Razlog za to odločitev je bila klavzula o svobodnem transferju kapitala, ki so jo vsebovali nekateri BIS teh treh držav, ki so jih sklenile pred pristopom k EU. Kljub temu, da je prosti pretok kapitala eden izmed temeljev prava EU, pa PDEU vseeno omogoča nekatere omejitve te svobode, ki jih lahko sprejme Svet EU. Čeprav ni šlo za konflikt določb BIS z obstoječimi omejitvami, ki bi jih Svet že sprejel, in je zato šlo zgolj za potencialno neskladje, je po mnenju Komisije to zadostovalo za začetek postopka proti naštetim državam članicam.³³

SEU je naprej pojasnilo, da v skladu s prvim odstavkom 351. člena PDEU³⁴ (takrat 307. člena PES) primarno pravo EU ne vpliva na pravice in obveznosti držav članic iz sporazumov, ki so jih pred pridružitvijo EU sklenile s tretjimi državami. Skladno z mednarodnim pravom Pogodbe EU namreč nimajo vpliva na pravice držav nečlanic iz predhodnih sporazumov.³⁵ Fecák pojasnjuje, da gre v primeru Pogodb EU z vidika tretjih držav za *res inter alios acta* oz. za *pacta tertiis*, ki tretjim državam ne morejo biti niti v korist niti v škodo (*nec nocent nec prosunt*),³⁶ in tako ne morejo vplivati na obveznosti držav članic EU do teh držav.

Sodišče pa je ugotovilo kršitev drugega odstavka 351. člena, ki od držav članic EU zahteva, da v primeru neskladja sporazuma s primarnim pravom EU sprejmejo ustrezne ukrepe za njegovo odpravo.³⁷ Sporazumi niso vključevali nobenega mehanizma za omejitev svobode transferja kapitala v skladu z (hipotetičnimi) ukrepi Sveta, ponovna pogajanja glede sporazuma pa bi bila po mnenju SEU preveč zamudna, suspenz ali odpoved sporazuma pa preveč negotov, da bi zagotavljal polni učinek teh ukrepov.³⁸

Odločitev SEU v zvezi z drugim odstavkom 351. člena po mnenju Gaffneya in Akçaya kaže odločenost SEU pravu EU znotraj pravnega reda EU vedno priznati prednost, celo

³³ Gaffney, Akçay, navedeno delo, str. 197.

³⁴ Prvi odstavek 351. člena se glasi: »Določbe Pogodb ne vplivajo na pravice in obveznosti, ki izhajajo iz sporazumov med eno ali več državami članicami na eni strani ter eno ali več tretjimi državami na drugi strani, sklenjenih pred 1. januarjem 1958 ali za države, ki pristopajo, pred datumom njihovega pristopa.«

³⁵ Sodba Sodišča v zadevi C-205/2006, Komisija proti Avstriji z dne 3. 3. 2009, par. 33.

³⁶ Fecák, navedeno delo, str. 314-315. Načelo *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* je izraženo v b točki četrtega odstavka 30. člena DKPMP.

³⁷ Drugi odstavek 351. člena se glasi: »Kolikor takšni sporazumi niso združljivi s Pogodbama, država članica ali države članice, ki jih to zadeva, ustrezno ukrepajo, da bi odpravile ugotovljeno nezdržljivost. V ta namen si države članice po potrebi pomagajo, in kadar je primerno, sprejmejo skupno stališče.«

³⁸ Sodba Sodišča v zadevi C-205/2006, Komisija proti Avstriji z dne 3. 3. 2009, par. 36-40.

v primeru, ko do konfliktov v resnici ne prihaja, temveč obstaja zgolj njihova hipotetična nevarnost.³⁹

- 2) S sprejemom Lizbonske pogodbe so ekstra-EU BIS postali problematični tudi z vidika razmejitve zunanjih pristojnosti med EU in državami članicami. Lizbonska pogodba je namreč v okvir Skupne trgovinske politike in tako med izključne zunanje pristojnosti EU umestila tuje neposredne investicije.⁴⁰ To je odprlo vprašanje usode BIS držav članic, ki so jih te sklenile pred prenosom pristojnosti na tem področju. Z vidika mednarodnega javnega prava so ti sporazumi seveda ostali v veljavi, njihov položaj z vidika prava EU pa je bil manj jasen.⁴¹

Kljub različnim mnenjem v teoriji⁴² se je Evropska komisija odločila za praktično rešitev: status ekstra-EU BIS je razjasnila Uredba 1219/2012⁴³. Ta določa, da BIS, sklenjeni pred uveljavitvijo Lizbonske pogodbe, ostajajo v veljavi, pod pogojem, da jih države uradno notificirajo Komisiji, dokler jih ne nadomesti sporazum, ki ga sklene Unija sama (tretji člen v povezavi s drugim členom Uredbe). Gre za t. i. »grandfathering rule«, ki v prehodnem obdobju omogoča državam članicam, da svoje BIS obdržijo v veljavi.⁴⁴

Fecák kot razloge za uvedbo prehodnega režima navaja precejšen čas, ki je potreben, da se BIS držav članic nadomestijo s sporazumi, ki bi jih s tretjimi državami sklenila Unija: v vmesnem času bi se v primeru, da bi obstoječi BIS držav članic prenehali biti veljavni oz. uporabljivi, znižala zaščita evropskih investorjev v tretjih državah, poleg tega bi odprava obstoječega sistem poslala negativen signal investorjem iz tretjih držav, ki bi hoteli investirati v EU, predvsem pa bi povzročila nepotrebno nepredvidljivost in nestabilnost, hkrati pa bi enostranska odpoved ekstra-EU BIS zaradi povsem notranjih in institucionalnih razlogov pod vprašaj postavila kredibilnost EU in držav članic na mednarodni ravni.⁴⁵

³⁹ Gaffney, Akçay, navedeno delo, str. 197.

⁴⁰ Prvi odstavek 207. člena PDEU (prej 133. člen PES) se sedaj glasi: »Skupna trgovinska politika temelji na enotnih načelih, zlasti glede sprememb carinskih stopenj, sklenitve sporazumov o carinskih tarifah in trgovini, ki se nanašajo na trgovino z blagom in storitvami, trgovinske vidike pravic intelektualne lastnine, tuje neposredne naložbe, doseganje enotnosti pri ukrepih liberalizacije, izvozno politiko in ukrepe trgovinske zaščite, na primer pri dampingu ali subvencijah. Skupna trgovinska politika se izvaja v okviru načel in ciljev zunanjega delovanja Unije.« [poudaril M. Š.]

⁴¹ Gaffney, Akçay, navedeno delo, str. 199.

⁴² Več o tem glej Fecák, navedeno delo, str. 357.

⁴³ Uredba (EU) št. 1219/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o prehodnih dogovorih za dvostranske sporazume o naložbah med državami članicami in tretjimi državami.

⁴⁴ Gaffney, Akçay, navedeno delo, str. 200.

⁴⁵ Fecák, navedeno delo, str. 358. Avtor vseeno priznava, da je vpliv BIS na privlačnost investicij v EU velikokrat precejen. Perović podobno ugotavlja v kontekstu RS: podpis oz. ratifikacija BIS nista imeli večjega vpliva na povečanje tujih investicij v RS, temveč so bili pomembnejši drugi dejavniki, kot npr. pristop k EU. Perović, Ekonomski učinki bilateralnih investicijskih sporazumov Republike Slovenije (2014), str. 39.

Pri tem pa je treba opozoriti, da so v skladu z recitalom 15 in 2. členom Uredbe intra-EU BIS izključeni iz njene uporabe.

3.2 Sporazumi, sklenjeni med državami članicami (intra-EU BIS)

Kljub temu, da je večina BIS držav članic sklenjenih s tretjimi državami,⁴⁶ danes vseeno obstaja skoraj 200 BIS, sklenjenih med državami članicami. Velika večina teh sporazumov je bila sklenjena med državami članicami in državami vzhodne in srednje Evrope, preden so se te v letih 2004, 2007 in 2013 pridružile Uniji,⁴⁷ prav tako pa so te države sklepale BIS tudi med seboj. S trenutkom njihove pridružitve so ti BIS postali sporazumi med dvema država članicama, t. i. intra-EU BIS.⁴⁸

Že v času razširitve Unije leta 2004 je Evropska komisija izrazila dvome glede skladnosti BIS, ki so jih novo pridružene članice sklenile s starimi. Leta 2006 pa se je dokončno izkristaliziralo stališče Komisije, da so intra-EU BIS v neskladju s pravom EU.⁴⁹ Istega leta je na Ekonomsko finančni odbor (EFC) Sveta EU naslovila sporočilo, v katerem je opozorila na nejasen pravni položaj teh sporazumov in izrazila stališče, da intra-EU BIS znotraj enotnega trga niso potrebni, saj naj bi večino njihovih določb nadomestilo pravo EU (oz. takratne Evropske skupnosti) s trenutkom pridružitve novih držav članic.⁵⁰

Obenem je opozorila na nevarnost, da bi lahko arbitražni tribunali, tudi s sedežem izven EU, odločali v investicijskih sporih, ne da bi upoštevali, da je bila večina določb intra-EU BIS nadomeščena s pravom EU, prav tako bi se lahko investitorji posluževali t. i. *forum shoppinga* tako, da bi začeli postopke pred arbitražnimi tribunali namesto pred sodišči držav članic ali pa vzporedno s postopki pred sodišči. V tem primeru bi arbitražni tribunali v zadevi odločili brez postavitve relevantnih vprašanj glede prava EU SEU, kar bi po mnenju Komisije lahko povzročilo neenako obravnavanje investitorjev iz različnih držav članic.⁵¹ Komisija je še

⁴⁶ Glej zgoraj (podpoglavje 3.1).

⁴⁷ Pred razširitvijo leta 2004 sta bila v veljavi le dva intra-EU BIS, ki sta ju Portugalska in Grčija sklenili, preden sta postali članici EU. Na njuni podlagi investitorji nikoli niso sprožili arbitražnega postopka. Fecák, navedeno delo, str. 371.

⁴⁸ Evropska komisija, sporočilo za medije, Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments – Questions and Answers (2018), URL: https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4529_en.htm (1. 1. 2019).

⁴⁹ Olivet, EU Investment Policy and Intra-EU BITs: the Case of Czech Republic (2012), URL: <http://justtrade.org/sites/just-trade.org/files/publications/BRIEFING%20on%20intra-EU%20BITs%20and%20Czech%20Republic-JUST-TRADE.pdf> (1. 1. 2019), str. 3.

⁵⁰ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 126.

⁵¹ Prav tam.

pozvala države članice, naj izmenjajo note z namenom prenehanja uporabe spornih BIS in tudi formalno odpovedo te sporazume.⁵²

Države članice se večinoma niso bile pripravljene odpovedati svojim intra-EU BIS. V letnem poročilu 2008 je EFC sklenil, da večina držav članic ne deli skrbi Komisije glede nevarnosti, ki jih predstavljata arbitražno reševanje sporov in neenakopravna obravnava investitorjev, ter da jasna večina držav članic želi sporazume ohraniti v veljavi.⁵³

Večinskega mnenja pa nista delili predvsem Slovaška in Češka. Slovaška se je odločila le za uporabo vseh pravnih možnosti za izpodbijanje intra-EU arbitražnih odločb, pri čemer je ves čas vztrajala, da te nasprotujejo pravu EU, Češka pa je bila ena izmed redkih držav,⁵⁴ ki so sledile pozivom Komisije in je pozvala države članice, s katerimi je imela sklenjene BIS, naj jih dvostransko odpovedo. Uspelo ji je prepričati le šest držav: Dansko, Estonijo, Italijo, Malto in Slovenijo.⁵⁵

Fecák navaja dva razloga, zakaj se je Češka odločila za dvostransko odpoved: 1) kljub temu, da večina BIS enostransko odpoved dovoljuje, v praksi med državami to velja za do sopogodbence neprijazno dejanje in 2) večina BIS vsebuje določbo, v skladu s katero se sporazum uporablja še določen daljši čas (praviloma 10 let) po (enostranski) odpovedi⁵⁶ z namenom zaščititi položaj investitorja in mu zagotoviti določeno predvidljivost (t. i. *sunset* klavzule⁵⁷).

Problematika intra-EU BIS je dobila novo razsežnost z začetkom veljave Lizbonske pogodbe.⁵⁸ V teoriji sicer prevladuje stališče, da razširitev pristojnosti EU na področje tujih neposrednih investicij v okviru 207. člena PDEU ne more vplivati na položaj BIS, sklenjenih med državami članicami. Gre za *zunanjo* izključno pristojnost, tj. pristojnost EU le v odnosih s tretjimi

⁵² Prav tam.

⁵³ Letno poročilo Ekonomsko finančnega odbora 2008 Komisiji in Svetu o pretoku kapitala in svobodi plačil, 17363/08 (2008), URL: <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2017363%202008%20INIT> (1. 1. 2019), par. 17.

⁵⁴ Poleg Italije, ki je poleg vseh svojih BIS odstopila tudi od ECT in Irske, ki je odpovedala svoj edini BIS sklenjen s Češko. Fecák, navedeno delo, str. 376.

⁵⁵ Fecák, Czech Experience with Bilateral Investment Treaties, Somewhat Bitter Taste of Investment Protection (2011), URL: https://cyil.eu/files/200000056-7f59d8053a/%C4%8CSMP_2011_17_fecak.pdf (1. 1. 2019), str. 255-256.

⁵⁶ Prav tam, str. 255.

⁵⁷ Svetličič jih prevaja kot »preživetvene klavzule«. Svetličič, Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov (ICSID) in Republika Slovenija (2014), str. 1372.

⁵⁸ Fecák (2016), navedeno delo, str. 376.

državami, pri čezmejnih investicijah med državami članicami pa z vidika EU ne gre za tuje, temveč za notranje investicije.⁵⁹

Fecák pa opozarja, da je sprejem Lizbonske pogodbe v praksi vplival tudi na intra-EU BIS. Po njegovem mnenju gre v primeru izključne pristojnosti EU za sklepanje investicijskih sporazumov s tretjimi državami in obstoječih investicijskih sporazumov, sklenjenih le med nekaterimi državami članicami, tj. znotraj EU, na dolgi rok za nevzdržno situacijo.⁶⁰

V zvezi z vprašanjem odnosa intra-EU BIS in prava EU danes obstaja bogata arbitražna praksa, pogosto pa je v postopkih kot *amicus curiae* sodelovala tudi Evropska komisija. Prvi je o dopustnosti arbitražnega reševanja investicijskih sporov in veljavnosti oz. uporabljivosti intra-EU BIS odločal tribunal v zadevi Eastern Sugar⁶¹ iz leta 2007, posebej pomembna pa je zadeva Eureko/Achmea,⁶² saj je v okviru izpodbijanja arbitražne odločbe pred nemškimi sodišči preko predhodnega vprašanja o tem odločalo tudi SEU.

3.3 Pogodba o energetski listini (ECT)

ECT je multilateralna pogodba, ki med drugim varuje tuje investicije z omejitvijo zgolj na energetski sektor, prav tako pa investitorjem nudi možnost postopka ISDS proti pogodbenicam v primeru kršitev njenih določb o zaščiti tujih investicij.⁶³

Ideja o sodelovanju vseh evropskih držav, vključno z vzhodnoevropskimi, v »Evropski energetski skupnosti« je nastala v zgodnjih devetdesetih letih prejšnjega stoletja. Sprva so države idejo zapisale v Evropski energetski listini, ki je politična deklaracija, bila pa je osnova za kasneje sklenjeno ECT. Pogajanja sta vzpodbudila dva svetovna dogodka: vojna v Iraku, ki je pod vprašanje postavila dostopnost nafte in plina za zahodne države, in razpad Sovjetske zveze, na območju katere so te države našle alternativni vir energentov. Izkoriščanje teh virov zahteva precejšnje investicije, novonastale države pa niso imele ustreznega pravnega okvira za njihovo zaščito. Problem je predstavljal transport nafte in plina na zahod; namesto enega

⁵⁹ Jereb, navedeno delo, str. 174; Kleinheisterkamp, *The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future – From a European Law Perspective* (2011), str. 16; Fecák (2016), navedeno delo, str. 376.

⁶⁰ Fecák (2016), navedeno delo, str. 376. V začetni fazi je Komisija do vprašanja intra-EU vseeno pristopala previdno in na države članice ni pretirano pritiskala z zahtevo po odpravi mreže intra-EU BIS; razlog je bil najverjetneje v dejstvu, da je potrebovala podporo Sveta pri uresničevanju svojih idej glede nastajajoče investicijske politike EU v odnosih s tretjimi državami. Prav tam.

⁶¹ Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004.

⁶² Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic).

⁶³ Happ, navedeno delo, str. 240.

samega nacionalnega operaterja plinovoda, tj. Gazproma, je zdaj vsaka od bivših republik imela svojega. Tako je nastala potreba po oblikovanju pravnega okvirja za zagotovitev dobave nafte in plina iz teh držav.⁶⁴

Med pogodbenicami ECT so vse države članice EU, razen Italije, ki je od pogodbe odstopila z učinkom od 1. 1. 2016, prav tako je pogodbenica EU sama.⁶⁵ Z vidika prava EU gre za t. i. mešano pogodbo; ECT ima zato tako intra-EU kot ekstra-EU vidik.⁶⁶

Medtem ko ekstra-EU vidik v praksi ni odprl sorodnih vprašanj skladnosti s pravom EU, kot se je to zgodilo v primeru ekstra-EU BIS držav članic (v veliki meri zato, ker je pogodbenica ECT tudi EU), pa je intra-EU vidik predmet podobnih polemik kot intra-EU BIS. Z odstopom Italije od ECT je tudi v primeru ECT nastal problem potencialne diskriminacije investitorjev na podlagi njihove nacionalnosti, podobno kot intra-EU BIS pa ECT omogoča evropskim investitorjem, da začnejo ISDS postopke proti državam članicam in celo proti EU, kar je odprlo vprašanje uporabljivosti ECT, še posebej arbitražne klavzule v 26. členu, med državami članicami EU. Različno od mnogih drugih mešanih sporazumov, ki so jih med seboj sklenile EU in države članice, ECT ne vsebuje klavzule o neuporabi (t. i. *disconnection clause*), ki izrecno izključuje uporabo teh sporazumov med državami članicami, same določbe ECT pa vsaj *prima facie* uporabe med njimi ne izključujejo.⁶⁷

Dejstvo, da je EU pogodbenica ECT, samo po sebi ne more izključiti neskladja ECT z vidika prava EU niti ne more dokončno potrditi skladnosti, saj odločitev o tem lahko sprejme le SEU. Vseeno pa sodelovanje EU v veliki meri pod vprašaj postavi argumente o neskladju intra-EU arbitražnega reševanja sporov na podlagi ECT. Kljub temu je Komisija v mnogih arbitražnih postopkih kot *amicus curiae* podala podobne pripombe kot v primeru intra-EU BIS. Sama Komisija je v imenu nekdanje Evropske skupnosti igrala ključno vlogo pri nastanku ECT,⁶⁸ zato bi ECT težko označili za »anomalijo na notranjem trgu«⁶⁹, kot je Komisija poimenovala intra-EU BIS. Zato tudi ni v interesu Komisije, da bi zatrjevala prenehanje veljavnosti ECT, in mora argumente oblikovati drugače in bolj pazljivo kot v primeru intra-EU BIS.⁷⁰

⁶⁴ Prav tam.

⁶⁵ Glej spletno stran ECT, URL: <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/> (4. 11. 2019).

⁶⁶ Fecák (2016), navedeno delo, str. 397.

⁶⁷ Prav tam.

⁶⁸ Tribunal v zadevi Electrabel je ECT opisal kot »brainchild of the European Union.« Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30. 11. 2012, par. 4.131.

⁶⁹ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 177.

⁷⁰ Fecák (2016), navedeno delo, str. 399.

4 SODBA SEU SLOWAKISCHE REPUBLIK PROTI ACHMEA B.V.

Soba sodišča EU ima podlago v sporu med nizozemskim investitorjem Eureko (ki se je med arbitražnim postopkom preimenoval v Achmea) in Slovaško.⁷¹ Šlo je za ad hoc arbitražo v skladu z UNCITRAL arbitražnimi pravili, s sedežem v Frankfurtu.⁷²

V postopku je Slovaška med drugim zatrjevala nepristojnost arbitražnega tribunala, saj naj arbitražni postopek na podlagi BIS med Češkoslovaško in Nizozemsko⁷³ (ki ga je Slovaška nasledila) od pristopa Slovaške k EU ne bi bil združljiv s pravom EU. Tribunal je ugovor zavrnil. Kasneje je Slovaška arbitražno odločbo, s katero ji je tribunal naložil plačilo odškodnine,⁷⁴ izpodbijala pred nemškimi sodišči, ki so bila pristojna kot sodišča države sedeža arbitraže: najprej neuspešno pred Višjim regionalnim sodiščem (Oberlandesgericht) v Frankfurtu, nato pa se je na odločitev pritožila pri Zveznem nemškem vrhovnem sodišču (Bundesgerichtshof), ki je v okviru postopka SEU zastavilo vprašanje za predhodno odločanje, v okviru katerega je želelo izvedeti, ali 344.⁷⁵, 267.⁷⁶ oz. 18.⁷⁷ člen PDEU nasprotujejo uporabi arbitražne klavzule iz BIS.⁷⁸

V postopku na zadnji stopnji pred nemškim Zveznim vrhovnim sodiščem je to sodišče zastavilo predhodno vprašanje glede skladnosti arbitražne klavzule iz BIS s pravom EU.⁷⁹

4.1 Eureko vs. Slovak Republic

Investitor je arbitražni postopek sprožil zaradi spremembe slovaške zakonodaje: potem ko je bil trg zasebnega zdravstvenega zavarovanja leta 2004 na slovaškem liberaliziran, kar je Eureko

⁷¹ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic).

⁷² Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 224.

⁷³ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, sklenjen 29. 4. 1991.

⁷⁴ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award, 7. 12. 2012, par. 352.

⁷⁵ »Države članice se obvezujejo, da bodo spore glede razlage ali uporabe Pogodb reševale le na načine, določene v Pogodbah.«

⁷⁶ »Sodišče Evropske unije je pristojno za predhodno odločanje o vprašanih glede: (a) razlage Pogodb; [...] Kadar se takšno vprašanje postavi kateremu koli sodišču države članice in če to sodišče meni, da je treba glede vprašanja sprejeti odločitev, ki mu bo omogočila izreči sodbo, lahko to vprašanje predloži v odločanje Sodišču. Kadar je takšno vprašanje postavljeno v postopku, ki teče pred sodiščem države članice, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, je to sodišče dolžno predložiti zadevo Sodišču. [...]«

⁷⁷ »Kjer se uporabljata Pogodbi in brez poseganja v njune posebne določbe, je prepovedana vsakršna diskriminacija glede na državljanstvo. [...]«

⁷⁸ Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 6. 3. 2018, par. 12, 23.

⁷⁹ Prav tam, par. 12, 23.

spodbudilo k investiranju, je nova vlada dve leti kasneje ta sistem odpravila. Investitor je zatrjeval, da je ta sprememba izničila vrednost investicije in je zato Slovaška kršila jamstva v skladu z BIS.⁸⁰

Slovaška je ugovarjala pristojnosti tribunala med drugim iz razloga pristopa Slovaške k EU. V skladu z dogovorom strank postopka je tribunal v ločeni odločbi posebej obravnaval ta ugovor. Slovaška je zatrjevala, da je v skladu z mednarodnim pravom, pravom EU, slovaškim in nemškim pravom s pristopom Slovaške k EU BIS prenehal veljati, oziroma je povzročil neuporabljenost arbitražne klavzule in posledično nepristojnost tribunala, da odloča v zadevi.⁸¹

4.2 Odločitev SEU

Kljub mnenju generalnega pravobranilca Watheleta v sklepnih predlogih, kjer je ta SEU predlagal, naj ugotovi, da BIS ne predstavlja diskriminacije na podlagi državljanstva z zagotavljanjem bolj ugodne obravnave nizozemskim investitorjem in ni v nasprotju z 18. členom PDEU, da je tribunal vzpostavljen na podlagi BIS »sodišče oz. tribunal države članice« v smislu 267. člena PDEU in kot tak lahko postavlja predhodna vprašanja SEU ter da reševanje sporov med investitorjem in državo gostiteljico (ISDS) ni zajeto s 344. členom PDEU in da se zadevni spor ne nanaša na razlago oz. uporabo določb Pogodb EU⁸², SEU mnenju ni sledilo.

SEU je na podlagi šestega odstavka 8. člena BIS, ki določa, da mora arbitražni tribunal pri odločitvi upoštevati med drugim tudi slovaško pravo (katerega del je pravo EU), ugotovilo, da lahko pride do situacije, v kateri mora tribunal odločiti v skladu z določbami prava EU, predvsem glede svobode ustanavljanja in prostega pretoka kapitala, in jih tudi razlagati.⁸³

Tribunala pa ni mogoče šteti za »sodišče države članice« (tribunal ni del slovaškega ali nizozemskega sodnega sistema) in posledično SEU ne more zastaviti vprašanja za predhodno odločanje. Prav tako po mnenju SEU odločba tribunala ni predmet nadzora sodišča države članice v postopku, v katerem bi to lahko SEU zastavilo vprašanja glede uporabe oz. razlage prava EU. Ta nadzor je namreč odvisen od sedeža, ki ga izbere tribunal, in s tem nacionalnega prava (*lex loci arbitri*), ki se uporablja. V zadevi je šlo za nemško pravo, ki omogoča le omejen nadzor, in sicer le glede veljavnosti arbitražnega sporazuma in glede skladnosti priznanja oz.

⁸⁰ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 7.

⁸¹ Prav tam, par. 9. Mednarodnopravne argumente obravnavam v nadaljevanju.

⁸² Sklepni predlogi, ki jih je podal Avocat général Melchior Wathelet v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 19. 9. 2017.

⁸³ Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 6. 3. 2018, par. 39-42.

izvršitve odločbe z nemškim javnim redom. Kljub temu, da je tak omejen nadzor v skladu s sodno prakso SEU,⁸⁴ ko gre za trgovinsko arbitražo, pa je Sodišče odločilo, da to ne velja tudi za investicijsko arbitražo.⁸⁵

Sodna praksa SEU dopušča sklenitev sporazuma, ki določa sodišče oz. tribunal, ki je pristojen za razlago določb tega sporazuma, vendar samo v primeru, da se spoštuje avtonomija prava EU in se ne posega v pravni sistem EU ter ureditev pristojnosti v skladu s primarnim pravom.⁸⁶ To določa predvsem 344. člen PDEU, ki države članice obvezuje, da spore glede razlage oz. uporabe Pogodb rešujejo le na načine, določene v Pogodbah EU.⁸⁷

Države članice so na svojem ozemlju dolžne prek nacionalnih sodišč zagotoviti polno uporabo in spoštovanje prava EU v sodelovanju s SEU. V ta namen PDEU v 267. členu določa postopek predhodnega odločanja, ki omogoča dialog med nacionalnimi sodišči in SEU ter zagotavlja skladnost razlage, polni učinek in avtonomijo prava EU. V tem smislu je postopek predhodnega odločanja bistvo sodnega sistema, zasnovanega s primarnim pravom EU. Z vzpostavitvijo pristojnosti arbitražnega tribunala, ki ni del sodnega sistema EU, glede sporov, ki se poleg BIS lahko nanašajo tudi na pravo EU, se zato lahko poseže v avtonomijo prava EU in polno učinkovitost tega prava, ki ju zagotavlja postopek predhodnega odločanja.⁸⁸

Zato je SEU odločilo, da 344. in 267. člen nasprotujeta arbitražni klavzuli, *kot je ta v 8. členu BIS med Slovaško in Nizozemsko*. Zaradi odločitve v zvezi s 344. in 267. členom⁸⁹ SEU o skladnosti z 18. členom PDEU⁹⁰ ni odločilo.⁹¹

Sodba pušča mnogo vprašanj neodgovorjenih. Eno izmed njih je vprašanje dosega sodbe: ali je treba izrek sodbe razlagati široko in ta zajema vso investicijsko arbitražo ali pa je pravilnejša ozka razlaga in se sodba nanaša zgolj na ozek kontekst primera Achmea? Če sledimo široki razlagi, se postavlja vprašanje, ali sodba obsega tudi ISDS na podlagi multilateralne pogodbe, kot je ECT, in sorodno vprašanje glede ICSID arbitraže, katere okvir je multilateralna konvencija.⁹²

⁸⁴ Glej sodbo Sodišča v zadevi C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* z dne 1. 6. 1999.

⁸⁵ Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, *Slovaška proti Achmea BV* z dne 6. 3. 2018, par. 43-55.

⁸⁶ Glej mnenje Sodišča v zadevi 2/13 z dne 18. 12. 2014.

⁸⁷ Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, *Slovaška proti Achmea BV* z dne 6. 3. 2018, par. 32, 57.

⁸⁸ Prav tam, par. 34-37.

⁸⁹ Prvo in drugo vprašanje, ki ju je zastavilo nemško Zvezno vrhovno sodišče.

⁹⁰ Tretje vprašanje.

⁹¹ Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, *Slovaška proti Achmea BV* z dne 6. 3. 2018, par. 60-61.

⁹² Dragiev, 2018 In Review: The Achmea Decision and Its Reverberations in the World of Arbitration (2019), Kluwer Arbitration Blog, URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/16/2018-in-review-the-achmea-decision-and-its-reverberations-in-the-world-of-arbitration/> (1. 1. 2019).

Poleg tega SEU v sodbi ni niti omenilo DKPMP, ki ureja sklepanje, razlago in veljavnost oz. neveljavnost mednarodnih pogodb,⁹³ med drugim tako investicijskih sporazumov kot tudi PDEU.⁹⁴

Obe vprašanji obravnavam v naslednjih poglavjih.

⁹³ SEU je v preteklosti že odločalo na podlagi pravil DKPMP; v zadevi *Racke* je odločalo na podlagi pravila o bistveno spremenjenih okoliščinah (*rebus sic stantibus*), ki ga vsebuje 62. člen DKPMP. SEU je ugotovilo, da mnoge določbe DKPMP odsevajo pravila običajnega mednarodnega prava, tudi če DKPMP Unije ne zavezuje, pri čemer se je oprlo na sodbo Meddržavnega sodišča v zadevi *Fisheries Jurisdiction*. Sodba Sodišča v zadevi C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz* z dne 16. 6. 1998.

⁹⁴ »V tej konvenciji: a) »mednarodna pogodba« pomeni mednarodni sporazum, ki ga države sklenejo pisno in ga ureja mednarodno pravo, sestavljen v obliki ene same listine ali dveh ali več povezanih listin, ne glede na njegovo posebno poimenovanje; [...]« (2. člen, 1. odstavek DKPMP).

5 MEDNARODNOPRAVNA ANALIZA RAZMERJA MED INTRA-EU INVESTICIJSKIMI SPORAZUMI DRŽAV ČLANIC IN PDEU

Kljub samooklicani *sui generis* naravi prava EU in njegovi avtonomiji v odnosu do mednarodnega prava pravni red EU še vedno temelji na mednarodnih pogodbah. Zato je treba vprašanje neskladja intra-EU investicijskih sporazumov s pravom EU v prvi vrsti obravnavati z vidika mednarodnega javnega prava, tj. kot konflikt med mednarodnimi pogodbami.⁹⁵ Pravila o reševanju konfliktov med mednarodnimi pogodbami so bila v okviru kodifikacije prava mednarodnih pogodb umeščena v DKPMP.

Razpravljanja o nadaljnji veljavi oz. uporabljivosti intra-EU BIS se osredotočajo na določbi DKPMP o odnosu med zaporednimi pogodbami, ki urejajo isti predmet: 30. in 59. člen DKPMP.⁹⁶ Ti določbi sta kodifikacija pravila *lex posterior derogat legi priori*⁹⁷: vsi obstoječi intra-EU BIS so bili sklenjeni, preden je ena oz. sta obe pogodbenici pristopili k EU. V primeru BIS gre tako za zgodnejšo pogodbo (*lex prior*), pristopna pogodba, s katero so države postale članice EU in pristopile k pogodbam EU, pa je kasnejša pogodba (*lex posterior*).⁹⁸

Na 30. in 59. člen DKPMP sta se sklicevali tudi Češka in Slovaška kot toženki v investicijski arbitraži. V okviru ugovora pristojnosti sta zatrjevali, da je BIS med Češko oz. Slovaško in Nizozemsko s pristopom k EU prenehal veljati v skladu z 59. členom oz. da je njegova arbitražna klavzula postala neuporabljiva v skladu s tretjim odstavkom 30. člena.⁹⁹

V kontekstu odnosa med ECT in pravom EU je situacija nekoliko drugačna: 59. člen DKPMP ne pride v poštev, saj se uporablja le v primeru, ko vse pogodbenice prvotne pogodbe sklenejo novo pogodbo o istem predmetu (prvi odstavek 59. člena), med pogodbenicami ECT pa so tudi številne države, ki niso članice EU.

Poleg tega je za presojo potencialnih konfliktov med ECT in PDEU bolj kot 30. člen primeren 41. člen DKPMP, ki ureja pogoje, pod katerimi se večstranska mednarodna pogodba lahko

⁹⁵ Fecák (2016), navedeno delo, str. 382. Enakega mnenja sta tudi Barausova in Ghouri. Barausova, Slovak Republic v. Achmea from a Public International Law Perspective: Is State Consent to Arbitrate Under Intra-EU BITs Still Valid? (2018), str. 133; Ghouri, Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options (2010), str. 6.

⁹⁶ Reinisch, Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations (2012), str. 162.

⁹⁷ Prav tam, str. 158.

⁹⁸ Fecák (2016), navedeno delo, str. 382.

⁹⁹ Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 100; Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 59. Češka se na 30. člen DKPMP ni sklicevala, vendar se je tribunal v zadevi Eastern Sugar pri odločitvi vseeno oprl nanj, glej Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 178-180.

spremeni le med nekaterimi pogodbenicami (v primeru ECT le med državami članicami EU).¹⁰⁰ Prav tako ECT različno od intra-EU BIS v 16. členu ureja odnose ECT z drugimi (zgodnejšimi ali kasnejšimi) sporazumi, ki se nanašajo na isti predmet. V odnosu do DKPMP gre v primeru 16. člena ECT za *lex specialis*.

5.1 59. člen DKPMP

59. člen DKPMP¹⁰¹ ureja implicitno prenehanje veljavnosti (oz. suspenz) mednarodne pogodbe zaradi sklenitve kasnejše mednarodne pogodbe.¹⁰²

Kot ugotavlja Reinisch, je treba razlago 59. člena razčleniti na tri vprašanja: a) ali je lahko prenehanje veljavnosti v skladu z 59. členom avtomatično, b) kako razlagati besedno zvezo »isti predmet«¹⁰³ in c) kako ugotoviti, ali obstaja neskladje med pogodbama.¹⁰⁴ Tudi sam pri analizi sledim tej strukturi, kratko pa obravnavam tudi obstoj namena pogodbenic predmet urediti s kasnejšo pogodbo iz točke a) prvega odstavka.

5.1.1 Avtomatično prenehanje veljavnosti prejšnje pogodbe? Odnos med 59. in 65. členom DKPMP

V skladu z argumenti Češke in Slovaške naj bi BIS zaradi njunega pristopa k EU v skladu z 59. členom avtomatično prenehal veljati. Na podlagi jezikovne razlage¹⁰⁵ besedila člena se zdi, da v primeru, ko so izpolnjeni vsi pogoji pod točkama a) in b), zgodnejša pogodba res preneha veljati avtomatično.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Fecák (2016), navedeno delo, str. 398.

¹⁰¹ »Prenehanje veljavnosti ali začasno prenehanje uporabe mednarodne pogodbe zaradi sklenitve poznejše mednarodne pogodbe

1. Šteje se, da mednarodna pogodba preneha veljati, če vse pogodbenice pozneje sklenejo mednarodno pogodbo o istem predmetu in če: a) iz poznejše mednarodne pogodbe izhaja ali se sicer ugotovi, da so pogodbenice nameravale predmet urediti s poznejšo mednarodno pogodbo, ali b) so določbe poznejše mednarodne pogodbe tako neskladne s tistimi iz prejšnje mednarodne pogodbe, da obeh ni mogoče uporabljati hkrati.

2. Za prejšnjo mednarodno pogodbo se šteje, da se samo začasno preneha uporabljati, če to izhaja iz poznejše mednarodne pogodbe ali se sicer ugotovi, da je to namen pogodbenic.«

¹⁰² Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2009), str. 725.

¹⁰³ Angl. »same subject matter.«

¹⁰⁴ Reinisch, navedeno delo, str. 163.

¹⁰⁵ »Šteje se, da mednarodna pogodba preneha veljati [...]«; angl. »A treaty shall be considered as terminated [...]«; fr. »Un traité est considéré comme ayant pris fin [...]«...

¹⁰⁶ Reinisch, navedeno delo, str. 163. Dodaten argument za tako razlago je po mnenju Reinischa lahko tudi primerjava z besedilom drugih določb DKPMP, ki urejajo prenehanje veljave oz. suspenz: pogosto namreč

Vendar pa teorija stoji na stališču, da prenehanje veljavnosti v skladu z 59. členom ni avtomatično, temveč je vezano na postopek, ki ga DKPMP določa v 65. členu.¹⁰⁷ Ta med drugim od države, ki zatrjuje prenehanje veljavnosti, zahteva, da o razlogu za prenehanje uradno obvesti sopogodbence (prvi odstavek 65. člena). To državam preprečuje, da bi se enostransko rešile obveznosti iz sklenjenih mednarodnih pogodb, hkrati pa DKPMP predvideva postopek (65.–68. člen) za reševanje potencialnih sporov v zvezi z zatrjevanim implicitnim prenehanjem.¹⁰⁸

Istega mnenja sta bila tudi tribunala v zadevah *Eastern Sugar* in *Eureko/Achmea*. Prvi je v odločbi zapisal, da [...] *pravo EU ni avtomatično nadomestilo BIS, kot posledica pristopa Češke republike k EU. Zato sledi, da BIS, vključno z arbitražno klavzulo, še vedno velja.*¹⁰⁹ Tribunal v zadevi *Eureko* pa je bil mnenja, da [...] *je iz besedila DKPMP jasno, da se je treba na neveljavnost oz. prenehanje mednarodne pogodbe sklicevati v skladu s 65. členom. DKPMP ne omogoča avtomatičnega prenehanja mednarodnih pogodb po samem pravu (z izjemo mednarodnih pogodb, ki nasprotujejo pravilom jus cogens).*¹¹⁰

Da mednarodna pogodba na podlagi 59. člena ne preneha veljati avtomatično, se je strinjala celo Evropska komisija. V pismu namestniku češkega ministra za finance je predstavnik Komisije med drugim zapisal, da [...] *efektivna razširjenost pravnega reda EU obenem ne pomeni tudi avtomatičnega prenehanja zadevnih BIS, kot tudi ne nujno neuporabe vseh njihovih določb.*[...] ¹¹¹ Še bolj neposredno je Komisija svoje strinjanje izrazila kot *amicus curiae* v zadevi *Eureko*: *Komisija se tako strinja, da 'celoten nizozemsko-slovaški BIS ni implicitno prenehal oz. bil suspendiran v skladu s prvim odstavkom 59. člena Dunajske konvencije.*¹¹² V

izrecno zahtevajo, da se pogodbenica sklicuje na razlog za prenehanje oz. suspenz, kar izključuje avtomatično prenehanje; avtor npr. navaja 1. odstavek 60. člena, 1. odstavek 61. člena in 1. odstavek 62. člena DKPMP. Prav tam. Enakega stališča je v slovenski pravni doktrini Ficko Dolžan: kljub temu, da DKPMP ponekod govori o pravici države, da se na neveljavnosti sklicuje, drugod pa le o tem, da je pogodba brez pravnega učinka ali nična, je treba materialnopravne določbe DKPMP razlagati v povezavi s procesnopravnimi in določbami o posledicah neveljavnosti in nasploh v kontekstu celotne DKPMP. Ficko Dolžan, *Nekateri vidiki neveljavnosti in prenehanja mednarodnih pogodb* (2009), str. 74.

¹⁰⁷ Glej npr. Binder, *A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs* (2016), str. 968; Barausova, navedeno delo, str. 139; Reinisch, navedeno delo, str. 163.

¹⁰⁸ Binder, navedeno delo, str. 969.

¹⁰⁹ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 172 (iz angl. prevedel avtor).

¹¹⁰ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, par. 235 (iz angl. prevedel avtor).

¹¹¹ Pismo tribunal dobesedno navaja v odločbi v zadevi *Eastern Sugar*. *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, par. 119 (iz angl. prevedel avtor).

¹¹² Prav tam, par. 187 (iz angl. prevedel avtor). Nedavno je Komisija spremenila mnenje in zavzela radikalnejše stališče, da so intra-EU BIS s pristopom držav k EU avtomatično prenehali v skladu s 59. členom DKPMP; glej *Ioan Micula, Viorel Micula and Others v Romania*, ICSID Case No ARB/05/20, Decision on Annulment, 26. 2. 2016, par. 331 in naslednji.

nadaljevanju je še opozorila, da bodo sčasoma vsi intra-EU BIS morali biti odpovedani.¹¹³ To kaže na stališče Komisije, da je treba veljavnost in uporabljivost intra-EU BIS presoditi z uporabo pravil mednarodnega pogodbenega prava.¹¹⁴

Vprašanje avtomatičnega prenehanja mednarodnih pogodb se je po pristopu RS k EU pojavilo že v zvezi z nekaterimi bilateralnimi sporazumi s področja gospodarstva in trgovine, ki jih je RS sklenila z državami članicami EU pred pristopom: Ministrstvo za zunanje zadeve RS je bilo mnenja, da ti sporazumi še naprej veljajo, Ministrstvo za gospodarstvo pa, da so molče prenehali veljati v skladu s prvim odstavkom 59. člena DKPMP.¹¹⁵

5.1.2 »Isti predmet«

Kot osrednji predpogoj, da zgodnejša mednarodna pogodba preneha veljati oz. je suspendirana, 59. člen določa, da morata zaporedni pogodbi urejati *isti predmet*. Zato je bistvenega pomena, kakšen test »istosti« sodišče oz. tribunal, ki o zadevi odloča, uporabi.¹¹⁶

Komisija za mednarodno pravo (ILC) je v Poročilu o fragmentaciji mednarodnega prava zavzela stališče,¹¹⁷ da se kriterija »istega predmeta« ne sme tolmačiti ozko, saj taka razlaga iz področja uporabe izvzame večino najpomembnejših primerov potencialnih konfliktov, kot so npr. konflikti med pogodbami mednarodnega podnebnega prava in pogodbami o trgovini ali pogodbami o človekovih pravicah in pogodbami mednarodnega humanitarnega prava.¹¹⁸

Zato po mnenju ILC pri ugotavljanju, ali pogodbi urejata isti predmet, niso bistvena poimenovanja pravnih področij, kot so »pravo človekovih pravic«, »trgovinsko pravo« ali »podnebno pravo«, saj mnoge mednarodne pogodbe zasledujejo cilje na več tovrstnih področjih, temveč je odločilno, ali izpolnitev obveznosti iz ene mednarodne pogodbe vpliva na

¹¹³Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, par. 182.

¹¹⁴ Reinisch, navedeno delo, str. 162.

¹¹⁵ Stojilkovski, Veljavnost dotedanjih bilateralnih sporazumov med Republiko Slovenijo in članicami EU po člastvu Republike Slovenije v EU (2006), str. 84.

¹¹⁶ Prav tam, str. 165.

¹¹⁷ Komisija za mednarodno pravo je problem sicer obravnavala v kontekstu 30. člena DKPMP, ki pa prav tako vsebuje pogoj, da zaporedni pogodbi urejata isti predmet. Glede 30. člena glej spodaj.

¹¹⁸ International Law Commission, Report of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskeniemi (2006), dostopno na URL: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (4. 11. 2019), par. 253.

izpolnitev obveznosti iz druge. Pri tem gre lahko za nezmožnost izpolnitve druge obveznosti ali za spodkopavanje predmeta in namena na drug način.¹¹⁹

ILC in nekateri teoretiki so tako mnenja, da je pogoj »istega predmeta« izpolnjen, ko uporaba dveh različnih pravil oz. setov pravil na podlagi istega dejanskega stanja pripelje do nezdržljivih rezultatov.¹²⁰

Barausova je kritična do takega stališča, saj briše mejo med istostjo predmeta, ki ga urejata pogodbi, in neskladjem njunih določb. Ko storitev (oz. opustitev), ki jo nalaga ena mednarodna pogodba, pripelje do kršitve druge pogodbe, to namreč običajno razumemo kot neskladje teh pogodb. Če za presojo pogoja istosti predmeta, ki ga urejata, uporabljamo isti kriterij, to povzroči, da se oba pogoja med seboj zlijeta.¹²¹

Po mnenju Barausove namreč ne bi bilo razloga za vključitev pogoja istosti predmeta v 30. in 59. člen DKPMP, če bi šlo zgolj za ponovitev pogoja neskladnosti oz. če bi se z njim prekrival. Zato bi moral biti pogoj istega predmeta ločen od pogoja neskladja in bi moral imeti svoj lastni pomen.¹²²

Enakega mnenja je bil tribunal v zadevi Euram: menil je, da problem zaradi pogostega mešanja oz. združevanja pojmov istosti in neskladja ni bil deležen ustrezne obravnave, pri čemer je bil kritičen do pristopa ILC.¹²³

Barausova vidi rešitev v iskanju ravnovesja med izogibanjem ozke in pretirano formalistične razlage pogoja istega predmeta in popolnim enačenjem s pogojem neskladja. Meni, da so bolj kot teoretiki in ILC bili pri tem uspešni investicijski tribunali.¹²⁴

Tribunal v zadevi Achmea v. Slovakia je opravil primerjalno analizo jamstev, ki jih investitorjem nudita BIS in PDEU. Pri tem je ugotovil, da obseg varstva, ki ga zagotavljajo standardi iz BIS, presega varstvo, ki ga investitorju nudi PDEU. Predvsem pa je bil mnenja, da možnost tožbe pred nacionalnimi sodišči (s sodelovanjem SEU prek postopka predhodnega odločanja) ni enakovredna možnosti investitorja, da pred arbitražnim tribunalom sproži

¹¹⁹ Prav tam, par. 21, 254.

¹²⁰ Prav tam, par. 22-23; Vierdag, *The Time of the "Conclusion" of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions (1988)*, str. 100 (njegovo stališče v poročilu povzema tudi ILC); Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law (2003)*, str. 364.

¹²¹ Barausova, navedeno delo, str. 142.

¹²² Prav tam.

¹²³ *European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic*, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012, par. 173.

¹²⁴ Barausova, navedeno delo, str. 143.

postopek proti državi gostiteljici. Zato se tribunal ni strinjal s Slovaško, da BIS in PDEU urejata isti predmet.¹²⁵

Podobnega mnenja je bil že tribunal v zadevi Eastern Sugar, ki je arbitražno klavzulo označil za najpomembnejšo določbo v BIS, saj predstavlja najboljše zagotovilo investitorju, da bo njegova investicija zavarovana pred poseganji države gostiteljice. Pri tem je poudaril, da pravo EU takega zagotovila ne vsebuje.¹²⁶

Odločitvama iz zadev Eastern Sugar in Eureko so sledili (in se nanju sklicevali) številni drugi arbitražni tribunali, npr. v zadevi Oostergetel,¹²⁷ v zadnjem času pa tudi npr. v zadevi Jürtgen Wirtgen¹²⁸ in PL Holdings.¹²⁹

Na drugi strani je Fecák kritičen do pristopa tribunalov glede razlage pojma istega predmeta, saj meni, da je potrebno ločevati med predmetom, ki ga mednarodna pogodba ureja, in konkretno vsebino mednarodne pogodbe. Če sledimo stališču arbitražnih tribunalov, bi namreč 59. člen prišel v poštev le, če bi pogodbenice sklenile kasnejšo mednarodno pogodbo, ki bi vsebovala skoraj identična pravila kot zgodnejša. To bi v primeru BIS najverjetneje lahko bil le nov investicijski sporazum, sklenjen med istimi pogodbenicami, ki bi vseboval vsaj enake standarde zaščite investicij in arbitražno klavzulo. V skladu s tako razlago pojma istega predmeta bi 59. člen (kot tudi 30. člen) DKPMP postal v veliki meri neuporabljiv.¹³⁰

Fecák tako meni, da je pogoj, da pogodbi urejata isti predmet, sam zase premalo specifičen in ga je zato treba razlagati v kontekstu bodisi točke b) (obstoj neskladja med pogodbama) bodisi točke a) (namen pogodbenic, da predmet ureja kasnejša pogodba) prvega odstavka 59. člena: v primeru, da med pogodbama obstaja neskladje (b) točka) ali v primeru, da se področji, ki ju pogodbi urejata, prekrivata v zadosti velikem obsegu, da lahko razumno domnevamo, da sta pogodbenici nameravali razveljaviti zgodnejšo pogodbo s sklenitvijo novejšje (a) točka), obstaja močan indic (če ne kar domneva), da pogodbi urejata isti predmet.¹³¹

¹²⁵ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, par. 239-264.

¹²⁶ Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 159-165.

¹²⁷ Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 10. 2010, par. 79, 87.

¹²⁸ Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11. 10. 2017, par. 253.

¹²⁹ PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Case No. V 2014/163, Partial Award, 28. 6. 2017, par. 312.

¹³⁰ Fecák (2016), str. 468-469.

¹³¹ Prav tam.

5.1.3 Obstoj neskladja (59/1/b) DKPMP)

V skladu s točko b) prvega odstavka 59. člena mora med mednarodnima pogodbama obstajati tako neskladje, da obeh ni mogoče uporabljati sočasno. Le delno neskladje med pogodbama za uporabo 59. člena ter posledično za prenehanje (oz. suspenz) ne zadošča. V takem primeru zgodnejša pogodba ostane v veljavi in v poštev pride 30. člen DKPMP.¹³²

V praksi so arbitražni tribunali zanikali obstoj neskladja med določbami BIS in pravom EU: dejstvo, da BIS investitorjem zagotavljajo širša jamstva kot pravo EU in zaščito investicij tudi v poustanovitveni fazi, še ne pomeni, da so BIS v neskladju s pravom EU – po mnenju tribunalov se oba režima medsebojno dopolnjujeta.¹³³

Po mnenju tribunala v zadevi Eastern Sugar je v primeru, da BIS državam, ki sta ga sklenili, zagotavlja več pravic, kot jih imajo druge države članice EU, na teh drugih državah, da uveljavljajo enake pravice. Dejstvo, da pravice niso enake, pa še ne pomeni, da so v neskladju.¹³⁴

Tribunal v zadevi Eureko je podobno menil, da ni razloga, da ne bi poleg pravic, ki investitorjem gredo po pravu EU, priznali tudi jamstev iz BIS, ki te pravice presegajo.¹³⁵

Pristop tribunalov je v skladu s načelom harmonične razlage, ki je splošno uveljavljeno v mednarodnem pravu: kadar je to mogoče, je treba zaporedni mednarodni pogodbi razlagati tako, da med njima ni neskladja. Gre za t. i. domnevo o neobstoju konflikta – vsako pravilo mednarodnega prava je ustvarjeno v kontekstu že obstoječega mednarodnega prava, zato obstaja domneva, da je novo pravilo nastalo na podlagi že obstoječega prava in ga nadalje razvija.¹³⁶

¹³² Viliger, navedeno delo, str. 727.

¹³³ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 168-170; Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 10. 2010, par. 86-87; Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 263; European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012, par. 218, 228. Enaka odločitev iz časa po uveljavitvi Lizbonske pogodbe npr. v zadevi WNC Factoring Limited. WNC Factoring Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34, Award, 22. 2. 2017, par. 309.

¹³⁴ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 170. Stališče povzema in se z njim strinja tribunal v zadevi Oostergetel; Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 4. 2010, par. 87.

¹³⁵ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 263.

¹³⁶ Pauwelyn, navedeno delo, str. 240. Enako stališče tudi v Villiger, navedeno delo, str. 402 in Gourgourinis, After Achmea: Maintaining the EU Law Compatibility of Intra-EU BITS Through Treaty Interpretation (2018) str. 297.

5.1.4 Namen pogodbenic predmet urediti s kasnejšo pogodbo (59/1/a) DKPMP)

59. člen DKPMP ureja implicitno prenehanje mednarodne pogodbe s sklenitvijo kasnejše mednarodne pogodbe. V primeru, da so se pogodbenice o prenehanju (izrecno) dogovorile (pisno ali kako drugače), v poštev prihaja točka b) 54. člena DKPMP.¹³⁷

Namen pogodbenic urediti predmet s kasnejšo mednarodno pogodbo je lahko razviden iz samega besedila kasnejše pogodbe ali iz drugih okoliščin ob sklenitvi kasnejše pogodbe, npr. iz *travaux préparatoires*.¹³⁸ Če namena pogodbenic, da zgodnejša mednarodna pogodba preneha, ni mogoče ugotoviti onkraj razumnega dvoma, pogoj iz točke a) prvega odstavka 59. člena ni izpolnjen. V takem primeru zgodnejša mednarodna pogodba ostane veljavna in v poštev pride 30. člen DKPMP.¹³⁹

Poleg neskladja med BIS in PDEU so države v arbitražnih postopkih zatrjevale tudi obstoj namena nadomestiti BIS s (primarnim) pravom v skladu s točko a) prvega odstavka 59. člena.¹⁴⁰

Na drugi strani pa arbitražni tribunali niti v pridružitvenih sporazumih,¹⁴¹ sklenjenih pred pristopom k EU, niti v pristopnih pogodbah niti drugje v Pogodbah EU niso zaznali takega namena pogodbenic BIS. Prav tako tak namen ni bil razviden iz drugih okoliščin ob pristopu.¹⁴²

Dodaten razlog za tako razlago je tribunal v zadevi Eureko videl v dejstvu, da BIS investitorjem zagotavlja jamstva, ki presegajo pravice, ki izhajajo iz prava EU.¹⁴³ V zadevi Eastern Sugar pa je tribunal menil, da bi bilo nenavadno, da bi se med pristopnimi pogajanjmi pozabilo na tako

¹³⁷ Giegerich, Article 59: Termination or Suspension of the Operation of a Treaty Implied by Conclusion of a Later Treaty (2018), str. 1086.

¹³⁸ Villiger, navedeno delo, str. 726.

¹³⁹ Giegerich, navedeno delo, str. 1090.

¹⁴⁰ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 100-104; Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 86; Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 4. 2010, par. 66; European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012, par. 93; Binder v. Czech Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 6. 6. 2007, par. 19.

¹⁴¹ Angl. Association Agreement.

¹⁴² Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 143-151; Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 244; Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 4. 2010, par. 74; European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012, par. 192-210; Binder v. Czech Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 6. 6. 2007, par. 45.

¹⁴³ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 262.

pomembno področje, kot je varstvo investicij. Prav tako sta tako Nizozemska kot Češka BIS še vedno ohranjali na seznamu mednarodnih pogodb, ki ju zavezujejo.¹⁴⁴

Reinisch meni, da enako sledi tudi tako iz poskusov Češke, da s sopogodbenicami dvostransko odpove intra-EU BIS, s čimer se mnoge niso strinjale, kot iz pozivov Komisije k odpovedi intra-EU BIS, ki so jim države članice prav tako večinsko nasprotovale.¹⁴⁵

5.2 30. člen DKPMP¹⁴⁶

V primeru, da neskladje med zaporednima mednarodnima pogodbama ni takega obsega, da bi povzročilo prenehanje zgodnejše pogodbe v skladu z 59. členom DKPMP, v poštev pride 30. člen DKPMP.¹⁴⁷

Ker ne intra-EU BIS ne PDEU ne vsebujejo določbe, ki bi določila, katera mednarodna pogodba prevlada v primeru konflikta (drugi odstavek 30. člena DKPMP),¹⁴⁸ vse pogodbenice zgodnejše pogodbe (intra-EU BIS) pa so tudi pogodbenice kasnejše (PDEU),¹⁴⁹ v poštev pride tretji odstavek 30. člena DKPMP. V skladu s tretjim odstavkom zgodnejša mednarodna pogodba ostane v veljavi, vendar se uporablja le v obsegu, v katerem je v skladu s kasnejšo pogodbo.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 143, 155.

¹⁴⁵ Reinisch, navedeno delo, str. 173. Glede poskusov Češke in pozivom Evropske komisije k dvostranski odpovedi glej zgoraj (podpoglavje 3.2).

¹⁴⁶ »Uporaba nadaljnjih mednarodnih pogodb o istem predmetu

1. Ob upoštevanju 103. člena Ustanovne listine Združenih narodov se pravice in obveznosti držav pogodbenic iz nadaljnjih mednarodnih pogodb o istem predmetu določajo v skladu z naslednjimi odstavki.

2. Če mednarodna pogodba določa, da je vezana na prejšnjo ali poznejšo mednarodno pogodbo ali da se zanjo ne šteje, da ni v skladu s prejšnjo ali poznejšo mednarodno pogodbo, določbe te druge prevladajo.

3. Če so vse pogodbenice prejšnje mednarodne pogodbe tudi pogodbenice poznejše mednarodne pogodbe in prejšnja mednarodna pogodba ni prenehala veljati ali se začasno prenehala uporabljati v skladu z 59. členom, se prejšnja mednarodna pogodba uporablja le, če so njene določbe v skladu z določbami poznejše mednarodne pogodbe.

[...]

¹⁴⁷ Fecák (2016), str. 386.

¹⁴⁸ Von der Decken, Article 30: Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject Matter (2018), str. 546.

¹⁴⁹ Če pogodbenice ne bi bile iste, bi v poštev prišel 4. odstavek 30. člena DKPMP.

¹⁵⁰ Von der Decken, navedeno delo, str. 548-549.

5.2.1 »Isti predmet«

Tako kot 59. člen tudi 30. člen veže svojo uporabo na pogoj, da zaporedni mednarodni pogodbi urejata isti predmet. V praksi so arbitražni tribunali pogoj istega predmeta v kontekstu obeh členov razlagali enako.¹⁵¹

Na drugi strani si stališče tribunala v zadevi Eureko¹⁵² Reinisch razlaga drugače: po njegovem mnenju je pogoj istega predmeta odvisen od preostalega besedila obeh členov – tj. različnega obsega neskladja, ki ga člena zahtevata.¹⁵³

Podobnega mnenja je tudi Fecák, ki sicer priznava, da bi morali pogoj istega predmeta razlagati kar se da enako, vendar hkrati meni, da gre za premalo določen pogoj, da bi ga lahko smiselno uporabljali samega zase, zato ga je treba vedno razlagati v kontekstu (in soodvisnosti od) drugih relevantnih pogojev, ki jih določajo tretji odstavek 30. člena ter točki a) in b) prvega odstavka 59. člena DKPMP, ki so za uporabo teh določb odločilni.¹⁵⁴

Ker so arbitražni tribunali tudi v kontekstu 30. člena pogoj, da mednarodni pogodbi urejata isti predmet, presojali na enak način kot v kontekstu 59. člena, so prišli do enakih zaključkov: jamstva iz BIS presegajo obseg pravic po pravu EU, predvsem pa pravo EU investitorjem ne nudi možnosti, da v primeru kršitev sami začnejo postopek proti državi gostiteljici, ki bi bila enakovredna ISDS mehanizmu po BIS, zato pogoj istega predmeta ni izpolnjen.¹⁵⁵

5.2.2 Obstoj neskladja

Če je za uporabo 59. člena potrebno tako neskladje, ki onemogoči sočasno uporabo obeh pogodb, za uporabo 30. člena zadošča vsakršno neskladje med pogodbama.¹⁵⁶ Zaradi strogih

¹⁵¹ Barausova, navedeno delo, str. 141. Glej npr. Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 239; Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 4. 2010, par. 104; Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 164, 180.

¹⁵² Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 239-240.

¹⁵³ Reinisch, navedeno delo, str. 166.

¹⁵⁴ Fecák (2016), navedeno delo, str. 389. Glede razlage pogoja istega predmeta in razmejitve od pogoja neskladja določb zaporednih mednarodnih pogodb glej tudi podpoglavje 5.1.1.2.

¹⁵⁵ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 180; Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 4. 2010, par. 104.

¹⁵⁶ Barausova, navedeno delo, str. 140. Enakega mnenja je bil tudi tribunal v zadevi Eureko/Achmea; Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 240-241. Drugače meni Orakhelashvili, ki

pogojev, ki jih določa, prihaja 59. člen v poštev le v izjemnih primerih, težje pa je zanikati možnost neskladja med posameznimi določbami BIS in pravom EU.¹⁵⁷

Pri tem je treba ločiti neskladja v kontekstu pristojnosti arbitražnih tribunalov in v kontekstu vsebinskega odločanja. V primeru, da bi šlo za neskladje arbitražne klavzule iz BIS in pravom EU, bi BIS še naprej veljal, vendar bi v skladu s tretjim odstavkom 30. člena arbitražna klavzula bila neuporabljiva in investitorji ne bi več imeli možnosti začeti postopkov proti državam gostiteljicam. Na drugi strani bi neskladje med materialnimi jamstvi iz BIS in pravicami po pravu EU privedlo do neuporabljivosti prvih in bi arbitražni tribunal moral odločiti v skladu s pravom EU. V tem smislu 30. člen lahko vpliva na pravo, ki se v konkretni zadevi uporablja.¹⁵⁸

Tako je odločil tudi tribunal v zadevi Eureko: neskladje med jamstvi iz BIS in pravicami po pravu EU je vprašanje prava, ki se uporablja, zato ne gre za odločanje o pristojnosti, temveč že za vsebinsko odločanje. Po mnenju tribunala edino izjemo predstavlja arbitražna klavzula; če bi ta bila v neskladju s pravom EU, tribunal v skladu s 30. členom DKPMP ne bi bil pristojen za odločanje v zadevi.¹⁵⁹

Arbitražni tribunali so bili soglasni o tem, da pravo EU arbitražnega reševanja sporov ne prepoveduje, in so zato potrdili svojo pristojnost za odločanje v zadevi.¹⁶⁰

5.3 Lex specialis

Če bi arbitražni tribunali ugotovili, da med intra-EU BIS in pravom EU obstaja neskladje, *lex posterior derogat legi generali* ni edino pravilo mednarodnega prava za reševanje konfliktov med mednarodnimi pogodbami. V mednarodnem običajnem pravu je široko uveljavljeno tudi pravilo *lex specialis derogat legi generali*. Intra-EU BIS so v odnosu do PDEU specialnejši

stoji na stališču, da lahko že neskladje posamičnih določb zadošča za uporabo 59. člena; po njegovem mnenju velja domneva, da obe mednarodni pogodbi ostajata v veljavi, če ni jasnih dokazov, da je zgodnejša prenehala veljati. Orakhelashvili, Article 30 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: Application of the Successive Treaties Relating to the Same Subject-Matter (2016), str. 358.

¹⁵⁷ Fecák (2016), navedeno delo, str. 387.

¹⁵⁸ Prav tam.

¹⁵⁹ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 272-273. Tribunal je enako odločil tudi v končni odločbi; Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award, 7. 12. 2012, par. 272-275.

¹⁶⁰ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 274; Binder v. Czech Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 6. 6. 2007, par. 65; Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11. 10. 2017, par. 261; European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012, par. 259.

tako po številu pogodbenic (dve proti 28) kot po predmetu urejanja, saj se osredotočajo le na varstvo investicij investitorjev, ki so državljani sopogodbenice. Zato bi lahko trdili, da z uporabo pravila *lex specialis* pridemo do istega rezultata, tj. prevlade intra-EU BIS nad pravom EU.¹⁶¹

Težava je v nejasnosti pravila *lex specialis*, še posebej v odnosu do pravila *lex posterior*, saj drugače od slednjega ni bilo kodificirano v DKPMP.¹⁶² Na eni strani je po mnenju ILC odločitev, katero pravilo se uporabi, treba sprejeti v vsakem primeru posebej in *a priori* med njima ni prioritete.¹⁶³ Na drugi strani Pauwelyn pravilo *lex specialis* vidi kot pomožno in tako prihaja v poštev le v primerih, ko konflikta med mednarodnimi pogodbami ni mogoče rešiti z uporabo pravila *lex posterior*.¹⁶⁴

Sodeč po arbitražnih odločbah, ki so javno dostopne, pravilo *lex specialis* v praksi še ni bilo predmet odločanja, zato za zdaj to vprašanje ostaja le v okviru teoretičnih razprav.

5.4 Intra-EU uporabljivost ECT

Kot že rečeno se ECT v marsikaterem pogledu razlikuje od intra-EU BIS.¹⁶⁵ Za presojo razmerja med ECT in pravom EU sta pomembni predvsem dve razliki:

- 1) Gre za multilateralno mednarodno pogodbo, katere pogodbenice so tudi države, ki niso članice EU.
- 2) Različno od intra-EU BIS, ki jih v odnosu do Pogodb EU vse lahko označimo za *lex prior*, gre v primeru ECT lahko tako za kasnejšo kot za zgodnejšo mednarodno pogodbo: vse države članice EU so postale pogodbenice ECT med letoma 1994 in 2001 – prvotnih 15 držav članic je ECT ratificiralo v času, ko so že bile članice EU, zato v razmerjih med njimi ECT predstavlja *lex posterior*; v razmerjih med prvotnimi in novimi državami članicami in v razmerjih med novimi državami članicami samimi pa ECT predstavlja *lex prior*. Dodatna nejasnost glede

¹⁶¹ Binder, navedeno delo, str. 973.

¹⁶² Fecák (2016), navedeno delo, str. 384.

¹⁶³ International Law Commission, Report of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi (2006), par. 119-122.

¹⁶⁴ Pauwelyn, navedeno delo, str. 405-409.

¹⁶⁵ Glej zgoraj (podpoglavje 5.1).

časovnega zaporedja v primeru prvotnih članic pa je tudi v tem, da so bile Pogodbe EU kasneje večkrat spremenjene.¹⁶⁶

5.4.1 Neuporabljenost 59. in 30. člena DKPMP

Neuporabljenost 59. člena DKPMP v primeru ECT ni sporna: tudi če predpostavljamo, da ECT in PDEU urejata isti predmet, prvi odstavek 59. člena zahteva, da kasnejšo mednarodno pogodbo sklenejo vse pogodbenice prejšnje; ker so med pogodbenicami ECT tudi države nečlanice EU, ta pogoj ni izpolnjen.

Drugače kot 59. člen pa 30. člen DKPMP v točki a) četrtega odstavka¹⁶⁷ vsebuje tudi pravilo, ki se uporablja v primeru, ko vse pogodbenice prejšnje mednarodne pogodbe niso tudi pogodbenice kasnejše:

»Če pogodbenice prejšnje mednarodne pogodbe niso vse tudi pogodbenice poznejše mednarodne pogodbe: a) se v odnosih med državami pogodbenicami, ki so pogodbenice obeh mednarodnih pogodb, uporablja pravilo iz prejšnjega odstavka.«¹⁶⁸

Tribunal v zadevi Vattenfall je izpostavil dva razloga, zakaj 30. člen v primeru ECT ni uporabljen:

1) ECT v 16. členu¹⁶⁹ vsebuje lastno določbo, ki ureja razmerja med ECT in prej ali kasneje sklenjenimi mednarodnimi sporazumi, ki urejajo isti predmet. 16. člen ECT je v razmerju do 30. člena *lex specialis* in kot po mnenju tribunala prevlada nad točko a) četrtega odstavka 30. člena DKPMP.¹⁷⁰ Enako določa tudi sam 30. člen DKPMP v drugem odstavku.¹⁷¹

¹⁶⁶ Fecák (2016), navedeno delo, str. 397. Predvsem so relevantne spremembe, sprejete z Lizbonsko pogodbo.

¹⁶⁷ Na a) točko 4. odstavka 30. člena DKPMP sta se sklicevali npr. Evropska komisija v zadevi Vattenfall in Italija v zadevi Eskosol. Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 216; Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7. 5. 2019, par. 132.

¹⁶⁸ Prejšnja mednarodna pogodba se uporablja le, če so njene določbe v skladu z določbami poznejše mednarodne pogodbe.

¹⁶⁹ »RAZMERJE DO DRUGIH SPORAZUMOV

Če sta dve ali več pogodbenic predhodno ali pozneje sklenili mednarodni sporazum, katerega pogoji se v obeh primerih nanašajo na zadeve iz III. ali V. dela te pogodbe,

(1) se nič v III. ali V. delu te pogodbe ne sme razlagati kot odstopanje od določbe v zvezi s takimi pogoji drugega sporazuma ali pravice za izpodbijanje sklepov v zvezi s to pogodbo na podlagi takega sporazuma; in
(2) se nič v takih pogojih iz drugega sporazuma ne sme razlagati kot odstopanje od katere koli določbe iz III. ali V. dela te pogodbe ali pravice za izpodbijanje sklepov v zvezi s takim sporazumom na podlagi te pogodbe, kadar koli je kaka taka določba ugodnejša za investitorja ali naložbo.«

¹⁷⁰ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 217.

¹⁷¹ Če mednarodna pogodba določa, da je vezana na prejšnjo ali poznejšo mednarodno pogodbo ali da se zanjo ne šteje, da ni v skladu s prejšnjo ali poznejšo mednarodno pogodbo, določbe te druge prevladajo.

2) Po mnenju tribunala v primeru Pogodb EU ne gre nujno za kasnejšo pogodbo v smislu 30. člena DKPMP; relevantna člena PDEU (267. in 344. člen) sta namreč v enaki obliki obstajala že pred sklenitvijo ECT in sta bila le preštevilčena v kasnejših verzijah Pogodb EU.¹⁷²

Drugače kot v zadevi Vattenfall pa je točko a) četrtega odstavka presojal tribunal v zadevi Eskosol; načelno se je strinjal, da lahko tudi kasnejša določba o razmerju med mednarodnimi pogodbami prevlada nad prejšnjo takšno določbo v skladu s 30. členom DKPMP. Italija in Evropska komisija sta namreč trdili, da načelo primarnosti prava EU, ki je bilo ponovno potrjeno z Lizbonsko pogodbo, prevlada nad pravilom iz 16. člena ECT.¹⁷³

Tudi ob predpostavki, da so načela iz Lizbonske pogodbe (vsaj kar zadeva neposredne tuje investicije) starejša od ECT, kljub temu, da v veliki meri izvirajo iz starejših Pogodb EU, pa se tribunal, podobno kot vrsta tribunalov v intra-EU BIS zadevah, ni strinjal, da Lizbonska pogodba in ECT urejata isti predmet, in zato 30. člen DKPMP tudi v primeru ECT ne pride v poštev.¹⁷⁴

5.4.2 Sprememba ECT v razmerjih med državami članicami EU: 41. člen DKPMP

V zadevi Vattenfall je Evropska komisija kot *amicus curiae* med drugim zatrjevala tudi, da se lahko pravila prava EU o zaščiti investicij in načela, ki urejajo sodni sistem EU ter ureditev pristojnosti znotraj tega sistema (med njimi še posebej avtonomija prava EU),¹⁷⁵ razlaga kot spremembo ECT v razmerjih med državami članicami, saj naj bi ta načela bila »potrjena« v času po ratifikaciji ECT. Pri tem se je sklicevala na prvi odstavek 41. člena DKPMP.¹⁷⁶

Tribunal temu argumentu ni posvetil posebej veliko pozornosti, saj naj ne bi bilo jasno, za kakšno spremembo naj bi sploh šlo. Predvsem pa je bil mnenja, da zatrjevane spremembe ECT

¹⁷² Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 218. Obe določbi je vsebovala že Rimska pogodba iz leta 1957.

¹⁷³ Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7. 5. 2019, par. 132.

¹⁷⁴ Prav tam, par. 134-147. Tribunal v zadevi Blusun pa je argumente Italije in Komisije zavrnil zato, ker med PDEU in ECT ni videl konflikta. Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27. 12. 2016, par. 285-291.

¹⁷⁵ Pri tem se je Komisija sklicevala na 3. odstavek 4. člena in 19. člen PEU in 267. in 344. člen PDEU.

¹⁷⁶ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 219-220. Prvi odstavek 41. člena DKPMP se v slovenskem prevodu glasi:

»Dve ali več pogodbenic večstranske mednarodne pogodbe lahko sklene sporazum o spremembi mednarodne pogodbe samo v svojih medsebojnih odnosih, če: a) mednarodna pogodba predvideva možnost take spremembe ali b) mednarodna pogodba ne prepoveduje take spremembe pod pogojem: i) da ne vpliva na uživanje pravic, ki jih imajo druge pogodbenice mednarodne pogodbe, ali na izpolnjevanje njihovih obveznosti in ii) da se ne nanaša na določbo, od katere ni mogoče odstopiti, ne da bi bilo to v neskladju z dejansko uresničitvijo predmeta in namena celotne mednarodne pogodbe.«

ne dovoljuje v skladu s točko b) 41. člena DKPMP: 16. člen ECT¹⁷⁷ namreč prepoveduje, da bi Pogodbe EU razlagali kot odstopanje od bolj ugodnih pravic investorjev, ki jih zagotavljata III. in V. del ECT, vključno s pravico začeti arbitražni postopek proti državi gostiteljici.¹⁷⁸

Podobnega mnenja je bil tudi tribunal v zadevi Eskosol, ki je argumentom na podlagi 41. člena namenil več pozornosti. Po njegovem mnenju v Lizbonski pogodbi sploh ni ničesar, kar bi lahko razumeli kot izraz volje držav članic EU, da se ECT v razmerjih med njimi spremeni. Poleg tega države članice niso izpolnile zahteve iz drugega odstavka 41. člena DKPMP, ki zahteva, da se o nameri spremeniti sporazum in o konkretnih spremembah predhodno uradno obvesti ostale pogodbenice. Hkrati pa se je tribunal strinjal z odločitvijo v zadevi Vattenfall, da predlagano spremembo ECT prepoveduje v skladu s prvim odstavkom 41. člena, saj drugi odstavek 16. člena ECT izrecno prepoveduje, da se kasnejši sporazum razlaga kot odstop od bolj ugodnih pravic, ki jih investorjem zagotavljata III. in V. del ECT.¹⁷⁹

Zgornje ugotovitve tribunalov v zadevah Vattenfall in Eskosol so relevantne tudi v primeru, če bi se države članice z namenom zagotoviti skladnost ECT s pravom EU v prihodnosti želele izrecno dogovoriti glede neuporabe ECT v intra-EU razmerjih brez sodelovanja ostalih pogodbenic ECT, saj bi jih v tem primeru prav tako vezali pogoji iz 41. člena DKPMP.

5.4.3 Razlaga določb ECT o uporabi *ratione personae* in (ne)obstoj klavzule o neuporabi («disconnection clause»)

Pogost argument držav toženk (in Evropske komisije kot *amicus curiae*) v zadevah na podlagi ECT je bil, da se arbitražna klavzula v 26. členu ECT ne uporablja v intra-EU razmerjih, kar naj bi izhajalo iz samega besedila 26. člena.¹⁸⁰ Države in Komisija so zatrjevale, da investor

¹⁷⁷ Glej zgoraj (podpoglavje 5.1.4.1).

¹⁷⁸ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 221.

¹⁷⁹ Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7. 5. 2019, par. 150-151. Istega stališča je Fecák; spremembo ECT v razmerjih med državami članicami EU, ki bi negativno vplivala na pravice investorjev, v luči 16. člena ECT ocenjuje kot zelo problematično. Fecák (2016), navedeno delo, str. 399.

¹⁸⁰ »(1) Spori med pogodbenico in investorjem druge pogodbenice¹⁸⁰ v zvezi z naložbo druge pogodbenice na območju prve pogodbenice, ki zadevajo domnevno kršitev obveznosti prve pogodbenice iz III. dela, se, če je mogoče, rešujejo po mirni poti.

(2) Če spora v treh mesecih od datuma, ko je ena od strank v sporu zahtevala mirno rešitev spora, ne bi bilo mogoče rešiti v skladu z določbami iz odstavka (1), lahko investor, ki je stranka v sporu, po svoji izbiri preda spor v reševanje [...]

(3) (a) Z izjemo pododstavkov (b) in (c) vsaka pogodbenica s tem brezpogojno soglaša, da se spor rešuje po postopku mednarodne arbitraže ali sprave v skladu z določbami tega člena.

[...]

ni investiral na območju druge pogodbenice, saj gre tako v primeru države gostiteljice kot v primeru države izvora investitorja za državo članico EU. Investitor je tako investiral na območju EU (ki je tudi sama pogodbenica EU), zato pogoj iz prvega odstavka 26. ECT, da mora iti za investicijo na območju druge pogodbenice, ni izpolnjen. Iz tega naj bi izhajalo, da se arbitražna klavzula iz ECT v razmerjih med državami članicami EU ne uporablja.¹⁸¹

5.4.3.1 Razlaga določb ECT v skladu z 31. členom DKPMP

Tribunal v zadevi Vattenfall je menil, da v skladu z običajnim pomenom izrazov¹⁸² v 26. členu ECT ni mogoče zaključiti, da se arbitražna klavzula v intra-EU razmerjih ne uporablja. V skladu s točko a) tretjega odstavka 26. člena namreč *vsaka* pogodbenica brezpogojno soglaša z arbitražnim reševanjem sporov. Iz tega sledi, da glede arbitražne klavzule ni omejitev glede uporabe med državami članicami EU.¹⁸³

V skladu s prvim odstavkom 31. člena DKPMP je treba izraze, ki jih uporablja mednarodna pogodba, razlagati v njihovem kontekstu, hkrati pa je treba mednarodne pogodbe razlagati glede na njihov predmet in namen.

V nadaljevanju je tribunal 26. člen ECT razlagal v kontekstu njenih ostalih določb, in sicer drugega in tretjega odstavka prvega člena ECT, ki vsebujeta definiciji pogodbenice¹⁸⁴ ter regionalne organizacije za gospodarsko povezovanje,¹⁸⁵ in desetega odstavka istega člena, ki definira »območje« (angl. »Area«)¹⁸⁶.

¹⁸¹ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16. 5. 2018, par. 296-300; Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4. 5. 2017, par. 161-162; Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 15. 2. 2018, par. 404-405; Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, 21. 1. 2016, par. 213-214; Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 169-172, 178-179. V nadaljevanju se osredotočam na obširno analizo določb ECT, ki jo je opravil tribunal v zadevi Vattenfall, ki tudi sledi prejšnjim arbitražnim odločitvam.

¹⁸² V skladu s 1. odstavkom 31. člena DKPMP je običajni pomen izrazov, ki jih uporablja mednarodna pogodba, izhodiščna točka za njeno razlago.

¹⁸³ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 172.

¹⁸⁴ "Pogodbenica" pomeni državo ali regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje, ki je privolila, da jo ta pogodba zavezuje in za katero ta pogodba velja.

¹⁸⁵ "Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje" pomeni organizacijo, ki so jo ustanovile države in nanjo prenesle pristojnosti v zvezi z določenimi zadevami, od katerih nekatere obravnava ta pogodba, vključno s pooblastilom, da sprejema zanje zavezujoče odločitve v zvezi s temi zadevami.

¹⁸⁶ "Območje" pomeni za državo pogodbenico:

(a) ozemlje pod njeno suverenostjo, pri čemer se razume, da to ozemlje vključuje kopno, notranje vode in teritorialno morje, in

(b) pod pogoji mednarodnega pomorskega prava in v skladu z njim morje, morsko dno in njegovo podzemlje, na

V skladu z razlago 26. člena ECT v kontekstu definicij iz drugega in tretjega odstavka je tribunal zaključil, da »pogodbenica« v smislu 26. člena vključuje tako vsako državo, ki je podpisala in ratificirala ECT, kot tudi EU, ki jo je prav tako sama podpisala in ratificirala. Poleg tega omembe prenosa pristojnosti držav na regionalno organizacijo v nekaterih zadevah v tretjem odstavku ni mogoče razumeti kot izključitev uporabe ECT med državami članicami EU.¹⁸⁷

Hkrati po mnenju tribunala enako izhaja tudi iz desetega odstavka prvega člena ECT; omemba sporazuma o ustanovitvi regionalne organizacije služi zgolj definiciji »območja« take organizacije. Prav tako deseti odstavek vsebuje dve ločeni definiciji »območja«, tj. območja pogodbenice in območja regionalne organizacije. Dejstvo, da območje regionalne organizacije vsebuje tudi območja njenih držav članic, še ne pomeni, da te prenehajo imeti lastno območje.¹⁸⁸

Še močnejši argument za zavrnitev razlage ECT, ki bi izključila intra-EU uporabo, pa je tribunal našel v 16. členu ECT, ki v drugem odstavku prepoveduje tako razlago zgodnejših oz. kasnejših mednarodnih sporazumov, ki bi pomenila odstop od bolj ugodnih pravic investitorja v skladu z ECT, vključno s pravico reševati spore v skladu z ECT.¹⁸⁹

Tribunal je v skladu s 31. členom DKPMP pod drobnogled vzel tudi predmet in namen ECT: skladno z drugim odstavkom ECT in Energetsko listino, na katero se sklicuje, je namen ECT spodbujati sodelovanje in tok tujih investicij na področju energije s končnim ciljem ustvariti in vzdrževati stabilen in učinkovit trg energije. Odvzem pravice investitorjem v EU, da začnejo arbitražne postopke v primeru kršitev s strani držav članic EU, bi bil v nasprotju s ciljem spodbujanja tujih investicij na področju energije.¹⁹⁰

katerih pogodbenica uresničuje suverene pravice in so pod njeno jurisdikcijo.

Za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje, ki je pogodbenica, območje pomeni območja držav članic te organizacije po določbah, vsebovanih v sporazumu o ustanovitvi te organizacije.

¹⁸⁷ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 177, 180.

¹⁸⁸ Prav tam, par. 180-181. Enakega mnenja so bili tudi npr. tribunali v zadevah Charanne, Masdar, Eiser in Novenergia. Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, 21. 1. 2016, par. 430; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16. 5. 2018, par. 319-324; Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4. 5. 2017, par. 194-196; Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 15. 2. 2018, par. 451-453.

¹⁸⁹ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 192-193.

¹⁹⁰ Prav tam, par. 197-198.

V obzir pa je tribunal vzel tudi Izjavo Evropskih skupnosti,¹⁹¹ predano Sekretariatu ECT v skladu s drugim stavkom (ii) točke b) tretjega odstavka 26. člena ECT;¹⁹² gre namreč za listino v skladu s točko b) drugega odstavka 31. člena DKPMP,¹⁹³ ki zato predstavlja dodaten kontekst za razlago določb ECT.¹⁹⁴

Tribunal je menil, da tudi v kontekstu te listine 26. člena ECT ni mogoče razlagati tako, da izključuje uporabo v intra-EU razmerjih. Drugi odstavek Izjave omenja ločene pristojnosti držav članic in EU, vendar iz tega ne sledi, da država članica nima sposobnosti biti stranka v arbitražnem postopku, ki ga začne investitor iz druge države članice. Nadalje v skladu s tretjim odstavkom Izjave EU in njene države članice po potrebi med seboj določijo, kdo je tožena stranka v arbitražnem postopku. Iz tega sledi, da je v arbitražnem postopku, ki ga začne investitor iz »druge pogodbenice«, tožena stranka lahko tako država članica kot EU, pri čemer tribunal ni videl razloga, da bi »druge pogodbenica« lahko bila le država nečlanica EU.¹⁹⁵

Kljub temu, da peti odstavek Izjave pojasnjuje, da gre v primeru postopka investitorja pred SEU za *postopek pred rednim sodiščem ali upravnim sodiščem pogodbenice v sporu* v smislu točke a) drugega odstavka 26. člena ECT, je tak postopek le ena izmed možnosti in kot tak alternativa arbitražnemu reševanju sporov v skladu s točko c) drugega odstavka istega člena. Zato pristojnost SEU za odločanje v sporu po mnenju tribunala ne izključuje možnosti arbitražnega reševanja sporov, ampak gre le za eno izmed možnosti v skladu z ECT.¹⁹⁶

¹⁹¹ Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, objavljeno v Ur. l. ES št. L 69/115 z dne 9. 3. 1998.

¹⁹² Zaradi preglednosti vsaka pogodbenica, ki je našteta v Prilogi ID, preda Sekretariatu pisno izjavo o svoji politiki, običajnih postopkih in pogojih v zvezi s tem najkasneje na dan deponiranja svoje listine o ratifikaciji, sprejemu ali odobritvi v skladu z 39. členom ali na dan deponiranja svoje listine o pristopu v skladu z 41. členom.

¹⁹³ Za razlago mednarodne pogodbe kontekst poleg besedila, vključno z uvodom in prilogami, zajema: a) [...] b) vsako listino, ki jo sestavi ena ali več pogodbenic ob sklenitvi mednarodne pogodbe in jo druge pogodbenice sprejmejo kot listino, ki se nanaša na mednarodno pogodbo.

¹⁹⁴ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 185.

¹⁹⁵ Prav tam, par. 189.

¹⁹⁶ Prav tam, par. 191.

5.4.3.2 Klavzula o neuporabi («disconnection clause»)

Drugače kot mnogi drugi mešani sporazumi, ki so jih med seboj sklenili EU in njene države članice, ECT ne vsebuje t. i. klavzule o neuporabi (angl. disconnection clause).¹⁹⁷ Klavzula o neuporabi je pogosta določba v sporazumih, katerih pogodbenice so (tudi) države članice EU (in občasno tudi EU sama). Namen take določbe je varovanje avtonomije prava EU na način, da izrecno določa, da se med državami članicami EU, ki so pogodbenice sporazuma, namesto določb sporazuma še naprej uporabljajo relevantne določbe prava EU,¹⁹⁸ sporazum pa se uporablja le v odnosih s tretjimi državami.

Neobstoj tovrstne klavzule je bil dodaten razlog, da se tribunal v zadevi Vattenfall ni strinjal z razlago določb ECT, ki bi izključevala njeno uporabo v odnosih med državami članicami EU. 26. člen ECT omogoča investitorjem iz pogodbenic možnost arbitražnega reševanja sporov brez izjem, hkrati pa 16. člen ECT prepoveduje razlago drugih sporazumov, v skladu s katero bi se od te pravice odstopilo. Zato bi v primeru, da so EU in njene države članice nameravale izključiti intra-EU arbitražo na podlagi ECT, morale v besedilo vključiti izrecno določbo o tem oz. v ta namen sprejeti dopolnilni sporazum.¹⁹⁹

V mnogih zadevah so države toženke in Komisija zatrjevale, da ECT vsebuje »implicitno« klavzulo o neuporabi, vendar so arbitražni tribunali na podlagi razlage določb ECT ta argument soglasno zavrnili.²⁰⁰

Enako izhaja tudi iz *travaux préparatoires* ECT: med pogajanjem je EU predlagala vključitev klavzule o neuporabi, vendar ta ni bila vključena v končno besedilo. Na drugi strani pa ECT

¹⁹⁷ ILC v Poročilu o fragmentaciji poroča o obstoju in navaja seznam vsaj 17 multilateralnih pogodb, ki vsebujejo klavzulo o neuporabi. Večina jih je bila sklenjena pod okriljem Sveta Evrope. vsebuje pogoj, da zaporedni pogodbi urejata isti predmet. Glede 30. člena glej spodaj. International Law Commission, Report of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi (2006), par. 289.

¹⁹⁸ Cremona, Disconnection Clauses in EU Law and Practice (2010), str. 160.

¹⁹⁹ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 202.

²⁰⁰ Npr. Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, 21. 1. 2016, par. 437; Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4. 5. 2017, par. 207; Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 15. 2. 2018, par. 454; Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27. 12. 2016, par. 280; Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection, 29. 6. 2019, par. 148.

vsebuje izrecno določbo, v skladu s katero Pogodba o Svalbardu v primeru konflikta prevlada in se 16. člen ECT ne uporablja.²⁰¹

Fecák meni, da iz neobstoja klavzule o neuporabi v ECT sledi, da se določbe ECT *prima facie* uporabljajo tudi v intra-EU kontekstu.²⁰² Iz analize odločitev arbitražnih tribunalov pa izhaja, da enak rezultat sledi tudi iz razlage določb ECT v skladu z DKPMP. Če bi države članice in EU želele v prihodnosti intra-EU uporabo ECT izključiti, bodo tako morale izrecno klavzulo o neuporabi vključiti v njeno besedilo, kar bo zahtevalo sodelovanje ostalih sopogodbenic. V primeru *inter-se* spremembe ECT, npr. s sklenitvijo dopolnilnega sporazuma le med državami članicami EU (in samo EU), se namreč spet pojavi vprašanje, ali je taka sprememba sploh dovoljena v skladu z določbami ECT in 41. členom DKPMP.²⁰³

201 Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 204, 205.

202 Fecák (2016), navedeno delo, str. 397.

203 O problemu spreminjanja ECT le med državami članicami in EU glej zgoraj (podpoglavje 5.1.4.2).

6 SODBA ACHMEA Z VIDIKA MEDNARODNEGA PRAVA

SEU je v zadevi Achmea na podlagi predhodnega vprašanja v skladu z 267. členom PDEU odločilo:

*Člena 267 in 344 PDEU je treba razlagati tako, da nasprotujeta določbi iz mednarodnega sporazuma, sklenjenega med državami članicami, kot je člen 8 Sporazuma med Kraljevino Nizozemsko in Češkoslovaško federativno republiko o vzajemnem spodbujanju in zaščiti naložb, v skladu s katero lahko vlagatelj iz ene od teh držav članic v primeru spora v zvezi z naložbami v drugi državi članici proti tej državi članici začne postopek pred arbitražnim sodiščem, katerega pristojnost se je ta država članica zavezala sprejeti.*²⁰⁴

Neskladje med določbami PDEU in BIS, ki ga je ugotovilo SEU, predpostavlja obstoj konflikta med tema mednarodnima pogodbama. Vprašanje pomena sodbe Achmea je z vidika mednarodnega javnega prava zato neločljivo povezano z vprašanjem konflikta med mednarodnimi pogodbami, tj. ali tak konflikt obstaja in če obstaja, kako ga razrešiti.²⁰⁵

V postopku na podlagi 267. člena SEU namreč ne odloča o veljavnosti pravnih aktov držav članic, temveč o razlagi Pogodb EU.²⁰⁶ Zato odločitev SEU o neskladju intra-EU BIS s pravom EU ne pomeni njihove neveljavnosti v skladu z mednarodnim pravom. Kljub dolžnosti držav članic, da zagotovijo spoštovanje prava EU, intra-EU BIS še naprej veljajo in kot taki predstavljajo pravno podlago za pristojnost investicijskih tribunalov.²⁰⁷

Zgornja ugotovitev je skladna z institucionalno vlogo SEU. ILC je mnenja, da je v primerih, ko gre za konflikt med mednarodnimi pogodbami v okviru istega režima, mehanizem za reševanje, ki je lasten temu režimu, primeren za reševanje tovrstnih konfliktov. Drugače je, ko gre za mednarodne pogodbe iz različnih režimov – za reševanje konfliktov med takšnimi mednarodnimi pogodbami je mehanizem, ki je lasten enemu izmed režimov, neprimeren in je tovrstne konflikte treba reševati s pomočjo neodvisnega mehanizma.²⁰⁸

Barausova primerja hipotetičen konflikt med PDEU in PEU kot pogodbama, ki sta del istega režima, tj. pravnega okvira za delovanje EU, s konfliktom med PDEU in intra-EU BIS, ki niso

²⁰⁴ Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 6. 3. 2018, par. 62.

²⁰⁵ Barausova, navedeno delo, str. 134.

²⁰⁶ Drugače je v primeru aktov institucij, organov, uradov ali agencij Unije, ki jih SEU v skladu z b) točko 1. odstavka 267. člena PDEU lahko razglasi za neveljavne.

²⁰⁷ Wackernagel, *The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why That Matters for International Law* (2016), str. 9.

²⁰⁸ International Law Commission, *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (2006), URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf (4. 11. 2019), par. 28.

del istega režima, saj zasledujejo različne cilje in niso bili sklenjeni v okviru istih prizadevanj.²⁰⁹ Zato po njenem mnenju SEU ni primeren forum za razrešitev konflikta med PDEU in intra-EU BIS, saj gre za sodni organ, ki je bil vzpostavljen s specifičnim namenom zagotavljati delovanje EU.²¹⁰

SEU tako nima končne besede glede obstoja konflikta med pravom EU in konkretnim intra-EU BIS. Lahko sicer odloči, da določeno pravilo ni skladno s pravom EU, vendar hkrati nima izključne pristojnosti, da razlaga posamičen BIS.²¹¹ Zato končna odločitev, ali posamičen BIS dejansko vsebuje tako pravilo, in posledično, ali v konkretnem primeru obstaja neskladje, ostane arbitražnim tribunalom.²¹²

6.1 59. in 30. člen DKPMP v luči sodbe Achmea

Ob predpostavki, da arbitražni tribunali v pošteev vzamejo razlago v sodbi Achmea, je odločitev SEU relevantna v kontekstu 59. in 30. člena DKPMP. Ti določbi namreč (med drugim) urejata vprašanje neskladja med zaporednimi mednarodnimi pogodbami in sta bili v kontekstu razmerja med PDEU in intra-EU BIS obravnavani s strani številnih arbitražnih tribunalov.²¹³

V skladu z 59. členom zgodnejša mednarodna pogodba preneha veljati le v primeru, če so njene določbe v takšnem neskladju z določbami kasnejše pogodbe, da obeh ni mogoče sočasno uporabljati (točka b) prvega odstavka 59. člena).

Po mnenju Barausove neskladje, kot ga je ugotovilo SEU, v primeru 59. člena ne zadošča. Sodba Achmea se namreč nanaša le na neskladje med arbitražno klavzulo v BIS med Češkoslovaško in Nizozemsko ter 267. in 344. členom PDEU, molči pa o morebitnem neskladju med pravom EU in vsebinskimi jamstvi iz BIS. Barausova meni, da se ta jamstva lahko uporabljajo neodvisno od arbitražne klavzule, zato sočasna uporaba PDEU in BIS ni izključena in pogoj iz točke b) prvega odstavka 59. člena ni izpolnjen.²¹⁴

Taka razlaga se ne zdi prepričljiva. Z vidika spodbujanja in zaščite tujih investicij je arbitražna klavzula najpomembnejša določba v BIS. Pravica investitorja, da v primeru kršitev sam začne

²⁰⁹ Več o mednarodnih pogodbah, ki so del istega režima, glej International Law Commission, Report of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi (2006), par. 255-256.

²¹⁰ Barausova, navedeno delo, str. 135-136.

²¹¹ Več o vprašanju pristojnosti SEU za razlago intra-EU BIS glej v Gourgourinis, navedeno delo, str. 287-293.

²¹² Wackernagel, navedeno delo, str. 10.

²¹³ Glej zgoraj (podpoglavji 5.1 in 5.2).

²¹⁴ Barausova, navedeno delo, str. 139.

postopek proti državi gostiteljici pred neodvisnim mednarodnim tribunalom, je najboljša garancija, da bodo njegove investicije zavarovane pred neupravičenimi posegi države gostiteljice.²¹⁵ Brez te možnosti bi vsebinska jamstva v skladu z BIS izgubila večino pomena, saj bi v praksi ostala le mrtva črka na papirju.

Obseg neskladja, ki ga zahteva tretji odstavek 30. člena, je precej nižji. 30. člen se nanaša na razmerje med posameznimi določbami zaporednih mednarodnih pogodb. Za njegovo uporabo zadošča najmanjše neskladje med njimi.²¹⁶ V skladu s tretjim odstavkom 30. člena se zgodnejša mednarodna pogodba uporablja le v obsegu, v katerem je skladna s kasnejšo. Iz tega bi lahko sklepali, da arbitražna klavzula ni uporabljiva,²¹⁷ saj iz sodbe Achmea sledi, da je v neskladju z 267. in 344. členom PDEU kot kasnejšo mednarodno pogodbo.

A zgornji sklep bi bil preuranjen; ne smemo pozabiti, da tako 59. člen kot 30. člen DKPMP vežeta svojo uporabo na pogoj, da zaporedni pogodbi urejata isti predmet. Ta pogoj so arbitražni tribunali v kontekstu obeh členov razlagali ločeno od pogoja neskladja in hkrati ugotovili, da intra-EU BIS ter PDEU ne urejajo istega predmeta.²¹⁸

Zato lahko z verjetnostjo sklepamo, da bodo arbitražni tribunali tudi v obdobju po sodbi Achmea kljub odločitvi SEU še vedno prišli do enakih odločitev: intra-EU BIS ne urejajo istega predmeta kot PDEU in zato niso niti prenehali veljati v skladu z 59. členom DKPMP niti arbitražna klavzula ni neuporabljiva zaradi 3. odstavka 30. člena DKPMP.²¹⁹

6.2 Sodba Achmea in ICSID arbitraža (UP and C.D. Holding Internationale v. Hungary)

Tribunal v zadevi UP je bil mnenja, da podrobna obravnava vseh argumentov tožnikov in Madžarske ni potrebna, saj se zadeva, v kateri je odločal, bistveno razlikuje od zadeve Achmea: podlaga za njegovo pristojnost je konvencija ICSID, tj. multilateralna konvencija, ki ureja

²¹⁵ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 165.

²¹⁶ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010, par. 240-241. Več o tem glej zgoraj (podpoglavje 5.2.2).

²¹⁷ Vsaj v primeru arbitražne klavzule *kot je ta* v 8. členu BIS med Češkoslovaško in Nizozemsko. Glej izrek sodbe Achmea. Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 6. 3. 2018, par. 62.

²¹⁸ Glej podpoglavji 5.1.2 in 5.2.1.

²¹⁹ Barausova, navedeno delo, str. 145. V primeru 59. člena je dodaten argument za nadaljnjo veljavo intra-EU BIS tudi vezanost na postopek v 65. členu DKPMP; glej podpoglavje 5.1.1.

reševanje investicijskih sporov med investitorji in državami, kar tribunal umešča v kontekst mednarodnega prava in ne v nacionalni oz. regionalni kontekst.²²⁰

Poleg tega je izpostavil še naslednje razlike:

- kljub sedežu arbitraže v Londonu se angleško pravo v postopku ne uporablja, temveč se uporabljajo izključno ICSID konvencija ter ICSID arbitražna pravila (v zadevi Achmea se je kot *lex loci arbitri* uporabljalo nemško pravo),
- arbitražna odločba ni predmet nadzora ne angleških ne katerih koli drugih nacionalnih sodišč, temveč je lahko predmet izključno le postopka za razglasitev ničnosti po 52. členu ICSID konvencije (v zadevi Achmea so bila za sodni nadzor arbitražne odločbe pristojna nemška sodišča),
- v postopku za razglasitev ničnosti dokončno odločitev sprejme mednarodni *ad hoc* odbor, katerega odločitev ni predmet nadaljnjega nadzora s strani nobenih sodišč (v zadevi Achmea je nemško Zvezno vrhovno sodišče v postopku sodnega nadzora arbitražne odločbe SEU zastavilo predhodno vprašanje).²²¹

Konvencija ICSID v 53. in 54. členu izrecno določa, da države pogodbenice arbitražna odločba zavezuje. Države je ne morejo izpodbijati v nobenem postopku zunaj sistema ICSID. Morajo jo priznati in izvršiti, kot da bi šlo za dokončno sodbo sodišča posamezne pogodbenice.²²²

Sodba Achmea nikjer ne omenja konvencije ICSID oz. arbitraže, zato je po mnenju tribunala v luči zgornjih razlik ni mogoče razumeti tako, da Madžarske s pristopom k EU konvencija ICSID ne zavezuje več. Prav tako ni šlo za impliciten odstop Madžarske od konvencije ICISD, tudi v primeru odstopa pa ta retroaktivno ne vpliva na soglasje pogodbenice k ICSID arbitraži v skladu z 72. členom ICSID. Zato je tribunal potrdil svojo pristojnost za odločanje v zadevi.²²³

²²⁰ UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9. 10. 2018, par. 252–253.

²²¹ Prav tam, par. 254–255.

²²² Prav tam, par. 256–257. Sancin v tem kontekstu omenja teoretično možnost sklicevanja držav na 61. člen DKPMP (Nastanek razmer, ki onemogočajo izvajanje mednarodne pogodbe) oz. 62. člen DKPMP (Bistvena sprememba okoliščin). Sodbo Achmea bi lahko uvrstili pod oba člena, verjetnost uspeha takega argumenta pa je zelo majhna. Sancin, Dokončnost mednarodnih arbitražnih odločb (2014), str. 1353.

²²³ Prav tam, par. 258–264.

6.3 Sodba Achmea in arbitraža na podlagi ECT (Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany)

Tribunal v zadevi Vattenfall je na začetku obravnave lastne pristojnosti poudaril razliko med pravom, ki se uporablja za vsebinsko odločanje o zadevi, in pravom, ki se uporablja za ugotovitev pristojnosti. Nemčija se je kot toženka namreč sklicevala na šesti odstavek 26. člena, ki določa, da tribunal o spornih zadevah odloča v skladu z ECT ter veljavnimi pravili in načeli mednarodnega prava, kar po njenem mnenju vključuje pravo EU in sodbo Achmea kot njegovo razlago. Vendar je tribunal preko razlage 26. člena v kontekstu ostalih določb ECT in ICSID konvencije prišel do zaključka, da se šesti odstavek 26. člena nanaša le na pravo, ki se uporablja za vsebinsko odločitev v zadevi.²²⁴

V odsotnosti posebnega dogovora strank glede prava, ki se uporablja za ugotovitev pristojnosti, je tribunal ugotovil, da je treba pristojnost ugotavljati z razlago določb ECT, še posebej 26. člena, in sicer v skladu s pravili mednarodnega prava, predvsem tistimi, ki so kodificirana v DKPMP. Ne glede na to, ali gre v primeru prava EU za mednarodno pravo ali ne, pa pravo EU ne predstavlja pravil mednarodnega prava, ki bi se uporabljala za razlago ECT, saj ne gre za splošno pravo, ki se uporablja za razlago arbitražne klavzule v drugi mednarodni pogodbi, kot je ECT.²²⁵

Evropska komisija je na drugi strani predlagala, da se pravo EU (in sodba Achmea) upošteva kot *vsako ustrezno pravilo mednarodnega prava, ki se lahko uporablja v odnosih med pogodbenicami* (točka c) tretjega odstavka 31. člena DKPMP). Kljub temu, da se je tribunal strinjal, da gre v primeru Pogodb EU za mednarodno pravo, pa pravilo v točki c) tretjega odstavka 31. člena DKPMP ni izhodiščna točka za razlago in njen namen ni v tem, da nadomesti jasen pomen pravil mednarodne pogodbe s pravili izven te pogodbe, ki bi bila s takim pomenom v nasprotju. To je tudi v skladu načelom *pacta sunt servanda* in dobre vere, ki zahtevata enoten pomen izrazov v mednarodni pogodbi za vse pogodbenice.²²⁶

Predvsem pa je tribunal menil, da ni jasno, kaj naj bi *ustrezno pravilo mednarodnega prava* sploh bilo, saj SEU v sodbi Achmea ni izrecno naslovlilo vprašanja arbitraže na podlagi ECT. Kljub določeni odprtosti v izreku sodbe, ki se nanaša na arbitražno klavzulo *kot je ta* v BIS med Češkoslovaško in Nizozemsko, odprto ostaja vprašanje, ali isto sledi tudi v primeru ECT. Hkrati

²²⁴ Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018, par. 108-121.

²²⁵ Prav tam, par. 132-133.

²²⁶ Prav tam, par. 151-158.

pa ni naloga arbitražnega tribunala, da iz sodbe SEU izpelje pravilo, ki jasno ne izhaja že iz nje same, sploh kadar bi v skladu s tem pravilom prišel do razlage, ki odstopa od običajnega pomena izrazov v 26. členu ECT.²²⁷

6.4 Sklepno o mednarodnopravnem pomenu sodbe Achmea

Zgornji arbitražni odločitvi potrjujeta ugotovitev z začetka poglavja:²²⁸ vloga SEU je zgolj razlaga primarnega prava EU, ugotovitev, ali med njim in mednarodnimi investicijskimi sporazumi obstaja konflikt ter kako morebitne konflikte reševati, pa ostaja naloga arbitražnih tribunalov, ki iz slednjih črpajo svojo pristojnost. Kljub temu arbitražni tribunali ugotovitev iz sodbe Achmea ne morejo povsem prezreti, zato z namenom ohraniti svojo pristojnost za odločanje in izpolniti nalogo, ki jim jo nalagajo investicijski sporazumi, dosegi sodbe Achmea razlagajo kar se da ozko in ga niso pripravljene širiti ob pomoči analogije. Pri tem iščejo razlike med konkretnim primerom, v katerem odločajo, in primerom Achmea v kontekstu, katerega je odločalo SEU, npr. glede vrste arbitraže (ICSID oz. druga institucionalna/*ad hoc* arbitraža), sporazuma, ki je podlaga za postopek (BIS oz. ECT), in pogodbenic tega sporazuma (le države članice oz. tudi sama EU), uporabnega prava (je tribunal dolžan upoštevati pravo EU?), itd.

Tudi v primeru, da bi arbitražni tribunal odločal v zadevi, *kot je Achmea*, pa to še vedno ne bi pomenilo nujno, da bi bil prisiljen ugotoviti svojo nepristojnost. Kot že rečeno, DKPMP uporabo 30. in 59. člena veže na pogoj, da zaporedni mednarodni pogodbi urejata isti predmet. Tudi ob predpostavki, da bodo arbitražni tribunali upoštevali ugotovitev SEU o neskladju med PDEU in intra-EU BIS, bodo še naprej lahko prišli do zaključka, da BIS in PDEU ne urejajo istega predmeta, in tako ohranili svojo pristojnost.²²⁹

²²⁷ Prav tam, par. 159-165.

²²⁸ Glej zgoraj.

²²⁹ Glej zgoraj (podpoglavje 6.1).

7 SKLEP

Prihodnosti mednarodnega investicijskega prava v EU ne moremo obravnavati, ne da bi upoštevali, da investicijski sporazumi v kontekstu EU spadajo v različne kategorije in kot taki odpirajo zelo različna pravna vprašanja.

Sporazumi držav članic EU s tretjimi državami se bodo sčasoma morali umakniti investicijskim sporazumom, ki jih po prenosu pristojnosti z Lizbonsko pogodbo lahko sklepa EU. Za problem BIS, sklenjenih s tretjimi državami, je Evropska komisija izbrala praktično in preprosto rešitev: uvedbo prehodnega režima, ki ohranja dosednji sistem do nadomestitve z novim in hkrati razjasnjuje morebitne nejasnosti ter tako zagotavlja pravno varnost tako za investitorje kot za države. Vendar pa je že v kontekstu BIS s tretjimi državami SEU nakazalo, da ne bo toleriralo niti potencialnih neskladij investicijskih sporazumov s pravom EU.

Precej drugačna je bila obravnava intra-EU BIS, ki jih Evropska komisija od razširitve EU leta 2004 naprej, ko je njihovo število močno naraslo, obravnava kot »anomalijo na notranjem trgu«. Obenem so nejasni položaj intra-EU BIS izkoristile nekatere države članice in na tej osnovi zgradile svojo obrambo v arbitražnih postopkih, naperjenih proti njim. Od razmeroma kratke obravnave »intra-EU« ugovora v zadevi Eastern Sugar, v kontekstu katere je tribunal tovrstni ugovor pristojnosti označil za *nov argument* (angl. novel argument),²³⁰ je danes glede intra-EU BIS na voljo obsežna arbitražna praksa, vsem arbitražnim tribunalom pa je skupno, da argumentov držav toženk in Evropske komisije niso sprejeli.

Arbitražni tribunali so si enotni, da je treba razmerje med PDEU in investicijskimi sporazumi obravnavati kot razmerje med mednarodnimi pogodbami, in so zato kot osnovo za odločanje vzeli DKPMP kot kodifikacijo prava mednarodnih pogodb, s poudarkom na določbah o reševanju konfliktov med mednarodnimi pogodbami. Analiza arbitražnih tribunalov je potrdila opažanja teorije, da določbe DKPMP niso (več) posebej uporabne za reševanje konfliktov med mednarodnimi pogodbami, sploh v današnjem času, ko je število mednarodnih pogodb močno naraslo, hkrati pa so del različnih specializiranih režimov, ki imajo lastna pravila. Za posebej problematičnega se je izkazal pogoj, da zaporedni pogodbi urejata »isti predmet«, ki ga vsebujeta tako 59. kot 30. člen DKPMP, zlasti v luči različnih pristopov s strani teorije, držav in Evropske komisije ter arbitražnih tribunalov, pri čemer se zdi, da so slednji še najboljše zadeli ravnotežje med pretiranim formalizmom in popolno relativizacijo pogoja.

²³⁰ Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007, par. 155.

Še posebej zapletena pa je obravnava ECT, investicijskega sporazuma, ki kot t. i. mešana pogodba zares ne sodi v nobeno od kategorij investicijskih sporazumov v kontekstu EU. V intra-EU kontekstu se je ta »sui generis« narava ECT izkazala za še posebej problematično: sama razlaga njenih določb v skladu z DKPMP ne daje podlage za izključitev njene uporabe v razmerjih med državami članicami, kar še dodatno utemeljuje odsotnost izrecne klavzule o neuporabi, kot je pogosta v mnogih drugih mešanih sporazumih. Hkrati tako določbe ECT kot 41. člen DKPMP v praksi onemogočajo tako izrecne kot implicitne spremembe ECT le v razmerjih med državami članicami.

Odločitev SEU v zadevi Achmea je z vidika mednarodnega prava zgolj eden izmed koščkov v sestavljanju: *arbitražna klavzula, kot je ta v BIS med Češkoslovaško in Nizozemsko, je v neskladju s PDEU*. V skladu z institucionalno vlogo SEU in njegovimi pristojnostmi v skladu s primarnim pravom EU gre le za razlago prava EU. Povedano drugače: pravo EU določbi, *kot je arbitražna klavzula v zadevi Achmea, nasprotuje, onkraj razlage prava EU pa odločitev SEU ne seže*.

Kljub temu, da arbitražni tribunali razlago SEU težko prezrejo, še vedno odločajo o konkretnem primeru na podlagi mednarodnega prava, predvsem DKPMP: aplikacija odločitve v primeru Achmea v kontekstu konkretnega arbitražnega postopka tako še vedno ostaja naloga arbitražnih tribunalov. Treba je tudi poudariti, da v mednarodni judikaturi, kamor sodi tudi arbitražna praksa, na splošno ne velja sistem precedensov. Glede na to, da arbitražni tribunali težijo k ohranitvi svoje pristojnosti in posledično doseg sodbe Achmea razlagajo ozko, hkrati pa določbe DKPMP tudi v primeru ugotovljenega neskladja omogočajo precej manevrskega prostora pri končni odločitvi (v okviru pogoja istega predmeta), odločitev SEU (še) ne pomeni konca intra-EU arbitražnih postopkov.

To še posebej velja za ECT. O njeni skladnosti s pravom EU se SEU ni izrecno izreklo, spričo mnogih razlik med intra-EU BIS in ECT ter omejitvami, ki jih postavljata 16. člen ECT in 41. člen DKPMP, pa se širjenje vpliva odločitve v zadevi Achmea tudi na ECT ne zdi utemeljeno. Tudi v primeru potencialne prihodnje odločitve SEU o neskladnosti ECT s pravom EU je vprašljivo, ali bi ji arbitražni tribunali sledili. 16. člen ECT namreč razlago drugih sporazumov, ki bi investitorjem odvzela pravico do arbitražnega reševanja sporov, prepoveduje. Glede na to, da arbitražni tribunali iz ECT črpajo svojo pristojnost za odločanje, se zdi zelo verjetno, da bodo dali njenim določbam prednost pred razlago SEU.

Kljub zgornjim zaključkom pa lahko hipotezo, ki sem jo postavil v uvodu, potrdim le delno. Čeprav so tudi po sprejemu sodbe v zadevi Achmea intra-EU BIS še naprej veljavni in

uporabljivi ter ECT ostaja uporabljiva v razmerjih med državami članicami EU, so slednje zaradi ugotovitve SEU o neskladju dolžne sprejeti ukrepe za doseg skladnosti s pravom EU. Da bi zadostile tej obveznosti, so popustile zahtevam Evropske komisije in izbrale linijo najmanjšega odpora: 22 držav članic je 15. 1. 2019 sprejelo Deklaracijo v zvezi s sodbo Achmea, v kateri so se med drugim zavezale medsebojno odpovedati vse intra-EU BIS.²³¹ Zaradi nestrinjanja o posledicah sodbe Achmea glede ECT sta kasneje sledili še dve ločeni deklaraciji, v katerih pa so preostale države (med drugim) prav tako sprejele zavezo o odpovedi vseh intra-EU BIS.²³²

Klub nekaterim odprtim vprašanjem glede medsebojne odpovedi in t. i. preživetvenih določb v BIS (angl. *sunset clauses*), ki uporabo BIS omogočajo tudi določen daljši čas (največkrat 10 let) po odpovedi,²³³ in dolgotrajnosti pogajanj, ki bodo potrebna, da bodo vsi intra-EU BIS odpovedani, pa deklaracije držav članic vseeno zarisujejo konec investicijski arbitraži na podlagi intra-EU BIS. V vmesnem času bi prehodna ureditev po zgledu BIS, sklenjenih s tretjimi državami, močno pripomogla k pravni predvidljivosti, hkrati pa lahko upamo, da ukinitve mreže intra-EU BIS ne bo brez uvedbe ustrezne alternative, npr. prek kodifikacije jamstev iz BIS na ravni sekundarne zakonodaje EU oz. v obliki multilateralnega sporazuma, ki bi vključeval vse države članice EU.²³⁴

Ob tem se zdi odločitev o odpovedi vseh intra-EU BIS preuranjena: sodba Achmea namreč nikjer ne vsebuje zahteve po odpovedi. Ustrezneje bi bilo preučiti možnosti za prilagoditev in prenovu določb o reševanju intra-EU investicijskih sporov z namenom doseči skladnost s pravom EU.²³⁵ Zanimiv je predlog Gourgourinisa, ki predlaga vzpostavitev skladnosti intra-EU

²³¹ Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Achmea Judgment and on Investment Protection, par. 5, dostopno na URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (4. 11. 2019).

²³² Declaration of the Member States of 16 January on the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, par. 5 (med podpisnicami te deklaracije je tudi Slovenija), dostopno na URL: <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> (4. 11. 2019); Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, par. 4, dostopno na URL: <https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf> (4. 11. 2019).

²³³ Več o tem glej v: Wackernagel, navedeno delo in Binder, navedeno delo.

²³⁴ Za že obstoječ predlog glede alternativ glej Intra-EU Investment Treaties, Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, dostopno na URL: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2016/05/18/non-paper-investeringsbescherming-tussen-eu-lidstaten/intra-eu-investment-treaties-non-paper.pdf> (4. 11. 2019).

²³⁵ Šteblaj, Razmerje med pravom EU in intra-EU bilateralnimi investicijskimi sporazumi (2018), str. 31. Prilagoditev intra-EU BIS v primeru njihovega neskladja s pravom EU omenjata tudi Fatur in Peček. Fatur, Peček, navedeno delo, str. 1365.

BIS s pravom EU prek skupne interpretativne izjave vseh držav članic EU.²³⁶ Celotno izključitev arbitražnih klavzul iz intra-EU BIS (kot *ultima ratio*) se zdi boljše rešitev kot odpoved intra-EU BIS v celoti. Glede na ugotovitev arbitražnih tribunalov, da investicijski sporazumi nudijo investitorjem širše varstvo kot pravo EU²³⁷, bi jamstva iz BIS tudi pred nacionalnimi sodišči (in SEU) vseeno pomenila dodaten nivo zaščite. V primeru, da bodo vsi intra-EU BIS odpovedani, bo konec intra-EU arbitraže na podlagi BIS tako posledica politične odločitve držav članic EU (in Evropske komisije), kljub temu, da ne gre (nujno) za edini možen odziv na odločitev SEU.

Bolj nejasna je prihodnost ECT, kar je razvidno že iz treh ločenih deklaracij v zvezi s sodbo Achmea. Vendar tudi v primeru, da bi se vse države članice strinjale z Evropsko komisijo glede posledic sodbe Achmea za ECT (tj., da je njena intra-EU uporaba neskladna s pravom EU²³⁸) oz. v primeru odločitve SEU o neskladju ECT s pravom EU, je ne bi mogle preprosto odpovedati, saj je zanje zaščita njihovih investitorjev v tretjih državah izjemnega pomena. Države članice EU bi se lahko odločile za vključitev izrecne klavzule o neuporabi v razmerjih med državami članicami (*disconnection clause*) v ECT. Za to pa bodo najverjetneje potrebovale soglasje ostalih pogodbenic, saj lahko 16. člen ECT v povezavi z 41. členom DKPMP razumemo kot prepoved take spremembe ECT samo v razmerjih med državami članicami.²³⁹ Zato ne preseneča, da je Evropska komisija od Sveta dobila mandat za pogajanja za modernizacijo ECT.²⁴⁰ Verjetno pa je, da bo marsikatera država nečlanica EU ukinitvi intra-EU uporabe ECT nasprotovala, saj bo želela zaščititi »svoje« investitorje, ki pa so pravno gledano investitorji iz držav članic EU zaradi inkorporacije v kateri izmed njih. V primeru izključitve intra-EU uporabe pa bo podobno kot v primeru intra-EU BIS šlo za (zunanje)politično odločitev držav in ne (nujno) za neposredno posledico sodbe Achmea.

²³⁶ Več o tem glej v Gourgourinis, navedeno delo, str. 302-315.

²³⁷ Glej podglavji 5.1.2 in 5.2.2.

²³⁸ Evropska komisija, Sporočilo za medije, Komisija predstavila smernice o zaščiti čezmejnih naložb v EU (2018), URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/IP_18_4528 (15. 11. 2019).

²³⁹ Glede sprememb ECT samo med državami članicami glej zgoraj (podglavje 5.4.2).

²⁴⁰ Evropska komisija, Energy Charter Treaty modernisation: Commission welcomes Council's mandate (2019), URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2049> (4. 11. 2019).

8 SEZNAM VIROV IN LITERATURE

8.1. MONOGRAFIJE

1. Collins, D.: An Introduction to International Investment Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2017
2. Dimopoulos, A.: EU Foreign Investment Law, Oxford University Press, Oxford 2011
3. Fecák, T.: International Investment Agreements and EU Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016.
4. Pauwelyn, J.: Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law, Cambridge University Press, New York 2003.
5. Sornarajah, M.: The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
6. Villiger, M. E.: Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2009.

8.2 POGLAVJA V MONOGRAFIJAH IN ZBORNIKIH

7. Cremona M.: Disconnection Clauses in EU Law and Practice, v: Hillion, C., Koutrakos, P. (ur.): Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World, Hart Publishing, Oxford 2010, str. 160-187.
8. Gaffney, J. P., Akçay, Z.: European Bilateral Approaches, v: Bungenberg, M., Griebel, J. et al. (ur.): International Investment Law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015, str. 187-201.
9. Giegerich, T.: Article 59: Termination or Suspension of the Operation of a Treaty Implied by Conclusion of a Later Treaty, v: Dörr, O., Schmalenbach, K. (ur.): Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Heidelberg, New York 2018, str. 1083-1059.
10. Happ, R.: The Energy Charter Treaty, v Bungenberg, M., Griebel, J. et al. (ur.): International Investment Law, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015, str. 240-259.

11. Rakovec, M.: Dvostranske mednarodne pogodbe o naložbah, v: Polak Petrič, A., Jager Agius, I., Zidar, A. (ur.): Pravo mednarodnih pogodb: Priročnik, strokovni prispevki in dokumenti, Fakulteta za družbene vede, Založba FDV, Ministrstvo za zunanje zadeve Republike, Ljubljana 2013, str. 367-391.

12. Titi, C.: Recent Developments in International Investment Law, v: Bungenberg, M., Krajewski, M. et al. (ur.): European Yearbook of International Economic Law, Springer, Heidelberg, New York, 2018, str. 383-405.

13. Von der Decken, K.: Article 30: Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject Matter, v: Dörr, O., Schmalenbach, K. (ur.): Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Heidelberg, New York 2018, str. 539-559.

8.3 DIPLOMSKA DELA, MAGISTRSKA DELA IN DOKTORSKE DISERTACIJE

14. Ficko Dolžan, K.: Nekateri vidiki neveljavnosti in prenehanja mednarodnih pogodb, magistrsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Vrhnika 2009.

15. Jereb, A.: Položaj EU v mednarodnem investicijskem pravu, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

16. Perović, Ž.: Ekonomski učinki bilateralnih investicijskih sporazumov Republike Slovenije, diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2014.

17. Stojilkovski, M.: Veljavnost dotedanjih bilateralnih sporazumov med Republiko Slovenijo in članicami EU po člasktu Republike Slovenije v EU, diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2006.

18. Šteblaj, J.: Razmerje med pravom EU in intra-EU bilateralnimi investicijskimi sporazumi, magistrsko diplomsko delo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2018.

8.4 ČLANKI

19. Barausova, V.: Slovak Republic v. Achmea from a Public International Law Perspective: Is State Consent to Arbitrate Under Intra-EU BITs Still Valid? v: European Investment Law and Arbitration Review Online, Vol. 3 (2018), št. 1, str. 129-153.

20. Binder, C.: A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs v: The Journal of World Investment & Trade, Vol. 17 (2016), št. 6, str. 964-983.
21. Fatur A., Peček K.: Zaščita tujih neposrednih investicij v Republiki Sloveniji v: Podjetje in delo, letnik 40 (2014), št. 6-7, str. 1355-1366.
22. Fecák, T.: Czech Experience with Bilateral Investment Treaties, Somewhat Bitter Taste of Investment Protection v: Czech Yearbook of Public and Private International Law, Vol. 2 (2011), str. 233-267, dostopno na URL: https://cyil.eu/files/200000056-7f59d8053a/%C4%8CSMP_2011_17_fecak.pdf (17. 11. 2019).
23. Ghouri, A.: Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options v: European Law Journal, Vol. 16 (2010), št. 6, str. 806-830, dostopno na URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00686081/document> (17. 11. 2019).
24. Gourgourinis, A.: After Achmea: Maintaining the EU Law Compatibility of Intra-EU BITS Through Treaty Interpretation v: European Investment Law and Arbitration Review Online, Vol. 3 (2018), št. 1, str. 282-315.
25. Hojnik, J.: Investicijsko pravo EU – Dileme na začetku celovitejšega razvoja v Podjetje in delo, letnik 36 (2010), št. 3-4, str. 510-538.
26. Kleinheisterkamp, J.: The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future – From a European Law Perspective v LSE Legal Studies Working Paper Series, št. 7 (2011), dostopno na URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888201## (17. 11. 2019).
27. Orakhelashvili, A.: Article 30 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: Application of the Successive Treaties Relating to the Same Subject-Matter v: ICSID Review, Vol. 31 (2016), št. 2, str. 344–365.
28. Reinisch, A.: Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations v: Legal Issues of Economic Integration, Vol. 39 (2012), št. 2, str. 157-177, dostopno na URL: https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/Art30_59ViennaConvLIEI.pdf (17. 11. 2019).
29. Sancin, V.: Dokončnost mednarodnih arbitražnih odločb v Podjetje in delo, letnik 40 (2014), št. 6-7, str. 1345-1354.

30. Svetličič, A.: Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov (ICSID) in Republika Slovenija v: v Podjetje in delo, letnik 40 (2014), št. 6-7, str. 1367-1377.

31. Vierdag, E. W.: The Time of the "Conclusion" of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions v: British Yearbook of International Law, Volume 59 (1988) št. 1, str. 75-111.

32. Wackernagel, C.: The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why That Matters for International Law, Beiträge zum Transnationale Wirtschaftsrecht, Heft 140 (2016), dostopno na URL: <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20140.pdf> (17. 11. 2019).

8.5 MEDNARODNI AKTI

33. Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, sklenjen 29. 4. 1991.

34. Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb, Ur. l. RS št. 87/11, MP št. 13/11 z dne 2. 11. 2011.

35. Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državami in državljanih drugih držav, objavljena v Ur. l. SFRJ, MP, št. 7/67.

36. Lizbonska pogodba, ki spreminja Pogodbo o Evropski uniji in Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti, Ur. l. RS št. 20/08, MP št. 4/08 z dne 27. 2. 2008.

37. North American Free Trade Agreement, sklenjen 17. 12. 1992.

38. Pogodba o energetske listini, objavljena v Uradnem listu RS, št. 42/97, MP št. 12/97.

39. Pogodba o pristopu Češke, Estonije, Cipra, Latvije, Litve, Madžarske, Malte, Poljske, Slovenije in Slovaške, Ur. l. EU št. L 236, z dne 23. 9. 2003.

40. Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, objavljeno v Ur. l. ES št. L 69/115 z dne 9. 3. 1998.

8.6 SODNA PRAKSA SODIŠČA EU

41. Sodba Sodišča v zadevi C-162/96, A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz z dne 16. 6. 1998.

42. Sodba Sodišča v zadevi C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV z dne 1. 6. 1999.

43. Sodba Sodišča v zadevi C-205/2006, Komisija proti Avstriji z dne 3. 3. 2009.

44. Mnenje Sodišča v zadevi 2/13 z dne 18. 12. 2014.

45. Sklepni predlogi, ki jih je podal Avocat général Melchior Wathelet v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 19. 9. 2017.

46. Sodba Sodišča v zadevi C-284/16, Slovaška proti Achmea BV z dne 6. 3. 2018.

8.7 ARBITRAŽNA PRAKSA

47. Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26. 10. 2010.

48. Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly Eureko B.V. v. The Slovak Republic), Award, 7. 12. 2012.

49. Binder v. Czech Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 6. 6. 2007.

50. Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27. 12. 2016.

51. Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, Award, 21. 1. 2016.

52. Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. 3. 2007.

53. Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4. 5. 2017.
54. Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30. 11. 2012.
55. Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7. 5. 2019.
56. European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No 2010–17, Award on Jurisdiction, 22 October 2012.
57. Ioan Micula, Viorel Micula and Others v Romania, ICSID Case No ARB/05/20, Decision on Annulment, 26. 2. 2016.
58. Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 30. 10. 2010.
59. Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11. 10. 2017.
60. Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16. 5. 2018.
61. Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 15. 2. 2018.
62. PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland, SCC Case No. V 2014/163, Partial Award, 28. 6. 2017.
63. Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection, 29. 6. 2019.
64. UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9. 10. 2018.

65. Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31. 8. 2018.

66. WNC Factoring Limited. WNC Factoring Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34, Award, 22. 2. 2017.

8.8 POROČILA

67. International Law Commission, Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (2006), URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_9_2006.pdf (4. 11. 2019).

68. International Law Commission, Report of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi (2006), dostopno na URL: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf (4. 11. 2019).

69. Letno poročilo Ekonomsko finančnega odbora 2008 Komisiji in Svetu o pretoku kapitala in svobodi plačil, 17363/08 (2008), URL: <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2017363%202008%20INIT> (4. 11. 2019).

70. Olivet, C.: EU Investment Policy and Intra-EU BITs: the Case of Czech Republic, Transnational Institute, Amsterdam 2012, dostopno na URL: <http://just-trade.org/sites/just-trade.org/files/publications/BRIEFING%20on%20intra-EU%20BITs%20and%20Czech%20Republic-JUST-TRADE.pdf> (17. 11. 2019).

8.9 ZAKONODAJA EU

71. Uredba (EU) št. 1219/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o prehodnih dogovorih za dvostranske sporazume o naložbah med državami članicami in tretjimi državami.

8.10 DEKLARACIJE IN DRUGI DOKUMENTI DRŽAV

72. Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Achmea Judgment and on Investment Protection, par. 5, dostopno na URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (4. 11. 2019).

73. Declaration of the Member States of 16 January on the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, par. 5, dostopno na URL:

<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf> (4. 11. 2019);

74. Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, par. 4, dostopno na URL:

<https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf> (4. 11. 2019).

75. Intra-EU Investment Treaties, Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, dostopno na URL:

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2016/05/18/non-paper-investeringsbescherming-tussen-eu-lidstaten/intra-eu-investment-treaties-non-paper.pdf> (4. 11. 2019).

8.11 SPLETNI VIRI

76. Blanck, J. I.: Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU BITs? (2018), American Society for International Law, URL:

<https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/8/slovak-republic-v-achmea-bv-death-knell-intra-eu-bits> (15. 11. 2019).

77. Dragiev, D.: 2018 In Review: The Achmea Decision and Its Reverberations in the World of Arbitration (2019), Kluwer Arbitration Blog, URL:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/16/2018-in-review-the-achmea-decision-and-its-reverberations-in-the-world-of-arbitration/> (4. 11. 2019).

78. <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/> (4. 11. 2019).

79. Evropska komisija, Energy Charter Treaty modernisation: Commission welcomes

Council's mandate (2019), URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2049> (4. 11. 2019).

80. Evropska komisija, sporočilo za medije, Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments – Questions and Answers (2018), URL:

https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-4529_en.htm (4. 11. 2019).

81. Evropska komisija, Sporočilo za medije, Komisija predstavila smernice o zaščiti čezmejnih naložb v EU (2018), URL:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/IP_18_4528 (15. 11. 2019).

82. Power, R.: The (Final?) Death of Intra-EU Investor-State Arbitration (2019), Kluwer Arbitration Blog, URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/28/the-final-death-of-intra-eu-investor-state-arbitration/> (15. 11. 2019).

83. Thym, D.: The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals (2018), EU Law Analysis, URL: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html> (15. 11. 2019).

84. UNCTAD, Investment Policy Hub, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy> (4. 11. 2019).