

ZÁPADOČESKÁ UNIVERZITA V PLZNI
FAKULTA PRÁVNICKÁ

DIPLOMOVÁ PRÁCE

ŘEŠENÍ INVESTIČNÍCH SPORŮ Z POHLEDU
ROZHODOVACÍ PRAXE MEZINÁRODNÍCH
ROZHODČÍCH SOUDŮ

Plzeň 2014

MARIANNA JUNGWIRTHOVÁ

ZÁPADOČESKÁ UNIVERZITA V PLZNI
FAKULTA PRÁVNICKÁ

DIPLOMOVÁ PRÁCE

**ŘEŠENÍ INVESTIČNÍCH SPORŮ Z POHLEDU
ROZHODOVACÍ PRAXE MEZINÁRODNÍCH
ROZHODČÍCH SOUDŮ**

Zpracovala:

MARIANNA JUNGWIRTHOVÁ

Plzeň 2014

--- Zde bude patit ul se zadáním ---

PROHLÁŠENÍ

Prohlašuji, že jsem tuto diplomovou práci na téma Řešení investičních sporů z pohledu rozhodovací praxe a mezinárodních rozhodčích soudů zpracovala samostatně a že jsem vyznačila prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpala způsobem ve vědecké práci obvyklým.

Plzeň, březen 2014

Děkuji váženému JUDr. Petru Dobiášovi, Ph.D., za cenné rady, podněty a výjimečnou ochotu.

OBSAH

OBSAH	5
ÚVOD	8
INVESTIČNÍ SPOR	10
KATEGORIZACE SPORŮ Z INVESTIC PODLE ÚČASTNÍKŮ	10
<i>Spory mezi suverénními státy a možnosti jejich řešení</i>	10
Diplomatická ochrana	10
<i>Spory mezi soukromými investory a cizími státy a jejich řešení</i>	11
Specifika těchto sporů a možnosti jejich řešení	11
STRANY INVESTIČNÍHO SPORU	12
<i>Hostitelský stát</i>	12
Subjektivní arbitrabilita státu a jeho jurisdikční imunita.....	12
Problematika imunity státu v mezinárodních smlouvách	12
Námitka imunity státu v rozhodovací praxi	13
ZAHRANIČNÍ INVESTOR	14
<i>Zahraniční investor podle Úmluvy ICSID</i>	14
<i>Určení státní příslušnosti fyzických osob</i>	15
<i>Určení státní příslušnosti právnických osob</i>	15
<i>Význam volby kritéria pro určení státní příslušnosti</i>	15
<i>Tokios Tokelos v Ukraine</i>	15
<i>TSA Spectrum v Argentine a Phoenix v Czech republic</i>	16
PŘEDMĚT INVESTIČNÍHO SPORU: INVESTICE	17
<i>Definice investic - význam vymezení a rozdílná východiska</i>	17
Jednotná definice zahraniční investice?.....	17
Definice podle Úmluvy ICSID:.....	18
Subjektivní teorie	18
Objektivní teorie a snahy o vymezení obecně aplikovatelných charakteristik, <i>Salini test</i>	18
Sjednocující přístup.....	19
<i>Přímé versus nepřímé (portfoliové) investice</i>	19
Nedostatek jurisdikce rozhodčích soudů pro rozhodování sporů z nepřímých investic (<i>Philippe Gruslin v Malaysia</i>).....	20
Státní dluhopisy a směnky: nárok ze závazkového právního vztahu či investice? (<i>Fedax N.V. v Venezuela</i>).....	21
Úvěr jako investice?	22
<i>Další faktory ovlivňující vymezení investic s exemplárními příklady z rozhodovací praxe</i>	23
Menšinový podíl jako investice (<i>Lanco International Inc. v Argentine</i>).....	23
Význam původu investovaného kapitálu (<i>Tradex Hellas S.A. v Republic of Albania</i>)	24
Náklady vynaložené ve fázi přípravy projektu jako investice?	24
(<i>Mihaly v Sri Lanka</i>)	24
Bankovní garance jako investice? Rozlišení běžných obchodních kontraktů a transakcí od investic. (<i>Joy Mining v Arab Republic of Egypt</i>).....	25
Nerentabilní a nevýnosné transakce jako investice?	26
Úvaha na příkladu humanitární pomoci poskytované neziskovými organizacemi.....	26
PRÁVO ROZHODNÉ PRO INVESTIČNÍ SPORY	28
<i>Právo rozhodné pro meritum sporu</i>	28
<i>Právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu</i>	29
<i>Právo rozhodné pro rozhodčí řízení (procesní pravidla rozhodčího řízení)</i>	29
PRAMENY MEZINÁRODNÍHO INVESTIČNÍHO PRÁVA	31
MEZINÁRODNÍ SMLOUVY	31
<i>Mnohostranné dohody</i>	31

<i>Dvoustranné dohody</i>	32
DALŠÍ VYBRANÉ VÝZNAMNÉ MIMOSMLUVNÍ PRAMENY	33
<i>Mezinárodní obyčej a obecné zásady právní</i>	33
<i>Jednostranné akty mezinárodních organizací</i>	34
<i>Soudní rozhodnutí</i>	34
PRÁVO EVROPSKÉ UNIE	34
Nová společná politika EU na poli mezinárodních investic	34
Odpovědnost EU a členských států vůči zahraničním investorům	35
MEZINÁRODNÍ ROZHODČÍ SOUDY A JEJICH VÝZNAM PRO INVESTIČNÍ SPORY	37
VÝHODY ŘEŠENÍ SPORŮ Z INVESTIC PŘED ROZHODČÍMI SOUDY	37
STÁLÉ INSTITUCE OBECNÉ MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ ARBITRÁŽE	37
ŘÍZENÍ PŘED <i>AD HOC</i> USTAVENÝMI ROZHODČÍMI SOUDY	38
<i>Význam rozhodčích pravidel UNCITRAL</i>	38
ŘÍZENÍ U MEZINÁRODNÍHO STŘEDISKA PRO ŘEŠENÍ SPORŮ Z INVESTIC (ICSID)	39
<i>Obecně o ICSID</i>	39
<i>Souhlas stran s řízením u ICSID</i>	39
<i>Proces rozhodování před ICSID, možnost přezkumu a zrušení rozhodčího nálezu</i>	40
<i>Další typy řízení u ICSID</i>	41
Smírčí řízení a řízení podle pravidel Dodatečných možností.....	41
NÁSTROJE A STANDARDS NA POLI OCHRANY INVESTIC V PRAXI	43
REŽIM NÁRODNÍHO ZACHÁZENÍ	43
<i>Vymezení, vznik, pozice v systému mezinárodního práva</i>	43
<i>Režim národního zacházení versus Mezinárodní minimální standard</i>	44
<i>Postup při určování, zda došlo k porušení režimu národního zacházení</i>	44
REŽIM NEJVYŠŠÍCH VÝHOD.....	45
<i>Aplikace doložky nejvyšších výhod</i>	46
<i>Rozšíření aplikovatelnosti i na procesní aspekty</i>	46
Dopad rozhodnutí <i>Maffezini v Spain</i>	46
Založení pravomoci rozhodčího soudu skrze doložku nejvyšších výhod?	47
<i>Salini v Jordan a Plama v Bulgaria</i>	47
STANDARD SPRÁVEDLIVÉHO A ROVNÉHO ZACHÁZENÍ.....	49
<i>Ochrana legitimních očekávání jako klíčový prvek standardu spravedlivého a rovného zacházení</i>	51
<i>Další obsahové prvky standardu spravedlivého a rovného zacházení</i>	52
PRINCIP PLNÉ OCHRANY A BEZPEČNOSTI	52
<i>Ochrana před jinými než fyzickými zásahy</i>	53
<i>Vyvlastnění</i>	54
<i>Přímé a nepřímé vyvlastnění</i>	55
<i>Nepřímé vyvlastnění versus pravomoc státu regulovat</i>	56
Případy excesivního zdanění	57
Ustanovení týkající se daní („ <i>matters of taxation</i> “) a daňové veto („ <i>tax veto</i> “) v dohodách na poli ochrany investic	58
Případy <i>EnCana</i> a <i>Occidental</i>	58
Dílčí shrnutí a vyvození vlastního závěru	59
UMBRELLA-CLAUSES (ZASTŘEŠUJÍCÍ DOLOŽKY)	60
STABILIZAČNÍ DOLOŽKY (STABILIZATION CLAUSES)	62
ROZCESTÍ (FORK IN THE ROAD)	63
MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ ARBITRÁŽ A LIDSKÁ PRÁVA.....	64
ÚVOD DO PROBLEMATIKY	64
LIDSKÁ PRÁVA V PRAMENECH PRÁVA NA OCHRANU INVESTIC.....	64

ROZHODOVÁNÍ O PORUŠENÍ LIDSKÝCH PRÁV V INVESTIČNÍCH SPORECH	65
Nedostatek jurisdikce k řešení otázek porušování lidských práv (Biloune v Ghana).....	65
<i>Dovolávání se lidských práv investorem</i>	65
<i>Dovolávání se lidských práv hostitelským státem</i>	65
<i>Dovolávání se lidských práv třetí stranou jako amicus curiae</i>	66
PRECEDENT V MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ ARBITRÁŽI	69
ZÁVĚR	72
SEZNAM ODBORNÉ LITERATURY.....	75
MONOGRAFIE.....	75
TUZEMSKÉ ZDROJE.....	75
CIZOJAZYČNÉ ZDROJE.....	76
INTERNETOVÉ ZDROJE.....	78
JUDIKATURA	78
SEZNAM ZKRATEK.....	82

ÚVOD

Z ekonomické perspektivy představují zahraniční investice zásadní prvek propojování světových trhů v rámci hospodářské globalizace a nárůst jejich počtu úzce souvisí s trendem liberalizace světového obchodu. Vedle obecného významu pro celkový světový ekonomický progres je třeba zdůraznit rovněž jejich přínos pro hospodaření rozvojových států. Finanční prostředky plynoucí těmto státům ze zahraničních investic mnohonásobně převyšují objem kapitálu získávaného z projektů tzv. rozvojové pomoci.

Z pohledu právní vědy pak představuje mezinárodní ochrana investic nikoliv nové, avšak velmi dynamicky se rozvíjející právní odvětví, a to zejména v posledních dekadách.

Téma diplomové práce „řešení investičních sporů z pohledu rozhodovací praxe mezinárodních rozhodčích soudů“ jsem si vybrala s přihlédnutím k výše zmíněné aktuálnosti zejména z důvodu osobního zájmu na prohloubení znalostí v této oblasti.

V rámci řádného oboru studia oboru právo totiž není (a ani nemůže) být tematicke ochrany investic věnována taková pozornost, jakou ji hodlám věnovat během získávání podkladů pro zpracování této práce. O sféru právní ochrany investic jsem se zajímala i dříve. Během studia jsem participovala na procesu příprav řady publikací prof. Alexandra J. Bělohávkou v oblasti rozhodčího řízení i ochrany investic. Byť se jednalo o spolupráci v souvislosti s jazykovým a technickým zpracováním těchto děl, získala jsem tím jedinečnou možnost seznámit se blíže s celou problematikou. Dá se říci, že v mém případě byla volba tématu diplomové práce z tohoto odvětví do jisté míry předurčena ještě před tím, než jsem absolvovala výuku mezinárodního práva soukromého v rámci studia.

Za cíl této práce jsem si vytyčila dvě zjištění.

Nejprve chci zhodnotit současnou situaci v oblasti mezinárodní ochrany investic z pohledu rozhodovací praxe, především pak to, zda a případně jakým postupem je možno tuto míru ochrany cíleně zvýšit přičiněním samotných investorů.

Druhou oblastí, na kterou se plánuji zaměřit, je otázka, jakou roli sehraává rozhodovací praxe rozhodčích soudů v oblasti mezinárodního investičního práva. Vycházím přitom z hypotézy, že byt' se v případě mezinárodní investiční arbitráže nejedná o precedenční systém, mohou rozhodčí nálezy na tomto poli jisté precedenční rysy vykazovat a hrát tak úlohu nejen v oblasti aplikace, nýbrž i vytváření tohoto práva.

Takové analýzy nelze dosáhnout bez pochopení vývoje, systému a principů mezinárodního práva v oblasti ochrany investic. Jinak by se jednalo o pouhý kazuistický výčet vybraných rozhodnutí a úpornou snahu o jejich propojení bez bližší možnosti zjištění, co a proč k takovému rozhodování vůbec vedlo, v čem a proč byla vybraná rozhodnutí přelomová nebo zda vůbec předznamenala další posun v určité oblasti.

Z metodického hlediska jsem si proto zvolila cestu komplexnějšího pojednání o problematice ochrany investic (resp. vybraných aspektů, vzhledem k rozsahu celé oblasti, která není souhrnně postihnutelná v předepsaném rozsahovém rozmezí diplomové práce). Tam, kde to považuji za vhodné, věnují prostor dílčím rozborům rozhodčích nálezů souvisejících s oblastí popisovanou v jednotlivých podkapitolách práce. V rámci těchto podkapitol nicméně vždy nutně neusiluji o konkrétní vymezení rozhodovacího trendu v předmětných oblastech, to není cílem této práce, jak byl nastíněn výše.

V první části práce se zabývám vymezením investičních sporů a jejich specifiky. Důraz zde kladu na vymezení klíčového pojmu investice, a to zejména na ilustrativních případech z rozhodovací praxe.

V další fázi nastiňuji možnosti mezinárodněprávní ochrany investic, vycházející z pramenů mezinárodního investičního práva (zvlášť se věnuji i recentnímu vývoji práva evropského na poli ochrany investic) a následně detailněji pojednávám o možnostech takové ochrany formou rozhodčího řízení. Rozsáhlá část práce je věnována rozboru nástrojů a standardů na poli ochrany investic a jejich využívání v praxi. Obsahem předposlední kapitoly je interakce mezinárodní investiční arbitráže a lidských práv. Poslední kapitola se pak přímo zabývá problematikou precedentu a na tomto pozadí pak i syntézou poznatků získaných při zpracovávání této práce, jejichž souhrn nabídnu v závěru.

INVESTIČNÍ SPOR

Kategorizace sporů z investic podle účastníků

Z hlediska subjektů na obou stranách sporu lze investiční spory rozdělit do dvou kategorií, a to na spory vedené mezi dvěma suverénními státy a dále na spory, kde na jedné straně figuruje suverénní stát a na druhé soukromý investor.

Spory mezi suverénními státy a možnosti jejich řešení

Spory mezi suverénními státy jsou méně časté a resultují nejčastěji z rozdílných pohledů na možnosti interpretace a aplikace ustanovení dohod o podpoře a ochraně investic. Vzácnost těchto sporů se dá vysvětlit tím, že oba subjekty jsou nejen signatáři, ale často přímo tvůrci těchto dohod, což jim dává příležitost aplikační a výkladové rozpory předem do jisté míry redukovat.

Primárně se řeší formou konzultací na diplomatické bázi a teprve selže-li tento postup, postupují státy záležitost k posouzení nejčastěji v *ad hoc* rozhodčím řízení.¹ Ze stálých arbitrážních center pak státy nejčastěji oslovují Stálý rozhodčí soud v Haagu.²

Diplomatická ochrana

Diplomatická ochrana je zajímavým, i když v dnešní době oproti minulosti již téměř nevyužívaným, prostředkem řešení sporů mezi státy. Zvláštností tohoto řešení je dána tím, že se v prvopočátku jedná o spor mezi zahraničním investorem a jiným státem. Stát, jehož je investor příslušníkem, přebírá nárok tohoto svého příslušníka a sám jej uplatňuje, čímž svého občana chrání.

Tento způsob řešení sporů má z dnešního pohledu celou řadu nedostatků. Investor, tvrdící porušení práv, musí být příslušníkem státu poskytujícího mu ochranu v okamžiku vzniku škody i jejího uplatnění. V případě dvojího občanství není přípustné, aby byl investor příslušníkem obou států figurujících ve sporu. U právnických osob je podmínkou její úzký vztah ke státu (posuzuje se různě podle principu sídla, inkorporace, ale i kontroly).

Dalšími podmínkami poskytnutí diplomatické ochrany jsou vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků (řádných i mimořádných) a také to, aby

¹ *Organisation for Economic Co-operation and Development*. International investment. Paris: OECD, 2006, s. 170.

² *UNCTAD*. Dispute settlement: State-State. New York: United Nations, 2003, s. 41.

investor ke vzniku škody nezavdal příčinu, a to i kdyby ke vzniku škody přispěla jen částečně.

Z pohledu dnešních možností ochrany zahraničních investorů se jedná o řešení neefektivní. Úmluva ICSID pak navíc výslovně zakazuje, aby stát poskytl diplomatickou ochranu ve sporu určenému pro rozhodčí řízení.

Spory mezi soukromými investory a cizími státy a jejich řešení

Jedná se o spory, ke kterým dochází v souvislosti s investováním fyzické osoby, která je občanem jednoho státu, nebo právnické osoby jednoho státu, na území státu jiného.³

Nicméně ne každý spor, který vznikne v souvislosti se zahraniční investicí, je investičním sporem ve smyslu této práce, resp. ve smyslu mezinárodních dohod o ochraně a podpoře investic. Předpokladem investičního sporu je mocenský zásah státu, který má za následek znehodnocení investice (investice ve smyslu dohod o jejich ochraně a podpoře). Obtížnost určení, co je a co není takovou investicí, je rozebrána ve zvláštní podkapitole této práce.

Oproti kategorii sporů mezi suverénními státy je zde meritem sporu investorovo tvrzení, že byl poškozen zacházením státu, v němž svou investici realizoval. Předmětem posouzení je poté otázka, zda stát jednal v mezích svých pravomocí a dostal vůči investorovi smluvním závazkům a závazkům vyplývajícím z mezinárodního práva, zejména z dohod o podpoře a ochraně investic.

Specifika těchto sporů a možnosti jejich řešení

Zvláštním rysem těchto investičních sporů je interakce soukromoprávní a veřejnoprávní sféry. Zatímco jedna strana sporu (stát) disponuje mezinárodněprávní subjektivitou, druhá strana (soukromoprávní zahraniční investor) ji nemá, a přesto uplatňuje své nároky vůči tomuto státu, jehož jurisdikci sám nepodléhá. Díky této konstrukci je tento typ sporů označován za tzv.

³ Ondřej, J. Mezinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 482.

diagonální spory⁴. Investor se v těchto sporech někdy označuje jako „nesubjekt mezinárodního práva“⁵.

Nejčastějším způsobem jejich řešení je rozhodčí řízení, a to buď *ad hoc* nebo před některým ze stálých mezinárodních rozhodčích soudů. Tato cesta se jeví být optimálnější pro zahraniční investory, jelikož mají (více či méně oprávněné) obavy z podjatosti soudů hostitelského státu, před kterými by byl jinak spor rozhodován.⁶ Dalšími variantami řešení tohoto typu sporů je postup klasickou soudní cestou, anebo možnost uzavření smíru ve smírčím řízení.

Strany investičního sporu

Hostitelský stát

Subjektivní arbitrabilita státu a jeho jurisdikční imunita

Institut jurisdikčních imunit států vychází ze státní suverenity. Termínem „suverenita státu“ je míněna moc státu jako nejvyšší v daném prostoru, eliminující jakoukoliv jinou moc a nezávislou vůči jiným suverénům jak v oblasti vztahů mezistátních, tak vnitřních.⁷ Je omezitelná obecným mezinárodním právem, dobrovolně přijatými závazky a suverenitou jiných států (princip suverénní rovnosti států - *par in parem non habet imperium*⁸).

Jurisdikční imunita umožňuje státům, aby byly vyňaty z pravomoci soudů jiných států. Podle absolutní teorie imunity se vztahuje na jakýkoliv výkon soudní pravomoci jiných států (nevzdají-li se jí státy z vlastní vůle). Naopak podle novější (a v dnešní době převládající) restriktivní teorie je státu přiznáno privilegium imunity pouze při výkonu jeho vrchnostenských pravomocí (tzv. *acta iure imperii*), ne však v rovině soukromoprávní (tzv. *acta iure gestionis*, např. jednání obchodní povahy jako je uzavírání investičních smluv).

Problematika imunity státu v mezinárodních smlouvách

V dnešní době jedinou platnou multilaterální mezinárodní smlouvou, komplexně upravující jurisdikční imunitu států a jejich majetku, je Evropská

⁴⁴ K označení „diagonální spor“ srov. např. *Růžička K.*, Rozhodování sporů z mezinárodních investic. Obchodní právo, 1997, č. 11, str. 16.

⁵ *Růžička K.*, Řešení sporů z mezinárodních investic. Právní rádce, 1999, č. 12, s. 20 a násl.

⁶ *Dolzer, R. Schreuer, Ch.* Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2012, s. 214.

⁷ *Čepelka, Č., Šturma, P.* Mezinárodní právo veřejné. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 83.

⁸ Volně přeložitelné z latiny jako „rovný nad rovnými nemá moc“.

úmluva o státní imunitě⁹, vycházející z novodobého restriktivního přístupu. Z restriktivní teorie vychází i nejvýznamnější kodifikační počin v oblasti imunit států, Úmluva OSN o Jurisdikčních imunitách států a jejich majetku, přijatá roku 2004, která však doposud nevstoupila v platnost, jelikož nebyla ratifikována potřebným počtem států. I přesto má její přijetí dopad alespoň v tom smyslu, že „reprezentuje koherentní stav současného mezinárodního práva vycházející z praxe států“¹⁰. Ve své preambuli doslovně vyvozuje institut jurisdikční imunity států z obyčejového mezinárodního práva a stanoví, že zásady obyčejového mezinárodního práva se i nadále použijí v záležitostech neupravených touto úmluvou.

Podle čl. 25 odst. 1 Úmluvy ICSID jsou obě strany sporu vázány rozhodčí dohodou a je obecně přijímáno, že námitka imunity státu v rámci řízení před ICSID je vyloučena.¹¹ Vyplývá to nejen ze samotného znění Úmluvy ICSID, ale z celého jejího smyslu a účelu, kterým je závazné a efektivní řešení investičních sporů.

Ženevská evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži z r. 1961 otázku námítky imunity státu výslovně neupravuje, v čl. 2 odst. 1 pouze stanoví, že právnické osoby veřejného práva jsou oprávněny uzavírat rozhodčí dohody.

Námitka imunity státu v rozhodovací praxi

V rozhodovací praxi mezinárodních investičních sporů se s námitkou imunity státu nesečkáváme často, a pokud ano, bývá rozhodčími soudy odmítána, byť s odlišnými odůvodněními.

Ve věci *Societe des Grands Travaux de Marseille*¹² byla námitka státní imunity posuzována podle práva místa řízení (*lex loci arbitri*, v daném případě švýcarské právo) a vykládána v kontextu mezinárodního práva. Rozhodčí soud konstatoval, že princip státní imunity již neplatí absolutně a v souladu s novodobým restriktivním pojetím došel k závěru, že jelikož stát jednal *iure gestionis*, nemůže se imunity účinně dovolávat.

⁹ sjednaná v rámci Rady Evropy v roce 1972.

¹⁰ Fox, H. The law of state immunity. 2. vydání. New York: Oxford University Press, 2008, s. 167.

¹¹ Theodorou, H. Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten. Berlin: Duncker&Humblot, 2001. s. 103.

¹² *Societe des Grands Travaux de Marseille v East Pakistan Industrial Development Corporation*. Rozhodnutí ICC z 12. 12. 1972, sp. zn. 1803 (1972).

V rozhodnutí *Soleh Boneh v Uganda*¹³ odmítl rozhodčí soud posuzovat námitku imunity státu podle *lex loci arbitri* i podle jakéhokoliv jiného práva státu s odůvodněním, že určujícím faktorem je výhradně dohoda stran, subsidiárně pak mezinárodní právo veřejné. Shledal, že rozhodčí soud není zástupce ani orgán jiného státu, jeho oprávnění jsou dány rozhodčí dohodou stran a stát je podle principu *pacta sunt servanda* touto dohodou vázán. Námitka imunity státu se tak obecně v rozhodčím řízení neuplatní, a to bez ohledu na rozlišování *acta iure gestionis* od *acta iure imperii*.

V případě *Westland Helicopters*¹⁴ pak dospěl rozhodčí soud k závěru, že uzavřením rozhodčí dohody se stát konkludentně této své imunity vzdává.

Zahraněční investor

Oprávnění využívat ochrany poskytované dohodami o podpoře a ochraně investic mají pouze osoby v těchto dohodách určené. Jednotné vymezení pojmu zahraničního investora a kritérií pro zjištění jeho státní příslušnosti mezinárodní dohody na poli ochrany investic nenabízejí.

Dvoustranné dohody o ochraně investic definují zahraničního investora různě, veskrze požadují, aby se jednalo buď o fyzickou osobu, která je občanem jedné ze smluvních stran anebo o osobu právnickou, zřízenou v souladu s právním řádem jedné ze smluvních stran.

Zahraněční investor podle Úmluvy ICSID

Úmluva ICSID v čl. 25 vymezuje zahraničního investora jako občana jiného smluvního státu, kterým se rozumí:

- a) *jakákoliv fyzická osoba, která měla občanství jiného smluvního státu, než je strana státu ve sporu v den, kdy se strany dohodly předložit takový spor smířcímu nebo rozhodčímu soudu, jakož i k datu, ke kterému byla žádost registrována (...), ale nezahrnuje žádnou osobu mající k oběma datům také občanství smluvního státu strany ve sporu: a*
- b) *jakákoliv právnická osoba, která měla příslušnost jiného smluvního státu, než je stát smluvní strany ve sporu, v den, kdy se strany dohodly předložit takový spor*

¹³ Rozhodnutí UK Court of Appeal ve věci *Soleh Boneh International Ltd v Government of the Republic of Uganda*. Rozhodnutí UK Court of Appeal z roku 1993.

¹⁴ Rozhodnutí UK High Court ve věci *Arab Organisation for Industrialization v Westland Helicopters Ltd*. z roku 1987.

ke smírčímu nebo rozhodčímu řízení, a jakákoliv právnická osoba, která měla příslušnost strany smluvního státu ve sporu k tomuto datu a která na základě zahraniční kontroly, na níž se strany dohodly, by měla být pro účely této Úmluvy považována za subjekt jiného smluvního státu.¹⁵

Určení státní příslušnosti fyzických osob

Úprava otázky státní příslušnosti je věcí každého státu, pokud jsou v souladu s mezinárodními úmluvami, mezinárodním obyčejem a obecně uznanými právními zásadami ve věcech státního občanství, jak stanovila již Haagská úmluva o některých otázkách střetů zákonů o státním občanství¹⁶.

Určení státní příslušnosti právnických osob

V praxi mezinárodní investiční arbitráže je obzvláště významné určení státní příslušnosti právnické osoby. Existují tři možná kritéria takového určení. V praxi se nejčastěji uplatňují princip sídla (odvozující příslušnost právnické osoby od jejího skutečného sídla) a princip inkorporace (upřednostňující pro určení právní řád státu, dle kterého byla společnost zřízena). Princip kontroly, vycházející ze státní příslušnosti osob, které mají v právnické osobě rozhodující vliv, je užíván jen zřídka.

Vzhledem k tomu, že okolnosti uplatnění těchto principů se mohou v různých právních systémech lišit, je nezbytné stanovit rozhodné právo, které bude v otázce příslušnosti právnické osoby užito.

Význam volby kritéria pro určení státní příslušnosti

Tokios Tokeles v Ukraine

Ukázkou toho, jak zásadní dopad může mít pro řešení investičních sporů volba kritéria pro určení státní příslušnosti právnických osob, je kauza *Tokios Tokeles*¹⁷, litevské společnosti, která na Ukrajině prostřednictvím společnosti Taki v rámci své činnosti v oblasti nakladatelství a reklamy vydala knihu pozitivně hodnotící tehdejší opoziční političku Julii Timošenkovou. Společnost *Tokios*

¹⁵ Sdělení č. 420/1992 Sb., federálního ministerstva zahraničních věcí o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států.

¹⁶ Ačkoliv nikdy nevstoupila v platnost, odráží její znění i dnešní přístup k problematice.

¹⁷ *Tokios Tokelés v Ukraine*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 29. 4. 2004, sp. zn. ARB/02/18. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/1099>.

Tokios Tokelés v rozhodčí žalobě tvrdila, že po vydání díla začalo docházet k maření a omezování činnosti společnosti ze strany ukrajinských státních orgánů a požadovala náhradu škody. Ukrajinská strana namítla, že se *Tokios Tokelés* nemůže dovolávat ochrany na základě ukrajinsko-litevské dohody o podpoře a ochraně investic, jelikož se sice formálně jedná o společnost založenou v Litvě, nicméně 99 procent jejích akcií vlastní ukrajinští státní příslušníci, kteří mají zároveň majoritní zastoupení v managementu společnosti. Tím pádem se *de facto* jedná o řízení vedené příslušníky hostitelského státu, kteří se snaží dosáhnout postavení zahraničního investora vyvedením vlastnictví k předmětu své podnikatelské činnosti do zahraničí. Rozhodčí soud tuto námitku odmítl s poukazem na to, že jak podle ukrajinsko-litevské dohody o podpoře a ochraně investic, tak i podle Úmluvy ICSID, je rozhodující pouze skutečnost, že protistrana je společnost zaregistrovaná na území Litvy a odmítl tak přístup podle principu kontroly.

Toto rozhodnutí je dodnes považováno za kontroverzní. Jeho kritici¹⁸ zdůrazňují, že cílem Úmluvy ICSID a celého systému kolem ní je chránit zahraniční investice, nikoliv umožňovat vnitrostátním subjektům obcházet pravomoc domácích soudů. Přesto bylo zakrátko obdobně rozhodnuto i ve věci *Rompetrol v Romania*¹⁹.

TSA Spectrum v Argentine a Phoenix v Czech republic

Formální test státní příslušnosti, vyjádřený ve věci *Tokios Tokelés*, byl nakonec překonán, a to již zakrátko v případě *TSA Spectrum v Argentine*²⁰, kdy rozhodčí soud konstatoval, že pouhá skutečnost, že majoritním vlastníkem argentinské společnosti *TSA Spectrum* je společnost nizozemského práva, ještě není dostačujícím určovatelem pro klasifikaci společnosti *TSA Spectrum* jako společnosti zahraniční. Poukázal na fakt, že tato společnost byla kontrolována výhradně argentinskými příslušníky.

¹⁸ V první řadě renomovaný profesor Weil, který v tomto duchu koncipoval své odlišné stanovisko (*dissenting opinion*) k soudní pravomoci ICSID předtím, než rezignoval na svou funkci rozhodce v tomto sporu.

¹⁹ *The Rompetrol Group N.V. v Romania*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 18. 4. 2003, sp. zn. ARB/06/3. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/920>.

²⁰ *SA Spectrum de Argentina S.A. v Argentine Republic*. Rozhodnutí ICSID z 19. 12. 2008, sp. zn. ARB/05/5, V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/1119>.

Obdobně bylo rozhodnuto i ve věci *Phoenix v Czech republic*²¹, kde rozhodčí soud rovněž odmítl svou jurisdikci. Tentokrát s odůvodněním, že nákup dvou českých společností izraelským investorem byl ryze účelovým krokem k získání přístupu k výhodnému režimu ochrany investic a jako takový v rozporu s dobrou vírou.

Předmět investičního sporu: investice

Definice investic²² - význam vymezení a rozdílná východiska

Jednotná definice zahraniční investice?

Zevrubný rozbor termínu investice nemá zdaleka pouze teoretický rozměr, naopak, jedná se o oblast výsostně prakticky relevantní zejména pro stanovení jurisdikce rozhodčích soudů.

Ne každá ekonomická aktivita, založená dispozicemi s penězi ocenitelnými prostředky, učiněná za účelem dosažení zisku v určitém časovém horizontu a s jistou mírou rizika návratnosti, je investicí v mezinárodněprávním slova smyslu; z ekonomických definic předmětného termínu lze pochopitelně vycházet, nelze však u nich bez dalšího setrvat, jelikož reflektují v první řadě hospodářská, nikoliv právní specifika.

Multilaterální úmluvy na poli ochrany investic překvapivě často žádné homogenní vymezení nenabízejí, a pokud ano, tak s velkou mírou abstrakce (výjimkou je např. detailní vymezení investice v čl. 6 ECT). Rozmanité definice lze ve velké míře nalézt v bilaterálních smlouvách o podpoře a ochraně investic, které nezdědka nabízejí dokonce přímo výčet chráněných majetkových práv. Různorodost jednotlivých definic, jejich forem, stejně tak jako jejich obsahu, lze vysvětlit jejich funkčním charakterem vzhledem k jednotlivým cílům příslušné mezinárodní smlouvy, která je obsahuje.²³

²¹ *Phoenix Action Ltd. v Czech Republic*. Rozhodnutí ICSID z 15. 4. 2009, sp zn. ARB/06/5. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/856>.

²² Investice lze dělit na vnitrostátní a zahraniční. Předmětem této práce je právní režim zahraničních investic.

²³ *Poulain, B. L'investissement international: définition ou définitions?* In: *Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2013, s. 348.

Definice podle Úmluvy ICSID:

Při sjednávání Úmluvy ICSID nebylo ani přes intenzivní unifikační snahy dosaženo shody²⁴ na exkluzivní definici investice; článek 25 odst. 1 pouze stanoví pravomoc tribunálu pro řešení sporů z investic, aniž tento pojem dále specifikuje, což dalo vzniknout třem teoretickým východiskům: teorii subjektivní, objektivní a smíšené.

Subjektivní teorie

Subjektivní teorie spatřuje v absenci legální definice investice v Úmluvě ICSID záměr posílit pozici autonomní vůle smluvních stran tím, že rozhodující je výlučně definice investice obsažená v BIT, MIT nebo ve vnitrostátním zákoně o ochraně investic. *Besch*²⁵ tento přístup kritizuje s odůvodněním, že pokud by si smluvní strany mohly zcela libovolně určit, jaký předmět činnosti je investicí, stala by se tato podmínka v čl. 25 odst. 1 písm. b) pro založení působnosti ICSID vedle požadavku na existenci rozhodčí dohody mezi stranami nadbytečnou, ba dokonce by vyvstávala otázka, zda takovéto libovolné založení působnosti ze strany ICSID vůbec odpovídá smyslu a cíli Úmluvy ICSID.

Objektivní teorie a snahy o vymezení obecně aplikovatelných charakteristik, *Salini test*

Objektivní teorie se snaží nedostatky subjektivního přístupu odstranit formováním pevných kritérií pro jednoznačné určení toho, zda se jedná o investici.

Nepřehlédnutelným přínosem bylo sestavení následujícího výčtu pěti charakteristik investice profesorem Schreuerem²⁶: (i) určitá doba trvání - dlouhodobost (ii) určitá zákonitost návratnosti a výnosu (iii) přijetí jisté míry rizika (iv) pevný závazek investora a (v.) význam pro rozvoj hostitelského státu. Ilustrativním příkladem aplikace těchto měřítek byl postup rozhodčího soudu např. ve věci *Fedax N.V. v Venezuela* (o kterém bude blíže pojednáno níže).

²⁴ *Schreuer, Ch.* The ICSID Convention. A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 122.

²⁵ *Besch, M.* Schutz von Auslandsinvestitionen. Risikovorsorge durch Investitionsverträge. Frankfurt nad Mohanem: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 55.

²⁶ *Schreuer Ch., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A.* The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, s. 128 a 129.

Obdobná kritéria byla aplikována ve věci *Salini v Morocco*²⁷, jmenovitě: (i) vynaložení prostředků s ekonomickou hodnotou (ii) určitá doba trvání - dlouhodobost (iii) přijetí jisté míry rizika a (iv) význam pro rozvoj hostitelského státu. Pro takový postup se později vžil v literatuře i rozhodovací praxi označení *Salini test*.

Podnětným byl bezesporu i seznam určujících podmínek investice sestavený v kauze *Phoenix v Czech republic*²⁸, kde se tribunál po velmi detailním rozboru odmítl řídit pouze kritérii dle *Salini-testu* a připojil k posuzovaným okruhům i hledisko investování prostředků v souladu s právem hostitelského státu a aspekt dobré víry.

Sjednovací přístup

Na první pohled patrným nedostatkem objektivní teorie je obecnost a vágnost formulací jednotlivých kritérií. Východiskem se proto mnohým jeví kombinace subjektivního i objektivního přístupu tak, aby autonomní vůle stran, projevená ve sjednání působnosti rozhodčího soudu, byla ústřední indicií, která však vyžaduje podrobnější rozbor v kontextu nastolených objektivních požadavků a koncepce Úmluvy ICSID jako takové. Takto bylo postupováno např. ve věci *Autopista Concesionada v Venezuela*²⁹, kde bylo v první řadě přihlédnuto k faktu, že se strany výslovně shodly na klasifikaci předmětu smluvní činnosti jako investici, přičemž bližší zkoumání na základě objektivních kritérií (jako byl rozsah a trvání projektu) výsledek potvrdilo.

Přímé versus nepřímé (portfoliové) investice

Přímá zahraniční investice odráží záměr rezidenta jedné ekonomiky (přímého investora) získat trvalou účast v subjektu, který je rezidentem v ekonomice jiné než ekonomika investora.³⁰ Nejnázornější příklad představuje

²⁷ Rozhodnutí ICSID ze dne 23. 7. 2001. sp. zn. ARB/00/4. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/959>.

²⁸ *Phoenix Action, Ltd. v The Czech Republic*. Rozhodnutí ICSID ze dne 15. 4. 2009. sp. zn. ARB/06/5. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/850>.

²⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. Aucoven v Bolivarian Republic of Venezuela*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 27. 9. 2001, sp. zn. ARB/00/5. V elektronické formě dostupné na http://www.biicl.org/files/3920_2003_autopista_v_venezuela.pdf.

³⁰ Definice přímé investice stanovená OECD v souladu s MMF, ze které vychází i ČNB. V anglickém originále: „*FDI is defined as cross-border investment by a resident entity in one economy with the objective of obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy*“ dostupná na webových stránkách <http://www.oecd-ilibrary.org>.

založení nového podniku. Hlavním distinktivním prvkem je kritérium *skutečného* vlivu investora na řízení podniku.³¹ Oproti tomu nepřímé investice slouží primárně uložení finančních prostředků s cílem získání co nejvyššího výnosu, např. formou akcií, investičních certifikátů, směnek nebo dluhopisů. Portfolio investice jsou tedy krátkodobé finanční pohyby kapitálu, zejména ty, vztahující se na operace na kapitálových, finančních nebo devizových trzích³².

Nepřímé investice nebyly na rozdíl od těch přímých chráněny mezinárodním obyčejovým právem, což *Sornarajah*³³ připisuje faktu, že zatímco v případě přímých investic vstupuje investor otevřeně a osobně do konkrétního vztahu s vědomím a svolením hostitelského státu, portfoliovou investici lze realizovat na burze cenných papírů virtuálně odkudkoliv na světě, bez toho, aby hostitelský stát v daném okamžiku disponoval znalostmi o osobě investora, z čehož nelze dovozovat vznik konkrétního vztahu zakládajícího vzájemnou odpovědnost. *Karl*³⁴ ve svém pojednání podtrhuje rozdílnou míru rizika (úměrnou rozdílné potřebě právní ochrany), které podstupuje při vstupu na zahraniční trh přímý investor, oproti nepřímému, jenž je ve svém počínání při obchodování na burze významně flexibilnější.

Nedostatek jurisdikce rozhodčích soudů pro rozhodování sporů z nepřímých investic (*Philippe Gruslin v Malaysia*)³⁵

Příkladem nedostatku jurisdikce k rozhodování sporu z nepřímé investice je zamítnutí rozhodčí žaloby belgického občana P. Gruslina, domáhajícího se proti Malajsií náhrady škody ve výši odpovídající jeho podílu na ztrátě lucemburského investičního fondu, jehož 52 procent kapitálu bylo upsáno ve formě akcií na kualalumpurské burze cenných papírů, a do něž Gruslin v předchozích letech investoval 2,3 milionu amerických dolarů. Změnou malajsijské legislativy však došlo v roce 1998 k souhrnnému znehodnocení zahraničního kapitálu v zemi. Rozhodčí tribunál dal za pravdu žalované straně v tom, že se v Gruslinově případě nejednalo o investici (mimo jiné i proto, že vlastníkem aktiv obchodovaných na

³¹ *Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, Ch.* The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 587.

³² *Šturma, P., Balaš, V.* Mezinárodní ekonomické právo. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2013, s. 348.

³³ *Sornarajah, M.* The international law on foreign investment. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. s. 9.

³⁴ *Karl, J.* Neue Entwicklungen beim internationalen Investitionsschutz. Recht der internationalen Wirtschaft (RIW), 1998, s. 809-817.

³⁵ *Philippe Gruslin v Malaysia*. Rozhodnutí ICSID ze 27. 11. 2000. sp. zn. ARB/94/1. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0385.pdf>.

malajsijské burze se nikdy nestal přímo Gruslin, nýbrž lucemburský investiční fond), ani o „schválený projekt“ ve smyslu mezivládní dohody mezi a Malajsií a belgicko-lucemburskou hospodářskou unií³⁶, na jejímž pozadí byl spor rozhodován. Rozhodčí soud odmítl Gruslinovo tvrzení, že akceptace obchodu malajskou burzou představuje požadované „schválení“.

V souvislosti s globálním trendem liberalizace pohybu kapitálu je nasnadě očekávat postupné sbližování možností a způsobů ochrany obou typů investic. Například NAFTA ochranu nepřímých investic připouští, ovšem v podrobně vymezených případech³⁷ a většina v současnosti uzavíraných BIT se již na portfoliové investice alespoň zčásti vztahuje. Rozhodovací praxe rozhodčích soudů pak tento trend potvrzuje, postupný progres ilustrují například rozhodnutí ICSID ve věci *Fedax* a v návaznosti na z ní vzešlé poznatky také kauza *ČSOB v Slovakia*.

Státní dluhopisy a směnky: nárok ze závazkového právního vztahu či investice? (*Fedax N.V. v Venezuela*)³⁸

Nizozemská společnost *Fedax* se stala indosatářem venezuelských směnek, pocházejících z obchodního vztahu mezi venezuelským podnikem *Metalúrgicas* a venezuelským státem. Tyto směnky, volně obchodovatelné na venezuelském sekundárním trhu cenných papírů, byly Fedaxu postoupeny. V rozhodčím řízení rozporovala Venezuela jurisdikci *rationae materiae* tribunálu ICSID s odůvodněním, že se v případě činnosti *Fedaxu* nejedná o nárok z investice, nýbrž o běžný nárok ze závazkového právního vztahu; pouhé držení finančních instrumentů nelze kvalifikovat jako investici vzhledem k absenci dlouhodobého přesunu finančních prostředků na venezuelské území.

Široká definice *investice* ve venezuelo-nizozemské BIT však nedávala žádný prostor k restriktivnímu výkladu, jak jej prezentovala žalovaná strana. Tribunál se naopak přiklonil k extenzivnějšímu výkladu, když konstatoval irelevantnost změny osoby investora s odůvodněním, že forma, funkce i využitelnost investice zůstala pro emitenta konstantně zachována. V tomto

³⁶ Intergovernmental Agreement between Malaysia and the Belgo-Luxemburg Economic Union (IGA).

³⁷ čl. 1139(h) NAFTA.

³⁸ *Fedax N.V. v The Republic of Venezuela*. Rozhodnutí ze dne 9. 3. 1998. sp. zn. ARB/96/3. Text rozhodnutí je dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/432>.

kontextu hrál úlohu i fakt, že Venezuela prokazatelně použila získané peněžní prostředky k financování státních záležitostí. Skutečnost, že se investice vůbec neodehrála na venezuelském území, nebyla vyhodnocena jako překážka: „Standardním rysem mnoha mezinárodních finančních transakcí může být i fakt, že dotčený kapitál není fyzicky transferován na teritorium beneficenta, ale je mu dán k dispozici jinde. Mnoho půjček a úvěrů ve skutečnosti vůbec neopustí zemi svého původu, jsou však zpřístupněny (...)“³⁹

Nelze přehlédnout, že ICSID tímto rozhodnutím udělal krok ke zvýšení stupně ochrany nepřímých investic. Právní názor, vyjádřený v této kauze, byl později uplatněn i při rozhodování sporu mezi ČSOB a Slovenskou republikou, kde byly nastavené principy rozšířeny za určitých podmínek i na případy úvěrů.

Úvěr jako investice? (Československá Obchodní Banka, a.s. v Slovenská republika)⁴⁰

V souvislosti s konsolidací a privatizací ČSOB po rozdělení Československa byla část portfolia pohledávek z nesplacených úvěrů převedena na Slovenskou inkasní s.r.o., které byl zároveň za účelem financování této operace poskytnut ze strany ČSOB úvěr, za jehož splacení se zaručilo slovenské Ministerstvo financí. Rozhodčí soud odmítl argumentaci slovenské strany, rozporující charakter úvěru poskytnutého slovenské straně coby investice. V textu rozhodnutí nejprve přímo odkazuje na extenzivní interpretaci termínu investice, uplatněnou ve věci *Fedax*, s níž se výslovně ztotožňuje, a přidává, že: „Investice je mnohdy komplexní operací, složenou z různých navzájem propojených transakcí, které, stojící samostatně, nemusí ve všech případech splňovat podmínky investice. Z toho plyne, že spor přednesený Centru [ICSID, pozn.], musí být posuzován jako přímý spor z investice i tehdy, vztahuje-li se k transakci, kterou, stojící samostatně, nelze kvalifikovat jako investici ve smyslu Úmluvy [ICSID, pozn.], pokud tato jednotlivá transakce tvoří integrální část souhrnné operace,

³⁹ „It's a standard feature of many international financial transactions that the funds involved are not physically transferred to the territory of the beneficiary, but put at its disposal elsewhere. In fact, many loans and credits do not leave the country of origin at all, but are made available...“ citováno z rozhodnutí ICSID. In: Belling, J.-F. Die Jurisdiktion *rationae materiae* der ICSID-Schiedsgerichte. Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18.3.1965. Berlin: Duncker&Humblot, 2008, s. 254.

⁴⁰ Československá Obchodní Banka, a.s. v *The Slovak Republic*. Rozhodnutí ICSID ze dne 24. 5. 1999. sp. zn. ARB/97/4 V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/238>.

*klasifikovatelné jako investice*⁴¹. Poskytnutý úvěr a k němu sjednané ručení tudíž nebyly posuzovány izolovaně, nýbrž v širokém kontextu celé politicko-ekonomické situace. Bylo shledáno, že poskytnutý úvěr posloužil rozvoji bankovního sektoru v nově vzniklé Slovenské republice při přechodu k tržnímu modelu hospodářství, čímž bylo splněno důležité objektivní kritérium investice, a to význam pro rozvoj hostitelského státu.

Nelze nevidět, do jaké míry se může odklonit individuální vymezení investice pro účely právního řešení sporů z nich od shora uvedené standardní ekonomické definice.

Další faktory ovlivňující vymezení investic s exemplárními příklady z rozhodovací praxe

Problematičnost vytvoření unifikované, trvale aplikovatelné definice investice, vyplývající z širokého spektra globálních hospodářských trendů, rychlému průběžnému rozvoji a vznikání nových ekonomických instrumentů a jejich diverzitě i možných dějových scénářů, si dovolím dále ilustrovat na několika vybraných rozhodnutích rozhodčích soudů. Případy budou rozebírány dílčím způsobem, aby názorně posloužily rozboru předmětu této subkapitoly.

Menšinový podíl jako investice (*Lanco International Inc. v Argentine*)⁴²

Ve věci *Lanco International* namítala žalovaná strana nedostatek aktivní legitimace žalobce s odůvodněním, že společnost *Lanco* vlastnila pouze sedmnáctiprocentní podíl ve společnosti *Terminales Portuarias Argentinas S.A.*, které byla udělena koncese k provozu přístavního terminálu, a která jako jediná je tudíž jako koncesionář oprávněna k uplatnění práv z koncesní smlouvy. Tribunál ICSID označil menšinové podílnictví společnosti *Lanco* za investici na základě velmi široké definice v BIT o ochraně investic mezi USA a Argentinou, z jejíhož znění nešlo vyvozovat žádné omezení nebo podmínku ohledně většinového

⁴¹ V originálním znění: „*An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment.*“ Text rozhodnutí je dostupný v elektronické formě např. na adrese <https://icsid.worldbank.org>.

⁴² *Lanco International Inc. v Argentina*. Rozhodnutí ICSID z 8. 12. 1998, sp. zn. ARB/97/6. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/608>.

podílnictví či kontroly nad společností ze strany investora.⁴³ Z Úmluvy ICSID pak takovou podmínku nelze dovozovat už vůbec, vzhledem k úplné absenci definice.

Význam původu investovaného kapitálu (*Tradex Hellas S.A. v Republic of Albania*)⁴⁴

Otázka vlastnických poměrů investora k investovanému kapitálu hrála stěžejní úlohu v kauze řecké společnosti *Tradex*, která vstoupila na albánský trh formou *joint ventures* spojením s místním státním podnikem. *Tradex* plnil plán financování dle kooperační smlouvy, většina jím investovaného kapitálu nicméně pocházela z prostředků finanční podpory poskytnutých Evropskou unií. Když projekt ztroskotal a *Tradex* podal u ICSID žalobu na náhradu škody, Albánie kontrovala, že na *Tradex* nemůže být pohlíženo jako na zahraničního investora, jelikož do obchodu nevložil vlastní kapitál. Námitku týkající se původu prostředků, kterými investor svůj záměr financuje, označil tribunál ICSID za irelevantní pro posouzení charakteru investora. Přihlédl přitom ke znění velmi široké definice investice obsažené v tehdejší albánské zákoně o ochraně investic: „*jakýkoliv druh investice (...) vlastněné přímo či nepřímo*“⁴⁵.

Náklady vynaložené ve fázi přípravy projektu jako investice?

(*Mihaly v Sri Lanka*)⁴⁶

Zajímavým problémem může být rozlišení investice samotné od nákladů vynaložených k přípravě její realizace. O velmi široký výklad pojmu investice se pokoušela společnost *Mihaly International*, když za investici označila výdaje účelně vynaložené k získání kontraktu na stavbu termální elektrárny na Srí Lance, ačkoliv ani po několikaletých vyjednáváních nakonec nedošlo k podpisu smlouvy. Jednalo se především o náklady spojené se zpracováním obsáhlé projektové dokumentace stavby, vyžadující přesná technická měření a data, či podrobných smluvních podmínek. ICSID takový výklad odmítl i přesto, že vynaložené

⁴³ *Belling, J.-F.* Die Jurisdiktion *rationae materiae* der ICSID-Schiedsgerichte. Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18. 3. 1965. Berlin: Duncker&Humblot, 2008, s. 225.

⁴⁴ *Tradex Hellas S.A. v Republic of Albania*. Rozhodnutí ICSID ze dne 24. 12. 1996. sp. zn. ARB/94/2. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf>.

⁴⁵ „*Foreign investment*” means every kind of investment in the territory of the Republic of Albania owned directly or indirectly by a foreign investor. ICSID Law Review, 1999, s. 172.

⁴⁶ *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. Rozhodnutí ICSID ze dne 15. 3. 2002. sp. zn. ARB/00/2. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://italaw.com/documents/mihaly-award.pdf>.

prostředky představovaly 2-4% plánovaného finančního objemu celé investice. Usoudil, že z existence potvrzení záměru o spolupráci se zahraničním partnerem (tzv. *letter of intent*) mezi Srí Lankou a společností *Mihaly* nelze dovozovat žádnou závaznou povinnost k uzavření smlouvy, která byla předmětem jednání⁴⁷. Ve svém rozhodnutí však nevyločil, že i náklady vynaložené ve fázi přípravy projektu mohou být započítány jako součást chráněné investice ve dvou případech. Jednak tehdy, dohodnou-li se na tom výslovně smluvní strany, a dále v případě, že mezi stranami dojde k uzavření smlouvy a následnému znehodnocení již uskutečněné investice⁴⁸.

Bankovní garance jako investice? Rozlišení běžných obchodních kontraktů a transakcí od investic. (*Joy Mining v Arab Republic of Egypt*)⁴⁹

Tenkost hranice při vymezení investice a pružnost literaturou a judikaturou postupně konstruovaných objektivních kritérií živě vykresluje známá a poněkud kontroverzní kauza, ve které nevrácená bankovní záruka poskytnutá pro zajištění stavby těžební základny nebyla rozhodčím soudem uznána jako součást investice (ve smyslu Úmluvy ICSID a britsko-egyptské BIT, na jejichž pozadí byl spor rozhodován) s odůvodněním, že se zde jednalo o běžnou obchodní transakci bez investičního charakteru. Bankovní garance v dnešní době obvykle tvoří součást větších obchodních operací a tribunál je v souvislosti s jejich charakterem podmíněného závazku odmítl subsumovat pod pojem investice: „Dovozovat, že podmíněný závazek je majetkovou hodnotou spadající pod čl. 1 (a) Dohody [britsko-egyptské BIT⁵⁰, pozn.] a tudíž chráněnou investicí, by skutečně dalece překračovalo koncept investic, byť obvykle široce definovaných, tak jako v případě této a jiných dohod.⁵¹“

Někteří dodnes shledávají poněkud překvapivým konstatování tribunálu o nesplnění objektivních znaků investice ohledně jisté délky trvání a minimální

⁴⁷ *Dugan, F., Ch., Wallace, D., Rubins D., Sabahi, B. N.* Investor-State Arbitration. New York: Oxford University Press, 2008, s. 286.

⁴⁸ *Echandi, R.* Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. United Nations Conference on Trade and Development. Geneva: United Nations Publications, 2007, s. 39.

⁴⁹ *Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt* Rozhodnutí ICSID ze dne 6. 8. 2004. sp. zn. ARB/03/11. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/590>.

⁵⁰ United Kingdom-Arab Republic of Egypt Agreement for the Promotion and Protection of Investments ze 24. února 1976.

⁵¹ V originálním znění čl. 45 rozhodnutí ICSID Sp. zn. ARB/03/11: „*To conclude, that a contingent liability is an asset under Art. 1 (a) of the Treaty and hence a protected investment, would really go to far beyond the concept of investment, even if broadly defined, as this and other treaties normally do*“.

hodnoty, ačkoliv instalace vybavení trvala 4 roky, údržba vybavení měla trvat dalších 10 let a bankovní záruka se pohybovala ve výši bezmála celého objemu plánovaných transakcí (13,3 milionu britských liber). *Mortenson* tento krok s jistou mírou nadsázky hodnotí tak, že pro účely řízení před ICSID pak není rozdíl mezi čtrnáctiletým kontraktem a prodejem žvýkačky⁵². Takové tvrzení je sice úsměvné, nicméně paušalizuje snahu posoudit transakci v celém kontextu smlouvy, akcentovat její jednorázovost (bez ohledu na délku plnění) a fakt, že míra rizika nepřekročila hranici běžného podnikatelského rizika, jelikož kupní cena byla egyptskou stranou zaplácena předem.

Neřentabilní a nevýnosné transakce jako investice?

Úvaha na příkladu humanitární pomoci poskytované neziskovými organizacemi.

Obecně přijímanou představou o tom, proč je zajímavé finančně expandovat na trhy cizích států, je záměr rychlého či vysokého materiálního zhodnocení takového kroku, ať už vlivem tamního výhodného ekonomického klimatu či jen zvýšením vlastní produktivity. Nabízí se otázka, jak posuzovat činnost rozličných neziskových organizací, rozdělujících v krizových situacích do cizích států významné finanční obnosy, zdravotní, technické a jiné prostředky v rámci tzv. humanitární či rozvojové pomoci. Aktivity takových organizací bývají v cílových zemích opakovaně poškozovány a mařeny nekorektním jednáním vyplývajícím z rozbujeleho korupčního prostředí v (nejen) rozvojových zemích, výjimkou nejsou ani šikanózní a diskriminační zásahy, jedná-li se o podporu ohrožených menšinových či opozičních skupin. Pravdou je, že v rovině trestněprávní je postih takových činů uceleně upraven. To však podle mého názoru *per se* nevyklučuje diskusi na téma, zda takovéto transakce nemohou být předmětem právní ochrany investic ve smyslu této práce. Dolzer se Schreuerem se k problematice vyjadřují pouze velice stručně a neurčitě, když uvádějí, že možnost klasifikace činnosti neziskových organizací jako investic není zcela ujasněna a závisí na předmětu jejich činnosti⁵³. MacKenzie označuje kritérium

⁵² *Mortenson, J.* The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, 2010, roč. 51, č. 1, s. 316.

⁵³ *Dolzer, R., Schreuer, Ch.* Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2012, s. 44.

ziskovosti na pozadí recentní judikatury ICSID k moderním, progresivním formám investičních nástrojů za překonané⁵⁴.

Osobně se domnívám, že není třeba zcela upouštět od ustáleného faktoru ziskovosti, když se nabízí řešení v podobě širší interpretace. Jednou z možností by bylo poněkud netradiční (až nevědecké) určení, že oním „profitem“ výše uvedených neziskových organizací je dosažení cíle jejich svým způsobem altruistické snahy pomoci potřebným. Takové tvrzení by patrně neobstálo; ziskovost je běžně chápána ve smyslu materiálním, z čehož také vycházejí právní nástroje ochrany investic.

Je však možné jít ještě dál a ptát se, zda úspěšně realizovaná humanitární či rozvojová pomoc nepřináší zisk alespoň ve formě podpoření dobrého jména takové organizace, stabilizaci a zesílení jejího postavení a prestiže, vývoje *know-how* apod. Navíc nelze přehlédnout, že většina aktivit je financována z prostředků od dobrovolných dárců. V případech, kdy se dárci přispívají bez bližšího určení „na aktivity organizace“ (např. formou každoročního příspěvku, přičemž konkrétní způsob využití není v daném okamžiku jmenovitě určen), a vzdávají se vlastnictví na přenechaných aktivech i jakýchkoliv případných výnosech z nich, není otevřena cesta k hledání paralel s nepřímým investováním. Jinak by tomu ovšem mohlo být u veřejných sbírek, vyhlášených za konkrétním účelem (např. pomoc lokálně i personálně určenému okruhu potřebných v případě přírodních katastrof), kde organizace figuruje jako zprostředkovatel (obdobně jako burza). Domnívám se, že přispěvatelé mají v takovém případě legitimní očekávání ohledně využití poskytnutých prostředků a jejich pohnutky nemusí být čistě filantropické a imateriální, vždyť poskytnutí charitativního příspěvku může být – obdobně jako sponzorství – využitelné na poli reklamní prezentace přispěvatele pro budování dobrého jména a prestiže „značky“⁵⁵, což je již prvek penězi ocenitelný a nahrává tak splnění kritéria ziskovosti.

⁵⁴ MacKenzie, G., W. “ICSID Arbitration as a Strategy for Leveling the Playing Field Between International Non-Governmental Organizations and Host States. SJIL, 1993. Citováno podle: Belling, J.-F. Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte. Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18. 3. 1965. Berlin: Duncker&Humblot, 2008, s. 292.

⁵⁵ K takovému efektu naopak nedochází, respektive je zmařen, zjistí-li se, že poskytnuté prostředky byly státem využity nevhodně či dokonce k jinému účelu. V extrémním případě (např. stát by využil prostředky k odsouzeníhodným vojenským účelům) by mohla negativní publicita - paradoxně – postihnout i přispěvatele a poškodit tak jeho zájmy.

Právo rozhodné pro investiční spory

Na rozdíl od vnitrostátních sporů z investic, jejichž právní rámec je vymezen národním právem, dochází běžně v mezinárodní investiční arbitráži ke kombinaci vícero právních systémů a pravidel.

Pauknerová rozlišuje pojem rozhodného práva v rozhodčím řízení ve třech konstelacích: (i) právo rozhodné pro meritum sporu, (ii) pro rozhodčí řízení (jeho procesní stránku) a (iii) pro rozhodčí smlouvu (kam zahrnuje i otázky způsobilosti stran)⁵⁶.

Redfern a Hunter jdou ještě dále a tvrdí, že lze rozlišit minimálně pět různých právních řádů a to: právo rozhodné pro způsobilost stran uzavřít rozhodčí smlouvu, právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu, právo rozhodné pro existenci rozhodčího řízení (*lex arbitri*), právo rozhodné pro meritum sporu a právo rozhodné pro uznání a výkon rozhodčího nálezu⁵⁷.

Právo rozhodné pro meritum sporu

V souladu s principem smluvní autonomie stran je výchozím určovatelem pro stanovení rozhodného práva pro meritum sporu obsah rozhodčí smlouvy, resp. ujednání stran o volbě takového práva. Vůli stran se v tomto ohledu nekladou veskrze žádná omezení. Tento přístup je zakotven i v řadě dohod, např. v čl. 5 Newyorské Úmluvy⁵⁸ nebo v čl. 35 rozhodčích pravidel UNCITRAL. Teprve v případě absence platného ujednání ohledně práva rozhodného v tomto směru se přistoupí k jeho vymezení samotnými rozhodci. Často bývá voleno právo hostitelského státu, což Bělohlávek označuje za logické vzhledem k tomu, že jde o právní řád, který má k investici nejužší vztah a také proto, že není možné řádně posuzovat mocenský zásah jednoho státu podle právního řádu státu jiného. Běžnou mezinárodní rozhodovací praxí je pak zohlednění norem mezinárodního původu, zejména bilaterálních a multilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic, stejně jako obyčejového mezinárodního práva či dokonce obchodních zvyklostí (např. *lex mercatoria* nebo vzorová pravidla UNIDROIT⁵⁹).

⁵⁶ Pauknerová, M. Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraniční – otázky rozhodného práva. Právní rozhledy. 2003, č. 12, s. 587 – 594.

⁵⁷ Redfern, A. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, s. 77-78.

⁵⁸ Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z 10. června 1958.

⁵⁹ Srov. např. čl. 28 odst. 4 Vzorového zákona o mezinárodní obchodní arbitráži UNCITRAL, který stanoví, že rozhodčí tribunál rozhoduje ve všech případech v souladu se smluvními podmínkami a přitom zohledňuje obchodní zvyklosti aplikovatelné v daném případě. V orig.

Právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu (*lex contractus*)

Smluvní strany do smlouvy zakomponují ustanovení o rozhodném právu pro rozhodčí smlouvu. Dojde-li k neshodám, je určení takového práva ztíženo jejím specifickým charakterem na pomezí procesního institutu a smluvního závazku. Rozhodčí smlouva totiž představuje dohodu zakládající práva a povinnosti stran (hmotněprávní aspekt) a přitom má účinky na poli procesním, jelikož zakládá pravomoc rozhodčích soudů na úkor těch obecných.

Volba rozhodného práva pro rozhodčí smlouvu je pak zásadně ovlivněna tím, stavíme-li do popředí její procesní aspekty (což by signalizovalo vazbu na právo státu, v němž se rozhodčí řízení koná) anebo upřednostníme-li její kontraktní povahu (a tím ji přiblížíme právu rozhodnému pro smluvní závazkové vztahy).

V každém případě bývá a rozhodovací praxi režim rozhodčí smlouvy zkoumán odděleně od práva rozhodného pro meritum sporu. V rámci tohoto separátního zkoumání rozhodčí smlouvy pak dochází k dalšímu dělení; zvláště jsou posuzovány arbitrabilita, forma rozhodčí smlouvy, materiální platnost a způsobilost stran uzavřít rozhodčí smlouvu.⁶⁰

Právo rozhodné pro rozhodčí řízení (procesní pravidla rozhodčího řízení)

Procesními pravidly rozhodčího řízení se rozumí pravidla pro organizaci, vedení a postup v řízení a zahrnují takové oblasti jako např. jazyk a místo jednání, místo provádění důkazů, určení, zda bude řízení ústní, písemné či kombinované, lhůty pro podání stran apod.

V moderní (investiční) arbitráži je přenechán velký prostor jak primárně autonomní vůli stran tak i subsidiárně rozhodcům (nedojde-li ke konsenzu smluvních stran), což dokladuje např. čl. 4 odst. 1 písm. b) bod iii) Evropské úmluvy nebo čl. 5 odst. 1 písm. d) Newyorské úmluvy.

znění: „*In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction*“, podle kterého ve všech případech rozhodčí soud rozhodne v souladu s podmínkami smlouvy a přitom musí brát v úvahu obchodní zvyklosti aplikovatelné na transakce.

⁶⁰ *Born, G. B.* International Commercial Arbitration. I. Díl. Austin: Wolters Kluwer, 2009. s. 410. Citováno podle: *Svobodová, K.* Vliv legis arbitri na uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu. Disertační práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra mezinárodního a evropského práva, 2010.

Tato autonomie, byť široká, není bezbřehá. Je nutné respektovat především vnitrostátní i mezinárodní normy, jejichž porušení by mohlo mít na následek neplatnost či možnost zrušení rozhodčího nálezů (např. porušení zásady spravedlivého procesu).

Důležité je také odlišit procesní pravidla od *lex arbitri*, kde taková volnost nepanuje. *Lex arbitri* ovládá rozhodčí řízení jako celek a dotýká se i procesních pravidel řízení, ovšem stavoví pouze jakýsi generální rámec (případně obsahuje procesní ustanovení použitelná v případech, kdy určitá oblast není pokryta dohodou stran). Detailní úpravy je pak dosaženo skrze výše uvedená procesní pravidla, která si mohou strany samy sjednat nebo odkázat na již konstituovaná rozhodčí pravidla. Přípustný (byť neobvyklý) je i odkaz na některé právo některého státu. Dohoda o procesních otázkách může být obsažena v rozhodčí smlouvě, ale i v jiné dohodě uzavřené před i po zahájení rozhodčího řízení.⁶¹ Důvodem je, že smluvní strany ani rozhodci nemohou na počátku anticipovat přesný vývoj řízení a nezřídka je tudíž třeba nalézt procesuální řešení pro nastalé okolnosti až v jeho průběhu.

⁶¹ Bělohlávek, A. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004. s. 148.

PRAMENY MEZINÁRODNÍHO INVESTIČNÍHO PRÁVA

Nejdůležitějšími prameny mezinárodního investičního práva jsou mnohostranné a dvoustranné dohody o ochraně a podpoře investic a smlouvy mezi investorem a hostitelským státem. Z jiných než smluvních pramenů uvádějí Šturma a Balaš obyčejové mezinárodní právo, obecné zásady právní, právně nezávazné dokumenty (*soft law*) a judikaturu (arbitrážní nálezy).⁶² V jistých ohledech svébytnou kapitolou je s přihlédnutím k událostem z poslední dekády i evropské právo, o jehož vývoji a dopadech na legislativu členských států EU zde bude rovněž pojednáno.

Mezinárodní smlouvy

Mnohostranné dohody

Na globální úrovni zatím nebylo dosaženo shody na znění úmluvy, která by upravovala komplexně problematiku mezinárodních investic. Úprava je proto značně roztržštěná. Velmi slibným, nicméně ve výsledku bohužel neúspěšným kodifikačním pokusem byl návrh **Mnohostranné dohody o investicích (MAI)**, iniciovaný zeměmi OECD, který definitivně ztroskotal v roce 1998. Důvodů bylo vícero. Z pohledu rozvojových států kladl na hostitelské státy příliš vysoké nároky. Rozvojové státy navíc byly k jednání přizvány relativně pozdě a bylo pro ně obtížné komplexně vymezit výjimky, které by jim poskytly dostatek flexibility pro ochranu národních ekonomik⁶³. Další země vyjadřovaly obavy ze ztráty kontroly nad zahraničními investicemi anebo zastávaly názor, že MAI je příliš vstřícný vůči investorům na úkor hostitelských států.

Dohoda k Energetické chartě představuje sektorovou dohodu s cílem zvýšení stupně mezinárodní spolupráce v energetickém sektoru. Sdružuje státy evropské, asijské a Austrálii. **Soulská úmluva o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky** cílí na posílení mezinárodní spolupráce v oblasti hospodářského rozvoje a zřizuje Agenturu pro investiční záruky, poskytující investorům pojištění proti politickým (nikoliv obchodním) rizikům. **Dohoda o**

⁶² Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013. s. 313.

⁶³ Štěrbová, L. a kol. Mezinárodní obchod ve světové krizi 21. století. 1. vyd. Praha: Grada, 2013, s.150.

obchodních aspektech investičních opatření⁶⁴ v oblasti obchodu se zbožím usiluje o zákaz opatření neslučitelných se základními ustanoveními GATT⁶⁵.

Některé dohody na nadregionální úrovni propojují prvek ochrany investic s prvkem volného obchodu, jako například **Dohoda o severoamerické zóně volného obchodu (NAFTA)**. Jedenáctou kapitolu této dohody, věnovanou oblasti investic, označují Šturma s Balašem za zřejmě nejpokročilejší smluvní instrument a prototyp nového trendu propojujícího liberalizaci obchodu a investic⁶⁶. Z dalších regionálních (a subregionálních) dohod lze zmínit MERCOSUR⁶⁷ (ačkoliv oblast investic byla v tomto případě řešena až přijetím tzv. Colonia protokolu o vzájemné podpoře a ochraně investic), ASEAN⁶⁸, CARICOM⁶⁹, COMTESA⁷⁰, ECOWAS⁷¹.

Nejvýznamnějším mnohostranným mezinárodním dokumentem v oblasti investic je bezpochyby **Úmluva o řešení sporů mezi státy o občany druhých států** z 18. 3. 1965⁷². Svou podstatou představuje procesní instrument, protože vytváří mechanismus pro řešení sporů z investic, zvláště přizpůsobený pro výklad smluv mezi suverénními státy a soukromými zahraničními právníckými osobami a řešení z nich vzniklých sporů. Jelikož se pro daný typ sporů nehodí ani mezistátní arbitráž a ani mezinárodní obchodní arbitráž, smluvní úprava čerpá z obou těchto způsobů⁷³.

Dvoustranné dohody

Bilaterální dohodou o podpoře a ochraně investic rozumíme dohodu, která je „uzavřená mezi dvěma státy, jejímuž režimu podléhají investice uskutečněné na jejich území fyzickými a právníckými osobami z jiné země“⁷⁴.

⁶⁴ Trade-Related Investment Measures (TRIMS).

⁶⁵ General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

⁶⁶ Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013., s. 326

⁶⁷ Mercado Común del Sur.

⁶⁸ Association of South East Asian Nations.

⁶⁹ Caribbean Community.

⁷⁰ Common Market for Eastern and Southern Africa.

⁷¹ Economic Community of West African States.

⁷² Pro ČSFR se tato úmluva stala závaznou 8. 4. 1992, kdy byl vyhlášena jako Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 ve Sbírce zákonů. Od 1.1. 1993 jí pak byla vázána i samostatná Česká republika jakožto jeden z nástupnických států rozdělené federace.

⁷³ Potočný, M., Ondřej, J.: Mezinárodní právo veřejné Zvláštní část. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 311.

⁷⁴ Pelkmans, J., Casey, J., P. EU Enlargement: External Economic Implications. Inteconomics, 2003, Rč. 38, č. 4. s. 196 a násl. Citováno podle: Bělohlávek, A., J. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. Praha: C. H. BECK, 2010, s. 20.

Tyto dohody vycházejí z původních dvoustranných smluv o přátelství, obchodu a plavbě, které však upravovaly jen ochranu investic a nezabývaly se otázkou z nich vzešlých sporů⁷⁵. V současnosti mají celosvětově velmi podobný obsah a strukturu. Preambule představuje jakési obecné pojednání o významu hospodářské kooperace, následuje vymezení klíčových pojmů (investice, zahraniční investor aj.), pojednání o postavení investora na trhu hostitelského státu, zejména nároky na zacházení s předmětem jeho investice, a v neposlední řadě forma a způsob řešení sporů.

Uzavírány mohou být jednak mezi státy navzájem anebo mezi státem a zahraničním investorem, což je častější případ.

Další vybrané významné mimosmluvní prameny

Mezinárodní obyčej a obecné zásady právní

Objektivními znaky mezinárodního obyčeje jsou (kromě neexistence normativního ukotvení) stejnorodost, nepřetržitost, rozšířenost, reprezentativnost a dlouhodobost. V oblasti mezinárodních investic lze najít instituty a nástroje splňující tato kritéria. Pocházejí z období, kdy nebyla sféra mezinárodních investic ošetřena smluvními ujednáními v takové míře jako dnes. Nejvýznačnějším příkladem je tzv. mezinárodní minimální standard a dále pak řada principů v oblasti zacházení s investicemi nebo v souvislosti s vyvlastněním. Tato tematika je podrobněji rozebírána v kapitole věnované nástrojům a standardům v oblasti ochrany investic.

Předpokladem uplatnění obecných zásad právních ve smyslu čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora⁷⁶ v mezinárodním investičním právu je obecný konsenzus o jejich užívání. Vzhledem k čím dál podrobnější úpravě, kterou poskytují smluvní prameny investičního práva, mají pouze podpůrné postavení.

⁷⁵ Lowenfeld, A., F. International economic law. London: Oxford University Press, 2003, s. 474.

⁷⁶ Předpis č. 30/1947 Sb. Vyhláška ministra zahraničních věcí o chartě Spojených národů a statutu Mezinárodního soudního dvora, sjednaných dne 26. června 1945 na konferenci Spojených národů o mezinárodní organizaci, konané v San Francisku.

Jednostranné akty mezinárodních organizací

V případě jednostranných aktů mezinárodních organizací se jedná nejčastěji o právně nezávazné dokumenty, obsahující určité doporučené postupy, nevyplyvají z nich však jasně formulovaná práva a povinnosti. Vykazují právně nedokonalý obsah či formu a jsou proto označovány jako *soft law* (měkké právo)⁷⁷. Zařadit sem lze například Řídící principy pro zacházení se zahraničními přímými investicemi⁷⁸ členských států Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj, Kodexy liberalizace⁷⁹ přijaté rozhodnutím Rady OECD nebo Chartu hospodářských práv a povinností států⁸⁰.

Soudní rozhodnutí

Otázka existence a úlohy precedentu v mezinárodní investiční arbitráži je rozebírána v poslední kapitole této práce.

Právo Evropské unie

Nová společná politika EU na poli mezinárodních investic

V době před Lisabonskou smlouvou patřila ochrana zahraničních investic do oblasti sdílených pravomocí vykonávaných EU a členskými státy, přičemž aktivita členských států převažovala. EU se spíše soustředila na problematiku slučitelnosti bilaterálních dohod uzavíraných mezi členskými státy a třetími zeměmi s evropským právem⁸¹. Zlom nastal roku 2009 vstupem Lisabonské smlouvy v platnost. Čl. 207 SFEU totiž ve znění Lisabonské smlouvy nově podřazuje přímé zahraniční investice pod společnou obchodní politiku, pro kterou čl. 3 odst. 1 SFEU stanoví výlučnou pravomoc Evropské unie.

Zpočátku se jednalo o ztrátu pravomocí členských států spíše *de iure* než i *de facto*, protože EU nebyla schopna nově založenou pravomoc vykonávat. Vždyť

⁷⁷ Ondřej, J. Mezinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní. 2. Vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 99.

⁷⁸ *World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment*. Vydány světovou bankou v roce 1992.

⁷⁹ Kodex liberalizace běžných neviditelných operací (*Code of Liberalisation of Current Invisible Operations*) a Kodex liberalizace kapitálových pohybů (*Code of Liberalisation of Capital Movements*).

⁸⁰ Rezoluce Valného shromáždění OSN 3281(XXIX) z roku 1974.

⁸¹ Některé členské země byly v této souvislosti Soudním dvorem EU (tehdy ještě ESD) odsouzeny, viz např. Rozhodnutí ve věci C-118/07 Komise v Finsko z 19. 11. 2009.

členské státy mají uzavřených téměř 1200 BITs⁸². Jejich platnost pak nemohl z pohledu mezinárodního práva přesun kompetencí na EU přímo ovlivnit⁸³.

Další významný posun přišel s přijetím Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1219/2012, zavádějícím přechodnou úpravu pro bilaterální dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi⁸⁴. Cílí v první řadě na harmonizaci všech současných bilaterálních dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi s evropským právem a v další fázi předpokládá jejich postupné nahrazování dohodami uzavíranými Evropskou unií. Za účelem dosažení harmonizace s evropským právem zavádí povinnost členských států notifikovat Komisi veškeré dvoustranné dohody, u kterých mají členské státy zájem na pokračování jejich platnosti. Členským státům je umožněno platné dohody měnit a dokonce i uzavírat nové, ovšem pouze se souhlasem Komise. Členským státům je také nově uložena informační povinnost vůči Komisi, týkající se veškerých sporů, kterých se budou v souvislosti se svými BITs účastnit. Komise také může požadovat, aby jí bylo umožněno podílet se na vedení těchto sporů.

Odpovědnost EU a členských států vůči zahraničním investorům

Krátce po přijetí výše uvedeného Nařízení č. 1219/2012 byl představen návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady pro vymezení finanční odpovědnosti mezi EU a členskými státy. Cílem je stanovit pravidla finanční odpovědnosti při řešení investičních sporů před rozhodčími soudy, zřízenými podle mezinárodních dohod, jejichž smluvní stranou je EU. V návrhu je rozlišována odpovědnost EU a odpovědnost členských států, přičemž principiálně by měl každý odpovídat za vlastní porušení práva. Návrh předpokládá, že EU ponese finanční odpovědnost za jednání svých institucí, orgánů a agentur, členský stát pak za vlastní kroky na poli zacházení se zahraničními investicemi.

Existují však dvě výjimky. Tou první je, aby členský stát nenesl finanční odpovědnost v případech, kdy by smluvní stranou byla pouze EU, a to ani tehdy, pokud by investor kritizoval zacházení daného členského státu. Druhou výjimkou pak tvoří případy, kdy by jednání členského státu zakládající odpovědnost bylo

⁸² Šturma, P. Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy). *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 5, s. 129.

⁸³ Šturma, P. Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy) *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 5, s. 129.

⁸⁴ Vstoupilo v platnost 9. 1. 2013.

projevem respektování evropského práva. Ani tehdy by členský stát finanční odpovědnost nenesl.

Vedle otázky rozdělení finanční odpovědnosti se návrh nařízení v Kapitole III. vypořádává s určením, který subjekt řízení v investiční arbitráži povede.

Lze říci, že Evropská unie se těmito kroky stává pomalu ale jistě významným hráčem na poli mezinárodního investičního práva. Přijetí Lisabonské smlouvy a posléze i Nařízení č. 1219/2012 bylo v kontextu zahraničních investic spojeno s (oprávněnými) obavami o osud platných BIT. Dá se dokonce hovořit o významném snížení míry právní jistoty v této oblasti. Na druhou stranu, unifikace evropského práva je trvalým a proklamovaným p, obzvláště v oblasti hospodářské. Dosavadní dvoukolejnost práva nebyla dlouhodobě únosná a vedla dokonce k tomu, že členské státy vznášely v mezinárodních investičních arbitrážích vznášet námitku neaplikovatelnosti BIT pro její nesoulad s právem EU⁸⁵.

Nedokáží si představit jinou reálnou cestu, jak stávající investiční dohody členských států jednotně nahradit, než formou jejich revize za účelem sjednocení s evropským právem a ponechání v platnosti do doby, než EU uzavře dohody vlastní. Zajímavý je zejména vývoj kolem připravované Dohody o volném obchodu mezi EU a USA, která by měla obsahovat i kapitolu o investicích.

⁸⁵ *Achmea B.V. v The Slovak Republic*. Rozhodnutí Stálého rozhodčího soudu v Haagu (PCA) podle pravidel UNCITRAL ze dne 26. 10. 2010. V elektronické formě dostupné na <http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>.

MEZINÁRODNÍ ROZHODČÍ SOUDY A JEJICH VÝZNAM PRO INVESTIČNÍ SPORY

Výhody řešení sporů z investic před rozhodčími soudy

Rozhodčí řízení (arbitráž) můžeme definovat jako „dobrovolné postoupení řešení sporu neutrální třetí straně, rozhodcům či rozhodčímu soudu (tj. soukromým osobám či nestátní instituci), která vydá po provedeném řízení závazné a vykonatelné rozhodnutí⁸⁶

Stoupající obliba rozhodčích řízení na mezinárodní i vnitrostátní úrovni je neoddiskutovatelným faktem. V případě investičních sporů hraje významnou úlohu bezesporu rychlost těchto řízení (jsou jednoinstanční) a s tím související úspora nákladů, jelikož předmětem řízení bývá obchodní (výdělečná) činnost zahraničních investorů a platí zde leckdy více než kde jinde, že „čas jsou peníze“. Rozhodčí řízení je koncipováno tak, aby nedocházelo k průtahům v řízení, např. efektivním ošetřením problematiky doručování písemností. U některých ze stálých rozhodčích soudů jsou dokonce stanoveny lhůty, ve kterých musí být rozhodčí nález vydán.⁸⁷ Smluvní strany mají oproti řízení před národními soudy možnost přímo ovlivnit procesní stránku sporu, určit si rozhodné právo nebo jmenovat rozhodce dle svého uvážení. Nelze opominout ani výhodu spočívající v neveřejnosti řízení (rozhodčí nález nemusí být dokonce ani nikdy zveřejněn).

Stálé instituce obecné mezinárodní obchodní arbitráže

Mezinárodní spory z investic lze vedle střediska ICSID (o kterém bude kvůli jeho zvláštnímu významu pojednáno níže), vést pod záštitou stálých rozhodčích institucí, mezi které patří například Stálý rozhodčí soud v Haagu⁸⁸, Mezinárodní rozhodčí soud Mezinárodní obchodní komory⁸⁹, Americká arbitrážní asociace⁹⁰, Mezinárodní rozhodčí soud v Londýně⁹¹, Německý institut pro

⁸⁶ *Rozehnalová, N.* Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, s. 42.

⁸⁷ *Růžička, K.* Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 27.

⁸⁸ PCA – Permanent Court of Arbitration.

⁸⁹ ICC - International Chamber of Commerce.

⁹⁰ AAA – American Arbitration Association.

⁹¹ LCIA – London Court of International Arbitration.

rozhodčí soudnictví⁹² nebo Rozhodčí soud Stockholmské obchodní komory⁹³. Poslední jmenovaný je podstatný především pro investiční spory v oblasti energetiky, protože ECT předpokládá rozhodčí řízení podle pravidel SCC. Rozhodčí řízení vedené pod záštitou některé z výše uvedených nebo podobných institucí pak „těží z její reputace a autority“⁹⁴.

Řízení před *ad hoc* ustavenými rozhodčími soudy

V tomto modelu řízení je rozhodčí senát ustaven (resp. rozhodce je jmenován) pouze pro konkrétní řízení a může existovat buď zcela bez institucionální podpory anebo s podporou částečnou např. v případě sjednání tzv. *appointing authority* (v doslovném překladu jmenovací / ustavovací autorita). Jedná se o osobu, nadanou podle rozhodčí doložky právem jmenovat chybějící členy rozhodčího senátu, přičemž jako *appointing authority* se v rozhodčím řízení *ad hoc* nejčastěji objevuje předseda některého ze stálých rozhodčích soudů⁹⁵.

K řízení *ad hoc* dochází zejména tehdy, neshodnou-li se strany na využití konkrétního rozhodčího soudu, případně je-li z povahy sporu vhodné zvolit na pozici rozhodce kvalifikovaného specialistu v určitém oboru. Cena rozhodčího řízení *ad hoc* také bývá příznivější než při využití služeb stálého rozhodčího soudu. Řízení *ad hoc* nabízí účastníkům nejvyšší míru možnosti ovlivnění jeho průběhu, protože se může odehrát podle pravidel, která si smluvní strany samy navrhnou a schválí. Častější je však využití některého z již zavedených souborů rozhodčích pravidel. Nejpoužívanější jsou v tomto směru jednoznačně Rozhodčí pravidla Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní⁹⁶ UNCITRAL z 28. dubna 1976.

Význam rozhodčích pravidel UNCITRAL

Rozhodčí pravidla UNCITRAL, která mají sama o sobě pouze doporučující nezávazný charakter dávající možnost jejich použití i v případě, že smluvní strany takovýto způsob procesního postupu explicitně nevloží do své rozhodčí smlouvy, se stávají závazným procesním předpisem pro ty rozhodčí orgány, pro něž to tak

⁹² DIS - Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit.

⁹³ SCC Institute – Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

⁹⁴ Peter, W., Kuyper, J.-Q., de Candolle, B. Arbitration and renegotiation of international investment agreements. 2. vydání. Boston: Kluwer Law International, 1995, s. 277.

⁹⁵ Bělohlávek, A., J. a ordre public, s.135.

⁹⁶ United Nations Commission on International Trade Law.

rozhodčí doložka smluvních stran stanoví.⁹⁷ Jedná se o komplexní soubor procesních pravidel, zohledňující všechny aspekty rozhodčího řízení včetně pravidel pro jmenování rozhodců. Obsažena je zde i modelová rozhodčí doložka⁹⁸ (*Model Arbitration Clause*).

Řízení u Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID)⁹⁹

Obecně o ICSID

ICSID je autonomní mezinárodní instituce zřízená pod záštitou Světové banky na základě Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany jiných států, jejímž hlavním cílem je poskytovat zázemí pro smírčí a rozhodčí řízení mezinárodních investičních sporů.

Přestože je jednoznačně nejvyhledávanější rozhodčí institucí v oblasti mezinárodních investičních sporů, nemá obligatorní jurisdikci pro řešení všech investičních sporů, ale pouze poskytuje institucionální rámec pro jednotlivé arbitrážní tribunály, zřízené na základě písemného souhlasu stran, dnes nejčastěji ve formě rozhodčí doložky v BIT¹⁰⁰

Jurisdikce ICSID je dle čl. 25 Úmluvy ICSID dána pro právní spory vzniklé přímo z investice mezi smluvním státem a osobou příslušnou k jinému smluvnímu státu.

Souhlas stran s řízením u ICSID

Strany musí písemně souhlasit, že jejich spor bude ICSID předložen, přičemž takto daný souhlas nelze jednostranně odvolat. Otázkou je, jaké jsou formální možnosti takového souhlasu. V případě uzavřené rozhodčí dohody nebo sjednané rozhodčí doložky je souhlas jasně dán. Významným posunem bylo v této

⁹⁷ Šturma, P. Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 146.

⁹⁸ Modelová rozhodčí doložka pro smlouvy. Příloha rozhodčí řád UNCITRAL (ve znění 2010): „*Jakýkoliv spor, neshoda nebo nárok vznikající z této smlouvy nebo v souvislosti s ní, nebo z jejího porušení, ukončení nebo neplatnosti, budou řešeny v rozhodčím řízení podle Rozhodčího řádu UNCITRAL. Poznámka. Do rozhodčí doložky mohou strany zahrnout:*

a) orgán pro jmenování je ... (jméno instituce nebo osoby);

b) počet rozhodců bude (jeden nebo tři);

c) místem rozhodčího řízení bude ... (město a země);

d) rozhodčí řízení se bude konat v jazyce ... “

⁹⁹ International Centre for Settlement of Investment Disputes.

¹⁰⁰ Šturma, P. Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vyd., Praha: Linde, 2008, s. 113 a násl.

oblasti rozhodnutí ve věci *Asian Agricultural Products v Sri Lanka*¹⁰¹, kdy ICSID uznal jako dostačující ustanovení obsažené v BIT mezi hostitelským státem a státem investora, předpokládající řešení sporů vzniklých z investic před ICSID. Taková ustanovení v BIT jsou nazývána „blanko rozhodčí smlouvy“. Příslušné státy se zavazují podrobit rozhodčímu řízení, a to aniž by bylo předem známo, kdo bude žalobcem a co bude přesně předmětem sporu; je pouze známo, že se bude jednat o spor investiční.¹⁰²

Druhým zásadním rozhodnutím je pak to ve věci *SPP v Egypt*¹⁰³. Zde byla za akceptovanou formu souhlasu označena i inkorporace ustanovení předpokládající řešení sporů před ICSID do vnitrostátního práva hostitelského státu (šlo tedy vlastně o jednostranný příslib). Na obou případech je patrná tendence ICSID vycházet vstříc zahraničním investorům.

Rozhodovací pravomoc ICSID může být založena také rozhodčí doložkou obsaženou v multilaterální smlouvě, jak je tomu například v případě NAFTA.

Proces rozhodování před ICSID, možnost přezkumu a zrušení rozhodčího nálezů

Žádost o projednání investičního sporu v rozhodčím řízení se podává u generálního tajemníka ICSID, posléze je o existenci žádosti informován žalovaný stát. Generální tajemník žádost zaregistruje, nezjistí-li očividný nedostatek jurisdikce Střediska ICSID pro rozhodování předloženého sporu, jinak o jurisdikci rozhoduje až rozhodčí soud.

Smluvní strany mají možnost zvolit si právo rozhodné pro řešení sporu. Neučiní-li tak, použijí se předpisy státu, který je smluvní stranou, ovšem pouze pod podmínkou jejich souladu s mezinárodním právem¹⁰⁴. Při rozhodování sporů platí většinový princip, přičemž každý rozhodce má možnost zveřejnit nesouhlasný názor (*dissenting opinion*). Rozhodčí nález je považován za vydaný

¹⁰¹ *Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka*. Rozhodnutí ICSID z 27. 6. 1990, sp. zn. ARB/87/3. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/96>.

¹⁰² *Bělohávek, A.* Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004.s. 136.

¹⁰³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*. Rozhodnutí ICSID z 20. 5. 1992, sp. zn. ARB/84/3. V elektronické verzi dostupné na adrese www.icsid.worldbank.org/ v sekci „cases“.

¹⁰⁴ Čl. 42 odst. 1 Úmluvy ICSID „Soud rozhodne spor v souladu s takovými právními pravidly, na nichž se strany dohodnou. Není-li takové dohody, použije soud právo smluvního státu, který je stranou ve sporu (včetně jeho norem kolizních) a takové předpisy mezinárodního práva, které mohou být použity.“

dnem, kdy generální tajemník ICSID rozešle stranám sporu opisy rozhodčího nálezu.

Velmi významnou odlišností oproti pravidlům a praxi řady stálých rozhodčích soudů v běžném rozhodčím řízení je v řízení v rámci ICSID možnost přezkumu rozhodčího nálezu, a to na žádost kterékoliv strany, uplatněné v subjektivní lhůtě 90 dnů od zjištění okolností opravňujících k takové žádosti, nejpozději však do uplynutí objektivní lhůty tří let od vydání rozhodčího nálezu¹⁰⁵. Přezkum rozhodnutí před ICSID vykazuje obdobné rysy jako mimořádný opravný prostředek obnovy řízení. O žádosti o přezkum rozhoduje stejný rozhodčí senát jako ve věci hlavní.

Patrně nejvýznačnější zvláštností řízení před ICSID je úprava o zrušení rozhodčího nálezu podle čl. 52 Úmluvy ICSID. O zrušení rozhoduje *ad hoc* konstituovaný tříčlenný výbor. Přezkumu a případné zrušení rozhodčího nálezu před ICSID představují pro smluvní strany jedinou možnost, jak rozhodnutí napadnout, Úmluva ICSID totiž vylučuje jakoukoliv možnost napadnout rozhodčí nález ICSID před vnitrostátními soudy.

Tato skutečnost činí řízení před ICSID pro zahraniční investory zvláště atraktivním.

Další typy řízení u ICSID

Smírčí řízení a řízení podle pravidel Dodatečných možností

Vedle rozhodčího řízení je možno před ICSID vést i řízení smírčí. Od řízení rozhodčího se odlišuje zejména v aspektu závaznosti. Cílem rozhodčího řízení je nezávislé posouzení skutkového stavu, které vyústí ve vydání rozhodnutí, kterým budou obě strany vázány. Oproti tomu smírčí řízení lze ukončit jednak uzavřením smíru mezi oběma smluvními stranami, anebo (nedojde-li ke shodě) zprávou smírčí komise, se kterou se však pro obě strany nepojí žádné právní následky. Čl. 34 odst. 1 pouze ukládá stranám, aby věnovaly doporučení smírčí komise zvýšenou pozornost.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Bělohávek, A., *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo: komentář*, Praha: C.H.Beck 2008, s. 142.

¹⁰⁶ *Belling, J.-F.* Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte. Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18.3.1965. Berlin: Duncker&Humblot, 2008, s. 104.

Další možností vedení sporů pod záštitou ICSID je řízení podle pravidel Dodatečných možností (*Additional Facility Rules*), zavedených roku 1978. V tomto řízení je dána pravomoc rozhodovat spory, které se nacházejí mimo jurisdikci ICSID. Jedná se především o situace, kdy buď hostitelský stát anebo stát, jehož příslušníkem je zahraniční investor, nejsou signatáři Úmluvy ICSID, a dále pak o spory, které nepocházejí přímo z investic.

Téměř dvě dekády nehrály pravidla Dodatečných možností prakticky žádnou úlohu, nebyla podle nich vedena žádná řízení¹⁰⁷. Změnu podnítil až odkaz na *Additional facility* obsažený v 11. kapitole NAFTA, vzhledem k tomu, že Spojené státy americké jsou smluvní stranou úmluvy ICSID, zatímco Mexiko a Kanada nikoliv. (a tudíž není dána pravomoc Střediska), nicméně stále je nelze považovat za spory z běžné obchodní transakce. Definování těchto sporů z investic již nepocházejících má ve svém důsledku interpretační význam pro samotné vymezení tohoto pojmu, protože určitým způsobem stanoví hranice mezi tím, co za investice ještě považovat lze a co již nikoliv.

¹⁰⁷ *Belling, J.-F.* Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte. Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18.3.1965. Berlin: Duncker&Humblot, 2008, s. 105.

NÁSTROJE A STANDARDY NA POLI OCHRANY INVESTIC V PRAXI

Zacházení s mezinárodními investicemi představuje pestrý soubor principů a pravidel mezinárodního i vnitrostátního práva od okamžiku vzniku investice až do její likvidace, které mohou být odvozovány jak z nesmluvních zdrojů (obecných principů mezinárodního i obyčejového mezinárodního práva), tak i zejména z úmluv a dohod na bilaterální či multilaterální bázi.

Režim národního zacházení (*National treatment*)

Vymezení, vznik, pozice v systému mezinárodního práva

Režim národního zacházení zavazuje hostitelský stát, aby garantoval zahraničním investorům podmínky pro investování odpovídající podmínkám, jaké mají jeho občané a cílí tak na odstranění diskriminačního jednání na základě státní příslušnosti. První kontury režimu národního zacházení lze nalézt již ve středověkých dohodách mezi hanzovními městy, a ačkoliv je dnes po svém dlouhodobém vývoji velmi rozšířeným fenoménem na poli ochrany investic, není součástí mezinárodního obyčejového práva, nýbrž zůstává pouze alternativním smluvně sjednatelným závazkem. Spolu s režimem nejvyšších výhod je zařazován do kategorie tzv. relativních režimů zacházení s investicemi¹⁰⁸, jelikož jeho obsah není stanoven žádnou unifikovanou normou, nýbrž závisí v jednotlivých případech na konkrétním obchodním a právním prostředí daného hostitelského státu. I přesto lze vymezit jisté obecné principy tohoto režimu:

jakékoliv nové, výhodnější zacházení s domácími investory automaticky zvyšuje úroveň požadavků na zacházení s investicemi zahraničními, což ovšem neplatí obousměrně; zvýhodnění zahraničního investora oproti těm domácím je v kontextu tohoto standardu přípustné. Pokud se hostitelský stát chce od podmínek sjednaného standardu národního zacházení v určité oblasti odchýlit, je to možné formou sjednání výhrady nebo výjimky¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Srov. např. *Bjorklund, A. K.* The National Treatment Obligation. In: *Yannaca-Small, K.* (ed.) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 411, nebo *Šturma, P., Balaš, V.* *Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 396. Někteří autoři však dělení na absolutní a relativní režimy neuznávají, srov. např. *Kläger R.* *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. Cambridge University Press, 2011. s. 305.

¹⁰⁹ *Vanduzer J., A. a kol.* *Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators*. New York: Commonwealth Secretariat, 2013, s. 111.

Režim národního zacházení *versus* Mezinárodní minimální standard

Národní režim zacházení byl zejména v počátečním období uplatňování vnímán jako neschopný garantovat potřebnou ochranu, vzhledem k často nízké úrovni právních a hospodářských podmínek v rozvojových zemích; jeho hlavním nedostatkem je totiž neschopnost poskytnout cizinci ochranu v případě, že i s příslušníky hostitelského státu je zacházeno nevhodně. Méně rozvinuté státy pochopitelně neměly zájem a často ani prostředky k tomu, aby garantovaly cizincům vyšší stupeň ochrany, než jaký existoval na vnitrostátní úrovni. Takové stanovisko, pro které se vžilo označení *Calvova doktrína*¹¹⁰, nebylo přijatelné pro zahraniční investory a tito se proto snažili svou pozici posílit zavedením určitého - na vnitrostátním právu hostitelských států nezávislého - režimu, tzv. mezinárodního minimálního standardu. Mezinárodní minimální standard patří mezi principy obyčejového mezinárodního práva, stabilizoval se od 19. století¹¹¹ a představuje souhrn zásad, které státy musí respektovat při jednání s cizinci a jejich majetkem, bez ohledu na domácí legislativu a praxi. Představuje tudíž tradiční protiklad k národnímu zacházení. I přes obecný konsenzus týkající existence tohoto standardu zůstává sporné vymezení jeho obsahu; zařazovány sem bývají případy náhrady za vyvlastnění, odpovědnosti za zničení nebo poškození majetku nestátními subjekty a odepření spravedlnosti¹¹². Jisté je, že obsah mezinárodního minimálního standardu nezůstává statickým, ale dynamicky se od dob svého vzniku vyvíjí. Nutno podotknout, že v praxi hraje dnes vzhledem k existenci široké škály speciálních možností a režimů ochrany investic subsidiární roli.

Postup při určování, zda došlo k porušení režimu národního zacházení

Postupu rozhodčích soudů při vyhodnocování, zda hostitelský stát nedostal svým závazkům ze sjednaného standardu NT lze kategorizovat do 3 etap (jejichž zde nastíněné pořadí není závazné vzhledem k překrývání problematizovaných

¹¹⁰ Podle vyjádření argentinského akademika C. Calvy: „cizinci, kteří se usadí ve státě, mají samozřejmě stejná oprávnění a nároky na ochranu ochraně požívanou příslušníky tohoto státu, nemohou však očekávat žádný vyšší rozsah ochrany“. Citováno podle: Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. s. 21. Calvova doktrína se nicméně neomezuje pouze toto konstatování a zabývá se v širším kontextu problematikou suverenity států.

¹¹¹ Šturma, P., Balaš, V. *Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 393.

¹¹² Např. Sornarajah, M. *The international law on foreign investment*. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. s. 346.

okruhů). Cílem první fáze je nalezení vhodného komparátora tj. domácího investora, s nímž bude ten zahraniční srovnáván. Otázkou je, jak úzce takového komparátora vymežit. Judikatura v tomto ohledu není jednotná. Zatímco v případě *Feldman v Mexico*¹¹³ hledal tribunál reprezentanta domácího investora z řad těch, kteří se věnovali stejné obchodní činnosti (v daném případě vývozu cigaret), ve věci *Occidental v Ecuador*¹¹⁴ vybíral obecně z výrobců zboží bez ohledu na odvětví. V druhé fázi soud určí situaci, kdy došlo k rozdílnému zacházení (v neprospěch zahraničního investora). Rozdílné zacházení nemusí být primárně motivováno faktem, že se u zahraničního investora jedná o cizího státního příslušníka¹¹⁵, předmětem posouzení je čistě odlišnost v přístupu ke srovnávaným subjektům.

Konečně v poslední fázi soud zjišťuje existenci důvodů ospravedlňujících rozdílné zacházení. Ačkoliv to většina investičních dohod přímo neuvádí, je široce přijímáno, že rozdílné zacházení může být ospravedlněno, prokáže-li se že racionální základ takových opatření¹¹⁶. Příkladem legitimních důvodů mohou být ochrana veřejného pořádku, zdraví, národní bezpečnosti, ale také vládní politika podporující významné lokální hospodářské odvětví či podnik za předpokladu, že stát za tímto účelem nepodniká kroky přímo poškozující určitého zahraničního investora (*GAMI v Mexico*¹¹⁷ nebo *ADF v USA*¹¹⁸).

Režim nejvyšších výhod (*Most favoured national treatment*)

Zacházení podle doložky nejvyšších výhod představuje vedle národního režimu další v dnešní době zvláště rozšířený standard zacházení s investicemi. Jejich společnými rysy je relativní charakter (o kterém bylo pojednáno výše), poměrně dlouhá historie vzniku a fakt, že oba odrážejí princip nediskriminace.

¹¹³ *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*. Rozhodnutí ICSID z 16. 12. 2002. sp. zn. ARB(AF)/99/1. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/435>.

¹¹⁴ Rozhodnutí LCIA z 1. 7. 2004 ve věci *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, sp. zn. UN3467. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/761>.

¹¹⁵ Výklad čl. 1102 NAFTA. Judikován např. v čl. 177 rozhodnutí ve věci *International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States* z 26. 1. 2006. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL/NAFTA, V elektronické formě dostupné na <http://italaw.com/cases/571>.

¹¹⁶ *Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 181.

¹¹⁷ *Gami Investments, Inc. v The Government of the United Mexican States*. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí ze dne 15. 11. 2004, v elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/documents/475>.

¹¹⁸ *ADF Group Inc. v United States of America*. Rozhodnutí ICSID z 9. 1. 2003, sp. zn. ARB(AF)/00/1. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/documents/46>

Avšak zatímco měřítkem požadavků v případě národního režimu je zacházení hostitelského státu s vlastními státními příslušníky, režim nejvyšších výhod se odvíjí od zacházení s investory z ostatních zemí; jeho cílem je poskytnout určitému subjektu stejné, resp. nikoli horší zacházení, než jaké hostitelský stát poskytuje příslušníkům států ostatních. MFNT tak znemožňuje státům vstupovat do bilaterálních *quid pro quo* vztahů, ve kterých poskytují preferenční zacházení pouze určitým státům, zatímco jiné z něj vylučuje, což je jinak jednání zcela přípustné v rámci obyčejového mezinárodního práva¹¹⁹

Aplikace doložky nejvyšších výhod

Omezení principem *ejusdem generis* (na příkladu rozhodnutí ve věci *Ambatielos*¹²⁰)

Na poli režimu MFNT panuje konsenzus ohledně uplatnění principu *ejusdem generis* (latinský termín volně přeložitelný jako „stejného druhu“ v protikladu ke *sui generis*). To znamená, že doložku nejvyšších výhod lze aplikovat pouze na záležitosti spadající pod stejný předmět nebo do stejné kategorie předmětů, ke kterým se doložka váže¹²¹.

Uvedené omezení aplikovatelnosti doložky bylo názorně judikováno již v 50. letech ve věci *Ambatielos*, kde předmětem sporu bylo mimo jiné určení, zda se Řecko na základě doložky MFNT, obsažené v obchodní dohodě s Velkou Británií z roku 1886, může dovolávat práv v oblasti soudnictví. S přihlédnutím ke znění doložky, poskytující režim nejvyšších výhod „ve všech týkajících se obchodu a plavby¹²²“ bylo shledáno, že ji v souladu s principem *ejusdem generis* na oblast soudnictví obecně vztáhnout nelze, ledaže by se jednalo o soudní ochranu práv osob přímo zainteresovaných v oblasti obchodu a plavby.¹²³

Rozšíření aplikovatelnosti i na procesní aspekty

Dopad rozhodnutí *Maffezini v Spain*

¹¹⁹ *Schill, S.W.* Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, 2009, roč. 28, č. 5, s. 502.

¹²⁰ *Greece v United Kingdom*. Rozhodnutí Rozhodčí komise z 9. 4. 1951, v elektronické verzi dostupné na internetových stránkách ICJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/15/8963.pdf>.

¹²¹ *Rodriguez, A., F.* The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements, A Tool for Treaty Shopping? *Journal of International Arbitration*. 2008, s. 90. V elektronické verzi dostupné na adrese http://works.bepress.com/alejandro_faya_rodriguez/2/.

¹²² „in all matters related to commerce and navigation“.

¹²³ „insofar as [it] concerns the protection by the courts of the rights of persons engaged in trade and navigation“.

Klasickým problémem v aplikační sféře MFNT je určení, zda se vztahuje pouze na hmotněprávní, anebo i na procesuální stránku věci. Za zlomové lze v této souvislosti označit rozhodnutí ve věci *Maffezini v Spain*¹²⁴, kde bylo zkoumáno, zda byl zahraniční investor povinen dodržet čekací lhůtu před zahájením arbitráže vyplývající z ustanovení BIT mezi Argentinou a Španělskem, anebo jestli mohl tento požadavek „obejít“ prostřednictvím doložky nejvyšších výhod, která byla v dané BIT rovněž obsažena, a jejíž aplikace by mu umožnila dovolat se výhodnějších podmínek pro přístup k rozhodčímu řízení (jelikož jiná španělská BIT s cizím státem takovou čekací dobu nepředpokládala). Španělsko se bránilo mimo jiné i poukázáním na princip *ejusdem generis*, jelikož doložka MFNT v argentinsko-španělské BIT neodkazovala na procesní ustanovení. S tímto tvrzením se však tribunál neztotožnil a konstatoval, že z široké formulace doložky MFNT nešlo nikterak usuzovat, že by se týkala pouze hmotněprávních otázek, umožnil žalobci dovolat se lepšího zacházení a povýšil tak procesní práva investorů na novou úroveň ochrany.

Dopad tohoto rozhodnutí byl dalekosáhlý a vyvolal důvodné znepokojení, zda takový přístup nepovede ke zneužívání doložky nejvyšších výhod k obcházení sjednaných mechanismů řešení sporů. Schill si všímá, že v reakci na toto rozhodnutí zařazují některé státy do svých BITs „anti-maffezini“ klauzule¹²⁵ spočívající v striktním oddělování hmotněprávní a procesuální oblasti. Příkladem doložky MFN, vztahující se pouze na hmotněprávní prvky je ta v 11. Kapitole NAFTA.

Založení pravomoci rozhodčího soudu skrze doložku nejvyšších výhod?

Salini v Jordan a Plama v Bulgaria

Ještě význačnější problematikou se zabýval rozhodčí soud v případě *Salini*, kde žalobce usiloval o předložení sporu tribunálu ICSID, ačkoliv to BIT mezi hostitelským a investorovým státem nepřipouštěla a dokonce i investiční smlouva samotná přisuzovala řešení sporů domácím soudům hostitelského státu.

¹²⁴ *Emilio Augustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, 25 January, 2000, ICSID Case No. ARB97/7. Award on Jurisdiction, 25 January 2000. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/641>.

¹²⁵ Jmenuje např. čl. 10.4 odst. 2 Návrh Central America-United States Free Trade Agreement z roku 2004 nebo čl. 10.5 odst. 2 písm. a) Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement. *Schill, S., W. Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*. 71. ZaöRV, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011, pozn. č. 71 na s 269.

Ve světle judikátu *Maffezini* žalobce argumentoval, že má na takové „výhodnější“ zacházení vzhledem k existenci doložky nejvyšších výhod rovněž nárok. Tomuto požadavku tribunál nicméně nevyhověl, jelikož doložka MFN v tomto případě nebyla koncipována obdobně široce jako ve věci *Maffezini* a žalobce nikterak neprokázal úmysl smluvních stran zahrnout do působnosti doložky MFN procedurální záležitosti.

O změnu příslušnosti fóra se takřka identickým postupem přes doložku MFT neúspěšně pokoušel žalobce ve věci *Plama v. Bulgaria*¹²⁶, když požadoval, aby byl případ rozhodován u centra ICSID, ačkoliv v BIT mezi Bulharskem a Kyprem (domicil investora) bylo sjednáno pro takový typ sporů konání *ad hoc* arbitráže podle pravidel UNCITRAL. Opíral se přitom o „výhodnější“ ujednání o příslušnosti fóra ICSID v ECT nebo alternativně (subsidiárně) i v BITs sjednaných mezi Bulharskem a třetími státy. Bylo shledáno, že nelze anticipovat souhlas smluvních stran s rozšířením obsahu procedurálních ujednání o prvky obsažené v dohodách, které byly sjednány úplně v jiném kontextu (v tomto případě BIT versus ECT).

Rozhodčí tribunál však zašel ještě dále a celkem ostře se vymezil proti rozhodnutí ve věci *Maffezini* (přesněji řečeno pro výsledek rozhodnutí v daném případě vyjádřil pochopení, ne však pro odůvodnění a zejména konsekvence, které s sebou judikát přinesl), když konstatoval následující: „ (...) *doložka nejvyšších výhod nemůže inkorporovat zcela ani zčásti ustanovení o řešení sporů z jiné dohody, ledaže by z předmětné doložky nepochybně vyplýval záměr stran takové ustanovení do základní dohody zahrnout*¹²⁷“.

I přes nejednotu v jurisdikci¹²⁸ lze pozorovat trend směřující k ustálení rozhodovací praxe v tom směru, že ani při širokém výkladu nebude doložka MFN použitelná pro rozšíření oprávnění v jakýchkoliv libovolných procesních oblastech, nýbrž jen u zvýhodnění na poli tzv. „předarbitrážních požadavků“ (např. čekacích lhůt ve věci *Maffezini*).

¹²⁶ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 8. 2. 2005, sp. zn. ARB/03/24. V elektronické verzi dostupné na <http://www.italaw.com/cases/857>.

¹²⁷ Čl. 223 výše specifikovaného rozhodnutí. V originálním znění: „*an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them*“.

¹²⁸ V kontrastu k výše uvedeným rozhodnutím viz např. *RosInvestCo U.K. Ltd. v The Russian Federation*, Rozhodnutí o jurisdikci SCC z 1. 10. 2007, sp. zn. V079/2005. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/923>

Standard spravedlivého a rovného zacházení (*Fair and equitable treatment*)

Model spravedlivého a rovného zacházení představuje v dnešní době nejčastěji uplatňovaný standard ochrany na poli mezinárodní investiční arbitráže. Není bez zajímavosti, že ačkoliv většina multilaterálních i bilaterálních dohod o ochraně investic s tímto standardem operuje (v první řadě čl. 1105 NAFTA, dále např. čl. 10 Dohody o Energetické Chartě či čl. VI. ASEAN; nalezneme jej i ve většině platných BIT¹²⁹), neexistuje žádná unifikovaná klausule s takovýmto doslovným označením¹³⁰ ani výčet aplikačních kritérií, což se dá vysvětlit tím, že spravedlnost a nestrannost jsou fundamentálním principem všech právních systémů obecně. Popularita tohoto standardu je dána v první řadě tím, že z hlediska zacházení s investicemi se jedná o režim tzv. absolutní, což znamená, že hostitelský stát je jím vázán nezávisle na tom, zda srovnatelné zacházení garantuje i vlastním státním příslušníkům či nikoliv, a dále pak z pestré palety možností jeho uplatnění.

Určení obsahu a aplikačních podmínek dílčím způsobem závisí na určení, zda se jedná o autonomní standard, anebo snad typická obecná formulace pouze reflektuje mezinárodní obyčejové právo a FET je pouze součástí mezinárodního minimálního standardu, o kterém bylo pojednáno výše.

Jako ekvivalentní mezinárodnímu minimálnímu standardu je FET koncipován např. v čl. 1105 odst. 1 NAFTA, jak vyplývá z výkladové směrnice *Free Trade Comission*¹³¹ k 11. kapitole, jíž jsou všechny rozhodčí tribunály NAFTA vázány¹³², tzn. FET nemá žádnou dodatečnou ochrannou funkci přesahující meze mezinárodního minimálního standardu. Herdegen podotýká, že *Free Trade Comission* tímto krokem v lednu 2001 nechtěně zrychlila či možná dokonce iniciovala proces sbližování rozdílů mezi mezinárodním obyčejovým a smluvním právem, jelikož teprve restriktivní interpretace čl. 1105 NAFTA

¹²⁹ UNCTAD World Investment Report, citováno in: Dralle, T., M. Fair and equitable Treatment im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v United States*. Beiträge zum internationalem Wirtschaftsrecht.

¹³⁰ Kläger, R. Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 9.

¹³¹ Ustavení a působnost *Free Trade Comission* stanoví čl. 2001 NAFTA.

¹³² Znění směrnice otištěno např. v: Löwenfeld, A., F. International economic law. 2. vydání. New York: Oxford University Press, s. 557 a násl.

podnítila rozhodčí tribunály k vypořádávání se s vývojem mezinárodního minimálního standardu¹³³.

Ačkoliv mnoho jiných dohod na podporu a ochranu investic a většina rozhodčích soudů (mimo systém NAFTA) principu FET připisují autonomní rozměr, poskytující ochranu přesahující úroveň zaručenou mezinárodním minimálním standardem, nemá to za následek zásadní diskrepanci v míře přisuzované ochrany, naopak, je potěšitelné, že jurisprudenc v této věci vykazuje konvergenční trend, vyjádřený např. v čl. 284 rozhodnutí ve věci *CMS v Argentina*¹³⁴: „*Ve skutečnosti se standard spravedlivého a rovného zacházení vyplývající z Dohody a jeho propojení s požadovanou stabilitou a předvídatelností tržního prostředí (...) neliší od mezinárodního minimálního standardu a jeho vývoje v rámci obyčejového práva*“¹³⁵. Jiným příkladem z nedávné doby je stanovisko vyjádřené v čl. 236 rozhodnutí ve věci *Chemtura v Canada*¹³⁶, kde se tribunál vypořádával s argumentem žalobce, že míra ochrany v rámci FET podle čl. 1105 NAFTA je nižší oproti garanci poskytované FET-klausulemi v kanadských bilaterálních dohodách: „*(...) žalobce neprokázal, že by kterákoliv z dohod, na které nepřímě odkazuje, poskytovala jakoukoliv dodatečnou míru ochrany přesahující tu poskytovanou článkem 1105 NAFTA*“¹³⁷.

Exaktní kontury, strukturovaný obsah a předpoklady uplatnění standardu FET jsou neurčité a závisí v první řadě na okolnostech každého jednotlivého sporu a dále pak na výkladu režimů zacházení s investicemi, obsažených v mezinárodních investičních dohodách, který je prováděn standardně dle článků 31 a násl. Vídeňské úmluvy¹³⁸.

¹³³ Herdegen, M. Internationales Wirtschaftsrecht. 9. vydání, München: C.H.Beck, 2001, s. 308.

¹³⁴ *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*. Rozhodnutí ICSID ze dne 12. 5. 2005, sp. zn. ARB/01/8. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/292>

¹³⁵ V originálním znění: „*In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment (...) is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law.*“

¹³⁶ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL/NAFTA. Rozhodnutí z 2. 8. 2010, v elektronické formě dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/documents/250>.

¹³⁷ V originálním znění: „*the Claimant has not established that the FET clause of any of the treaties to which it indistinctly refers grants any additional measure of protection not afforded by Article 1105 of NAFTA*“.

¹³⁸ Vídeňská úmluva o smluvním právu z roku 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties).

Ochrana legitimních očekávání jako klíčový prvek standardu spravedlivého a rovného zacházení

Ochrana legitimních očekávání investora nabývá v rámci standardu FET zvláště vyzdvihována¹³⁹, Reinisch o ní dokonce hovoří jako o jeho jádru.¹⁴⁰

V případě *Tecmed v Mexico*¹⁴¹ zdůraznil rozhodčí tribunál důležitost ochrany legitimních očekávání investora hned v úvodu svého detailního pojednání o obsahu standardu FET a pokusil se o konkretizaci toho, co vlastně může investor legitimně očekávat: „ (...) klade na smluvní strany takový požadavek zacházení s mezinárodními investicemi, který se nedotkne základních očekávání zahraničního investora při realizaci investice. Zahraniční investor očekává od hostitelského státu v jejich vzájemném vztahu konzistentní, jednoznačné a transparentní jednání, aby mu byly předem známy veškeré normy a regulace, jimž bude jeho investice podléhat, stejně jako cíle relevantních politických a administrativních praktik či směrnic tak, aby byl schopen svou investici naplánovat a udržovat ve shodě s takovými regulacemi [možno předložit i jako předpisy, pozn.]¹⁴².

Ještě dále pak zachází švýcarský federální tribunál, když nejprve v čl. 302 částečného rozhodčího nálezu ve věci *Saluka v Czech Republic*¹⁴³ označuje ochranu legitimních očekávání investora doslovně za dominantní element standardu FET a dále pak v čl. 304 při vymezení míry legitimacy takových očekávání rozlišuje, zda investor zohledňoval konkrétní přísliby ze strany hostitelského státu, anebo jeho očekávání zrcadlila pouze vlastní subjektivní představy o vývoji politiky hostitelského státu vůči investorům. Tímto rozlišením

¹³⁹ Např. *Sornarajah, M.* The international law on foreign investment. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. s. 354 a násl., *Sheppard, A., Crockett, A.* in: *Gehring, M., W., Cordonier Segger, M.-C., Newcombe, A.* (eds.) Sustainable Development in World Investment Law. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer. 343 a násl.

¹⁴⁰ *Reinisch, A.* Enteignung und Fair and equitable Treatment. In: *Tjetje, Ch.* (ed.) International investment protection and arbitration. Theoretical and practical perspectives. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verl., 2008, s. 136.

¹⁴¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States.* Rozhodnutí ICSID ze 29. 5. 2003. sp. zn. ARB(AF)/00/2. V elektronické formě dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/documents/1088>.

¹⁴² V originálním znění: „ (...) requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. “

¹⁴³ *Saluka Investments B.V. v The Czech Republic.* UNCITRAL, Částečný nálezh švýcarského federálního tribunálu ze dne 17. 3. 2006. V elektronické verzi dostupný na adrese <http://www.italaw.com/cases/961>.

však pojednání o legitimitě v rámci citovaného rozhodnutí nekončí; přínosem je v neposlední řadě obsah čl. 306, kde soud rozebírá, že vedle legitimních očekávání investora je třeba vzít do úvahy existenci legitimních regulativních nároků a práv hostitelského státu (v rámci jeho mocenského monopolu) a že tyto dva aspekty je třeba proti sobě důkladně zvážit.

Další obsahové prvky standardu spravedlivého a rovného zacházení

Byť ještě zdaleka nelze hovořit o tom, že by byl standard FET z hlediska obsahového či aplikačního dostatečně konkretizován, v judikatuře je možné vysledovat několik ustálených užitných okruhů (byť spolu těsně souvisejících a částečně se překrývajících). Vedle ochrany legitimních očekávání jsou to zejména zákaz svévolného a diskriminačního zacházení, zákaz zneužití moci, právo na spravedlivý proces (zákaz odmítnutí spravedlnosti), požadavek transparentnosti a proporcionality.

Částečně bývají v literatuře rozdělovány do dvou skupin podle toho, zda se týkají materiální či procedurální stránky (takovéto členění nalezneme např. u Klägera¹⁴⁴), osobně se mi však takové dělení jeví problematické, jelikož některé z principů mohou být uplatněny resp. porušeny v obou oblastech.

Princip plné ochrany a bezpečnosti (*Full protection and security*)

Ustanovení poskytující investorům „plný“ (*full*) nebo „konstantní“ (*constant*) stupeň ochrany a bezpečnosti před vznikem škody obsahuje v dnešní době již většina dohod o ochraně investic. Cílem je chránit majetek investora před škodami způsobenými jednáním představitelů hostitelského státu nebo za určitých podmínek i jinými subjekty, což historicky zahrnovalo ochranu před invazivními postupy proti předmětu investice ve fyzickém slova smyslu a postupem času došlo k rozšíření i na oblast práv a celkového postavení investora v hostitelském státě. Tímto došlo k přiblížení režimu plné ochrany a bezpečnosti ke standardu spravedlivého a rovného zacházení. V judikatuře tak některé tribunály mezi oběma režimy poctivě diverzifikují (*Azurix*¹⁴⁵), jindy se rozlišením vůbec

¹⁴⁴ Kläger, R. Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 154 a násl.

¹⁴⁵ Čl. 407, *Azurix Corp. v The Argentine Republic*. Rozhodnutí ze 14. 7. 2006, sp. zn. ARB/01/12. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/118>.

nezabývají a pouze prohlásí porušení obou (např. *Wena v Egypt*¹⁴⁶), případně na tomto místě konstatují čistě teoretickou a pro výsledek sporu nerozhodnou povahu této otázky dovozením, že nespravedlivé znamená automaticky i nedodržení plné ochrany a bezpečnosti při zacházení s investicí (*Occidental*¹⁴⁷).

Hlavním rozdílem nicméně zůstává, že princip plné ochrany a bezpečnosti hostitelskému státu zakládá slovy Dolzera povinnost činit aktivní opatření chránící investici před nepříznivými vlivy¹⁴⁸.

Ochrana před fyzickými zásahy

Prvořadým požadavkem kladeným na hostitelský stát je, aby nepoužil (vlastní) sílu k poškození majetku zahraničního investora, a dále pak aby poskytl ochranu před násilím směřujícím proti zájmu zahraničního investora, mohlo-li být toto násilí rozumně předvídáno, jak bylo judikováno ve věci *AMT v. Zaire*¹⁴⁹. V tomto sporu nárokovala americká společnost náhradu škody způsobené rabováním, kterého se dopustili příslušníci zairských ozbrojených jednotek dvakrát během tří let. Vznik škody a kauzalitu protistrana nepopírala, sporým bylo odškodnění nárok resp. jeho výše. Nepřekvapí, že rozhodčí soud konstatoval porušení standardu plné ochrany a bezpečnosti (dle zairsko-americké BIT). Zajímavý byl postup při stanovení výše náhrady škody, kterou tribunál nepřiznal v plné požadované výši, jelikož shledal, že investor si měl být vědom vysokých lokálních politických a podnikatelských rizik.

Ochrana před jinými než fyzickými zásahy

Novějším obsahovým prvkem standardu plné ochrany a bezpečnosti je požadavek právní ochrany zahraniční investice ze strany hostitelského státu, což některé BIT odrážejí přímo ve svém znění, když hovoří o principu plné ochrany a *právní* bezpečnosti. Jaké přesně závazky z toho pro hostitelský stát vyplývají, může být vykládáno různě, a to dokonce i tehdy, jedná-li se o posuzování stejných

¹⁴⁶ Čl. 131 rozhodnutí ICSID ve věci *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt* z 8. 12. 2000, sp. zn. ARB/98/4. V elektronické formě dostupné na <http://italaw.com/cases/documents/1165>.

¹⁴⁷ Čl. 187 rozhodnutí LCIA z 1. 7. 2004 ve věci *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, sp. zn. UN3467. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/761>.

¹⁴⁸ Dolzer, R., Schreuer, Ch. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 149.

¹⁴⁹ *American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaire*. Rozhodnutí ICSID z 21. 2. 1997, sp. zn. ARB/93/1. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/76> Citováno podle: Sornarajah, M. *The international law on foreign investment*. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. s. 205.

skutečností, jak ilustruje diskrepance v rozhodnutích *CME v Czech republic*¹⁵⁰ a *Lauder v Czech republic*¹⁵¹, která je dodnes předmětem kontroverzí. V kauze *CME* bylo vyhodnoceno, že hostitelský stát je povinen zajistit, aby změny jeho právních předpisů ani jednání jeho správních orgánů nevedly k porušení odsouhlaseného a schváleného standardu plné ochrany a bezpečnosti zahraniční investice¹⁵². Naopak ve věci *Lauder* bylo konstatováno, že jedinou povinností hostitelského státu v rámci předmětného standardu bylo umožnit investorovi přístup k místnímu soudnímu systému a investorem uplatňovaná práva pak řádně zkoumat a rozhodovat o nich dle vnitrostátního a mezinárodního práva¹⁵³.

V reakci na rozhodnutí *CME* se množily v odborných kruzích názory, spatřující v tomto judikátu cestu k významnému rozšíření obsahu standardu plné ochrany a bezpečnosti; Salacuse však trefně podotýká, že aby mohlo mít dané rozhodnutí takto dalekosáhlý dopad, nesmělo by trpět nedostatkem v tom ohledu, že neposkytuje žádnou historickou analýzu konceptu plné ochrany a bezpečnosti a neuvádí žádný jasný důvod pro odchýlení se od historického výkladu tradičně využívaného soudy a tribunály a pro rozšíření konceptu tohoto režimu za hranici fyzického poškození¹⁵⁴.

Vyvlastnění

Mezinárodní právo připouští právo hostitelského státu vyvlastnit¹⁵⁵ majetek cizince. Toto oprávnění je odvozeno ze zásady územní suverenity státu, zakotvující právo nezávislých států k neomezenému výkonu moci na svém území. Je o natolik zásadní právo, že jej respektují i dohody o ochraně a podpoře investic

¹⁵⁰ *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, UNCITRAL. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí IIC z 14. 3. 2003. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/documents/282>

¹⁵¹ *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí z 3. 9. 2001. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/611>

¹⁵² Čl. 613 předmětného rozhodnutí, citován v: *Schill, S. W.* International Investment Law and Comparative Public Law. New York: Oxford University Press, 2010, s. 197.

¹⁵³ Čl. 314 předmětného rozhodnutí, citován v: *Schill, S. W.* International Investment Law and Comparative Public Law. New York: Oxford University Press, 2010, s. 196.

¹⁵⁴ *Salacuse, J., W.* The Law of Investment Treaties. Oxford: Oxford University Press. 2010. s. 213-214. Citován v: *Kališ, R.* Zacházení s mezinárodními investicemi. Disertační práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra mezinárodního a evropského práva, 2012.

¹⁵⁵ Vyvlastnění lze definovat jako právní institut, postihující vnucenou mocenskou změnu vlastnických práv, jehož smyslem je zpřístupnit dosažení žádoucího přechodu, popřípadě omezení vlastnického práva tam, kde by to jinak bez tohoto mocenského institutu nebylo možné (*Madar, Z. a kol.* Slovník českého práva. Praha: Linde Praha, 2002. str. 173). V kontextu mezinárodněprávní ochrany investic je však význam vyvlastnění (*expropriation*) širší, takže se daná ustanovení v dohodách často vztahují i na znárodnění, konfiskace, komasace aj.

a smluvní právo pouze stanoví podmínky a následky vyvlastnění, zatímco právo sáhnout po takovém kroku nechává nedotčené (dokonce ani *stabilization clauses* nemohou bránit zákonnému vyvlastnění)¹⁵⁶.

Vzhledem k závažnosti takového zásahu do majetkových práv investora jsou na legalitu aktu vyvlastnění kladeny vysoké nároky; postupem času se etablovalo několik obecně uznávaných, považovaných dnes již za součást obyčejového mezinárodního práva. Vedle té prakticky nejdůležitější – okamžité, adekvátní a efektivní kompenzace (tzv. Hullova doktrína)¹⁵⁷ - bývají uváděny ještě další tři¹⁵⁸: (i) opatření nesmí být svévolné ani diskriminační (ii) procesní stránka vyvlastnění musí odpovídat zásadám spravedlivého procesu a (iii) opatření musí sloužit veřejnému zájmu¹⁵⁹.

Přímé a nepřímé vyvlastnění

Mnohé otázky vyvstávají v situacích, kdy cílem opatření hostitelských států není samotné vyvlastnění, nýbrž jen omezení určitých investorových práv k předmětu jeho investice. Taková opatření jsou nazývána nepřímé vyvlastnění (*indirect expropriation*).

V případě *Middle East Cement Shipping v Egypt*¹⁶⁰ bylo nepřímé vyvlastnění výstižně popsáno jako „opatření hostitelského státu, které ve výsledku připraví zahraničního investora o možnost dispozice a brání užitků z jeho investice, ačkoliv tento investor může zůstat v pozici nominálního vlastníka příslušných práv“¹⁶¹.

¹⁵⁶ Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 404.

¹⁵⁷ V posledních dekáдах obecně uznávaná praxe, srov. např. *García-Amador, F., V. Recent codification of the law of State responsibility for injuries to aliens*. Leiden: Wolters Kluwer, 1975, s. 55. *Sornarajah, M. The international law on foreign investment*. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. s. 210 nebo *Salacuse, J., W. The three laws of international investment: national, contractual, and international frameworks for foreign capital*. Leiden: Sijthoff, 1975, s. 323 a násl.

¹⁵⁸ V tomto případě je čerpáno z kategorizace v publikaci: *Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 90.

¹⁵⁹ Viz např. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary*. Rozhodnutí ICSID z 2. 10. 2006, sp. zn. ARB/03/16. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>

¹⁶⁰ Rozhodnutí ICSID z 12. 4. 2002 ve věci *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*. Rozhodnutí ICSID z 12. 4. 2002 sp. zn. ARB/99/6. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://italaw.com/documents/MECement-award.pdf>

¹⁶¹ Čl. 107 předmětného rozhodnutí. V originálním znění: „*measures taken by a state the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights*“.

Příkladem nepřímého vyvlastnění může být např. nucený prodej hmotného majetku nebo podílu ve společnosti, podněcování jiných subjektů k fyzickému převzetí předmětu investice, politika tzv. indigenizace¹⁶², převzetí kontroly nad manažerskou oblastí investice, administrativní rozhodnutí rušící nutné licence a povolení nebo excesivní zdanění.

Klasickým doprovodným rysem aktu nepřímého vyvlastnění je pak situace, kdy hostitelský stát odmítá uznat, že se o vyvlastnění jedná a poukazuje na skutečnost, že se *de iure* nezměnilo vlastnické postavení investora (byť tento ztratil možnost se svou investicí smysluplně nakládat), s cílem vyhnout se poskytnutí kompenzace.

Přímé vyvlastnění, atakující vlastnický titul investora, jsou dnes spíše vzácností, vzhledem k negativní publicitě na globální úrovni a obavám států z dopadu hromadného odlivu investorů na celé své hospodářství. Není s výjimkou, že se pak snaží dosáhnout zamýšlených výsledků nepřímou, na první pohled méně ofenzivní cestou, a balancují na hraně svých pravomocí k regulaci.

Nepřímé vyvlastnění *versus* pravomoc státu regulovat

Zahraniční investice musí koexistovat s projevy výkonu státní suverenity. V zásadě panuje shoda, že regulační opatření státu, sledující legitimní účely, nemohou být považovány za nepřímé vyvlastnění; v mezinárodním právu je ustálenou praxí, aby stát nebyl povinen platit kompenzaci zahraničnímu investorovi, pokud v rámci běžného výkonu své pravomoci k regulacím přijme v dobré víře nediskriminační opatření k obecnému prospěchu¹⁶³.

Velmi choulostivou otázkou však je, kde končí pravomoc k regulacím, resp. jak odlišit legitimní regulační opatření, nezakládající právo na odškodnění, od nepřímého vyvlastnění. Trefně to shrnul rozhodčí soud ve věci *Generation Ukraine*¹⁶⁴, když konstatoval, že z hlediska požadavku právní jistoty by bylo sice přínosné, kdyby bylo možno dopředu určit, zda konkrétní jednání budou spadat do

¹⁶² Proces převádění většinových podílů v soukromých společnostech na původní (domorodé) občany státu, rozšířený v postkoloniální éře; novodobým příkladem je zimbabwský Indigenizační a emancipační zákon z r. 2007.

¹⁶³ Čl. 255 částečného rozhodčího nálezu ve věci *Saluka Investments B.V. v The Czech Republic*. V originálním znění: „*It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare*“.

¹⁶⁴ *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine* Rozhodnutí ICSID z 16. 9. 2003 sp. zn. ARB/00/9 16. 9. 2003, v elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/482>

kategorie nepřímého vyvlastnění, jenomže „*neexistuje žádný seznam, žádný mechanický test (...) směrodatné úvahy se liší od případu k případu (...) a výsledkem je rozsudek, tedy výsledek posouzení a nikoliv tiskový výstup počítačového programu*“¹⁶⁵. Jisté indicie při posuzování legitimacy cílů opatření nabízejí mezinárodní dohody v oblasti ochrany životního prostředí, zdraví, práce, kulturního dědictví, bezpečnosti, postihu kriminality aj., i to jsou však pouze podpůrné materiály.

Případy excesivního zdanění

Nedílnou součástí výkonu státní moci jsou i opatření v oblasti daňové povinnosti. Je nesporné, že i zahraniční investice může být předmětem určité daňové zátěže, problém nastává, když míra zdanění dosahuje tzv. konfiskační úrovně, představující formu nepřímého či tzv. plíživého¹⁶⁶ vyvlastnění. Jakékoliv zdanění vede ke znehodnocení aktiv; není však možné, aby se investoři dovolávali v každém jednotlivém případě ochrany na bázi mezinárodního práva. Generální stanovení hranice mezi přípustnou a nepřípustnou mírou zdanění na globální úrovni je nicméně obtížné i z důvodu vícero možných kulturních, ekonomických a ideologických přístupů k fenoménu zdanění takového.

Úmluvy na poli ochrany investic se proto k daňové problematice staví velmi opatrně, např. NAFTA v čl. 2103 odst. 1 stanoví, že se (až na uvedené výjimky) na daňová opatření nevztahuje¹⁶⁷. Mezi četné aplikační výjimky pak zařazuje případy podle čl. 1110, tzn. případy týkající se vyvlastnění, čímž jasně připouští vztah mezi excesivním zdaněním a nepřímým vyvlastněním.

V tomto kontextu dále NAFTA obsahuje v čl. 2103 odst. 6 velmi zajímavý institut tzv. daňového veta (*tax veto*), umožňující dotčeným státům vetovat přístup zahraničního investora k rozhodčímu řízení v případě, že proklamovaného nepřímého vyvlastnění bylo dosaženo formou daňových opatření. Cesta k rozhodčímu řízení je pak investorovi otevřena pouze tehdy, odmítnou-li se příslušné daňové autority hostitelského státu a státu investora (součinně) v šestiměsíční lhůtě záležitostí zabývat anebo nekonstatují-li

¹⁶⁵ Čl. 20.29 předmětného rozhodnutí, v originálním znění: „*there is no checklist, no mechanical test (...) The decisive considerations vary from case to case, (...) the outcome is a judgment, i.e. the product of discernment, and not the printout of a computer programme*“.

¹⁶⁶ *Creeping expropriation*.

¹⁶⁷ V originálním znění: „*Except as set out in this Article, nothing in this Agreement shall apply to taxation measures*“.

(jednohlasně), že se o vyvlastnění nejednalo¹⁶⁸. Hostitelský stát tím získává možnost blokovat případnou arbitráž, zahraniční investor je zase chráněn podmínkou součinnosti úřadů státu, jehož je příslušníkem.

Příkladem arbitráže s explicitní vazbou na oblast daní podle NAFTA je např. kauza *Feldman*¹⁶⁹. Níže pak bude blíže pojednáno o případech *EnCana* a *Occidental*, na nichž se pokusím zároveň demonstrovat praktické dopady ustanovení týkajících se daní a daňového veta v dohodách o ochraně investic a na závěr zhodnotím jejich význam pro oblast státní fiskální suverenity.

Ustanovení týkající se daní („*matters of taxation*“) a daňové veto („*tax veto*“) v dohodách na poli ochrany investic

Případy *EnCana* a *Occidental*

Pozornosti hodnou disproporcí vykazují rozhodnutí v případech *Encana* a *Occidental*. Ačkoliv se v obou případech jednalo o do značné míry identické skutkové stavy, dospěly rozhodčí soudy k rozdílným výsledkům. Oba zahraniční investoři (kanadská společnost *Encana* a americká společnost *Occidental*) byli činní v oblasti těžby ropy a oba nárokovali po Ekvádoru zpětnou úhradu zaplacené daně z přidané hodnoty. Podle stanoviska příslušného ekvádorského úřadu finanční správy však na zpětné proplacení neměli nárok, dokonce jim byla uložena povinnost znovu zaplatit část již vráceného obnosu, a to s poukazem na vnitrostátní legislativu. Obě společnosti v tomto případě spatřovaly porušení několika standardů zacházení se zahraničními investicemi a nadto i formu nepřímého vyvlastnění.

Za společnost *Encana* podaly u ekvádorských soudů žalobu dvě její dceřiné společnosti, kde jim bylo v první instanci částečně vyhověno. Opravný prostředek nepodaly, jelikož se *Encana* okamžitě v reakci na částečný neúspěch obrátila na arbitrážní centrum podle kanadsko-ekvádorské BIT. (To se ukázalo jako chyba; v rozhodnutí bylo zmíněno, že rozhodčí soud nemůže posuzovat odmítnutí zpětné úhrady DPH jako případ nepřímého vyvlastnění mimo jiné i proto, že nebyly vyčerpány všechny vnitrostátní prostředky k revizi sporného

¹⁶⁸ Berg, A. *International commercial arbitration: important contemporary questions*. New York: Kluwer Law International, 2003, s. 420.

¹⁶⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*. Rozhodnutí ICSID z 16. 12. 2002. sp. zn. ARB(AF)/99/1. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/435>.

rozhodnutí finančního úřadu, resp. k výkladu místního daňového práva, ačkoliv k nim měl investor přístup).

Společnost *Occidental* naopak slavila úspěch po přiznání nároku ve výši téměř 75 mil. \$, ovšem pouze z důvodu porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení a národního režimu. Nebylo shledáno, že by se jednalo o nepřímé vyvlastnění.

Nejvýraznější podíl na odlišnosti posuzování aspektu nepřímého vyvlastnění skrze zdanění u těchto sporů měly zásadní rozdíly ve formulaci ustanovení dotčených BITs odkazující na oblast daní.¹⁷⁰ Zatímco text kanadsko-ekvádorské v podstatě kopíroval princip vynětí daňových opatření daní z působnosti dohody podle čl. 2103 NAFTA a navíc obsahoval i institut daňového veta¹⁷¹: „Čl. 8 může být použit na daňové opatření, ledaže autority finanční správy smluvních stran v šestiměsíční lhůtě od vyrozumění investorem, že rozporuje daňové opatření, společně určí, že dané opatření nepředstavuje vyvlastnění.“, americko-ekvádorská BIT podobné výluky neobsahovala.

Při určování, zda se *tax veto* kanadsko-ekvádorské BIT vztahuje i na zpětnou úhradu DPH, sáhl rozhodčí soud k široké interpretaci termínu „daň“ (jelikož nebyl v BIT blíže specifikován), a zahrnul sem veškeré daně přímé i nepřímé, slevy na daních i daňové úlevy včetně vynucovacích správních aktů a tudíž i předmětné rozhodnutí úřadu finanční správy, takže cesta k přezkumu rozhodčím soudem byla v kontextu znění BIT uzavřena.

Dílčí shrnutí a vyvození vlastního závěru

Výše uvedené ukazuje, jak významnou úlohu v této problematice mohou sehrát ustanovení obsahující explicitně se vztahující k problematice zdanění a zejména *tax veto*. Jejich existence je výrazem obavy států ze zásahů do jejich fiskální svrchovanosti.¹⁷² *Tax veto* se mi vzhledem ke svým omezením (šestiměsíční lhůta, neuplatnitelnost v případě nesouhlasu úřadů státu, jehož je

¹⁷⁰ Kampermann, K. Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouverenität. Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht. Prosinec 2006, sešit č. 63, s. 7.

¹⁷¹ Citováno z čl. 108 rozhodnutí ve věci *Encana*. V originálním znění: „Article VIII may be applied to a taxation measure unless the taxation authorities of the Contracting Parties, no later than six months after being notified by an investor that he disputes a taxation measure, jointly determine that the measure is not an expropriation“.

¹⁷² Kampermann, K. Aktuelle Entwicklungen im internationalen Investitionsschutzrecht mit Blick auf die staatliche Steuersouverenität. Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht. Prosinec 2006, sešit č. 63, s. 12.

investor příslušníkem) nejeví být nástrojem, který by byl schopen státům v tomto směru garantovat absolutní fiskální suverenitu.

Efektivnějším prostředkem k zajištění maximálně svobodné daňové politiky se zdá být citlivá, detailní formulace podmínek řešení investičních sporů s daňovým prvkem a její vhodné zakomponování v BIT (nebo jiné dohodě). Samozřejmě je třeba vzít v úvahu, že opatrný, předvídavý investor by takové zvýhodnění hostitelského státu nemusel akceptovat a pravděpodobně zvažoval, zda nezamířit do bezpečnější oblasti.

Umbrella-Clauses (zastřešující doložky)

Rozšířený fenomén sjednávání tzv. *Umbrella clauses* má pro investora zásadní význam v tom, že závazky a povinnosti hostitelského státu v souvislosti s investicí zastřeší ochrannou funkcí BIT a tím vlastně může povýšit porušení povinnosti z investiční smlouvy na porušení BIT. To je zásadní, jelikož porušení závazku z investiční smlouvy mezi investorem a hostitelským státem ještě obvykle nezakládá nárok na ochranu podle mezinárodního práva. Dolzer obrazně přirovnává zastřešující doložky k potřebnému mostu mezi investiční smlouvou a mezinárodním právem¹⁷³, což je podle mého názoru ještě ilustrativnější, než klasický příměr, z nějž vychází samotné označení těchto klauzulí, totiž připodobnění k ochranné funkci deštníku (*umbrella*).

Impulsem ke vzniku institutu zastřešujících doložek byla snaha o eliminaci zvýhodnění pozice státu vyplývající z jeho monopolu legislativních pravomocí a tím de facto schopností ovlivnit průběh a výsledek sporu, řešeného na úrovni vnitrostátních předpisů. Jak podotýkají Čepelka se Šturmou, stát svou legislativu dobře zná a dokonce si ji může jednostranně ve svůj prospěch upravit či investici zdanit.¹⁷⁴

Poprvé se návrh klauzule se zastřešujícím efektem objevil již v 50. letech v návrhu smlouvy o vypořádání nároků *Anglo-Iranian Oil Company* poté, co byla její investice znehodnocena novou znárodňovací legislativou v Íránu; oproti současné praxi se však vztahovala pouze na jednu konkrétní investiční smlouvu.

Problémem zastřešujících doložek je nejednotnost až nepředvídatelnost v aplikační praxi, kterou ztělesňují protichůdná stanoviska vyjádřená ve dvou

¹⁷³ Dupuy, P.-M. (ed). *Völkerrecht als Wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl: Engel, 2006, s. 284.

¹⁷⁴ Čepelka, Č., Šturma, P. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 143.

sporech před arbitrážním tribunálem ICSID pouhý rok po sobě, kdy dokonce na straně žalobce figurovala stejná společnost, jmenovitě *SGS v Pakistan*¹⁷⁵ a *SGS v Philippines*¹⁷⁶.

Restriktivní přístup, formulovaný v prvním případě a znamenající fundamentální odklon od do té doby konvenčního chápání fungování zastřešujících doložek¹⁷⁷, odmítá, aby porušení jakéhokoliv závazku z investiční smlouvy automaticky znamenalo porušení BIT¹⁷⁸. Opak by měl za následek mimo jiné i zahlcení rozhodčích soudů v nepředvídatelném rozsahu. Extenzivní přístup uplatněný v druhém případě výše uvedené omezení nepřipouští; k odchýlnému stanovisku dospěl tribunál po podrobném jazykovém a teleologickém rozboru *umbrella clause* použité ve švýcarsko-filipínské BIT, jejíž znění vykazovalo významné odlišnosti od té (vágněji formulované) švýcarsko-pakistánské a dalo se z ní prokazatelně usuzovat na vůli obsáhnout veškeré právní obligace (včetně těch vyplývajících z investiční smlouvy).¹⁷⁹

Problematika rozporuplné jurisprudence v oblasti zastřešujících doložek je hlubší, detailnější pojednání by však překračovalo rámec této práce. Neoddiskutovatelným faktem zůstává, že neutěšená situace na tomto akademickém poli je ke škodě všech zúčastněných, významně snižuje míru právní jistoty a slovy Wonga přímo vytváří zmatek přijímáním protichůdných interpretací *umbrella clauses*, směřujících ve výsledku k jejich vzájemné nulifikaci¹⁸⁰.

¹⁷⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*. Rozhodnutí ICSID ze dne 6. 8. 2003, sp. zn. ARB/01/13. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/1009>.

¹⁷⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*. Rozhodnutí ICSID ze dne 29.1. 2004, sp. zn. ARB/02/6. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/1019>

¹⁷⁷ Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2012, s. 155.

¹⁷⁸ Pokud si tak strany v investiční smlouvě zvlášť výslovně neujednají, jak shledává tribunál v čl. 161 rozhodnutí ve věci *SGS v Pakistan*.

¹⁷⁹ Výklad ke čl. 115 rozhodnutí ve věci *SGS v Philippines* in: Potts, J., B. Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization. VJIL, 2011, roč. 51, č. 4, s. 1020.

¹⁸⁰ Wong J. Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. George Mason Law Review, 2006, roč. 14, s. 138.

Stabilizační doložky (Stabilization clauses)

Před vstupem na trh hostitelského státu je zahraniční investor ve výhodnější pozici. Hostitelský stát má za běžných okolností zájem na přílivu zahraničního kapitálu a je otevřen vyjednávání o podmínkách investice. Tuto výhodu se snaží investoři zužítkovat také cestou sjednávání tzv. stabilizačních doložek, jejichž funkcí je zakonzervování použitelného práva po dobu trvání dohody tak, aby hostitelský stát nemohl po zřízení investice využít svých legislativních a jiných mocenských pravomocí k jednostranné změně poměrů v neprospěch investora. Ve své podstatě se jedná o izolaci a imunizaci smluvního vztahu proti pozdějším právním změnám.¹⁸¹ Diskutabilní je platnost takových doložek v případech, kdy se v nich hostitelský zavazuje nečinit ve sjednaném časovém horizontu zákonné změny v určité oblasti (tzn. nevyužívat svou legislativní kompetenci), jelikož takové ujednání se dotýká samotné podstaty suverenity státu v oblasti zákonodárství a lze namítat, že takového svébytného státoprávního práva se ujednáním v dohodě se zahraničním investorem jednoduše účinně nelze vzdát. Řešením je uzavírání tzv. stabilizačních doložek v užším smyslu, které legislativní kompetenci státu jako takovou neomezují, pouze stanoví, že nově schválené normy nebudou ve sjednaných případech aplikovány a investor se bude moci spolehnout na kontinuitu právního stavu k okamžiku uzavření dohody.

Je třeba si položit otázku, do jaké míry může investor legitimně spoléhat na fixační účinky stabilizačních doložek, a to zejména z časového hlediska. Rozhodovací praxe zřetelně ukazuje, účinnost stabilizačních doložek není bezbřehá. Ve věci *AMINOIL*¹⁸², kde byla předmětem zkoumání stabilizační doložka se sjednanou dobou účinnosti na více než 60 let, bylo rozhodnuto, že ani princip *pacta sunt servanda* (ve vztahu ke sjednané stabilizační doložce) nemůže převážit skutečnost, že dohoda smluvních stran podléhá následkům fundamentálních, globálních změn v dotčeném obchodním sektoru (*rebus sic sanctibus*).

¹⁸¹ Besch, M. Schutz von Auslandsinvestitionen. Risikovorsorge durch Investitionsverträge. Frankfurt nad Mohanem: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 134.

¹⁸² *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company*. Rozhodnutí Ad hoc ILM ze dne 24. 3. 1982. V elektronické formě dostupné na http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf.

Hledání přesné časové hranice není podle mého názoru nutné ani zvlášť efektivní.¹⁸³ Okolnosti případů variiují, nelze předpokládat, že by určitá hranice spravedlivě zohledňovala veškeré scénáře a navíc by významně omezila smluvní autonomii stran.

Rozcestí (fork in the road)

Běžnou praxí je, že dohody o ochraně investic umožňují zahraničním investorům přímý přístup k řešení sporu cestou rozhodčího řízení, bez toho, aby musel vyčerpat soudní prostředky ochrany dle vnitrostátního práva hostitelského státu. Doložka *fork in the road* dává zahraničním investorům možnost volby, zda se rozhodnou jít cestou rozhodčího řízení, anebo se obrátí na instituce hostitelského státu. Rozhodnou-li se pro druhou alternativu, znamená to zablokování přístupu k rozhodčímu řízení až do doby, než bude spor před institucemi hostitelského státu vyřešen. Je ovšem myslitelné, že se vrátí k jinému řešení sporu v případě, že jejich spor byl vyřešen v rozporu s hmotněprávními standardy ochrany, nebo v případě, že se vyskytnou neodůvodněné průtahy, hraničící s odepíráním spravedlnosti.¹⁸⁴

¹⁸³ Pouze pro ilustraci: Dvacetiletá fixace ve věci *Mobil Oil v Iran*. Rozhodnutí Iránsko-Amerického nárokového tribunálu (Iran-United States Claims Tribunal) ve věci *Mobil Oil v Iran* rozhodnutí Iran-United States Claims Tribunal z roku 1987 byla shledána přípustnou, 35 let v případě *Khemco v Iran* pak bylo označeno za „zvlášť dlouhý časový úsek“.

¹⁸⁴ Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013.s. 436.

MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ ARBITRÁŽ A LIDSKÁ PRÁVA

Úvod do problematiky

Na první pohled by se mohlo zdát, že se v případě mezinárodní ochrany investic a lidských práv jedná o spíše jen vzdáleně související právní oblasti.

Významnou odlišnost mezi systémem ochrany lidských práv a systémem ochrany investic lze spatřovat v možnostech řešení sporů u mezinárodních soudů. U sporů týkajících se porušení lidských práv je podmínkou vyčerpání všech dostupných vnitrostátních opravných prostředků. Naopak investiční arbitráž staví na opačném principu a odráží zájem investora na co nejrychlejším a nejefektivnějším řešení.

Při bližším zkoumání však lze najít i řadu styčných bodů, jako jsou například zásady zákazu diskriminace nebo ochrana vlastnických práv. Obě tyto zásady jsou navíc velmi dobře využitelné v typických případech diagonálních sporů, kdy se soukromoprávní investor brání mocenskému zásahu suverénního státu.

Lidská práva v pramenech práva na ochranu investic

Ačkoliv by se dvoustranné i vícestranné dohody principiálně mohly vztahovat i na oblast lidských práv, byla by taková praxe značně neobvyklá¹⁸⁵. Modelové BIT Spojených států, Spojeného království, Německa, Francie ani například Číny lidská práva nezmiňují, stejně tak jako na multilaterální bázi NAFTA nebo ECT. Reiner si všímá, že klíčové slovo „lidská práva“ dokonce ani není součástí věcného rejstříku v nejvýznamnější sbírce publikovaných rozhodčích nálezů – v ICSID Reports.

Pochopitelná je nicméně absence zmínek o lidských právech v Úmluvě ICSID, jelikož tato upravuje procesní a nikoliv hmotněprávní oblast.

Lidská práva jsou však zastoupena v jiném uznávaném pramenu práva v oblasti ochrany investic, a to v obyčejovém mezinárodním právu. Jejich ochrana byla součástí již mezinárodního minimálního standardu (o kterém bylo pojednáno výše).

¹⁸⁵ Reiner, C., Schreuer, Ch. Human Rights and International Investment Arbitration. In: Dupuy, M.-P., Francioni, F., Petersmann, E.-U. Human rights in international investment law and arbitration. New York: Oxford University Press, 2009, s. 82.

Rozhodování o porušení lidských práv v investičních sporech

Nedostatek jurisdikce k řešení otázek porušování lidských práv (Biloune v Ghana)

I rozhodčí soudy jsou v této oblasti zdrženlivé. Snahu vyhnout se rozhodování o lidských právech v rámci investičních sporů ilustruje např. případ *Biloune v Ghana*, v němž se syrský investor domáhal odškodnění mimo jiné z důvodu porušení lidských práv poté, co byl v Ghaně zadržen a třináct dní vězněn, aniž by proti němu byla vznesena obvinění. V rozhodčím řízení vedeném podle pravidel UNCITRAL opíral svůj nárok o ustanovení příslušné BIT, podle které mohl být jakýkoliv spor mezi zahraničním investorem a státem týkající se schválného podnikání předložen v rozhodčím řízení. Rozhodčí soud sice konstatoval, že z obyčejové mezinárodního práva lze vyvodit povinnost hostitelského státu poskytnout zahraničním investorům nezávisle na jejich státní příslušnosti minimální standard zacházení, jehož součástí je respektování základních lidských práv. To však podle názoru rozhodčího soudu ještě nezakládá pravomoc tohoto soudu rozhodovat o každém typu porušení mezinárodního minimálního standardu nebo porušení lidských práv. S odvoláním na znění ustanovení v BIT rozhodl, že spor nevykazuje dostatečnou vazbu na předmět investice. Ohledně posouzení porušení lidských práv pak konstatoval nedostatek své jurisdikce.

Dovolávání se lidských práv investorem

V oblasti mezinárodní investiční arbitráže se zahraniční investoři jen zřídka dovolávají porušení lidských práv. Dokonce ani tehdy, je-li jejich porušení očividné. Existují pro to minimálně dva významné důvody.

Zprv, v investiční arbitráži figurují častěji právnické osoby než osoby fyzické a ochranu v oblasti lidských práv právnickým osobám poskytuje pouze Evropská úmluva o ochraně základních práv a svobod.¹⁸⁶ Zadruhé, míra ochrany garantovaná dohodami o ochraně investic je mnohem dalekosáhlejší a cílenější, než jakou poskytuje systém ochrany lidských práv.

Dovolávání se lidských práv hostitelským státem

¹⁸⁶ Dupuy, P.-M. (ed). *Völkerrecht als Wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl: Engel, 2006, s. 88.

Případ, kdy by stát inicioval rozhodčí řízení proti investorovi z důvodu porušení lidských práv, není znám¹⁸⁷.

Dovolávání se lidských práv třetí stranou jako *amicus curiae*

Možnost dovolávat lidských práv v řízení o ochraně investic nemají jen investor a hostitelský stát. Z rozhodovací praxe jsou známy případy, kdy porušení lidských práv tvrdí třetí strana, která není účastníkem sporu, tzv. *amicus curiae*. *Amicus curiae* je institut anglosaského právního systému označující osobu, která není stranou sporu, ale dobrovolně nabídne soudu informaci o svém právním nebo jiném pohledu na projednávaný případ. Nemusí favorizovat jednu ani druhou stranu sporu, je tudíž v první řadě (jak vyplývá z latinského označení) „přítelem soudu“ a ne „přítelem strany sporu“.¹⁸⁸

Rozhodovací praxe není jednotná. Na jedné straně bývá možnost podání *amicus curiae* odmítána pro nedostatek jurisdikce soudu (viz níže případ *Aguas del Tunari*), na druhé straně i přijímána s poukazem na to, že zohlednění lidských práv takových třetích stran je ve veřejném zájmu, jehož ochranu nelze v rozhodčím řízení přehlížet (viz níže případ *Methanex*).

Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia

V případě *Aguas del Tunari*¹⁸⁹ došlo k situaci, kdy byl hostitelský stát povinen dostát dvěma různým (v dané situaci částečně protichůdným) závazkům najednou: závazkům vůči zahraničnímu investorovi vyplývajícím z investiční smlouvy na straně jedné a mezinárodněprávnímu závazku k dodržování lidských práv na straně druhé. V rámci privatizace získala společnost *Aguas del Tunari S.A.*, jejímž majoritním akcionářem byla americká společnost Bechtel Group, v bolivijském městě Cochabamba koncesi na správu vodovodní sítě. V souladu s místní legislativou získala kontrolu nad všemi zdroji povrchové i podzemní vody ve městě i okolí. Náklady na modernizaci vodovodní sítě byly kryty zvýšením poplatků za vodné a stočné. Nárůst ceny pitné vody o 50 a více procent a nemožnost obyvatel opatřit si ji jiným způsobem (bolivijský Zákon o vodovodní síti a kanalizacích zakazoval obyvatelům využívání nádrží na zadržování dešťové

¹⁸⁷ Dupuy, P.-M. (ed). *Völkerrecht als Wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl: Engel, 2006s. 89.

¹⁸⁸ Simpson, R., Vasaly, M., R. *The amicus brief: how to be a good friend of the court*. 2. vydání. Chicago: ABA. 2004, s. 5.

¹⁸⁹ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci, sp. zn. ARB/02/03, V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/57>

vody¹⁹⁰) vedl k jednomu z nejkrvavějších občanských protestů v novodobé bolivijské historii a brutálním střetům demonstrantů se státními ozbrojenými složkami. Protest byl nakonec tvrdě potlačen. Kvůli tlaku, který byl poté na *Aguas del Tunari* vyvíjen se *Bechtel Group* ze země stáhla a cestou rozhodčího řízení požadovala po Bolívii náhradu. Ve sledovaném sporu nakonec od svých požadavků z obav před negativní publicitou ustoupila.

V procesu se objevilo hned několik otázek úzce souvisejících s lidskými právy, jako nárok obyvatel města Cochabamba na přístup k pitné vodě nebo postup hostitelského státu při potlačování protestů (jednalo se vlastně i o ochranu předmětu investice). V souvislosti s procesem angažovala i řada občanských iniciativ a neziskových organizací, které adresovaly rozhodčímu soudu žádost o participaci na procesu jako *amici curiae*¹⁹¹. Odvolávaly se na čl. 14 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech¹⁹² a tvrdily, že mají na výsledku rozhodčího řízení přímý zájem¹⁹³, zejména potom, co je jim podařilo získat kopii pro bolivijský stát extrémně nevýhodné smlouvy s *Aguas de Tunari*, která byla do té doby držena v tajnosti, a která představovala praktické vytunelování cochabamských vodních zdrojů, jehož veškeré náklady byly přeneseny na obyvatelstvo.¹⁹⁴

Rozhodčí soud se neztotožnil s jejich argumentem, že v kontextu lidských práv mají nárok na participaci v procesu, když rozhodl, že jejich požadavky jsou za hranicí jeho rozhodovací pravomoci. Zdůraznil smluvní povahu rozhodčího řízení a fakt, že žádná z dohod, na jejichž pozadí byl spor rozhodován, nepředpokládá možnost *amicus curiae*. A protože k tomu nedaly souhlas ani strany sporu, soud shledal, že nemá pravomoc k tomu, aby do procesu žadatele jako *amici curiae* zapojil¹⁹⁵.

¹⁹⁰ *Jetmarová, J.* Bolívie: vzestup indigenní politiky a vláda Evo Moralese. Pardubice: Univerzita Pardubice, 2013, s. 88.

¹⁹¹ Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae.

¹⁹² International covenant on civil and political rights. Vyhlášen 16. 12. 1966 Valným shromážděním OSN v New Yorku.

¹⁹³ Čl. 18 a násl. Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae ze 29. 8. 2002. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/57>.

¹⁹⁴ *Jetmarová, J.* Bolívie: vzestup indigenní politiky a vláda Evo Moralese. Pardubice: Univerzita Pardubice, 2013, s. 90.

¹⁹⁵ Srov. dopis předsedy rozhodčího soudu z 29. 1. 2003. Citováno podle: Dupuy, s. 91.

Prvním případem, kdy byla podání *amicus curiae* v mezinárodní investiční arbitráži akceptována, byl spor *Methanex v USA*¹⁹⁶.

Kanadský investor (výrobce metanolu *Methanex*) inicioval mezinárodní rozhodčí řízení proti USA poté, co stát Kalifornie zakázal užívání MTBE¹⁹⁷ s odůvodněním, že je zdrojem kontaminace zdrojů pitné vody a představuje tak významné riziko pro lidské zdraví a životní prostředí. O přístup k řízení jako *amici curiae* projevil zájem dvě organizace zabývající se ochranou lidských práv a životního prostředí. Rozhodčí soud jim vyhověl na základě interpretace ustanovení NAFTA a pravidel UNCITRAL („rozhodčí soud došel k závěru, že podle čl. 15 odst. 1 rozhodčích pravidel UNCITRAL má pravomoc akceptovat podání *amicus curiae*“¹⁹⁸). K ustanovením NAFTA pak rozhodčí soud poznamenal, že pro řízení podle 11. Kapitoly NAFTA by bylo výhodné, kdyby bylo obecně vnímáno jako transparentní¹⁹⁹ a ochota akceptovat podání *amicus curiae* je tudíž přínosem nejen pro rozhodčí řízení v předmětném sporu, nýbrž celkově pro řízení podle 11. Kapitoly NAFTA.

Takový přístup byl o dva roky později potvrzen i výkladovou směrnicí směrnice *Free Trade Comission*²⁰⁰ k otázce účastenství třetích stran²⁰¹, závaznou pro všechny rozhodčí soudy NAFTA. V této směrnici Free Trade Comission konstatuje, že žádné ustanovení NAFTA neomezuje rozhodčí soudy ve volnosti uvážení, zda bude či nebude akceptovat podání osob, které nejsou účastníky sporu.

Nelze si nevšimnout, že v tomto a dalších²⁰² případech rozhodčí soudy při řešení přípustnosti podání *amicus curiae* nevěnují tolik pozornosti lidským právům, na která potenciální *amici curiae* poukazují, jako spíše transparentnosti rozhodčího řízení a veřejnému zájmu.

¹⁹⁶ *Methanex Corporation v United States of America. Rozhodčí řízení ad hoc podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí z 3. 8. 2005 v elektronické verzi dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/683>.*

¹⁹⁷ Metyl terciárního butyl éteru. Jedna z hlavních složek metanolu.

¹⁹⁸ Čl. 47 Rozhodnutí o žádosti třetích osob o vstup do procesu jako *amici curiae* z 15. 1. 2001. V originálním znění „*The Tribunal concludes that by Article 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules it has the power to accept amicus submissions (...)*“.

¹⁹⁹ Čl. 49 Rozhodnutí o žádosti třetích osob o vstup do procesu jako *amici curiae* z 15. 1. 2001. V originálním znění: „*The Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent, or conversely be harmed if seen as unduly secretive*“.

²⁰⁰ Ustavení a působnost Free Trade Comission stanoví čl. 2001 NAFTA.

²⁰¹ Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation z 7. 10. 2003. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>.

²⁰² Např. *Glamis Gold, Ltd. v The United States of America, Aguas Argentinas* a další v *Argentine Republic* nebo *Biwater Gauff Ltd. v United Republic of Tanzania*.

PRECEDENT V MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ ARBITRÁŽI

V případě rozhodčího řízení a ochrany investic se nejedná o precedenční systém, protože rozhodčí nález je závazný pouze *inter partes*. Formálně tak stanoví např. čl. 53 odst. 1 Úmluvy ICSID („nález bude závazný pro strany...“) nebo čl. 59 statutu Mezinárodního soudního Dvora („rozhodnutí soudu není závazné pro nikoho jiného, než pro strany sporu s ohledem na daný případ“²⁰³)

Rozhodčí soudy netvoří žádný ucelený a systematizovaný soudní systém. Jak bylo vysvětleno výše, rozhodci jsou jmenováni vždy pro konkrétní spor a řízení může být vedeno podle různých pravidel, počínaje těmi unifikovanými a konče takovými, jaké si smluvní strany samy určí. Jak si všímá Černý²⁰⁴, kritické možnosti existence precedenčního, či jistou terminologickou lehkostí řečeno „referenčního“ systému poukazují na skutečnost, že není možné zakládat systém závazných rozhodnutí založených na různých, i když v jádru stejnou věc upravujících BITs. Striktně vzato by pak bylo možné vytvářet závazný systém jen na základě rozhodnutí vydaných podle stejných procesních pravidel, což už z důvodů zajištění určité předvídatelnosti systému není možné.

Z mého pohledu je určující, jak budeme precedent definovat. Chápeme-li precedent tak, jak je ukotven v systému angloamerického práva, tedy jako doktrínu předpokládající setrvávání na *stare decisis* do té míry, že soudy jsou povinny následovat rozhodnutí soudů stejných vyšších instancí, nelze o precedentu v oblasti mezinárodní investiční arbitráže hovořit.

Nabízí se však i jiná měřítko pro určení závaznosti (resp. míry závaznosti, coby jednoho z určujících prvků precedentu). Peczenik²⁰⁵ rozlišuje čtyřstupňovou škálu síly precedentu: nejvýše stojí tzv. formálně závazný precedent (jehož nerespektování je považováno za protiprávní a zakládá nárok na zrušení v případě podání opravného prostředku). Nižší míru závaznosti vykazuje tzv. normativní precedent (jehož nerespektování není sice protiprávní, avšak je zde vysoká

²⁰³ V originálním znění: „*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*“.

²⁰⁴ Černý, F. Precedent v investičním rozhodčím řízení. Sborník COFOLA 2011. Brno: Masarykova univerzita, 2011. V elektronické verzi dostupné na adrese https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Cerny_Filip_6341.pdf.

²⁰⁵ Peczenik, A. The Binding Force of Precedent. V: *MacCormick, N., Summers, R. S.* (eds.) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Dartmouth: Aldeshot, 1997, s. 477 a násl.

pravděpodobnost, že rozhodnutí, které se od něj odchyluje, bude patrně v další instanci zrušeno či změněno). Výrazně slabší je precedenční síla tzv. podpůrných argumentů, které nejsou závazné, mohou však dodat váhu rozhodnutí. Nejnižší pak stojí rozhodnutí s pouze příkladnou hodnotou, sloužící spíše komparaci.

Budeme-li chápat precedent v takto širokém pojetí, otevírá to cestu ke zkoumání precedenčního charakteru rozhodnutí rozhodčích soudů v investičních sporech.

Nepřehlédnutelným faktem, potvrzujícím precedenční (nebo alespoň quasi-precedenční) charakter těchto rozhodnutí je, že rozhodčí soudy ve svých rozhodnutích obvykle citují celou řadu jiných předešlých rozhodnutí. Jak bylo patrné při dílčích rozborech vybraných rozhodnutí v rámci této práce, nečiní tak rozhodčí soudy vždy pouze s cílem čistě komparativním, ale zhusta využívají i argumentační východiska v předchozích rozhodnutích obsažená, která ve svých rozhodnutích doslovně citují (ať už se s nimi plně ztotožňují, anebo je dle potřeb a uvážení modifikují).

V některých případech pak použité argumentační východisko dosáhne takové míry obliby a aplikovatelnosti, že se z něj stane zavedený institut, akceptovaný (ne však závazný) široce jak na poli akademicko-teoretickém, tak i v rozhodovací praxi, a tudíž jakýsi quasi-precedent. Asi nejnázornějším příkladem obsaženým v této práci je soubor objektivních kritérií pro vymezení investice sestavených ve věci *Salini v Morocco*, pro které se vžilo označení *Salini test*. Jelikož existuje řada případů, kdy *Salini test* i přes svou pevnou pozici v oblasti řešení sporů z investic nebyl záměrně uplatňován (jak o tom bylo v této práci pojednáno), nelze ho označit za precedent. Jeho význam pro výklad a dotváření práva při vymezení investic je však nesporný. Troufám si tvrdit, že bez těchto kritérií by se postup při určování, co je a co není investicí, nerozvinul do dnešní podoby, jelikož význačná část rozhodčích soudů se s kritérii dle *Salini testu* vypořádává, i když se od nich ve výsledku odchýlí.

Dle mého názoru se tak se v tomto případě nejedná již jen čistě o výklad práva, nýbrž o jeho postupné vytváření, byť možná ani zprvu nezamýšlené. To však nesnižuje jeho význam.

Zajímavé je, že i právní věda (i když se shoduje na neprecedenčním charakteru rozhodčích nálezů) nezřídka při jejich hodnocení zkoumá míru jejich shody s ustáleným rozhodovacím trendem v dané oblasti, a to dokonce tak dalece, že odklon od takového trendu bývá předmětem kritiky. Příkladem může být Salacuseho pojednání k rozhodnutí *CME v Czech Republic* (viz kapitola věnovaná zacházení s investicemi), v němž ostře kritizuje fakt, že se rozhodčí soud odchýlil od historického výkladu tradičně využívaného soudy pro rozšíření režimu plné ochrany a bezpečnosti za hranici fyzického poškození, aniž by pro to tento soud uvedl jednoznačné a pádné důvody. Dalším z řady ostrých „odsouzení“ odklonu rozhodnutí rozhodčího soudu od obvyklé rozhodovací praxe, které je v této diplomové práci zpracováno, je například Mortensonova kritika přístupu k pojmu investice v rozhodnutí *Joy Mining v Arab Republic of Egypt* (viz podkapitola věnovaná definici investice).

Je třeba si uvědomit, že tato kritika není vedena domněnkou, že by uvedené jednání rozhodčích soudů bylo snad *contra legem*. Dá se však říci, že není v souladu se zájmem účastníků mezinárodní investiční arbitráže z hlediska zachování (i postupného vytváření) jisté míry právní jistoty.

Smluvní strany mají oprávněný zájem na možnosti odhadu výsledku potenciálního sporu, a to už v okamžiku, kdy zvažují realizaci investice. Vyhodnocení rizik vyplývajících pro zahraničního investora z případného sporu může být klíčovým faktorem rozhodnutí, zda vstoupit či nevstoupit na trh hostitelského státu. Při hodnocení svých vyhlídek na vítězství ve sporu pak může vycházet pouze z předcházející rozhodovací praxe investičních rozhodčích tribunálů. Otázka určité minimální úrovně právní jistoty je zde tedy skutečně nasnadě.²⁰⁶

²⁰⁶ Černý, F. Precedent v investičním rozhodčím řízení. Sborník COFOLA 2011. Brno: Masarykova univerzita, 2011. V elektronické verzi dostupné na adrese https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Cerny_Filip_6341.pdf.

ZÁVĚR

Po pečlivém zvážení poznatků, získaných v průběhu tvorby této práce, jsem došla k následujícím závěrům.

Výběr tématu „Řešení investičních sporů z pohledu rozhodovací praxe mezinárodních rozhodčích soudů“ splnil má očekávání v tom ohledu, že jsem při zpracovávání získala řadu cenných informací z oblasti, o kterou projevuji a v profesní budoucnosti hodlám projevovat intenzivní zájem. Pociťuji, že doba strávená přípravou tohoto pojednání, pro mne nebyla pouze nutným mezikrokem v rámci studia, nýbrž osobním přínosem.

Prvním cílem, který jsem si na počátku této práce vytyčila, bylo zjištění, zda vůbec, a pokud ano, tak do jaké míry a jakým postupem, mají zahraniční investoři možnost zvýšit vlastním přičiněním míru ochrany své pozice v mezinárodní investiční arbitráži.

K této věci konstatuji, že mě osobně překvapilo, jak dalece mohou skutečně svou pozici optimalizovat.

Mezinárodní investiční právo bývá kritizováno pro nedostatek unifikace a celkovou roztříštěnost úpravy. Prvním krokem je proto důkladná analýza toho, zda jsou mezi hostitelským státem a státem, jehož je zahraniční investor příslušníkem, uzavřeny dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic, ať už multilaterálního či bilaterálního charakteru. Existence takové dohody by měla být pro potenciální investory základní podmínkou.

Neméně důležitý je pak samozřejmě její obsah, a to zejména v souvislosti se zastřešujícími doložkami. Zahraniční investoři by měli mít na paměti, že porušení závazku z investiční smlouvy mezi investorem a hostitelským státem ještě obvykle nezakládá nárok na ochranu podle mezinárodního práva a je proto nutné závazky a povinnosti hostitelského státu v souvislosti s investicí „zastřežit“ ochrannou funkcí mezinárodní dohody o ochraně investic a povýšit tak porušení povinnosti z investiční smlouvy na porušení této mezinárodní dohody.

Mezinárodní investiční právo dává velký prostor autonomii vůle smluvních stran. Tyto strany mají možnost upravit si nejen hmotněprávní, ale i procesní aspekty, a to v nejširším smyslu, jak je patrné na možnosti sjednání rozhodčího řízení *ad hoc* jako modelu řešení vzniklých sporů, včetně ustanovení

vlastních rozhodčích pravidel pro takové řízení. Osobně bych však investorům doporučila orientovat se spíše na institucionalizovanou investiční arbitráž, jak ji nabízí v první řadě Středisko ICSID, anebo alespoň na výběr rozhodčích pravidel dostatečně odrážejících investiční specifika, jak je tomu například u rozhodčích pravidel UNCITRAL. Důvodem je v první řadě existence určité (byť omezené) ustálené rozhodčí praxe, což investorům umožňuje lépe vyhodnotit rizika vyplývající pro ně z případného sporu. Středisko ICSID na rozdíl od jiných rozhodčích soudů veškerá svá rozhodnutí zveřejňuje, takže míra právní jistoty při řízení před ním je příznivější.

Dalším z pohledu investora podstatným důvodem, proč upřednostnit řízení před ICSID, je skutečnost, že Úmluva ICSID vylučuje jakoukoliv možnost napadnout rozhodčí nález ICSID před vnitrostátními soudy. To může být pro investory, mající více či méně oprávněné obavy z podjatosti soudů hostitelského státu, klíčové.

Pozornost je třeba věnovat i výběru rozhodného práva a mít přitom na paměti, že pojem rozhodného práva figuruje v rozhodčím řízení ve třech konstelacích, a to jako právo rozhodné pro meritum sporu, právo rozhodné pro rozhodčí řízení a právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu. Podcenění této problematiky může mít zásadní důsledky.

Mezinárodní investiční právo nabízí zahraničním investorům i řadu výhodných nástrojů a standardů na poli ochrany investic. Kromě těch vyplývajících z obvyčejového mezinárodního práva mají k dispozici celé spektrum nástrojů smluvně sjednatelných, které jim umožňují formou jednoduché, často standardizované doložky upravit širokou oblast vzájemných vztahů, jak je tomu například při sjednání doložky národního zacházení nebo doložky nejvyšších výhod. Je však třeba velmi pozorně dbát na přesnou formulaci zmíněných doložek. Jsou-li formulovány příliš detailně, vede to rozhodčí soudy k jejich restriktivnímu výkladu, vágní formulace zase vede k široké interpretaci. Obojí může být té či oné straně k užitku i na škodu, a proto je třeba hned zpočátku důsledně zvážit možné dopady obou alternativ. Zajímavá je také doložka stabilizační, umožňující zakonzervování použitelného práva ke sjednanému dni tak, aby hostitelský stát nemohl po zřízení investice využít svých legislativních a jiných mocenských pravomocí k jednostranné změně poměrů v neprospěch investora. Ostražitost je naopak na místě v případě, kdy je ve hře doložka tzv.

rozcestí (*fork in the road*), která může zahraničnímu investorovi zablokovat přístup k řešení sporu cestou rozhodčího řízení.

Je vidět, že možnosti optimalizace postavení jsou skutečně bohaté. Jejich správné využití však předpokládá hlubší znalost celé problematiky.

Druhou oblastí mého zájmu byla otázka, jakou roli sehrává rozhodovací praxe rozhodčích soudů v oblasti mezinárodního investičního práva.

Rozebírané případy z rozhodovací praxe opakovaně ukázaly, že rozhodčí soudy ve svých rozhodnutích běžně citují celou řadu jiných předešlých rozhodnutí (jiných rozhodčích soudů) a to nejen pro potřeby srovnávací. Není výjimkou, citují-li i argumentační východiska obsažená v předchozích rozhodnutích a staví na nich pak při odůvodnění vlastního rozhodnutí.

V této věci potvrzují má zjištění hypotézu vyslovenou v úvodu práce, že ačkoliv se v případě mezinárodní investiční arbitráže nejedná o precedenční systém, mohou rozhodčí nálezy na tomto poli jisté precedenční rysy vykazovat a hrát tak úlohu nejen v oblasti aplikace, nýbrž i při vytváření tohoto práva, jak jsem ilustrovala například na příkladu *Salini testu*.

Další případ (quasi-)precedenčního rozhodování, spatřuji v postupném zahrnování portfoliových investic do okruhu chráněných investic. Tento systematický postup rozhodčích soudů předznamenal vývoj na poli dohod o ochraně investic, které se dnes již nezdá na nepřímé investice výslovně vztahují.

Z mého pohledu vykazuje (ustálená) rozhodovací praxe rozhodčích soudů znaky na pomezí precedentů a obyčejového práva.

Rozhodčí soud sám nemůže nikterak dosáhnout závaznosti rozhodnutí, které vydá, nad rámec závaznosti *inter partes*, jak o tom bylo v této práci pojednáno. (Quasi-)precedenční charakter mu může případně dodat až to, že se jej rozhodnou ostatní rozhodčí soudy dobrovolně následovat, což se podobá procesu vzniku mezinárodněprávního obyčeje, avšak zde k tomu dochází ve výrazně kratším časovém horizontu.

SEZNAM ODBORNÉ LITERATURY

MONOGRAFIE

TUZEMSKÉ ZDROJE

- *Bělohávek, A.*, Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo: komentář, Praha: C.H.Beck 2008.
- *Bělohávek, A.* Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004.
- *Čepelka, Č., Šturma, P.* Mezinárodní právo veřejné. Praha: Eurolex Bohemia, 2003.
- *Jetmarová, J.* Bolívie: vzestup indigenní politiky a vláda Evo Moralese. Pardubice: Univerzita Pardubice, 2013.
- *Kališ, R.* Zacházení s mezinárodními investicemi. Disertační práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra mezinárodního a evropského práva, 2012.
- *Madar, Z. a kol.* Slovník českého práva. Praha: Linde Praha, 2002.
- *Ondřej, J.* Mezinárodní právo veřejné, soukromé, obchodní. 2. Vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007.
- *Potočný, M., Ondřej, J.:* Mezinárodní právo veřejné. Zvláštní část. Praha: C. H. Beck, 1996.
- *Rozehnalová, N.* Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008.
- *Růžička, K.* Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005.
- *Růžička, K.* Rozhodování sporů z mezinárodních investic. Obchodní právo, 1997, č. 11.
- *Štěrbová, L. a kol.* Mezinárodní obchod ve světové krizi 21. století. 1. vyd. Praha: Grada, 2013
- *Šturma, P.* Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008.
- *Šturma, P.* Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy) Obchodněprávní revue, 2013, č. 5, s. 129.

- Šturma, P., Balaš, V. Mezinárodní ekonomické právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013.

CIZOJAZYČNÉ ZDROJE

Seznam použité literatury – publikace

- Belling, J.-F. Die Jurisdiktion *rationae materiae* der ICSID-Schiedsgerichte. Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18.3.1965. Berlin: Duncker&Humblot, 2008.
- Berg, A. International commercial arbitration: important contemporary questions. New York: Kluwer Law International, 2003.
- Besch, M. Schutz von Auslandsinvestitionen. Risikovorsorge durch Investitionsverträge. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008.
- Bjorklund, A. K. The National Treatment Obligation. In: Yannaca-Small, K. (ed.) Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues. New York: Oxford University Press, 2010.
- Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2012.
- Dugan, F., Ch., Wallace, D., Rubins D., Sabahi, B. N. Investor-State Arbitration. New York: Oxford University Press, 2008.
- Dupuy, P.-M. (ed). Völkerrecht als Wertordnung. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl: Engel, 2006.
- Dupuy, M.-P., Francioni, F., Petersmann, E.-U. Human rights in international investment law and arbitration. New York: Oxford University Press, 2009, s. 82.
- Echandi, R. Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. United Nations Conference on Trade and Development. Geneva: United Nations Publications, 2007.
- Fox, H. The law of state immunity. 2. vydání. New York: Oxford University Press, 2008.
- García-Amador, F., V. Recent codification of the law of State responsibility for injuries to aliens. Leiden: Wolters Kluwer, 1975.
- Herdegen, M. Internationales Wirtschaftsrecht. 9. vydání, München:

C.H.Beck, 2001.

- *Kläger, R.* Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- *Löwenfeld, A., F.* International economic law. 2. vydání. New York: Oxford University Press, 2003.
- *Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, Ch.* The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- *Peczenik, A.* The Binding Force of Precedent. V: *MacCormick, N., Summers, R. S.* (eds.) Interpreting Precedents. A Comparative Study. Dartmouth: Aldeshot, 1997.
- *Peter, W., Kuyper, J.-Q., de Candolle, B.* Arbitration and renegotiation of international investment agreements. 2. vydání. Boston: Kluwer Law International, 1995.
- *Redfern, A.* Law and Practice of International Commercial Arbitration. London : Sweet & Maxwell, 2004
- *Reinisch, A.* Enteignung und Fair and equitable Treatment. In: *Tjetje, Ch.* (ed.) International investment protection and arbitration. Theoretical and practical perspectives. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verl., 2008.
- *Rodriguez, A., F.* The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements, A Tool for Treaty Shopping? Journal of International Arbitration. 2008
- *Salacuse, J., W.* The Law of Investment Treaties. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- *Salacuse, J., W.* The three laws of international investment: national, contractual, and international frameworks for foreign capital. Leiden: Sijthoff, 1975.
- *Sheppard, A., Crockett, A.* in: *Gehring, M., W., Cordonier Segger, M.-C., Newcombe, A.* (eds.) Sustainable Development in World Investment Law. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.
- *Scheurer Ch., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A.* The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- *Schill, S. W.* International Investment Law and Comparative Public Law. New York: Oxford University Press, 2010.

- *Schreuer, Ch.* The ICSID Convention. A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- *Simpson, R., Vasaly, M., R.* The amicus brief: how to be a good friend of the court. 2. vydání. Chicago : ABA. 2004.
- *Sornarajah, M.* The international law on foreign investment. 3. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- *Theodorou, H.* Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten. Berlin: Duncker&Humblot, 2001.
- *Vanduzer J., A. a kol.* Integrating sustainable development into international investment agreements: a guide for developing country negotiators. New York: Commonwealth Secretariat, 2013.
- *Wong J.* Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. *George Mason Law Review*, 2006, roč. 14, s. 138.

INTERNETOVÉ ZDROJE

- Černý, F. Precedent v investičním rozhodčím řízení. Sborník COFOLA 2011. Brno: Masarykova univerzita, 2011. V elektronické verzi dostupné na adrese https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2011/files/normotvorba/Cerny_Filip_6341.pdf.

JUDIKATURA

- *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary.* Rozhodnutí ICSID z 2. 10. 2006, sp. zn. ARB/03/16. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>
- *ADF Group Inc. v United States of America.* Rozhodnutí ICSID z 9. 1. 2003, sp. zn. ARB(AF)/00/1. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/documents/46>
- *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.* Rozhodnutí ICSID o jurisdikci , sp. zn. ARB/02/03, V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/57>
- *Achmea B.V. v The Slovak Republic.* Rozhodnutí Stálého rozhodčího

soudu v Haagu (PCA) podle pravidel UNCITRAL ze dne 26. 10. 2010.

V elektronické formě dostupné na

<http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>

- *American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaire*. Rozhodnutí ICSID z 21. 2. 1997, sp. zn. ARB/93/1. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/76>
- *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. Aucoven v Bolivarian Republic of Venezuela*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 27. 9. 2001, sp. zn. ARB/00/5. V elektronické formě dostupné na http://www.biicl.org/files/3920_2003_autopista_v_venezuela.pdf
- *Azurix Corp. v The Argentine Republic*. Rozhodnutí ze 14. 7. 2006, sp. zn. ARB/01/12. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/118>
- *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic, UNCITRAL. Ad hoc arbitráž* vedená podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí IIC z 14. 3. 2003. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/documents/282>
- *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*. Rozhodnutí ICSID ze dne 12. 5. 2005, sp. zn. ARB/01/8. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/292>
- *Československá Obchodní Banka, a.s. v The Slovak Republic*. Rozhodnutí ICSID ze dne 24. 5. 1999, sp. zn. ARB/97/4 V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/238>
- *Fedax N.V. v The Republic of Venezuela*. Rozhodnutí ze dne 9. 3. 1998, sp. zn. ARB/96/3. Text rozhodnutí je dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/432>
- *Gami Investments, Inc. v The Government of the United Mexican States*. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí ze dne 15. 11. 2004, v elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/documents/475>
- *Generation Ukraine, Inc. v Ukraine* Rozhodnutí ICSID z 16. 9. 2003 sp. zn. ARB/00/9 16. 9. 2003, v elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/482>

- *Greece v United Kingdom*. Rozhodnutí Rozhodčí komise z 9. 4. 1951, v elektronické verzi dostupné na internetových stránkách ICJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/15/8963.pdf>
- *Chemtura Corporation v Government of Canada*. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL/NAFTA. Rozhodnutí z 2. 8. 2010, v elektronické formě dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/documents/250>
- *Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt* Rozhodnutí ICSID ze dne 6. 8. 2004. sp. zn. ARB/03/11. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/590>
- *Lanco International Inc. v Argentina* Rozhodnutí ICSID z 8. 12. 1998, sp. zn. ARB/97/6. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/608>
- *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí z 3. 9. 2001. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/611>
- *Emilio Augustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, 25 January, 2000, ICSID Case No. ARB97/7. Award on Jurisdiction, 25 January 2000. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/641>
- *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*. Rozhodnutí ICSID z 16. 12. 2002. sp. zn. ARB(AF)/99/1. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/435>
- *Methanex Corporation v United States of America*. Rozhodčí řízení ad hoc podle pravidel UNCITRAL. Rozhodnutí z 3. 8. 2005 v elektronické verzi dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/683>
- *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*. Rozhodnutí ICSID z 12. 4. 2002 sp. zn. ARB/99/6. V elektronické verzi dostupné na adrese <http://italaw.com/documents/MECEment-award.pdf>
- *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. Rozhodnutí ICSID ze dne 15. 3. 2002. sp. zn. ARB/00/2. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://italaw.com/documents/mihaly-award.pdf>

- *Mobil Oil v Iran*. Rozhodnutí Iránsko-Amerického nárokového tribunálu (Iran-United States Claims Tribunal) ve věci Mobil Oil v Iran rozhodnutí Iran-United States Claims Tribunal z roku 1987
- *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*. Rozhodnutí z 1. 7. 2004, sp. zn. UN3467. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/761>
- *Philippe Gruslin v Malaysia*. Rozhodnutí ICSID ze 27. 11. 2000. sp. zn. ARB/94/1. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0385.pdf>
- *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 8. 2. 2005, sp. zn. ARB/03/24. V elektronické verzi dostupné na <http://www.italaw.com/cases/857>
- *RosInvestCo U.K. Ltd. v The Russian Federation*, Rozhodnutí o jurisdikci SCC z 1. 10. 2007, sp. zn. V079/2005. V elektronické formě dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/923>
- *Saluka Investments B.V. v The Czech Republic*. UNCITRAL, Částečný nález švýcarského federálního tribunálu ze dne 17. 3. 2006. V elektronické verzi dostupný na adrese <http://www.italaw.com/cases/961>
- *Societe des Grands Travaux de Marseille v East Pakistan Industrial Development Corporation*. Rozhodnutí ICC z 12. 12. 1972, sp. zn. 1803 (1972).
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*. Rozhodnutí ICSID ze dne 6. 8. 2003, sp. zn. ARB/01/13. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/1009>.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*. Rozhodnutí ICSID ze dne 29.1. 2004, sp. zn. ARB/02/6. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/1019>
- *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*. Rozhodnutí ICSID ze 29. 5. 2003. sp. zn. ARB(AF)/00/2. V elektronické formě dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/documents/1088>
- *International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States* z 26. 1. 2006. Ad hoc arbitráž vedená podle pravidel

UNCITRAL/NAFTA, V elektronické formě dostupné na

<http://italaw.com/cases/571>

- *Tradex Hellas S.A. v Republic of Albania*. Rozhodnutí ICSID ze dne 24. 12. 1996, sp. zn. ARB/94/2. Text rozhodnutí dostupný v elektronické formě např. na adrese <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0870.pdf>.
- *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID RN o pravomoci (příslušnosti) z 29. 4. 2004, sp. zn. ARB/02/18. V elektronické formě dostupné na <http://www.italaw.com/cases/1099>
- *Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt*. Rozhodnutí z 8. 12. 2000, sp. zn. ARB/98/4, v elektronické verzi dostupné na adrese <http://italaw.com/cases/documents/1165>
- *The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company*. Rozhodnutí Ad hoc ILM ze dne 24. 3. 1982. v elektronické verzi dostupné na adrese http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf
- *The Rompetrol Group N.V. v Romania*. Rozhodnutí ICSID o jurisdikci z 18. 4. 2003, sp. zn. ARB/06/3., v elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/920>.
- *Phoenix Action Ltd. v Czech Republic*. sp zn. ARB/06/5. Rozhodnutí ICSID z 15. 4. 2009, v elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/856>.
- *SA Spectrum de Argentina S.A. v Argentine Republic*. Rozhodnutí ICSID z 19. 12. 2008, sp., zn. ARB/05/5, v elektronické verzi dostupné na adrese <http://www.italaw.com/cases/documents/1119>.

SEZNAM ZKRATEK

AAA	Americká arbitrážní asociace
ASEAN	Sdružení národů jihovýchodní Asie
BIT	Dvoustranná dohoda o ochraně a podpoře investic
CARICOM	Karibské společenství
COMTESA	Smlouva o Společném trhu pro Východní a Jižní Afriku
ČR	Česká republika
ČSFR	Česká a Slovenská Federativní Republika

ECOWAS	Hospodářské společenství západoafrických států
ECT	Dohoda k Energetické chartě
EU	Evropská unie
FET	Režim spravedlivého a rovného zacházení
GATT	Všeobecná dohoda na clech a obchodu
ICC	Mezinárodní rozhodčí soud u Mezinárodní obchodní komory
ICSID	Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
LCIA	Mezinárodní rozhodčí soud v Londýně
MIT	Mnohostranná dohoda o ochraně a podpoře investic
MERCOSUR	Sdružení volného obchodu
MFNT	režim nejvyšších výhod
NAFTA	Severoamerická dohoda o volném obchodu
NT	režim národního zacházení
OECD	Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
SCC	Rozhodčí soud Stockholmské obchodní komory
SFEU	Smlouva o fungování Evropské Unie
TRIMS	Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření
Úmluva ICSID	Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států
UNCITRAL	Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo
UNCTAD	Konference OSN pro obchod a rozvoj
UNIDROIT	Mezinárodní ústav pro sjednocování soukromého práva v Římě