

## KAPITOLA 2

---

# Ochrana investic v mezinárodních dohodách a v právu EU

## 2.1 Ochrana investic podle mezinárodních dohod

### 2.1.1 Mezinárodní dohody o podpoře a ochraně investic

Těžiště mezinárodněprávní ochrany zahraničních investic tvoří spletitá síť mezinárodních dohod o podpoře a ochraně investic (DPOI). Celkový počet mezinárodních dohod upravujících zahraniční investice v současné době přesahuje 3 000.<sup>1</sup> Velkou většinu z tohoto počtu tvoří dvoustranné DPOI (v anglicky psaných textech se pro tyto dohody vžil označení *Bilateral Investment Treaties* a z něj odvozená zkratka *BITs*). Existuje ovšem i několik významných mnohostranných DPOI. Z nich je nutno zmínit především Severoamerickou dohodu o volném obchodu (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*), uzavřenou v roce 1992, jejímiž stranami jsou Kanada, Mexiko a USA a která obsahuje obsáhlou kapitolu o investicích. Arbitrážní nálezy vydané v investičních sporech podle NAFTA zásadním způsobem přispěly k formování soudobého mezinárodního investičního práva. Další mnohostrannou DPOI uzavřenou na regionální úrovni představuje Investiční dohoda ASEAN (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*), která po svém vstupu v platnost v roce 2012 nahradila dvě starší mnohostranné investiční dohody a jejímiž stranami jsou státy jihovýchodní Asie. V evropském prostoru je mimořádně důležitá Dohoda k Energetické chartě (*Energy Charter Treaty – ECT*) uzavřená v roce 1994, jejímiž stranami jsou všechny členské státy EU (včetně EU samotné), dále země východní Evropy, Kavkazu, střední Asie a též Japonsko a jejíž působnost je sektorově omezena na oblast energetiky.

Všechny dosavadní pokusy o uzavření univerzálnější mnohostranné DPOI zatím selhaly. Nejvýznamnějším z těchto pokusů bylo jednání o tzv. Mnohostranné dohodě o investicích (*Multilateral Agreement on Investment – MAI*), jejímiž prvními signatáři se měly stát členské státy OECD, k nimž se později měly přidat i další státy. Jednání o MAI, probíhající mezi lety 1995 až 1998, která byla provázená

---

<sup>1</sup> Zpráva UNCTAD z února 2015 uvádí, že celkový počet mezinárodních dohod týkajících se investic je 3 268. UNCTAD: Recent Trends in IIAs and ISDS. IIA Issue Note, No. 1, 2015 (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1), 19 February 2015.

ostrými a koordinovanými protesty ze strany různých mimovládních organizací, ovšem selhala na neshodách mezi vyspělými státy ohledně několika zásadních obsahových otázek. Druhý neúspěšný pokus byl učiněn na půdě Světové obchodní organizace (*World Trade Organization – WTO*), v rámci níž byla na základě tzv. Singapurské deklarace z roku 1996 zřízena pracovní skupina, která se měla zabývat vztahem mezi obchodem a investicemi. V roce 2001 bylo především z podnětu Evropského společenství a jeho členských států jednání o nové mnohostranné dohodě týkající se investic zahrnuto do agendy katarského kola (*Doha Round*).<sup>2</sup> Zejména kvůli odporu rozvojových států byla ovšem v roce 2003 problematika investic z agendy katarského kola zcela vypuštěna. Tyto neúspěšné pokusy ukázaly, že otázky spojené se zahraničními investicemi a jejich ochranou jsou příliš citlivé a že kompromisy na mnohostranné úrovni se v této oblasti rodí těžko. Mezinárodní ochrana investic tak nadále spočívá především na dvoustranných, eventuálně regionálních DPOI a nic nenasvědčuje tomu, že by se tato situace měla v dohledné době změnit.

Jádrem úpravy DPOI je ochrana investorů jedné smluvní strany a jejich investic na území druhé smluvní strany. Přes odlišnosti v detailech vykazuje obsah většiny DPOI pozoruhodný stupeň podobnosti. Většinu tradičních DPOI představují krátké dohody o několika člancích, které se vyznačují velkou mírou obecnosti. Struktura většiny DPOI zpravidla zahrnuje následující podstatné části:

- **Preamble**, která zpravidla vyjadřuje přání smluvních stran zintenzivnit hospodářskou spolupráci a odhodlání vytvořit příznivé podmínky pro investice investorů jednoho státu na území druhého státu. Ačkoli preambule samy o sobě žádná práva a povinnosti nezakládají, arbitrážní tribunály v jejich formulacích často nalézají oporu pro takový výklad DPOI, který je spíš příznivý pro investora.
- **Definice**, z nichž nejdůležitější je vymezení pojmů „investor“ a „investice“, neboť tyto pojmy jsou rozhodující pro určení rozsahu působnosti příslušné DPOI, a tím pádem i pro založení jurisdikce arbitrážního tribunálu v případě investičního sporu.
- **Hmotněprávní (materiální) pravidla ochrany zahraničních investic**, která zakládají příslušný mezinárodněprávní režim pro zacházení se zahraničními investicemi. Tato pravidla, často označována i jako standardy ochrany, se vyznačují obecností a abstraktností. Standardy ochrany typicky zahrnují zákaz diskriminace ve formě doložky národního zacházení (*national treatment*) a doložky nejvyšších výhod (*most favoured nation*), dále standardy řádného a spravedlivého zacházení (*fair and equitable treatment*) a plné ochrany a bezpečnosti (*full protection and security*), a pravidla upravující vyvlastnění investice, které může být provedeno pouze ve veřejném zájmu a musí být vždy spojeno s poskytnutím okamžité, náležité (adekvátní) a účinné náhrady (*prompt, adequate and effective*

<sup>2</sup> WTO Doha Ministerial Declaration adopted on 14 November 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1: 5, body 20 až 22).

*compensation*). Do kategorie hmotněprávních pravidel lze dále řadit ustanovení o volném převodu plateb souvisejících s investicí a též ustanovení o náhradě škody utrpěné následkem války, ozbrojeného konfliktu, výjimečného stavu, nepokojů, povstání, vzpoury nebo jiných podobných událostí.

- **Ustanovení o mechanismu řešení sporů.** DPOI typicky zahrnují ustanovení o arbitráži mezi smluvními stranami, tedy klasický mezistátní mechanismus řešení sporů (*state-to-state dispute settlement*). Unikátním a charakteristickým prvkem většiny moderních DPOI je ovšem závazný mechanismus řešení sporů mezi investorem jedné smluvní strany a hostitelským státem (*investor-to-state dispute settlement*). Většina DPOI umožňuje zahraničnímu investorovi zahájit mezinárodní arbitráž a uplatňovat svá práva podle DPOI přímo proti hostitelskému státu, aniž by k tomu byla potřebná jakákoli součinnost jeho domovského státu. Právě celosvětové rozšíření takových rozhodčích doložek zakládajících možnosti těchto smíšených neboli diagonálních arbitráží zcela zásadním způsobem změnilo podobu soudobé ochrany investic podle mezinárodního práva.<sup>3</sup>

První dvoustranné mezinárodní dohody obsahově zhruba odpovídající dnešním DPOI začaly být uzavírány od 60. let 20. století. Před 2. světovou válkou spočívala mezinárodní ochrana zahraničních investic (resp. majetku cizinců) především na obecném mezinárodním právu. Podle tehdejší většinové doktríny zahrnovalo obecné mezinárodní právo tzv. minimální standard zacházení s cizinci podle mezinárodního práva (*customary minimum standard of treatment*), který byly státy povinny vůči cizincům dodržovat nezávisle na tom, jaké zacházení poskytovaly svým vlastním státním příslušníkům.<sup>4</sup> Práva a zájmy cizinců byly v tomto období vynucovány jejich domovskými státy zejména prostřednictvím institutu diplomatické ochrany. Vhodné podmínky pro rozvoj smluvního práva v oblasti zahraničních investic nastaly až v souvislosti se změnami světového uspořádání po 2. světové válce. V tomto období vzniklo na místě bývalých kolonií velké množství nových nezávislých států, které na mezinárodní scéně zdůrazňovaly především svou vlastní suverenitu a absolutní kontrolu nad svým územím a přírodními zdroji. K rozsáhlým vlnám znárodnění majetku včetně majetku cizinců, a to zpravidla bez poskytnutí jakékoli náhrady, docházelo i následkem vzniku socialistického bloku. V důsledku tohoto vývoje došlo v celosvětovém měřítku ke zpochybnění tradičních

<sup>3</sup> McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, 2007, s. 6.

<sup>4</sup> Srov. např. Newcombe, A., Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, s. 3 a n., nebo Vandevelde, K. *A Brief History of International Investment Agreements*. *UC Davis Journal of International Law & Policy*. 2005, 12(1), s. 158 a n. V této éře, která se ještě vyznačovala existencí koloniálních velmocí a několika nových nezávislých států, byla existence mezinárodního standardu zacházení intenzivně popírána především nezávislými státy Latinské Ameriky, které svůj postoj odvíjely od tzv. Calvovy doktríny, a po velké říjnové revoluci též sovětským Ruskem.

mezinárodněprávních konceptů prosazovaných západními státy, mezi které se řadila i ochrana soukromého majetku a existence minimálního standardu zacházení podle mezinárodního práva. Stalo se též zřejmým, že institut diplomatické ochrany je k ochraně zahraničních investic nevhodný a nedostatečný.

Na pozadí tohoto vývoje a ideologických rozporů mezi vyspělými a rozvojovými státy o obsahu obecného mezinárodního práva začaly vyspělé státy své představy o ochraně svých investorů v zahraničí prosazovat smluvně, a to uzavíráním dohod o ochraně investic. Jelikož k uzavření mnohostranné dohody upravující zahraniční investice chyběl dostatečně široký konsenzus, byly tyto dohody uzavírány jako dvoustranné. První DPOI obsahující z dnešního pohledu typické hmotněprávní standardy ochrany investic byla uzavřena v roce 1959 mezi Německem a Pákistánem. Rozhodčí doložka pro řešení sporů mezi investorem a státem byla ovšem poprvé začleněna až do DPOI uzavřené v roce 1969 mezi Itálií a Čadem. Svě programy uzavírání DPOI postupně zahájila většina států západní Evropy a s určitým zpožděním i USA. Až do 90. let 20. století byl ovšem rozvoj smluvní praxe pouze pozvolný. Ke konci roku 1989 bylo na celém světě uzavřeno celkem 385 dvoustranných DPOI.<sup>5</sup> Pro toto období je charakteristická výrazná faktická asymetrie vztahu mezi smluvními partnery. DPOI byly uzavírány mezi vyspělými a rozvojovými zeměmi, a to zpravidla z iniciativy vyspělé země. Vyspělá země (vývozce kapitálu) uzavřením DPOI sledovala zajištění vyšší úrovně právní ochrany pro své investory na území druhé smluvní strany, zatímco rozvojová země (dovozce kapitálu) uzavřením DPOI sledovala zvýšení atraktivity místního podnikatelského prostředí za účelem přilákání zahraničních investic.<sup>6</sup>

Opravdový boom v uzavírání DPOI ovšem nastal až koncem 80. let a v průběhu 90. let 20. století, kdy počet nově uzavíraných dohod rostl z roku na rok exponenciálně. Mezi příčinami tohoto vývoje bývá uváděn jednak obecný příklon k ekonomické liberalizaci a přijetí principů tržní ekonomiky, což souviselo s ekonomickým úspěchem některých východoasijských zemí a rovněž s pádem sovětského bloku, který znamenal konec vyostřené ideologické konfrontace. Jako další důvod bývá uváděna též nedostupnost dluhového financování pro rozvojové země v důsledku dluhové krize, která nastala v 80. letech, čímž se přímé zahraniční investice pro tyto země staly nenahraditelným zdrojem kapitálu.<sup>7</sup> V tomto období došlo též k určité modifikaci tradičních vzorců při uzavírání DPOI, zejména ke stírání rozdílů mezi zeměmi považovanými za čisté vývozce, resp. dovozce kapitálu, když velký počet DPOI byl v tomto období uzavřen i mezi rozvojovými státy navzájem. Naopak, uzavírání DPOI mezi vyspělými státy je dodnes spíše raritou. Od tohoto období zároveň začalo výrazněji docházet k promíchávání investiční agendy s agendou

<sup>5</sup> UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1959–1999*. New York, Geneva: UNCTAD, 2000 (UNCTAD/ITE/IIA/2), s. 1.

<sup>6</sup> Tamtéž. Srov. též Newcombe, Paradell, pozn. 4, s. 43, Vandeveldel, pozn. 4, s. 170.

<sup>7</sup> Newcombe, Paradell, pozn. 4, s. 48–49, Vandeveldel, pozn. 4, s. 178–179.

obchodní, když kapitoly o investicích bývají čím dál tím častěji zahrnovány do širších bilaterálních či regionálních obchodních dohod.

Určitý posun postupně nastal i ve vnímání účelu DPOI. V dnešní době, kdy jsou již případy otevřeného vyvlastňování majetku cizinců bez poskytnutí náhrady spíše výjimkou, je patrná tendence vnímat DPOI více jako nástroj podpory investic a liberalizace investičních toků.<sup>8</sup> Do jaké míry se ve skutečnosti jedná o nástroj efektivní, tedy jaký je reálný vliv uzavřených DPOI na objem přeshraničních toků investic, zůstává otázkou. V posledních letech bylo vydáno několik studií, které se tento vztah pokoušely empiricky ověřit.<sup>9</sup> Výsledky těchto studií neumožňují činit konkluzivní závěry. Zatímco některé studie neshledaly mezi uzavíráním DPOI a přílivem zahraničních investic do hostitelské země žádnou souvislost, jiné shledaly určitou mírnou pozitivní korelaci. Přitom není potřeba zvlášť zdůrazňovat, že existence DPOI je v každém případě pouze jedním z faktorů, které ovlivňují atraktivitu investičního prostředí určitého státu v očích investorů. V praxi má existence DPOI skutečný a opodstatněný význam především v případě investic v zemích vyznačujících se vysokými politickými a institucionálními riziky. Existence DPOI může mít v případě investic v rizikových zemích vliv i na získání financování a na možnosti pojištění investice proti netržním rizikům.

Současně s velkým rozšířením praxe uzavírání DPOI došlo k velkému nárůstu investičních sporů vedených investory proti hostitelským státům. Důležitým předpokladem bylo zřízení Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID* neboli Středisko) v roce 1966. Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (Úmluva ICSID) vytvořila platformu pro efektivní řešení sporů mezi investorem a státem, sama ovšem žádná hmotněprávní ustanovení ochrany investic neobsahuje a nezakládá ani obligatorní jurisdikci Střediska. K založení pravomoci Střediska k řešení investičního sporu je nutný specifický souhlas stran sporu. Takový souhlas ovšem může být založen i na otevřené jednostranné nabídce státu obsažené v DPOI, kterou investor přijme tím, že proti státu zahájí investiční spor. První investiční spor založený na DPOI byl zahájen až roce 1987.<sup>10</sup> Od té doby počet zahájených sporů téměř každý rok rostl a ke konci roku 2014 bylo u celkového počtu sporů vedených na základě DPOI uváděno číslo 608.<sup>11</sup> Zajímavostí je, že v žebříčku zemí, které v investičních sporech vystupovaly či vystupují na straně žalované, drží třetí místo Česká republika s 29 spory za Argentinou (56 sporů)

<sup>8</sup> Vandeveld, pozn. 4, s. 183.

<sup>9</sup> V roce 2009 byla vydána užitečná publikace, do níž byly zahrnuty do té doby nejvýznamnější vydané studie. Srov. Sauvant, K., Sachs, L. (eds.). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, 2009.

<sup>10</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3. Konečný nálezn byl vydán dne 27. července 1990.

<sup>11</sup> UNCTAD, pozn. 1, s. 5.

a Venezuelou (36 sporů).<sup>12</sup> S přibývajícím množstvím vydaných nálezů postupně vzniká masa judikatury, která interpretuje klíčová ustanovení společná většině DPOI a aplikuje je na různorodé faktické kontexty. I když arbitrážní tribunály jsou formovány *ad hoc* k řešení konkrétního sporu a formálně nejsou vázány doktrínou precedentu, vzájemné ovlivňování a inspirace mezi jednotlivými nálezy je evidentní. Proces uzavírání DPOI s obdobným obsahem a uplatňování jejich ustanovení v investičních arbitrážích tak vede k postupnému krystalizování určitých společných principů a pravidel mezinárodního investičního práva, které tak již může být studováno a popsáno jako relativně samostatný subsystém mezinárodního práva.<sup>13</sup> Nicméně i přes značnou snahu o konvergenci zatím výklad mnoha klíčových ustanovení DPOI v judikatuře arbitrážních tribunálů nelze považovat za konzistentní (jak bude blíže rozvedeno dále) a mnoho rozhodnutí dokonce vyznívá protichůdně, což je pochopitelně předmětem kritiky. Je otázkou, zda je tato inkonzistence pouze projevem „dospívání“ mezinárodního investičního práva, jak uvádí zastánci investičních arbitráží, anebo zda je tomuto systému v důsledku jeho charakteristik inherentní. Velký nárůst počtu investičních sporů, spojený s alespoň zdánlivě příliš proinvestorským přístupem některých tribunálů a často vysokými částkami odškodnění přiznanými zahraničním investorům, rovněž v posledních letech vyvolal širokou diskusi ohledně vyváženosti práv zahraničních investorů, které jim přiznávají DPOI, ve vztahu k prostoru, který je hostitelským státům ponechán k legitimní regulaci investičních aktivit. Tato diskuse se již projevila i ve smluvní praxi některých významných států, které ve svých nových DPOI více dbají na ochranu zájmů hostitelských států (srov. část 3.6.2 této práce). Lze očekávat, že do budoucího vývoje v tomto směru rozhodujícím způsobem promluví právě Evropská unie jako rozhodující globální ekonomický a politický hráč při výkonu své nové výlučné pravomoci v oblasti přímých zahraničních investic.

V dalších částech budou blíže (byť jen stručně a v nezbytném rozsahu) představeny jednotlivé klíčové a typické prvky DPOI. Přitom je nutno vzít v potaz, že mezinárodní investiční právo je představováno tisíci zpravidla dvoustranných DPOI, jejichž text se v podrobnostech více či méně liší. V této práci jsou jako příklad, pokud možno, citována ustanovení DPOI uzavřených Českou republikou. Česká republika na rozdíl od některých zemí oficiálně nezveřejnila svou vzorovou DPOI, kterou by používala jako model při jednáních s třetími zeměmi,<sup>14</sup> nicméně za určitý neformální model lze na základě usnesení vlády České republiky z roku

<sup>12</sup> Statistiku investičních sporů vede UNCTAD na adrese: <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx>

<sup>13</sup> McLachlan, Shore, Weiniger, pozn. 3, s. 19–22.

<sup>14</sup> Vzorovou dohodu vláda schválila usnesením ze dne 7. dubna 1999 č. 303. Text vzorové dohody ovšem tvoří přílohu usnesení, která není veřejně dostupná. Nicméně obsah vzoru není těžké dovodit srovnáním textů DPOI uzavíraných Českou republikou v posledních letech, zejména těch, které byly uzavírány se státy se slabší vyjednávací pozicí. Srov. blíže Fecák, T. *Czech Experience with Bilateral Investment Treaties: Somewhat Bitter Taste of Investment Protection*. *Czech Yearbook of International Law*. 2011, Vol. 2, s. 237–240.

1993<sup>15</sup> považovat DPOI uzavřenou mezi Českou republikou a Maďarskem, na niž bude v dalším textu pro účely názornosti převážně odkazováno.<sup>16</sup>

## 2.1.2 Rozsah působnosti – pojmy investora a investice

### (i.) Investor

Ochrana podle DPOI je poskytována zahraničním investorům – státním příslušníkům jednoho smluvního státu, kteří investují na území druhého smluvního státu. Státní příslušnost dotčené osoby je tedy rozhodující pro určení, zda se na ni vztahuje ochrana podle příslušné DPOI, a v případě investičního sporu tedy státní příslušnost představuje kritérium pro založení pravomoci arbitrážního tribunálu *ratione personae*.<sup>17</sup> Ochrana podle DPOI se vztahuje jak na osoby fyzické, tak na osoby právnické. V investičních sporech na straně žalobce častěji vystupují osoby právnické (typicky obchodní společnosti), výjimkou ovšem nejsou ani spory zahájené osobami fyzickými.

Státní příslušnost fyzických osob se spojuje s kritériem občanství a je určována primárně na základě práva státu, o jehož občana se jedná. Některé DPOI místo kritéria občanství nebo v kombinaci s ním pracují s kritériem trvalého bydliště investora.<sup>18</sup> Z ochrany podle DPOI by obecně měli být vyloučeni občané hostitelského státu, a to i v případech, kdy jsou současně občany druhého smluvního státu (tj. v případech dvojího občanství). Toto pravidlo je výslovně zakotveno v článku 25(2)(a) Úmluvy ICSID i v některých DPOI.

Složitější otázky se pojí s určením státní příslušnosti právnických osob. Konstruování vazby právnické osoby k určitému státu je obecně méně přirozené než u osob fyzických a závisí na tom, jaké kritérium se pro dané účely zvolí. Existující DPOI nejčastěji pracují s kritériem inkorporace, podle kterého se státní příslušnost právnické osoby spojuje s právem státu, podle kterého byla založena.<sup>19</sup> Jiné DPOI vycházejí z kritéria sídla či hlavního místa řízení (*siège social*).<sup>20</sup> Některé DPOI

<sup>15</sup> Usnesení ze dne 6. ledna 1993 č. 12.

<sup>16</sup> V bodě I.2 uvedeného usnesení vláda ČR souhlasila s tím, aby další dohody o podpoře a ochraně investic, které bude Česká republika sjednávat a které se věcně neodchýlí od zásad uvedených v dohodě mezi Českou republikou a Maďarskou republikou, byly předkládány vládě až po jejich podpisu.

<sup>17</sup> McLachlan, Shore, Weiniger, pozn. 3, s. 131.

<sup>18</sup> Srov. např. článek 1(3) DPOI mezi ČSFR a Německem.

<sup>19</sup> Srov. např. článek 1(7)(a)(ii) ECT: „*Investorem se rozumí ve vztahu ke smluvní straně společnost nebo jiná organizace zřízená v souladu s platným právem použitelným na území dané smluvní strany.*“

<sup>20</sup> Kritérium sídla bylo donedávna typické například pro DPOI uzavírané Německem. Nicméně Německo ve své vzorové DPOI z roku 2009 přešlo ke kritériu inkorporace. Blíže srov. Per-kams, M. The Determination of Nationality of Investors in International Investment Agreements

kritéria inkorporace a sídla vzájemně kombinují<sup>21</sup> nebo přidávají kritéria další, kterými okruh investorů požívajících ochranu buďto rozšiřují (pokud jsou použita kritéria alternativní), nebo naopak zužují (pokud jsou různá kritéria kumulována).

Otázka korporátní státní příslušnosti vyvolává značné kontroverze. V praxi často nastávají situace, kdy se ochrany vůči hostitelskému státu domáhá společnost, která sice formálně naplňuje kritéria zahraničního investora stanovená příslušnou DPOI (například test inkorporace), nicméně je zjevné, že s tímto státem nemá podstatné vazby (typicky se jedná o tzv. schránkové společnosti založené pouze pro účely držení akcií či podílů, které ve státě, podle jehož práva byly založeny, nevykonávají žádné aktivity a často jsou ovládnuty ze zahraničí). Obzvláště citlivé otázky jsou spojené se situacemi, kdy je taková společnost jakožto „zahraniční“ investor ve skutečnosti ovládána příslušníky hostitelského státu. V rozhodovací praxi investičních tribunálů se ve věci určování korporátní státní příslušnosti jednoznačně prosadil formální přístup. Pokud tedy příslušná DPOI definuje investora na základě kritéria inkorporace, naplnění tohoto kritéria bude zpravidla postačovat k založení jurisdikce a tribunál nebude přihlížet k vlastnické struktuře příslušné společnosti či k jiným kritériím, která nejsou výslovně zakotvena v příslušné DPOI.<sup>22</sup> Formalistický přístup k určování korporátní státní příslušnosti právnických osob umožňuje investorům cíleně strukturovat svou investici takovým způsobem, aby si zajistili mezinárodněprávní ochranu podle existujících DPOI, a získali tak účinný nástroj uplatňování svých potenciálních nároků proti cílovému státu ve formě investiční arbitráže. Tento jev, označovaný i jako „*treaty shopping*“, vyvolává poměrně závažné otázky ohledně legitimacy systému ochrany investic založeného převážně na dvoustranných mezinárodních smlouvách. Investiční tribunály takový postup ze strany investorů obecně považují za legitimní a odpovídající účelu DPOI, pokud k vytvoření účelové korporátní struktury dojde v předstihu, tedy ještě před vznikem investičního sporu s hostitelským státem.<sup>23</sup> Pokud je taková struktura naopak vytvořena až v okamžiku, kdy už mezi investorem a hostitelským státem došlo ke sporu a jediným účelem vytvoření mezinárodní struktury je přenesení řešení vzniklého sporu před mezinárodní fórum, tribunály takové jednání ze strany investora v několika případech považovaly za zneužití práva a odmítly svou jurisdikci.<sup>24</sup>

---

(IIAs) – Taking Stock of the Criteria Used in Modern Investment Law. International Law Association, German Branch: *The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*. In: Tietje, Ch., Kraft, G., Lehman, M. (Hrsg.) Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Institut für Wirtschaftsrecht, 2011, Heft 106, s. 13 a násled.

<sup>21</sup> Srov. např. článek 1(2)(b) DPOI mezi Českou republikou a Gruzii.

<sup>22</sup> Např. *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, odst. 21–71; *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, odst. 240–241.

<sup>23</sup> Srov. *Augas del Tunari v. Bolivia*, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005, odst. 206–323. *Mobil v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, odst. 186–207.

<sup>24</sup> *Phoenix v. Czech Republic*, Award, 15 April 2009, *Cementownia v. Turkey*, Award, 17 September 2009.



V praxi je dále běžné, že investice není zahraničním investorem realizována přímo, ale prostřednictvím dceřiné společnosti založené podle práva hostitelského státu, přičemž v mnoha případech je takový postup ze strany hostitelského státu dokonce vyžadován. Při uvedené korporátní struktuře by investice v případech, kdy se zacházení hostitelského státu primárně týká lokální entity, mohla zůstat bez mezinárodní ochrany. Existující DPOI ovšem poskytují způsob, jak jejich ochranu vztáhnout i na zacházení vůči lokální entitě, a to tím, že do definice investice zahrnují rovněž akcie a jiné formy účasti na společnostech. Právo zahájit investiční spor tak sice nebude náležet lokální entitě, ale tato možnost je otevřena jejím zahraničním akcionářům z titulu zásahu do jejich investice ve formě akcií či podílů.<sup>25</sup> Tato ochrana je tribunály aplikována poměrně velkoryse. Nevztahuje se pouze na zásahy do vlastnictví akcií či podílů jako takového, ale i na zásahy vůči dceřiné společnosti a jejímu majetku, které snižují hodnotu akcií či podílů dceřiné společnosti v držení zahraničního investora (například vyvlastnění majetku dceřiné společnosti). Taková ochrana je v zásadě dostupná i minoritním akcionářům.<sup>26</sup>

## (ii.) Investice

Ústředním pojmem mezinárodního investičního práva je pojem „investice“. Investice představují předmět ochrany DPOI. Vymezení tohoto pojmu je klíčové z hlediska jurisdikce arbitrážních tribunálů *ratione meritaе*, neboť jejich pravomoc se vztahuje na řešení sporů z investic. Mezinárodní smluvní a rozhodovací praxe se ovšem doposud neustálila na jednotném legálním chápání tohoto pojmu. V praxi se projevují dva koncepčně odlišné přístupy.<sup>27</sup> Jeden přístup se pokouší podat zpracovanou a podrobnou definici investice, založenou na širokém obecném vymezení investice kombinovaném s demonstrativním výčtem různých v úvahu přicházejících forem. Tento přístup je typický pro většinu dvoustranných a mnohostranných DPOI. Druhý přístup se pokouší vymezit obecné znaky investice podle běžného chápání tohoto pojmu v ekonomickém smyslu. Tento přístup se projevuje především v judikatuře tribunálů zřízených podle Úmluvy ICSID.

Naprostá většina dvoustranných a vícestranných DPOI obsahuje vlastní definici investice, která začíná uvozovací větou, podle které se za investice považují

<sup>25</sup> Některé modernější DPOI ovšem tyto situace upravují výslovně, a to zpravidla tak, že zahájení investičního sporu umožňují i lokální entitě kontrolované zahraničním investorem nebo zahraničnímu investorovi jménem lokální entity.

<sup>26</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch. *Principles of International Investment Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 59 a reference tam uvedené. Další možnost ochrany lokálních entit poskytují článek 25(2)(b) Úmluvy ICSID, jehož relevantní pasáž zní následovně: „*Občanem jiného smluvního státu se rozumí [...] 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.*“ Pro výklad tohoto ustanovení srov. tamtéž, s. 51–52.

<sup>27</sup> Srov. Dolzer, Schreuer, pozn. 26, s. 61.

všechny druhy aktiv či majetkových hodnot (*every kind of asset*), která je následována demonstrativním výčtem jednotlivých možných forem investic (hovoří se o tzv. *asset-based definition of investment*). Příkladem může být článek 1(1) DPOI mezi Českou republikou a Maďarskem:

„Pojem ‚investice‘ označuje každou majetkovou hodnotu investovanou v souladu s hospodářskými aktivitami investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu s právním řádem druhé smluvní strany a zahrnuje zejména, nikoli však výlučně:

- a) movitý a nemovitý majetek, jakož i všechna věcná práva, jako jsou hypotéky, zástavy, záruky a podobná práva;
- b) akcie, obligace, vklady společností nebo jakékoli jiné formy účasti na společnostech;
- c) peněžní pohledávky nebo nároky na jakoukoli činnost mající hospodářskou hodnotu související s investicí;
- d) práva z oblasti duševního vlastnictví včetně autorských práv, práva z obchodních značek, patentů, průmyslových vzorů, technických postupů, know-how, obchodních tajemství, obchodních jmen a goodwill, spojených s investicí;
- e) práva vyplývající ze zákona nebo ze smluvního ujednání, licence nebo povolení vydané podle zákona, včetně koncesí k průzkumu, těžbě, kultivaci nebo využití přírodních zdrojů.

Jakákoliv změna formy, ve které jsou hodnoty investovány, nemá vliv na jejich postavení jako investice.“

Jiné DPOI uzavírané Českou republikou, ale i dalšími státy, zpravidla obsahují více či méně podobnou definici.

S pojmem „investice“ pro jurisdikční účely pracuje článek 25 Úmluvy ICSID, podle něhož se pravomoc Střediska vztahuje na „každý právní spor vznikající přímo z investice“. Zatímco k založení pravomoci Střediska je nezbytné, aby se spor týkal investice, Úmluva ICSID vlastní definici tohoto pojmu neobsahuje, což vyvolalo a stále vyvolává obsáhlé diskuse o tom, jaké má být jeho správné chápání pro účely uvedeného ustanovení. Předmětem diskuse je zejména otázka, zda je pojetí investice podle Úmluvy ICSID autonomní, nebo zda závisí pouze na dohodě stran sporu (která bude typicky obsažena například v příslušné DPOI). Počáteční judikatura tribunálů vnímala pojetí investice podle Úmluvy ICSID jako svébytné a v zásadě nezávislé na dohodě stran a snažila se investici definovat prostřednictvím obecných znaků, které vycházely jednak z ekonomické teorie, jednak z účelu Úmluvy ICSID. Průkopnickými a velmi vlivnými jsou v tomto směru nálezy ve věcech *Fedax proti Venezuele*<sup>28</sup> a *Salini proti Maroku*.<sup>29</sup> Kritéria existence investice

<sup>28</sup> *Fedax v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

<sup>29</sup> *Salini v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.