

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Petr Prokopius

Mezinárodní investice: zřizování a režimy zacházení

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Katedra: Katedra Mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): V Opavě dne 24. června
2010

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených.

V Opavě dne 24. června 2010

Petr Prokopius

Rád bych poděkoval svému vedoucímu diplomové práce Prof. JUDr. Pavlu Šturmovy, DrSc. za cenné rady, které mi při práci na diplomové práci poskytl, a za jeho osobní přístup. Rád bych také poděkoval svým rodičům, kteří mě při psaní diplomové práce stejně jako po celou dobu mého studia bezmezně podporovali.

V Opavě dne 24. června 2010

Petr Prokopius

Obsah

| | |
|--|-----------|
| 1. Úvod..... | 6 |
| 2. Definice investice..... | 8 |
| 2.1. Ekonomická definice investice..... | 9 |
| 2.1.1. Mezinárodní přímé investice..... | 9 |
| 2.1.2 Portfoliová investice..... | 13 |
| 2.1.3 Ostatní investice..... | 15 |
| 2.1.4 Případy, kdy se nejedná o mezinárodní přímou investici..... | 15 |
| 2.2. Právní definice mezinárodní investice..... | 17 |
| 2.2.1. Definice investice v mnohostranných smlouvách..... | 17 |
| Mnohostranná agentura pro investiční záruky (MIGA)..... | 17 |
| Mnohostranná dohoda o investicích (MAI)..... | 18 |
| 2.2.2. Definice investice v dvoustranných dohodách o podpoře a ochraně investic..... | 20 |
| Vymezení investice ve smlouvách evropského typu..... | 21 |
| Vymezení investice ve smlouvách amerického typu..... | 25 |
| 3. Historická východiska současného nazírání na ochranu poskytovanou mezinárodním investicím..... | 27 |
| 3.1. Klasická ekonomická teorie..... | 28 |
| 3.2. Teorie závislosti | 29 |
| 3.3. Střední cesta..... | 29 |
| 4. Zřizování investice..... | 31 |
| 4.1. Zřizování investice a normy obecného mezinárodního práva..... | 33 |
| 4.2. Zřizování investice a mezinárodní smluvní úprava..... | 35 |
| 4.2.1. Zřizování investice podle NAFTA..... | 36 |
| 4.2.2. Zřizování investic ve smlouvách evropského typu..... | 37 |
| 4.2.3. Zřizování investic ve smlouvách amerického typu..... | 38 |
| 5. Režimy zacházení s mezinárodními investicemi..... | 40 |
| 5.1. Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení..... | 40 |
| 5.1.1. Pojetí zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení..... | 41 |
| 5.1.2. Minimální standard zacházení podle mezinárodního práva | 44 |
| 5.1.3. Formulace Zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení ve smlouvách evropského typu:..... | 45 |
| 5.1.4. Formulace Zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení ve smlouvách amerického typu:..... | 48 |

| | |
|--|-----------|
| 5.2. Zásada národního zacházení | 50 |
| 5.2.1. Porušení zásady národního zacházení..... | 51 |
| 5.2.2. Formulace Národní doložky ve smlouvách evropského typu:..... | 53 |
| 5.2.3. Formulace Národní doložky ve smlouvách amerického typu:..... | 53 |
| 5.3. Zásada zacházení podle doložky nejvyšších výhod..... | 55 |
| 5.3.1. Zacházení vyňaté ze zásady zacházení podle doložky nejvyšších výhod..... | 57 |
| 5.3.2. Formulace Národní doložky a doložky nejvyšších výhod ve smlouvách evropského typu:..... | 57 |
| 5.3.3. Formulace doložky nejvyšších výhod ve smlouvách amerického typu:..... | 62 |
| 6. Závěr..... | 64 |
| 7. Použitá literatura..... | 66 |
| 8. The Establishment and Treatment of International Investment - résumé | 69 |

1. Úvod

“[It is] not easy to define the exact dividing line, just as it is not easy in twilight to see the divide between night and day. Nonetheless, whilst the exact line may remain undrawn, it should still be possible to determine on which side of the divide a particular claim must lie.”

Methanex v U.S. , Partial Award, 7 August 2002 (UNCITRAL), čl. 139

Mezinárodní právo mělo vždy za cíl úkol nesmírně náročný na splnění. Upravovat vztahy mezi entitami, které nejenom že nemají jiný zájem než sledovat vlastní dobro a prospěch, ale navíc jsou si formálně rovny. Pojmy jako rovnoprávnost, spravedlnost jsou předmětem výkladů a sporů na ideové úrovni mezi hráči sledujícími konkrétní hmotné cíle.

Ať už vnímáme mezinárodní právní řád jako stabilní pevninu obklopenou mořem neznámých a neprozkoumaných oblastí anebo jako oceán chaosu s občas se vyskytujícími ostrůvky jistoty, vždy je možno dojít k závěru, že mezinárodně právní vztahy i jejich právní úprava jsou oblastmi až neskutečně dynamickými.

V oblasti mezinárodního investičního práva nelze hovořit o uceleném systému. Jedná se o souhrn partikularismů, z nichž se mezinárodní právníci snaží vytvořit principy a zásady, které poté slouží jako zdroj poznání mezinárodního investičního práva.

Cílem mé diplomové práce je zachytit současný stav právní úpravy týkající se ochrany poskytované mezinárodním investicím a investorů. Má práce je založena na reflexi obyčejového mezinárodního práva, praxe států, nálezů rozhodčích tribunálů a doktrinárních studií.

V části diplomové práce popisující definici investice, se nejprve zabývám ekonomickým pojmem investice. Rozlišení typů mezinárodních investic umožní pochopit podstatu mezinárodní investice tak, jak s ní operuje mezinárodní právo. Druhá část kapitoly o definici investice je zaměřena na rozbor a komparaci různých právních definic investice jak v mnohostraných smlouvách tak i v bilaterálních dohodách mezi státy, jež tvoří základ právní úpravy mezinárodních investic.

Z bilaterálních smluv jsem si pro komparaci zvolil tři poměrně nové dohody ekonomicky silných států - USA, Francie a Německo. Na prvním místě se ale zabývám konstrukcí bilaterální investiční dohody České Republiky s Královstvím Bahrajn, která vstoupila v platnost na konci roku 2009. Volba spolukontrahentů Francie a Německa byla motivována snahou porovnat odlišnosti bilaterálních smluv s různými typy států – na přírodní zdroje bohatý Egypt a Mexiko jako zástupce ekonomicky podprůměrných středoamerických států.

Po definici investice se krátce zaobírám historickým vývojem pohledů na mezinárodní investice a jejich místo ve světě obecně.

Třetí kapitolou je pojednání o právu na vstup a zřízení investice se zaměřením na rozdílné právní mechanismy opravňující investory ke vstupu na území hostitelského státu a možnosti regulace tohoto práva ze strany hostitelských zemí.

Těžiště mé práce leží v poslední kapitole pojednávající o standardech a zásadách zacházení s investicemi. Nejprve se věnuji zásadě spravedlivého a rovnoprávného zacházení, dále režimu národního zacházení a nakonec zacházení podle doložky nejvyšších výhod.

2. Definice investice

Vymezení definice investice není jednoduchý úkol. Investice jako taková je především termínem ekonomickým. Důvodem vytváření investic a ultimátním cílem každého investora je ekonomický prospěch. Alokace majetku investorů v různých zemích jako taková je motivována možností dosáhnout v cizí zemi lepších ekonomických výsledků než v zemi vlastní.

Jako všechny lidské činnosti i investování se stalo předmětem právní úpravy. Zakládání a zacházení s investicemi je předmětem úpravy práva jak na úrovni práva národního, tak na mezinárodní úrovni. Zajištění možnosti vstupu investic cizích investorů na území hostitelských států, jako úprava práv a povinností hostitelských států vůči investorům a vice versa, stejně jako úprava řešení sporů vzniklých ze vztahů mezi státy a investory, nebo mezi státy samými, se stalo předmětem mezinárodního práva.

Ochrana poskytovaná mezinárodním investičním právem se ovšem nevztahuje na všechny investice v ekonomickém slova smyslu. Mezinárodně právní ochrana je zaměřena pouze na některé z možných forem investic v ekonomickém smyslu. Platí tedy, že pojem investice v ekonomickém pojetí je širší než termín investice jak ho používá mezinárodní investiční právo.

2.1. Ekonomická definice investice

Z hlediska ekonomického je možno rozlišit tři základní kategorie mezinárodních investic. První kategorii tvoří mezinárodní přímé investice (Foreign Direct Investment – FDI), jež jsou předmětem mezinárodní ochrany investic a které jsou obsahem této diplomové práce. Druhou kategorii tvoří portfoliové investice (Portfolio Investment). Poslední kategorií jsou ostatní investice - tato kategorie je zbytková a je tvořena investicemi, které nelze označit ani za přímé ani za portfoliové.

2.1.1. Mezinárodní přímé investice

Definice mezinárodních organizací:

Mezinárodní měnový fond definuje ve čtvrtém vydání Balance of Payments and International Investment Position Manual (dále jen „Manuál IMF“) mezinárodní investici jako:

„Přímá investice je kategorie přehraniční investice spojená s residentem v jedné ekonomice, který má kontrolu nebo podstatný stupeň vlivu na řízení podniku, který je residentem v jiné ekonomice. As well as the equity that gives rise to control or influence, direct investment also includes associated debt (except debt between affiliates financial intermediaries) and other debt and equity between enterprises that have the same direct investor“¹

Přičemž ještě ve třetím vydání Manuálu IMF z roku 1993 vyžadoval kromě efektivní kontroly podniku také výslovně dlouhodobý zájem investora o vytvoření ekonomické vazby s podnikem (long-term relationship).²

I přesto, že v aktuální edici není požadavek na dlouhodobý záměr explicitně vyjádřen, nelze usuzovat, že jej definice neobsahuje. Manuál IMF výslovně deklaruje svoji kompatibilitu s dokumentem OECD Benchmark Definition of

¹ Balance of Payments and International Investment Position Manual, Sixth Edition (BPM6), pre-publication draft, International Monetary Fund, 2008, str. 413

² Balance of Payments Manual, Fifth Edition, International Monetary Fund, 1993, str. 86

Foreign Direct Investment a v některých místech se na něj přímo odvolává. Tento OECD dokument ve své definici přímé mezinárodní investice stále požadavek dlouhodobého záměru investice uvádí.³

Mezinárodní měnový fond touto definicí rozlišuje a definuje: a) kontrolu společnosti, b) podstatný stupeň vlivu na podnik.

ad. (a) o kontrolu společnosti se jedná v případě, že investor má více než 50% podílu (hlasovacích práv) ve podniku..

ad. (b) podstatný stupeň vlivu na společnost je dosažen, když investor vlastní 10 až 50 procent podílu (hlasovacích práv) podniku.⁴

Z výše uvedeného vyplývá, že při vlastnění více než 10% podílu (hlasovacích práv) ve společnosti lze hovořit o možnosti fakticky se podílet na rozhodování podniku a tedy vykonávat efektivní kontrolu podniku.

Kontrola či podstatný stupeň vlivu mohou vzniknout jednak přímo vlastnictvím podílu na společnosti, který umožňuje vykonávat hlasovací práva a jednak nepřímo vlastnictvím hlasovacích práv v jiném podniku, kterážto vlastní hlasovací práva v předmětném podniku.

Možnost fakticky se podílet na rozhodování podniku je jedním z hlavních rozdílů odlišující přímou mezinárodní investici od investice portfoliové.⁵

Není vyloučeno, že k efektivní kontrole investice bude v jednotlivých případech stačit vlastnictví méně než 10% kapitálu, či naopak i větší podíl na podniku nemusí umožnit efektivní kontrolu. Přesto Mezinárodní měnový fond doporučuje používání 10% hranice jako rozlišovací kritérium mezi přímou mezinárodní investicí a investicí portfoliovou.

Přímé mezinárodní investice jsou budovány s dlouhodobým zájmem investora na vytvoření trvalých ekonomických vztahů s podnikem, peněžní provázaností a přesuny technologického vybavení a postupů s cílem vytvoření maximalní produkce a zisků budovaného podniku v budoucnu.

³ OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th Edition, 2008, str. 40

⁴ Supra 1, str. 145

⁵ Viz. pojednání o portfoliové investici níže.

K dlouhodobosti investice a vyloučení portfoliových investic z definice Mezinárodního měnového fondu a OECD je vhodné poznamenat, že jde o definici, jež reflektuje z velké části požadavky rozvojových zemí. Rozvojové země upřednostňují, ze zřejmých ekonomických důvodů, dlouhodobé investice, a to především investice „na zelené louce“ (greenfield investment) před akvizicemi a fúzemí. Naopak rozvinuté země podporují co nejširší pojetí investice, zahrnující např. i investici portfoliovou.⁶

I když dlouhodobý zájem investora o vytvoření trvalé ekonomické vazby s podnikem je typickým znakem přímé mezinárodní investice, za přímou mezinárodní investici lze ale také označit situaci, kdy investor získá podnik (zcela nebo z části) s úmyslem organizačně rozdělit majetek podniku, podnik restrukturalizovat a následně takto přetvořený podnik prodat. I takovýto investor požívá ochranu, která je poskytována investorům u přímé mezinárodní investice. Takováto operace totiž může trvat méně než rok, ale také třeba i mnohem více. Přestože zde není od začátku zájem investora dlouhodobě vlastnit investici. Přímý vliv, který investor na podnik uplatnil bude mít dlouhodobý efekt.⁷

Důležité je také věnovat pozornost tomu, která část kapitálu, jež je přenášen mezi společnostmi v různých zemích je považován za přímou mezinárodní investici. Konference OSN o obchodu a rozvoji (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTD) uvádí, že:

„(...) pouze kapitál který je poskytnut přímým investorem buď přímo nebo přes ostatní podniky s vazbou na investora by měl být klasifikován jako přímé mezinárodní investice. Formy investic přímého investora, které jsou klasifikovány jako přímé mezinárodní investice jsou kmenový kapitál, reinvestice zisku a zajištění dlouhodobých a krátkodobých mezipodnikových úvěrů (mezi mateřskými a dceřinými podniky)“⁸

Evropská Unie

⁶ M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2004, str. 303-305

⁷ supra 3, str. 15

⁸ <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=3146&lang=1>

V podstatě shodně je přímá investice pojmána pro potřeby orgánů EU. Eurostat v ročence European Union Foreign Direct Investment Yearbook 2008⁹ uvádí požadavek přeshraniční povahy investice, nabytí vlastnictví alespoň 10% kapitálové účasti na podniku, podstatný zájem na obchodních aktivitách a dlouhodobý záměr založit trvalé ekonomické vazby s podnikem:

„Přímá mezinárodní investice je kategorií mezinárodních investic při kterých je podnik, který je residentem v jedné zemi (přímý investor) získá alespoň 10% vliv v podniku, který je residentem v jiné zemi (the direct investment enterprise). Následující transakce mezi sesterskými podniky jsou také přímé mezinárodní transakce.

Protože má investor podstatný podíl na hlasovacích právech ve vedení společnosti a podstatný zájem na jejích obchodních aktivitách, přímá zahraniční investice dává vzniknout dlouhodobému vztahu mezi přímým investorem a podnikem, jež je předmětem investice.“¹⁰

Charakteristické ekonomické rysy přímé mezinárodní investice

Prof. Šturma ve své publikaci Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů¹¹ uvádí tři kumulativní kritéria pro definování ekonomické operace jako přímé mezinárodní investice z ekonomického hlediska:

- A, ocenitelný přínos hospodářské povahy
- B, na pozdější dobu odložený výnos z investice
- C, sdílení rizika podnikání investorem

K těmto třem základním kritériím přistupuje ještě požadavek na efektivní kontrolu společnosti. K efektivní kontrole podniku Prof. Šturma uvádí:

⁹ European Union foreign direct investment yearbook 2008, Eurostat, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008, str. 20

¹⁰ Ibid., str. 20

¹¹ Prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů, Linde Praha, a.s., 2001, str. 16

„Neznamená to, že investor musí získat většinou kapitálovou účast (akcií, podílu, apod.), ale musí kontrolovat takový balík (v procentech), který mu fakticky umožňuje podílet se nejen na zisku, ale i na rozhodování.“¹²

M. Sornarajah uvádí ve své knize *The International Law on Foreign Investment* pozitivní definici mezinárodní investice poměrně stroze, ovšem za obšírného popisu vývoje pojmu investice. Sornarajah definuje mezinárodní investici takto:

„Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country into another for the purpose of their use in that country to generate wealth under total or partial control of owner of the assets.“¹³ a pokračuje dále ve vymezení definice odlišením od investice portfoliové, přičemž za hlavní rozlišovací element považuje skutečnost, že na rozdíl od přímé investice u portfoliové investice existuje: „(...)divorce between management and control of the company and the share of ownership in it.“¹⁴

2.1.2 Portfoliová investice

Mezinárodní měnový fond v *Balance of Payments and International Investment Position Manual* vymezuje portfoliovou investici negativně, jako transakci přeshraniční povahy tvořenou především kmenovými cennými papíry a dlužnými cennými papíry, pokud se nejedná o přímou mezinárodní investici.

„Portfoliová investice je definována jako přeshraniční transakce zahrnující kmenové cenné papíry a dlužné cenné papíry, jiné než ty, jež jsou zahrnuty v přímé zahraniční investici či zajišťovací majetek (reserve assets).“¹⁵

¹² Ibid., str. 18

¹³ Zahraniční investice zahrnují převod hmotného nebo nehmotného majetku z jednoho státu do druhého za účelem jeho použití v druhém státu k vytváření jmění pod kompletní nebo částečnou kontrolou vlastníka tohoto majetku., M. Sornarajah, op. cit., str. 7

¹⁴ Oddělení řízení a kontroly společnosti a vlastnického podílu. Ibid.

¹⁵ supra 1, str. 158

Jak je uvedeno v definici portfoliová investice je tvořena především kmenovými cennými papíry a dlužnými cennými papíry.

Kmenové cenné papíry (Equity securities) zahrnují všechny instrumenty, které potvrzují vlastnictví podílů inkorporovaných společností. Typicky zejména akcie, vklady do společností, majetkovou účast či vkladní stvrzenky.

Dlužné cenné papíry (Debt securities) tvoří zejména dluhopisy, dlužné směnky, ale také instrumenty peněžního trhu jako jsou pokladniční poukázky, bankovní akcepty, či deriváty finančního trhu jako futures, warrants a swapy.

U portfoliové investice se investor soustředí především na vytváření zisku z nabýatí a následného prodeje akcií a jiných cenných papírů bez toho, aby očekával, že jakýmkoliv způsobem bude vykonávat přímý vliv na společnost. Jeho zájmem také není dlouhodobá provázanost jeho jako investora s podnikem. Příležitost vytvořit v krátké době zisk bez jakékoliv aktivní role na činnosti podniku je hlavním záměrem portfoliového investora.

Portfoliová investice může být uskutečněna v podstatě kdekoli na světě skrze burzu cenných papírů, hedge fond apod. Tak může dojít k dlouhému a nepřehlednému řetězení, které se často mění. Navíc takto nabytá účast na investici je často rozmělněna mezi mnoho drobných akcionářů. Hostitelský stát má tedy v podstatě velmi omezenou možnost kontroly nad takovými investicemi, na rozdíl od investice přímé, kdy investor vstupuje do hostitelského státu s výslovným svolením hostitele. Z tohoto důvodu není portfoliová investice chráněna zvykovým mezinárodním právem. V poslední době sílí tlak vyspělých zemí na rozšíření ochrany investic poskytované mezinárodním právem i na investice portfoliové, čemuž se naopak rozvojové státy brání. Zřejmě nejvhodnější nazírání na portfoliové investice je, že nejsou chráněny, pokud tak výslovně není stanoveno v mezinárodní smlouvě.¹⁶

Shrneme-li výše uvedené, hlavní rozdíl mezi přímou mezinárodní investicí a portfoliovou investicí je v tom, že investor:

(a), nemá možnosti fakticky se podílet na rozhodování podniku a tedy vykonávat efektivní kontrolu podniku, neboť nevlastní dostatečné množství

¹⁶ M. Sornarajah, op.cit., str. 7-9

podílu na podniku (méně než 10%, viz. výše),

(b), nemá zájem na vytvoření dlouhodobé ekonomické vazby s podnikem.

2.1.3 Ostatní investice

Ostatní investice je kategorie zbytková, která zahrnuje ostatní investice, které není možné podřadit pod přímou mezinárodní investici ani pod investici portfoliovou.

Manuál IMF vypočítává příkladmo několik instrumentů, které se řadí do kategorie ostatní investice, pokud je není možno zahrnout do žádné z předešlých dvou kategorií.

Jedná se zejména o instrumenty nepřevoditelné jako jsou bankovní úvěry (včetně půjček od Mezinárodního měnového fondu), depozita, převzaté dluhy, pojištění majetku i lidí, důchodové nároky zaměstnanců apod.

2.1.4 Případy, kdy se nejedná o mezinárodní přímou investici

OECD v dokumentu Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Third Edition vyjmenovává demonstrativně případy, kdy jsou splněny pouze některá kritéria, která jsou považována za obligatorní pro posuzování investice jako přímé investice a jejich naplnění tedy podmiňuje požívání ochrany poskytované mezinárodním právem. Ačkoli jsou naplněny některé kritéria definice investice, o investici nejde:

(a), Když subjekt z jednoho státu poskytuje přeshraniční služby (cross-border service) v jiném státě.

Příkladem může být situace kdy subjekt postaví v hostitelském státu pro tamní subjekt továrnu, poskytne know-how a tuto továrnu řídí a provozuje třeba i v řádu roků, přičemž odměnou je poplatek za tuto činnost. Protože společnost A nemá žádný obchodní podíl na společnosti B, nejedná se o investici. Stejně by bylo třeba posoudit i případ, kdy společnost poskytla

know-how, kontroluje kvalitu produkce, případně poskytla finance na vybudování podniku v hostitelském státě, aniž by měla obchodní podíl na podniku v hostitelském státě.

(b), Existují společnosti, které působí globálně, mají celosvětově jednotnou strategii a totožné portfolium služeb. Tyto společnosti jsou tvořeny navzájem nepřídruženými společnostmi s národní nebo regionální působností. Všechny tyto společnosti vystupují pod stejným jménem, poskytují si navzájem reference, sdílí náklady na reklamu a školeních svých pracovníků, často vytváří i poradní a řídicí orgány tvořené vedoucími pracovníky jednotlivých společností, kteří určují globální politiku platnou pro všechny členy. Rozdíl mezi těmito společnostmi a nadnárodními společnostmi je v tom, že navzájem nevlastní své obchodní podíly. V těchto případech se také nejedná o investici.

2.2. Právní definice mezinárodní investice

2.2.1. Definice investice v mnohostraných smlouvách

Mnohostranná agentura pro investiční záruky (MIGA)

Mnohostranná agentura pro investiční záruky (dále jen „MIGA“) byla založena mezinárodní smlouvou¹⁷ z roku 1985 a je součástí World Bank Group. Jejím posláním je podporovat umístování mezinárodních investic v rozvojových zemích a tím podporovat ekonomický růst a bojovat s chudobou v těchto zemích. Činí tak poskytováním zabezpečení investorů proti nekomerčním rizikům politické povahy, poskytováním doporučení rozvojovým zemím jak přilákat investory, vystupuje jako mediátor ve sporech mezi investory a vládami.

Vymezení definice mezinárodní investice pro potřeby MIGA naleznem v čl. 12¹⁸ dohody zakládající MIGA:

„Čl. 12

Investice, na které se Dohoda vztahuje

(a) K investicím, na které se Dohoda vztahuje, patří podíly na akcích, včetně střednědobých nebo dlouhodobých půjček, které jsou uzavřeny držiteli akcií v příslušném podniku, nebo za něž tito majitelé ručí, a všechny ostatní formy přímých investic, které stanoví Ředitelská rada.

(b) Ředitelská rada může prostřednictvím zvláštní většiny rozšířit působnost i na další střednědobé či dlouhodobé formy investic, s tou výjimkou, že půjčky neuvedené v odstavci (a) spadají do působnosti Dohody pouze pokud jsou ve vztahu ke konkrétní

¹⁷ Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, Washington D.C., October 11, 1985

¹⁸ České znění přebráno z dělení FMZV č.500/1992 Sb.

investici, která je kryta Agenturou, nebo kterou má Agentura pokrývat.

(c) Záruky budou omezeny na investice, jejichž realizace začíná po registraci žádosti o záruku Agenturou. Tyto investice mohou zahrnovat:

- (i) jakýkoliv převod zahraniční měny, jehož cílem je modernizace, rozšíření či rozvoj investice stávající,*
- (ii) použití zisků ze stávajících investic, které by jinak byly převedeny mimo hostitelskou zemi.*

(d) Při přebírání záruky za investice Agentura bude kontrolovat:

- (i) zda je investice ekonomicky podložena a přispěje k rozvoji hostitelské země,*
- (ii) zda investice odpovídá nařízením a zákonům hostitelské země,*
- (iii) zda je investice v souladu s vyhlášenými rozvojovými cíli a prioritami hostitelské země,*
- (iv) investiční podmínky v hostitelské zemi včetně zákonné ochrany a spravedlivého a rovného přístupu k investicím.“*

Pro potřeby MIGA se teda za mezinárodní investici považují v první řadě investice přímé. Bod b, čl. 12 ovšem umožňuje Ředitelské radě zahrnout do této definice i jiné formy investic. MIGA jako mezinárodní organizace má poměrně silné postavení a to především díky začlenění do systému World Bank Group a možnosti aktivně působit při jednání mezi státy a investory.

Mnohostranná dohoda o investicích (MAI)

Mnohostranná dohoda o investicích¹⁹ („MAI“) byla v posledních letech zřejmě nejvýznamnějším, i když neúspěšným, pokusem o vytvoření mnohostranného instrumentu komplexně upravujícího mezinárodní investice a jejich ochranu.

MAI byla vypracována OECD, ale k dohodě mohli přistoupit i státy, které nejsou členy OECD. Vyjednávání o MAI začalo v září 1995 a skončilo na konci roku 1998. Největším problémem se stala zřejmě komplexnost dohody a ustanovení o životním prostředí, pracovních právech a standardech, úpravou

¹⁹ The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text (as of 24th April 1998), OECD, 1998

investičních pobídek a akcentem na ochranu věcí kulturních a všeobecného rozvoje.²⁰²¹ MAI tedy pouze neshrnula „tradiční“ úpravu mezinárodních investic, ale přišla s mnoha novými tématy, což se jí nakonec stalo osudné. Další komplikací bylo, že International Chamber of Commerce, jako jeden z nevlivnějších hráčů mezinárodního obchodu, upřednostňovala přístup Světové obchodní organizace („WTO“) k investicím před OECD. Poslední tečkou za MAI bylo prohlášení Francie v říjnu 1998, že odstupuje od vyjednávání o MAI, kterému předcházela silná mediální protestní kampaň různých zájmových skupin.²²

Přes výše uvedené problémy je možno říct, že definice investice, obsažená v MAI shrnuje vývoj pojmu mezinárodní investice k datu jejího vzniku a zahrnuje také různé instrumenty, jež byly smlouveny v první polovině devadesátých let, která byla mimořádně úspěšná na vytváření mnohostraných dohod.²³

„Investicí se rozumí:

jakýkoliv majetek vlastněný nebo přímo či nepřímo kontrolovaný investorem zahrnuje:

- i) podnik (ať už jako právnickou osobu nebo jinou jednotku vytvořenou nebo uspořádanou podle použitelného práva smluvní strany bez ohledu na to, zda byla vytvořena za účelem zisku a bez ohledu na to, zda je vlastněná soukromě nebo vlastněna či kontrolována vládou a zahrnuje společnosti, trusty, spolupráce, univerzální vlastnictví, pobočky, joint venture, sdružení nebo organizace);*
- ii) obchodní podíly, akcie nebo jiné formy majetkové účasti v podniku a práva z nich odvozená;*
- iii) obligace, dluhopisy, úvěry a jiné formy pohledávek a práv z nich odvozených;*
- iv) práva ze smluv, zahrnujících dodávky na klíč, stavby, management, výrobu*

²⁰ Joachim Karl, On the Way to Multilateral Investment Rules – Some Recent Policy Issues, in ICSID Review : Foreign Investment Law Journal, 2002; 17 (2), str. 294

²¹ Poměrně silný byl především odpor USA a Japonska. pozn. autora

²² Jan Huner, The Multilateral Agreement on Investment and the Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, in Menno T. Kamminga and Saman Zia-Zarifí (eds.), Liability of Multinational Corporations under International Law, str. 197-205.

²³ viz. např. začlenění práva duševního vlastnictví (v definici bod vi) reflektuje upravu TRIPS (Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights) vyjednaného WTO. pozn. autora

- nebo smlouvy se sdíleným ziskem;*
- v) *pohledávky na peněžní plnění nebo nároky na smluvní plnění;*
 - vi) *práva duševního vlastnictví;*
 - vii) *práva přiznaná právem nebo smlouvou jako koncese, licence, autorizace a povolení*
 - viii) *jakýkoliv jiný hmotný či nehmotný, movitý a nemovitý majetek a jakákoliv jiná majetková práva jako nájemní práva, hypotéky, práva zástavní a záruční.*²⁴

Po neúspěchu OECD s MAI se diskuze ohledně mnohostrané smlouvy o investicích obrátila směrem k WTO a na její pracovní skupinu zaměřenou na obchod a investice. Mandát této pracovní skupiny byl ovšem 1. srpna 2004 omezen pouze na obchod, když se mezi členy nepodařilo vyjednat konsensus na Cancúnské konferenci v roce 2003.

2.2.2. Definice investice v dvoustranných dohodách o podpoře a ochraně investic

Dvoustranné investiční dohody jsou dohody mezi dvěma státy o vzájemné podpoře a ochraně mezinárodních investic, ve kterých se státy zavazují, že budou podporovat a vytvářet příznivé podmínky pro investory druhé smluvní strany k investování kapitálu na svém území a s ohledem na ustanovení svých právních řádů budou takové investice povolovat.²⁵

V současné době leží úprava ochrany investic téměř výhradně v bilaterálních investičních dohodách. Tyto dohody zažili největší rozmach v devadesátých letech dvacátého století²⁶ a jejich počet neustále roste.²⁷

²⁴ supra 19, článek II(2)

²⁵ UNCTAD definuje bilaterální investiční smlouvy na svých webových stránkách http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx takto: „Bilateral investment treaties (BITs) are agreements between two countries for the reciprocal encouragement, promotion and protection of investments in each other's territories by companies based in either country.“

²⁶ viz. příloha 1

²⁷ V roce 2005 počet dvoustranných úmluv přesáhl 2500. - UNCTAD, World Investment Report

Záleží tedy především na smluvních stranách dohody, co jako investici označí. V současné době je vymezování pojmu investice v bilaterálních smlouvách obdobné. Rozdíly jsou především mezi bilaterálními investičními smlouvami evropského a amerického typu.

Charakteristickým rysem amerických dohod je značná rozsáhlost, detailní rozpracování jednotlivých okruhů úpravy a na druhé straně podrobnost až konkrétnost uvaděných demonstrativních výčtů v případě definic či specifikaci možných jednání. Zatímco Dohoda mezi Českou Republikou a Bahrajnem²⁸ má 11 stran a 13 článků, modelová smlouva USA se skládá z 37 článků na 36 stranách textu.

Bilaterální investiční smlouvy, pokud se týka vymezení investice obsahují zpravidla část syntetickou (obecnou) a část analytickou²⁹. V části syntetické je investice definována generálně, v části analytické je poté uveden taxativní výčet věcí a práv, jež mohou tvořit investici s tím, že vždy jde o výčet demonstrativní.

Vymezení investice ve smlouvách evropského typu

Česká republika

Nejnověji platná bilaterální smlouva o podpoře investic³⁰ je Dohoda mezi vládou České Republiky a vládou Království Bahrajn o podpoře a ochraně investic³¹, která vstoupila v platnost dne 11. prosince 2009.

Investice je vymezena v článku 1 bodu 1 Dohody:

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

(a) movitý a nemovitý majetek, jakož i všechna majetková práva, jako jsou hypotéky,

(2006) XVII

²⁸ infra 30

²⁹ Šturma, op.c., str. 22

³⁰ k dni 23. března 2010

³¹ Dohoda mezi vládou České Republiky a vládou Království Bahrajn o podpoře a ochraně investic, 15. října 2007, 117/2009 Sb.

zástavy nebo záruky;

(b) akcie, obligace a nezajištěné dluhopisy společností nebo jakékoli jiné formy účasti ve společnostech;

(c) peněžní pohledávky nebo nároky na jakékoli plnění na základě smlouvy mající finanční hodnotu a související s investicí;

(d) práva z oblasti duševního vlastnictví včetně ekonomického využití autorských práv, práv z ochranných známek, patentů, průmyslových vzorů, technických postupů, know-how, obchodních tajemství, obchodních jmen a goodwill, spojená s investicí;

(e) jakékoli právo vyplývající ze zákona nebo ze smluvního ujednání a jakékoli licence a povolení vydaná podle zákona, včetně koncesí k průzkumu, těžbě, kultivaci nebo využití přírodních zdrojů;

(f) Islámské investiční fondy.

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

Tato definice může být považována za typickou definici investice, tak jak ji v dvoustranných investičních dohodách používá Česká Republika, samozřejmě s výjimkou písmena (f), islámských investičních fondů.

Francie

„1. Termín investice označuje všechny druhy majetku, jako jsou zboží, práva a obchodní podíl jakékoliv povahy, včetně práv k majetku, nabytých nebo užívaných za účelem ekonomického prospěchu nebo jiných obchodních důvodů a zahrnuje zejména, nikoliv však výlučně:

(a) Movitý a nemovitý majetek stejně jako všechny ostatní věcná práva jako jsou hypotéky, zástavní práva, práva poživací, záruční práva a podobná práva;

(b) Obchodní podíl, odměn z podílu a jiných druhů účasti , včetně podílů minoritních a nepřímých, ve společnostech založených na území jedné ze smluvních stran;

(c) Tituly k peněžní hotovosti a dluhopisům nebo tituly k jakémukoliv legitimnímu jednání mající ekonomickou hodnotu;

(d) Duševní, komerční a průmyslová majetková práva jako jsou autorská práva, patentů, licencí, ochraných známek, průmyslových vzorů, technických postupů, know-how, obchodních názvů a goodwill;

(e) Práva odvozená z jakékoliv propůjčené koncese;

V souladu s definicí výše uvedenou, jakákoliv změna formy, ve které je majetek investován nebude mít vliv na jeho charakter jakožto investice za předpokladu, že takováto změna není v konfliktu s právním řádem smluvní strany na jejímž území nebo v jejíchž vodách je investice umístěna.

Za investici se nepovažují pohledávky na finanční prostředky získané výlučně z komerčních transakcí uskutečněných výhradně za účelem prodeje zboží nebo služeb státním příslušníkem nebo právní osobou jedné smluvní strany státnímu příslušníkovy nebo právní osobě druhé smluvní strany, úvěry na financování komerčních transakcí jako jsou obchodní úvěry a jiné úvěry s dobou splatnosti méně než tři roky, stejně jako úvěry poskytované státu nebo státnímu podniku. Avšak toto se neuplatní na úvěry či půjčky poskytnuté investorem jedné smluvní strany podniku druhé smluvní strany, který je vlastněn nebo kontrolován tímto investorem.³²

Definice investice v dohodě mezi Francií a Mexikem je obsáhlejší a zejména širší než definice dalších dvou touto prací zkoumaných definic evropského modelu bilaterální investiční smlouvy.

Větší šíře je daná článkem 1, písmeno (b). Je zde explicitně vyjádřeno, že za investici jsou považovány i formy účastenství zahrnující minoritní a nepřímý podíl. Toto rozšíření není typické pro bilaterální investiční dohody. Nenajdeme ho ani v modelové smlouvě USA. Toto rozšíření definice může mít přímý dopad na velké množství subjektů, které jsou takto postaveny na roveň investorům, tak jak jej obecně definuje majoritní část bilaterálních investičních dohod po celém světě. Jejich ochrana je tudíž logicky značně posílena.

Definice investice je v tomto případě, oproti běžné kontrakční konstrukci, obsáhlejší. Kromě části syntetické a analytické najdeme v čl.1 také definici negativní, ve které se vypočítávají formy přeshraničních komerčních transakcí, které nejsou podle této Dohody investicemi, a proto se na ně ochrana poskytovaná investicím nevztahuje.

Německo

V bilaterální investiční dohodě mezi Německem a Egyptem je definice uvedena

³² Agreement between the Government of the Republic Of France and the Governmenr of the United Mexican States on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, čl.1

v článku 1 spolu s definicí jiných, v úmluvě používaných, termínů.

„Pro účely této dohody

1. termín „investice“ znamená jakýkoliv druh majetku založený nebo nabytý investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu se zákony a předpisy druhé smluvní strany zahrnující, nikoli ovšem výlučně:

(a) movitý a nemovitý majetek stejně jako vlastnická práva, jako jsou hypotéky, zástavní práva, práva záruční, užívací práva a podobná práva;

(b) obchodní podíly a jiné druhy účasti ve společnostech;

(c) peněžní pohledávky a pohledávky k jednání mající ekonomickou hodnotu;

(d) práva duševního vlastnictví jako jsou autorská práva, patenty, průmyslové vzory, obchodní známky, obchodní tajemství, technické postupy, know-how a dobrá pověst;

(e) obchodní koncese podle veřejného práva, včetně koncese k hledání, dobývání a těžbě přírodních zdrojů.

*Změna formy, ve které je majetek investován nebude mít vliv na jeho charakter jako investice.*³³

Definice obsahuje klasickou syntetickou část, po níž následuje část analytická. Za pozornost zde stojí především písmeno (e), kde se u zahrnutí koncese do pojmu investice explicitně uvádí koncese k hledání, dobývání a těžbě přírodních zdrojů.

Stejně tak učinila i Česká Republika ve výše citované dohodě s Bahrajnem. Zatímco ovšem Česká Republika hledání, dobývání a těžbu nerostných surovin výslovně zmiňuje pouze v definici investice u koncesí, německá strana v dohodě s Egyptem neopomenula na takovéto získávání surovin ani v čl.3(2) v ujednáních o doložce národního zacházení a doložce nejvyšších výhod³⁴. Německá úprava je tedy detailnější a přesnější, což ve světle nálezů rozhodčích tribunálů, které často zkoumají každé slovo smluvního textu, vede k větší přesnosti a tedy i k lepší ochraně německých investorů a

³³ Agreement between the Arab Republic of Egypt and the Federal Republic of Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 16. června 2005, čl. 1

³⁴ viz. níže pojednání o doložce nejvyšších výhod v případě Dohody mezi Německem a Egyptem

jejich investic.

Vymezení investice ve smlouvách amerického typu

V modelové bilaterální investiční smlouvě USA z roku 2004³⁵ je ve výkladovém článku 1 uvedena definice investice pro potřeby dohody:

„Investicí se rozumí jakýkoliv majetek, který investor kontroluje, přímo či nepřímo, který má povahu investice, s takovými charakteristickými rysy jako je poskytnutí kapitálu nebo zdrojů, očekávání příbytku nebo zisku, nebo přijetí rizika. Formy, jaké investice může mít, zahrnují:

(a) podnik;

(b) obchodní podíly, akcie nebo jiné formy majetkové účasti v podniku;

(c) obligace, dluhopisy, jiné formy pohledávek a úvěry;

(d) futures, opce a jiné finanční deriváty;

(e) dodávky na klíč, stavby, management, výrobu, koncese, sdílený zisk a jiné podobné produkty;

(f) práva duševního vlastnictví;

(g) licence, autorizace, povolení a podobná práva propůjčená na základě národního práva;

(h) jiný hmotný nebo nehmotný, movitý nebo nemovitý majetek a jakákoliv jiná majetková práva jako nájemní práva, hypotéky, práva zástavní a záruční.³⁶

Syntetická část definice investice v modelové dohodě USA vypočítává charakteristické rysy investice tak, jak o nich bylo pojednáno výše,³⁷ tedy poskytnutí kapitálu nebo zdrojů, očekávání příbytku nebo zisku a přijetí rizika. Tento ex abundante cautela výpočet vhodně ilustruje typický rys bilaterálních investičních úmluv uzavíraných Spojenými státy americkými – nadstandardně široký obsah ujednání a značně kasuistický způsob formulace.

³⁵ USA Model BIT Treaty 2004, dostupné na oficiálních internetových stránkách U.S. Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

³⁶ ibid. čl. 1

³⁷ viz. Charakteristické ekonomické rysy mezinárodní přímé investice v kapitole 1.1.1

V analytické části potom pod písmeny (d) a (e) lze najít formy investice, které evropské dohody typicky nejmenují. Písmeno (d) zahrnuje do pojmu investice finanční deriváty jako jsou opce a futures, písmeno (e) pak uvádí dodávky na klíč, sdílené zisky a podobné v současné době nejvyspělejší formy investic.

3. Historická východiska současného nazírání na ochranu poskytovanou mezinárodními investicím

Současný pohled na mezinárodní investice a jeho reflexe v mezinárodním právu je výsledkem střetu dvou teoretických přístupů k zahraničním investicím. Klasická ekonomická teorie zastávala názor, že zahraniční investice jsou jednoznačným přínosem pro hostitelský stát. Na druhou stranu teorie závislosti vychází z předpokladu, že aby země dosáhla rozvoje, musí se zbavit mezinárodních investorů a jejich investic.³⁸

Přestože obě teorie argumentují takovými statky jako jsou vzdělanost, životní úroveň a celkový rozvoj společnosti, nelze zapomínat na fakt, že všechny investice jsou uskutečňovány za účelem dosažení zisku. V jednotlivostech jde o zisk konkrétních společností, v makroekonomickém měřítku pak o ekonomickou a tržní sílu států a jejich mocenské postavení ve světě. Na druhé straně znárodňování majetku, tedy klasické vyvlastnění bez náhrad, či za nejasných okolností způsobilo značné škody investorům a jejich akcionářům po celém světě.

Ze střetu těchto dvou pohledů na zahraniční investice se vyvinula střední cesta, která se snaží najít smírný kompromis mezi těmito kontrárními doktrínami.

Obě tyto protichůdné doktríny mají stále své zastánce a problematika tohoto sporu je stále aktuální³⁹, proto se jí v krátkosti věnuji.

³⁸ Šturma, op.c. str. 13-14

³⁹ Další velký spor mezi rozvojovými a rozvinutými zeměmi, označovaný jako dialog severu a jihu, proběhl v 70. letech 20. století v návaznosti na postuláty tzv. Nového mezinárodního ekonomického řádu, jenž ovšem nakonec zůstal pouze v rovině rétorické.

3.1. Klasická ekonomická teorie

Klasická ekonomická teorie vychází z premisy, že zahraniční kapitál přemístěný do hostitelské země navyšuje a uvolňuje prostředky hostitelského státu, které mohou být využity k prospěchu veřejnosti. Zřízení zahraniční investice má vést k rozvoji infrastruktury, přínosu technologií, přenosu know-how a profesních dovedností. Klasická ekonomická teorie je postavena čistě na ekonomických argumentech.

Tento předpoklad vedl k argumentu, že mezinárodní právo musí poskytovat ochranu zahraničním investicím, protože zvýšená ochrana povede k většímu přílivu zahraničních investic, což má vést k nastartování ekonomického rozvoje méně rozvinutých zemí.

Tato teorie založená na ekonomickém liberalismu a teoriích volného trhu byla silně prosazována vypělými pro-exportními, ekonomicky silnými státy v čele s USA a podporována takovými mezinárodními institucemi jako je Světová banka a Mezinárodní měnový fond.⁴⁰ Největšího rozmachu tato teorie dosáhla v 90. letech minulého století.⁴¹

Klasická ekonomická teorie byla také přejata v některých arbitrážních rozhodnutích. Ve věci *Amco v. Indonesia* se uvádí: „chránit investice znamená chránit obecný zájem rozvinutých a rozvojových zemí.“⁴²

Problémem je také snadnější korumpovatelnost hlavních představitelů (nejen politických, nýbrž i ekonomických) rozvojových států, kterou bohaté nadnárodní korupce mohou stimulovat a zajišťovat tak pro své investice vhodné podmínky. Tyto elity jsou poté spojenci nadnárodních korporací z osobních prospěchářských důvodů. Toto spojení ústí v útlak řadových obyvatel země. Nelze ovšem ani přehlédnout značný vliv, jež tyto korporace mají i v domácí zemi. Jejich značná vyjednávací síla formuje i postoje a kroky vlád rozvinutých zemí.

⁴⁰ M. Sornarajah, op.c. str. 51-55

⁴¹ viz. tabulka v kapitole 1.2.2

⁴² *Amco v. Indonesia* (1984), 23 ILM 351, str. 369 citováno v M. Sornarajah, op. c. , str. 56

3.2. Teorie závislosti

Teorie závislosti je prosazována především chudšími zeměmi a byla popularisovaná ekonomickými pracemi zemí latinské ameriky. Teorie vychází z názoru, že investice nadnárodních korporací, které mají sídla v rozvinutých státech operují pomocí svých poboček v rozvojových státech. Tyto korporace mají jednat v zájmu své mateřské společnosti a jejích akcionářů v domácí zemi. Teorie závislosti tedy dochází k opačnému závěru než Klasická ekonomická teorie. Zahraniční investice spíše než aby podporovaly rozvoj, udržují rozvojové země ve stavu stálé závislosti na vypělých ekonomikách rozvinutých států. Rozvoj je v periferních ekonomikách nemožný, dokud se nevymaní z područí velkých ekonomik, které je ovlivňují skrze zahraniční investice.⁴³

Dalším problémem pro rozvojové země je drastická exploatace nerostného bohatství ze strany investorů, alokace těžkého průmyslu s velkým množstvím nebezpečného odpadu, který by v domovském státě investora nemohl být provozován, či pouze za velmi přísných a nákladných podmínek, zneužívání levné práce obyvatel hostitelské země, minimální požadavky ze strany rozvojových států na zdravotní péči a pojištění zaměstnanců a podobné „výhody“ pro investory.

Teorie závislosti sloužila v historii (i nedávné) jako ospravedlnění značného množství znárodnění a stále živě ovládá dění v latinské americe. Zatímco liberalizační tendence po roce 2000 byly dílčím úspěchem snahy USA, Argentinská ekonomická krize a obavy o nerostné bohatství ve Venezuele a Chile sebou přinesly novou vlnu restrikcí a znárodnování, čímž vynesly argumenty teorie závislosti znovu na světlo.

3.3. Střední cesta

Jedná se o snahu najít vyváženou pozici mezi oběma teoriemi. Smyslem je, aby investorské země mohly využít surovinových zdrojů a levnější pracovní síly ke

⁴³Sornarajah, op. cit., str. 57-59

snížení nákladů, zatímco pro hostitelské země je příliv kapitálu, know-how a technologií základem pro nastartování rozvoje a dosažení hospodářského růstu.⁴⁴

V souvislosti s tímto „usmiřováním“ mezi státy bylo připuštěno, že nadnárodní korporace v některých případech zneužívají svého postavení a nedokonalosti právních předpisů v rozvojových zemích ke konání, které způsobuje škodu na životním prostředí, je v rozporu s lidskými právy, s právy pracovními a podobně.

Výsledkem je větší množství návrhů (drafts) různých kodexů a návodů upravujících jednání nadnárodních společností jako jsou např. Kodex chování nadnárodních společností OSN, Směrnice pro nadnárodní společnosti OECD, Normy o zodpovědnosti nadnárodních korporací a jiných komerčních podniků týkajících se lidských práv, zprávy Komise pro nadnárodní vynucování práva životního prostředí zřízená International Law Association, Deklarace o nadnárodních společnostech a sociální politice Mezinárodní organizace práce.

Pro všechny výše uvedené dokumenty platí, že nejsou právně závazné, nýbrž poskytují pouze vodítka pro jednání nadnárodních korporací.

⁴⁴ Šturma, op. cit, str. 13

4. . Zřizování investice

Vytvoření mezinárodní investice je komplexní problém zahrnující právo vstupu (right of admission), právo zřízení investice (right of establishment) a právo přístupu na trh (right of market access)⁴⁵. Mezi těmito kategoriemi je třeba rozlišovat.

Právo vstupu je základní právo, jímž hostitelská země dovolí investorovi se pohybovat na svém území. Toto právo může být časově omezené nebo bez časového omezení.

Právo přístupu na trh umožňuje investorovi obchodovat v hostitelské zemi, ale neuděluje právo zřídit trvalé obchodní zastoupení. Právo přístupu na trh může být dostačující v případě, že se investor účastní přeshraničního obchodu se zbožím, či službami nebo v případě obchodování pomocí elektronických transakcí.

Právo zřízení investice zajišťuje cizí osobě právo vstupu na území hostitelského státu a zřídit tam kancelář, filiálku nebo pobočku. Právo zřízení investice neobsahuje pouze právo obchodovat v hostitelském státě, nýbrž i právo zřídit tam trvalé obchodní zastoupení. Přiznání tohoto práva je esenciální pro investora, který má zájem působit v hostitelské zemi dlouhodobě.⁴⁶

⁴⁵ Muchlinsky, Ortino, Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, str. 229

⁴⁶ Ibid. 230-231

Realizace mezinárodní investice tak jak je definována v kapitole 1.2 vyžaduje právo zřízení, tedy nejširší soubor oprávnění, který v sobě obsahuje i právo vstupu a právo přístupu na trh. Ovšem i když toto bude případ většiny investic, nemusí tomu tak být vždy. V každém konkrétním případě bude třeba vycházet ze smluvní úpravy sjednané inter partes.

Rozhodnutí, zda stát na své území vpustí cizího investora může mít dalekosáhlé důsledky. Zejména jedná-li se o některého z velkých světových hráčů. Působení nadnárodních korporací na území státu může značně ovlivnit ekonomické výsledky a postavení státu. Přítomnost kapitálu investorů ve státě sebou nese mnohé užitečné efekty jako zvýšení zaměstnanosti, odborné vzdělávání občanů, zisk know-how a v neposlední řadě také zvýšený příjem státního fisku. Nelze ovšem přehlížet i možné negativní efekty. Hrozí ekonomická smrt menších národních subjektů podnikajících ve stejném odvětví, může dojít k ohrožení strategických zájmu státu (vlastnictví nedostatkových nerostných zdrojů), morálky (zejména ve státech se silnou náboženskou tradicí) i národní bezpečnosti. O různé typy investice může jednotlivý stát mít větší či menší zájem, např. těžký průmysl sice znamená zvýšený příjem pro státní pokladnu, ale ohrožuje přírodní bohatství a tedy příjmy z turismu apod.

Z těchto důvodů žádný stát nedovoluje neomezený a zcela bezbariérový přístup investic na své území. Stát proto využívá k regulaci přílivu investic právních nástrojů.

Během celého procesu vytvoření investice dochází k aplikaci několika právních úprav: „Při zřizování mezinárodní investice se uplatní právní řád státu, odkud se vyváží kapitál, právní řád hostitelského státu a konečně i mezinárodněprávní řád.“⁴⁷

Svou povahou je právo zřizovat investice standard zakazující diskriminaci. V případě investičních dohod amerického typu se uplatní měřítko rovnosti podle zásady národního zacházení a zásady zacházení podle doložky nejvyšších výhod již na předinvestiční fázi.⁴⁸ U smluv evropského typu je v

⁴⁷ Šturma, op.c., str. 38

⁴⁸ Viz. níže výklad o zřizování investice podle investičních smluv amerického typu.

předinvestiční fázi právo zřizovat investice ochranou proti zbytečně vyloženým nákladům na snahu zajištění přístupu investice do hostitelského státu.⁴⁹

4.1. Zřizování investice a normy obecného mezinárodního práva

Právo vstupu investice a zřizování investic na území hostitelského státu z pohledu obecného mezinárodního práva vychází z konceptu suverenity států nad svým územím.

„(...) in customary investment law, unaffected by treaty, the host state has an absolute right of control over the entry and establishment and the whole of process of foreign investment.“⁵⁰

Obecné mezinárodní právo tedy poskytuje státům moc rozhodnout, zda cizozemce na své území vpustí. Státy mohou stanovit nejrůznější podmínky a omezení pro vstup investic na své území. Z koncepce suverenity také vyplývá, že stát může klást na cizí investory nejrůznější podmínky a prosazovat restriktce.

Hostitelské země usilují o kontrolu nad vstupem a zřizováním zahraničních investic z důvodů ochrany národních ekonomických cílů, národní bezpečnosti, veřejného zdraví a bezpečnosti, veřejné morálky a jiných důležitých oblastí veřejné politiky. Tato kontrola je výrazem státní suverenity a ekonomického sebeurčení.⁵¹

Možnost uplatnění národního právního řádu k regulaci práva na vstup je pro stát nejjednodušší a nejflexibilnější řešení. Je ovšem omezena

⁴⁹ Muchlinsky, Ortino, Schreuer, op.c., str. 231

⁵⁰ „(...) podle mezinárodního práva obyčejového, pokud není ovlivněno mezinárodní smlouvou, má hostitelský stát absolutní právo kontroly nad vstupem a zřízením a celým vývojem mezinárodní investice“ Sornarajah, op.cit., str.97-98

⁵¹ Admission and Establishment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol.II) - E.99.II.D.10, 01/12/99, str. 11 dostupné na http://www.unctad.org/en/docs/iteiit10v2_en.pdf,

mezinárodními závazky státu. Je třeba přihlížet k závazkům mající svůj původ v obecném mezinárodním právu, mnohostraných instrumentech a dvoustraných dohodách o podpoře a ochraně investic.⁵²

Kromě schvrchovanosti nad územím vykonává stát i personální kompetence, tedy je svrchovaným subjektem vůči svým státním příslušníkům, fyzickým i právnickým osobám. V současném globalizovaném a ekonomicky propojeném světě může vzniknout obtíž při určení státní příslušnosti investora. Může dojít ke konfliktu mezi jednotlivými kritérii, které jsou v různých právních řádech států upraveny odlišně.⁵³ Jedná se o kritéria sídla, inkorporace a kontroly.⁵⁴ V případě investic se bude jednat především o problematiku státní příslušnosti právnických osob.

Státem právního sídla právnické osoby je stát, na jehož území je místo sídla uvedené ve statutu této osoby a odkud je obvykle řízena.

Místem inkorporace právnické osoby je stát, podle jehož právního řádu byla daná společnost zřízena a zapsána v firemním rejstříku.

Právnická osoba je podle kritéria kontroly příslušníkem státu, jehož občané vykonávají rozhodující vliv na tvorbu její vůle tím, že drží většinu akcií v předmětné společnosti.⁵⁵

Z rozsudku v případě Barcelona Traction⁵⁶ vyplývá, že stát může v rámci výkonu diplomatické ochrany převzít pouze nárok svého příslušníka. Je přitom třeba odlišit společnost od akcionáře. Pouze společnost může jednat ve všech věcech týkající se společnosti, takto široká oprávnění akcionář nemá. Stát tedy může uplatnit nárok v zájmu společnosti pouze pokud byla zřízena (inkorporována) podle jeho práva, i když je fakticky kontrolována cizinci. Naproti

⁵² Ibid.

⁵³ Zatímco Francie uznává princip sídla, USA vychází primárně z principu inkorporace.

⁵⁴ Šturma, op. cit., str. 28

⁵⁵ Čepelka, Šturma, Mezinárodní právo veřejné, Eurolex Bohemia, Praha 2003, str. 336-337

⁵⁶ Barcelona Traction, Light and Power Co., Belgie v Španělsko, ICJ Reports 1970, p.3 citováno z Hariss, Cases and Materials on International Law, London 2004, str. 632

tomu nemůže stát zasáhnout v prospěch svých akcionářů bez ohledu na to, jak velký je jejich podíl. Proto v některých investičních dohodách je sjednána klauzule stanovující, že se za příslušníky jedné ze stran považují ty právnické osoby, v nichž alespoň polovinu kapitálu drží její státní příslušníci.⁵⁷

4.2. Zřizování investice a mezinárodní smluvní úprava

Jelikož gros úpravy se nachází v mezinárodních dohodách, které samozřejmě můžou práva a povinnosti smluvních stran upravit odlišně od mezinárodního práva obecného, je třeba věnovat zvýšenou pozornost smluvní úpravě práv ke vstupu a zřízení investice.

Podle studie UNCTAD o vstupu a zřizování investic⁵⁸ lze rozdělit přístup k udělování práva vstupu a práva zřizování na pět hlavních kategorií:

1, „dohled nad investicemi“ - v tomto modelu stát uplatňuje plnou kontrolu nad vstupem a zřizováním investic.

2, „selektivní liberalizace“ je model, který umožňuje omezené právo vstupu a zřizování investic, a to pouze na průmyslová odvětví, která jsou uvedena v pozitivním výčtu dohody mezi smluvními stranami.

3, „regionální průmyslový program“, který umožňuje plné právo vstupu a zřizování investic na základě národního zacházení pro investory členských zemí regionální ekonomické organizace a to pouze za účelem naplňování takového programu.

4, „vzájemné národní zacházení“ je model, který poskytuje plné právo vstupu a zřizování investic založených na národním zacházení pro všechny fyzické i právnické osoby zapojené v přeshraniční obchodní aktivitě členských zemí regionální ekonomické organizace.

5, „kombinované zacházení podle doložky národního zacházení/doložky nejvyšších výhod“, které umožňuje plné právo vstupu a zřízení investice podle

⁵⁷ Šturma, op.c., str. 29

⁵⁸ Admission and Establishment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol.II) - E.99.II.D.10, 01/12/99 dostupné na http://www.unctad.org/en/docs/iteiit10v2_en.pdf

doložky národního zacházení nebo doložky nejvyšších výhod, je-li výhodnější, s výjimkou výčtu průmyslových odvětví, které jsou vypočteny jako odvětví, na která se tyto zásady nevztahují.⁵⁹

4.2.1. Zřizování investice podle NAFTA

Severoamerická dohoda o volném obchodu (zkráceně NAFTA z angl. North American Free Trade Agreement) je obchodní dohoda spojující Kanadu, USA a Mexiko se snahou omezit obchodní a celní bariéry a liberalizovat obchod. Ujednání týkající se zahraničních investic se nachází v páté kapitole.

NAFTA a její část pátá kapitola jedenáct je typickým příkladem kombinovaného zacházení podle doložky národního zacházení/doložky nejvyšších výhod.

V článku 1102 se stanoví režim národního zacházení pro investice i investory a to již v předinvestiční fázi, tedy platí zde právo rovnosti s investory hostitelské země.

Článek 1103 stanoví režim zacházení podle doložky nejvyšších výhod pro investory a investice smluvních stran a to opět již od předinvestiční fáze.

Článek 1104 obsahuje ujednání o tom, že se smluvním stranám přiznává zacházení z článků 1102 a 1103 podle toho, které je pro investici nebo investora výhodnější.

V Článku 1106 následuje výčet tzv. Performance requirements, zakázaných požadavků na provozování investice, které vylučují ukládání restrikcí a podmínek ze strany hostitelského státu na investici/investora.

V případech, jako je NAFTA, kdy je investorům a investicím přiznáno národní zacházení, jak v předinvestiční fázi tak i po zřízení investice, práva státu umožňující kontrolu investice cizince na domácím území na základě obecného

⁵⁹ Ibid. str. 3-4

mezinárodního práva, jak je popsáno výše, jsou eliminovány. V takovém to případě smlouva, ať již regionální jako v případě NAFTA, tak i bilaterální jako v případě modelové investiční smlouvy USA z roku 2004, zcela vyčerpává úpravu zahraničních investic a státy nemají jiných práv (a samozřejmě taky povinností) než uvedených ve smlouvě.

4.2.2. Zřizování investic ve smlouvách evropského typu

Česká Republika

Dohoda mezi Českou Republikou a Bahrajnem⁶⁰ pojednává o zřizování investic v článku 2 bodu 1:

„Každý ze států smluvních stran bude podporovat a vytvářet příznivé podmínky pro investory státu druhé smluvní strany, aby investovali na jeho území, a bude takové investice připouštět v souladu se svým právním řádem.“

Jedná se tedy o vyjádření politické vůle povzbuzovat zřizování mezinárodních investic, avšak textace neobsahuje žádné omezení suverénního práva smluvních států povolit nebo odmítnout vstup zahraniční investice.⁶¹

Je tedy zcela přípustné vázat udělení práva k zřízení investice na splnění podmínek, dokonce je možné a běžné, že stát monitorují (angl. screening) potenciální zahraniční investice a vybírají si podle svých aktuálních zájmů.

Na druhou stranu je třeba podotknout, že takovéto prohlášení může v krajních případech být pro investora zcela bezcené, neboť nezavazuje hostitelskou zemi žádným způsobem k povolení vstupu a zřízení investice.

Francie a Německo

Dohoda Mezi Francií a Mexikem⁶², jakožto i Dohoda mezi Německem a

⁶⁰ Dohoda mezi vládou České Republiky a vládou Království Bahrajn o podpoře a ochraně investic, 117/2009 Sb.

⁶¹ Šturma, op.c., str. 46

⁶² Accord entre le gouvernement de la republique francaise et le gouvernement des etats unis

Egyptem⁶³ obsahují v podstatě totožnou klauzuli o zřizování investic jako Česká Republika. Toto se dá říci cum grano salis o všech bilaterálních investičních dohodách evropského typu.

Ujednání, které ve zde analyzované dohodě České Republiky chybí, se týká povolení vstupu na území kontrahentů investorům a pracovníkům druhé strany v souvislosti s investicí. Toto ujednání je řazeno do článku o zacházení s investicemi.

Dohoda mezi Francií a Egyptem, článek 4 bod 4:

“V souladu se svým právním řádem budou smluvní strany benevolentně přezkoumávat žádosti o vstup a povolení k pobytu, práci a cestování státních příslušníků smluvní strany v souvislosti s investicí zřízenou na území nebo ve vodách druhé smluvní strany.”

Dohoda mezi Německem a Egyptem, článek 3 bod 5:

“Smluvní strany budou v souladu se svým právním řádem s porozuměním posuzovat žádosti o vstup a přechodný pobyt osob kterékoliv smluvní strany, která bude chtít vstoupit na území druhé smluvní strany v souvislosti s investicí, to samé se bude týkat zaměstnaných osob kterékoliv smluvní strany, které v souvislosti s investicí chtějí vstoupit na území druhé smluvní strany a přechodně zde být zaměstnány. Žádostem o pracovní povolení budou také posuzovány s porozuměním.”

4.2.3. Zřizování investic ve smlouvách amerického typu

Textace ustanovení o zřizování mezinárodních investic v modelové investiční smlouvě USA z roku 2004 je v podstatě shodná s textem části 5 kapitoly 11 NAFTA jak je uvedeno výše.

mexicains sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements, 12.listopad 1998

⁶³ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Arab Republik Egypt über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, 16. červen 2005

Je obtížné určit, zda garance práva na vstup v liberálním pojetí poskytuje více výhod státům než evropský model, vyznačující se velkou flexibilitou a možností výrazně ovlivnit podíl a skladbu zahraničních investic ve státě. V každém případě si musí vlády uvědomit, že závazky z bilaterálních investičních smluv jsou dlouhodobé a ve velké většině případů nehledí na změny ekonomických podmínek.

5. Režimy zacházení s mezinárodními investicemi

5.1. Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení

Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení obsahuje v podstatě negativní závazek nebránit právními či faktickými překážkami zahraničnímu investorovi ve výkonu jeho majetkových práv v rozsahu odpovídajícímu tzv. minimálnímu standardu zacházení podle mezinárodního práva.⁶⁴

Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení je obvyklou součástí bilaterálních smluv, ale vyskytuje se také v celé řadě multilaterálních a regionálních úmluv. Tuto zásadu lze nalézt mimo jiné také v čl. 48 Modelové smlouvy OSN⁶⁵, či v části čtvrté Mnohostranné dohody o investicích⁶⁶. Z regionálních hospodářských a obchodních úmluv je možno požadavek spravedlivého a rovnoprávného zacházení nalézt např. v článku 1105 (1) NAFTA nebo článku 10 (1) Energetické charty.

Ustanovení zavádějící zásadu spravedlivého a rovnoprávného zacházení jsou ve velké většině poměrně strohé a sama slova spravedlivý a rovnoprávný jsou značně neurčitá. Nicméně díky doktríně a rozhodovací praxi arbitrážních tribunálů v posledních deseti letech se pohled na obsah zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení, resp. minimální standard zacházení sjednocuje.

⁶⁴ Šturma, op. c., , str. 50

⁶⁵ Draft United Nations Code on Conduct on Transnational Corporations

⁶⁶ The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text (as of 24th April 1998), část IV.oddíl 1., bod 1.1, OECD, 1998

Prof. Ch. Schreuer píše: „I když spravedlivost a rovnoprávnost zacházení mohou připomínat mimo právo stojící koncepce spravedlnosti a rovnosti, neměly by tyto právní termíny (v rozhodovací praxi)⁶⁷ být zaměňovány s rozhodováním podle zásady ex aequo et bono. Jedná se o právní koncept, umožňující interpretaci a aplikaci tribunálem bez zmocnění stranami k rozhodování podle ekvity.“⁶⁸ Toto své tvrzení podporuje mimo jiné rozhodnutím tribunálu v případě ADF Group⁶⁹, kde se uvádí:

„(Rozhodování o tom, byla-li porušena zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení)⁷⁰ musí být ukázněné tím, že je založeno na základě praxe států a soudních či rozhodčích judikátů a jiných zdrojů obyčejového či obecného mezinárodního práva.“⁷¹

Ve věci MTD v Chile tribunál došel k závěru, že v bilaterálních investičních dohodách má být zásada rovnoprávného a spravedlivého zacházení interpretována takovým způsobem, aby co nejlépe naplnila cíle investiční dohody, poskytovala ochranu investicím a vytvářela příznivé podmínky pro investování.⁷²

5.1.1. Pojetí zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení

V současné době lze najít dvě pojetí zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení v investičních vztazích. Jedná se o pojetí

1. doslovný výklad
2. pojetí, které dává rovnítko mezi zásadu spravedlivého a rovnoprávného zacházení a minimálním standardem podle mezinárodního práva

⁶⁷ vloženo autorem

⁶⁸ Schreuer, Ch., Fair and equitable Treatment in Arbitral Practice, in 6 JWIT (2005), str. 365

⁶⁹ ADF Groupe, Inc v. United States of America, Rozhodnutí, ICSID, 9. ledna 2003

⁷⁰ vloženo autorem

⁷¹ případ ADF Groupe, supra 69, odstavec 184

⁷² MTD Equity and MTD Chile v Republic of Chile, Award, 25. květen, 2004, čl. 105

Doslovný výklad

Tato teorie vychází z doslovného jazykového výkladu ustanovení obsahující zásadu spravedlivého a rovnoprávného zacházení. Podstatným tedy je, zda konkrétní zacházení s investorem je či není spravedlivé a rovnoprávné.⁷³ Jakékoliv diskriminační opatření hostitelského státu může být posouzeno jako porušení standardu spravedlivého a rovnoprávného zacházení. Tento přístup také lépe odpovídá pojetí interpretace smluvních ustanovení v mezinárodním právu než 2. přístup k výkladu.

Problémem doslovného výkladu je ovšem značná neurčitost termínů spravedlivý a rovnoprávný. Tento problém ještě více nabírá na intenzitě, pokud se jedná o vztah mezi hostitelským státem a investorem, resp. domácím státem, jenž vycházejí z rozdílných kulturních a zejména právních tradic či systémů. Obecný nesoulad náhledu na mezinárodní právo mezi vyspělými a rozvojovými zeměmi, je všeobecně známý a u tak subjektivních termínů jako je spravedlnost a rovnoprávnost lze nesoulad výkladu mezi smluvními stranami předpokládat s velkou jistotou.

Na druhou stranu nevyhraněnost pojmů spravedlivý a rovnoprávný lze považovat i za výhodné řešení. Většina bilaterálních smluv je připravována dopředu jako smlouvy obecného charakteru, jež mají pokrýt velice široký počet případů, které nejsou dopředu kontrahentům známy a přitom jsou zároveň na tyto situace přímo aplikovatelné.⁷⁴ Státy a stejně tak investoři proto mohou volit spravedlnost a rovnoprávnost jako obecný rámec zacházení s investicí, který nutně nemusí poskytnout detailní a priori řešení všech v budoucnu se vyskytнувších otázek, ale současně poskytne možnost případný spor rozhodnout na základě informací obou stran a po posouzení jejich věrohodnosti a příležitosti třetí stranou objektivně rozhodnout.

⁷³ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III), str. 10

⁷⁴ Ibid, str. 11

Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení jako synonymum minimálního standardu zacházení

Druhý doktrinární výklad vychází z toho, že mezi zásadou spravedlivého a rovnoprávného zacházení a požadavkem minimálního standardu zacházení podle mezinárodního práva⁷⁵ lze dáti rovnítko. Tento přístup je aplikován především ve sporech uvnitř NAFTA:

„Koncepty „spravedlivého a rovnoprávného zacházení“ a „plné ochrany a bezpečnosti“ nevyžadují zacházení přesahující zacházení, které je vyžadováno dle minimálního standardu zacházení s cizinci dle obyčejového mezinárodního práva.“⁷⁶

„Při této interpretaci se vychází z pojetí, že podle obyčejového mezinárodního práva požívají investoři určitou úroveň zacházení a případné jednání, které nedosahuje oné úrovně, dává vzniknout odpovědnosti na straně státu.“⁷⁷

Silnou stránkou tohoto pojetí je fakt, že minimální standard zacházení je dlouho používaný pojem mezinárodního práva a existuje zde velké množství judikátů i doktrinárních studií požívajících značné autority.

UNCTAD ve své studii uvádí dva hlavní problémy tohoto pojetí koncepce zásady spravedlnosti a rovnosti. Za prvé, pokud by státy měly na mysli minimální standard zacházení, není důvod, proč by jej tak *expressis verbis* neoznačily a namísto toho uváděly zásadu spravedlivého a rovnoprávného zacházení. Za druhé, záměna těchto dvou termínů nereflektuje rozpol mezi vyvinutými a vyvíjejícími se státy ohledně sporu o tom, zda-li je minimální standard zacházení součástí mezinárodního obyčejového práva.⁷⁸

Shrnutí

Pokud neexistuje spolehlivý a prokazatelný důkaz opaku, je třeba vycházet z toho, že standard zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení je autonomní koncept. Nicméně se oba standardy významně překrývají a za určitých okolností mohou být téměř identické, zejména při posuzování jejich

⁷⁵ viz. níže Minimální standard v judikatuře

⁷⁶ NAFTA Free Trade Commission, čl.2(2), Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31. červen, 2001

⁷⁷ supra 73, str. 13

⁷⁸ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III), str. 13

nedodržení ze strany arbitrážních tribunálů.⁷⁹ Ke stejnému závěru dochází i studie UNCTAD.⁸⁰ Lze tedy shrnout, že pokud dojde k porušení minimálního standardu zacházení podle mezinárodního práva, např. v důsledku jednání mala fide, úmyslné nedbalosti, jednání v nesouladu s řádným zákonným postupem, může být tímto jednáním velmi dobře porušena také zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení. Nicméně nejedná se o jedinou představitelnou možnost porušení této zásady.

Toto pojetí však bylo odmítnuto Komisí NAFTA, která došla k závěru, že se nejedná o vyšší standard zacházení, než jaký vyplývá z minimálního standardu tak jak je uznáván v mezinárodním obyčejovém právu.⁸¹

I když se v posledních letech začínají množit judikáty zabývající se zásadou spravedlivého a rovnoprávného zacházení, jsou oba výše uvedené výklady stále aktuální. Zcela jasný a jednotný výklad neexistuje ani mezi tradičně silnými proexportními státy, natož ve vztazích mezi vyspělými a rozvojovými zeměmi.

5.1.2. Minimální standard zacházení podle mezinárodního práva

Shrnující definici minimálního standardu lze nalézt např. v rozhodnutí ICSID arbitrážního tribunálu v případě Waste Management, Inc v Mexico II z 30. dubna 2004:

„Případy S.D. Myers, Mondev, ADF a Loewen ukazují, že minimální standard zacházení podle mezinárodního práva podle zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení není dodržen v případě, že dojde k jednání přičitatelnému státu a škodlivému pro navrhovatele, pokud toto jednání je svévolné, hrubě nespravedlivé, protiprávní nebo idiosynkratické, diskriminační a vystavující navrhovatele skupinovým či rasovým předsudkům nebo jednání

⁷⁹ Schreuer, Ch., Fair and equitable Treatment in Arbitral Practice, in 6 JWIT (2005), str. 364

⁸⁰ „These considerations point ultimately towards fair and equitable treatment not being synonymous with the international minimum standard. Both standards may overlap significantly (...)“ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III), str. 40

⁸¹ Sornarajah, op.c. str. 148

v nesouladu s řádným zákonným postupem vedoucím k nekorektnímu soudnímu rozhodnutí – tak tomu může být v řízení, které prokazuje nedostatek přirozené spravedlnosti v soudním řízení, nebo netransparentnost a zaujatost ve správním řízení. Pro aplikaci tohoto principu je podstatné, že došlo k porušení záruk učiněných hostitelským státem na něž se navrhovatel důvodně spoléhal.^{82 83}

5.1.3. Formulace Zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení ve smlouvách evropského typu:

Česká Republika

V dohodách evropského typu je zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení deklarována jako základní způsob zacházení s investicí a investory obecné povahy, která je dále doplněna ustanovením o národním zacházení a zacházením dle doložky nejvyšších výhod.

Jednou z prvních bilaterálních smluv o ochraně investic, kterou je česká Republika vázána, byla Dohoda mezi ČFSR a VB o ochraně a podpoře investic⁸⁴ ze dne 26. října 1992. V článku 2 odstavci 2. se uvádí:

„Investicím investorů každé smluvní strany bude vždy zajištěno spravedlivé a rovnoprávné zacházení a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany. Žádná ze smluvních stran nebude žádnými neoprávněnými nebo

⁸² Waste Management Inc v Mexico, Award, ICSID Case No 2 ARB(AF)/00/3; IIC 270 (2004), čl. 98

⁸³ Taken together, the *S. D. Myers*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.

⁸⁴ Dohoda mezi vládou České a Slovenské Federativní Republiky a vládou Spojeného království Velké Británie a Severního Irska o podpoře a ochraně investic, 646/1992 Sb.

diskriminačními opatřeními zhoršovat řízení, udržování, užívání, využívání nebo disponování s investicemi investorů druhé smluvní strany na svém území.“

V článku tři potom následuje ustanovení o národním zacházení a doložce nejvyšších výhod.

Poslední ratifikovaná bilaterální smlouva o podpoře investic⁸⁵ je Dohoda mezi vládou České Republiky a vládou Království Bahrajn o podpoře a ochraně investic⁸⁶, která vstoupila v platnost dne 11. prosince 2009. Ta vymezuje zásadu spravedlivého a rovnoprávného zacházení v článku 2 odstavci 2:

„Investicím investorů každého smluvního státu bude za každých okolností poskytováno řádné a spravedlivé zacházení⁸⁷ a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území státu druhé smluvní strany.“

Francie

Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení ve smlouvě mezi Francií a Mexikem z 12. listopadu 1998⁸⁸ (účinná od 12. října 2000) je formulována v článku 4, nazvaném Ochrana a zacházení s investicemi:

„Každá ze stran poskytne a zajistí investicím investorů druhé strany na svém území a ve svých vodách spravedlivé a rovnoprávné zacházení v souladu s principy mezinárodního práva a zajistí, že výkonu práv takto přiznaných nebude bráněno právně ani praxí.“

Francouzské bilaterální smlouvy tedy spojují zásadu spravedlivého a rovnoprávného zacházení s principy mezinárodního práva. Zajímavé je srovnání s modelovou smlouvou USA, viz výše. Modelová smlouva USA

⁸⁵ k dni 23. března 2010

⁸⁶ Dohoda mezi vládou České Republiky a vládou Království Bahrajn o podpoře a ochraně investic, 117/2009 Sb.

⁸⁷ I přes jinou českou terminologii oficiální anglická verze tohoto dokumentu uvádí „fair and equitable treatment“ (viz. znění této dohody na stránkách ministerstva financí ČR <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/Bahrajn-angl.pdf>). Výraz řádné a spravedlivé zacházení tedy odpovídá termínu spravedlivého a rovnoprávného zacházení.

⁸⁸ Accord entre le gouvernement de la republique francaise et le gouvernement des etats unis mexicains sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements, 12.listopad 1998

odkazuje na obyčejové mezinárodní právo, naproti tomu dikce bilaterálních smluv Francie se takto neomezuje, nýbrž zahrnuje všechny zdroje mezinárodního práva.

V článku 4 smlouvy je poté dále ustanovena zásada národního zacházení, zásada zacházení podle doložky nejvyšších výhod a zásada plné ochrany a bezpečnosti.

Německo

V bilaterální smlouvě mezi Německem a Egyptem⁸⁹ z 16. června 2005 se v článku 2 nazvaném Podpora a ochrana investic v odstavci 2 stanoví:

“Každá ze stran na svém území za všech okolností přiznává investicím investorů druhé strany spravedlivé a rovnoprávné zacházení spolu s plnou ochranou podle této smlouvy.”

Toto ustanovení je rozvedeno dále v odstavci 3 článku 2 smlouvy:

“Žádná ze smluvních stran nebude žádnými neoprávněnými nebo diskriminačními opatřeními zhoršovat řízení, udržování, užívání, využívání nebo disponování s investicemi investorů druhé smluvní strany na svém území.”

Zásada národního zacházení, zásada zacházení podle doložky nejvyšších výhod jsou ujednány v článku 3, zásada plné ochrany a bezpečnosti v článku 4. Standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení je tedy koncipován zcela samostatně a odděleně od ostatních standardů, což v přímém kontrastu s modelovou smlouvou USA může poukazovat na odlišné pojetí koncepce zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení.⁹⁰

⁸⁹ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Arab Republik Egypt über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, 16. červen 2005

⁹⁰ viz. výše výklad o pojetích zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení

5.1.4. Formulace Zásady spravedlivého a rovnoprávného zacházení ve smlouvách amerického typu:

V Dohodě mezi USA a ČSFR o vzájemné podpoře a ochraně investic⁹¹ je požadavek spravedlivého a rovnoprávného zacházení ustanoven v článku II bodu 2.a :

„Investici bude vždy zajištěno spravedlivé a rovnoprávné zacházení a bude požívat plné ochrany a bezpečnosti a v žádném případě jí nebude přiznáno horší zacházení, než je v souladu s mezinárodním právem.“

Tento text vychází z modelové investiční dohody Spojených států z roku 1983⁹². V podstatě obdobné znění bylo obsaženo v modelové dohodě z roku 1994⁹³. V návrhu modelové dohody USA z roku 2004 dochází ke změně ve formulaci textu a k přidání doplňujících ustanovení výkladových.

„Článek 5: Minimální standard zacházení

- 1. Každá ze stran zajistí investici zacházení v souladu s obyčejovým mezinárodním právem, včetně spravedlivého a rovnoprávného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti.*
- 2. Odstavec 1 přisuzuje investicím minimální standard zacházení s cizinci dle mezinárodního obyčejového práva jako minimální standard zacházení s investicí. Zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení, zásada plné ochrany a bezpečnosti si nevyžadují žádného zvláštního nebo dodatečného zacházení, než poskytuje takovýto standard a nevytváří dodatečná hmotná práva. Závazek v odstavci jedna je poskytnout:*

⁹¹ Sdělení ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Spojenými státy americkými a Českou a Slovenskou Federativní Republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic, 187/1993 Sb.

⁹² Šturma, op.c., str.37

⁹³ „ Each party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and shall in no case accord treatment less favourable than that required by international law.“ Article II, bod 3a United States of America Model Draft Treaty, duben 1994

a, „spravedlivé a rovnoprávné zacházení“, které obsahuje závazek neupřít spravedlnost v trestním, civilním, nebo správním řízení v souladu s principem řádného soudního řízení vlastního základním právním systémům světa, a

b, „plnou ochranu a bezpečnost“, která vyžaduje, aby každá smluvní strana poskytla úroveň udržování pořádku, tak jak je vyžadován mezinárodním obyčejovým právem.

3. Zjištění, že došlo k porušení jiného ustanovení této dohody, nebo odlišné mezinárodní dohody, nezakládá zjištění, že došlo k porušení tohoto článku dohody.(...)“

Dohoda výslovně uvádí, že Článek 5 je třeba vykládat v souladu s přílohou A modelové smlouvy, která mimo jiné uvádí, že minimální standard zacházení s cizinci dle obyčejového mezinárodního práva odkazuje na všechny principy mezinárodního obyčejového práva, které chrání ekonomické práva a zájmy cizinců.⁹⁴

V Dohodě mezi USA a ČSFR o vzájemné podpoře a ochraně investic, která odpovídá modelové BIT smlouvě USA, je tedy kombinována zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení se zásadou plné ochrany a bezpečnosti a celá právní konstrukce je dále podpořena ujednáním, že strany smlouvy se zavazují, že v žádném případě neposkytnou investici zacházení méně příznivé než takové, které vyžaduje obecné mezinárodní právo.

Takovýto kombinovaný standard ukazuje na snahu USA, pokryt *expressis verbis* veškeré možnosti takovým způsobem, aby se americkým investicím dostalo nejvyšší možné ochrany a to za všech okolností.

⁹⁴ „The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.“

5.2. Zásada národního zacházení

Zásada národního zacházení je smluvní ujednání, ve kterém se smluvní strany v takzvané národní doložce zavazují “poskytnout na svém území investorům druhé smluvní strany, pokud jde o jejich investice a činnosti s těmito investicemi spojené, zacházení ne méně příznivé, než přiznává v souladu se svým právním řádem svým investorům.”⁹⁵

Smyslem zásady národního zacházení je zavázat hostitelský stát, aby se zdržel jakéhokoliv negativního rozlišování mezi cizím a domácím investorem pokud se týká vydávání a aplikace právních předpisů a regulací. Tím se dostává zahraniční investor na úroveň domácího podnikatele.

Na druhou stranu pozitivní rozlišování, tedy zacházení příznivější než přiznává svým investorům je přípustné. V případě, že zacházení státu se svými investory je méně příznivé, než jaké vyžaduje mezinárodní právo, zejména minimální standard zacházení, je stát povinen poskytnout cizím investorům příznivější.⁹⁶

U evropských bilaterálních dohod se zásada národního zacházení vztahuje až na fázi po založení investice. U některých bilaterálních smluv, zejména těch uzavíraných zeměmi silně prosazujícími liberalizaci, jako je USA a Kanada, se zásada národního zacházení uplatní již ve fázi před založením investice.

Ve fázi před založením investice vytváří zásada národního zacházení právo na vstup do hostitelského státu a právo založit podnikání.⁹⁷ Ve fázi po založení investice je s cizím investorem zacházeno stejně jako s domácím, což přináší investorům mnoho výhod, neboť státy často kladou zahraničním obchodníkům různá omezení jako vývozní kvóty a kupní podmínky, které se na domácí obchodníky a jim na roveň postaveným investorům druhé smluvní strany nevztahují. Zásada národního zacházení je tedy významným nástrojem

⁹⁵ Šturma, op.c., str. 51

⁹⁶ Toto pojetí bylo velmi silně odmítáno ze stran rozvojových zemí. Nový ekonomický řád zcela odmítal, že by cizí investor měl být chráněn mezinárodním právem a mělo mu být poskytnuto zacházení zcela stejné jako domácím investorům podle národního práva .

⁹⁷ Sornorajah, op.c., p.320

liberalizace pohybu kapitálu.

Zájem na liberalizaci pohybu kapitálu ovšem nevylučuje zájem státu na kontrole pro něj klíčových ekonomických a bezpečnostních odvětví. Aby nedošlo k porušení zásady národního zacházení, je třeba, aby tyto sektory byly vyňaty z režimu zacházení podle národní doložky. Typickým případem je vynětí částí zbrojírenského průmyslu, trestněprávní ochrany obyvatelstva, životního prostředí apod.

5.2.1. Porušení zásady národního zacházení

Aby bylo možno určit zda došlo k porušení národní doložky se soudní tribunál musí zabývat těmito otázkami:

1. Je zacházeno s cizím investorem rozdílně než s investorem domácím?
2. Existuje nějaká okolnost, která rozdílné zacházení ospravedlňuje?

Ad 1

Obecně by mělo dojít k porovnání zacházení, jehož se dostalo straně nárokuje nedodržení závazku vyplývající z národní doložky a jakémukoliv domácímu investorovi nebo investicím ze stejného podnikatelského nebo ekonomického sektoru.

Je proto nezbytné identifikovat domácí osobu a porovnat zacházení, kterého se jí dostává se zacházením jaké je přiznáno zahraničnímu investorovi.⁹⁸

Toto ovšem není lehký a jednoznačný úkol. Domácí subjekt se musí nacházet v obdobné situaci. Je tedy vždy třeba posoudit konkrétní okolnosti jednotlivého případu. V případě Feldmen v Mexico tribunál ICSID rozhodl, že ke komparaci je nutno zkoumat zacházení poskytnuté domácím firmám, které podnikají v oblasti distribuce/exportu cigaret (jako společnost vlastněná Feldmenem) a nikoliv už společnosti, které sice podnikají v tabákovém průmyslu, ale v jiných oborech jako třeba výrobci cigaret.⁹⁹

Komparace není limitována pouze na zhodnocení, zda je zacházení

⁹⁸ Pope and Talbot v Canada, Award on the Merits of Phase 2, 10. duben 2001, čl.73

⁹⁹ Marvin Feldmen v Mexico, Award, 16. prosince 2002, ICSID Review 18, str. 555-556, čl.171

poskytnuté zahraničnímu a domácímu investorovi shodné. Spíše se zaměřuje na výsledek, resp. dopad poskytnutého zacházení. Není-li cizí investor diskriminován, nejedná se o rozdílné zacházení.¹⁰⁰

Názor na diskriminační úmysl hostitelského státu není ovšem nezbytnou podmínkou. V případě Siemens v Argentina se tribunál shodnul, že úmysl není rozhodující nebo podstatný pro shledání diskriminace a že dopad přijatého opatření na investici bude rozhodujícím faktorem pro určení, zda došlo k diskriminačnímu zacházení nebo ne.

Diskriminační úmysl státu však vylučuje okolnosti ospravedlňující rozdílné zacházení.

Ad 2

Existují ovšem důvody, pro které je rozdílné zacházení s cizím a domácím investorem akceptováno. Opět bude záležet na jednotlivých okolnostech konkrétního případu.

Přestože většina bilaterálních dohod to explicitně neuvádí, odlišné zacházení s cizími investory je obecně akceptováno v případě, že zde je okolnost, která takovéto odlišné zacházení ospravedlňuje.¹⁰¹

V rozhodnutí SD Myers v Canada tribunál poznamenává, že pokud jde o zhodnocení obdobnosti situace u zahraničního a domácího investora, je třeba brát v potaz také okolnosti, které ospravedlňují regulace zaměřené na odlišnou úpravu zacházení s cizím investorem vydané hostitelským státem, pokud jsou v zájmu ochrany obecného zájmu.¹⁰²

Obdobně v případě GAMI v Mexico rozhodčí tribunál uvádí, že omezení zahraničního investora je legitimní, pokud jde o cíl vládní politiky ve prospěch národní ekonomiky v širokém smyslu a nebylo zavedeno jako diskriminační ani jako zastřená bariéra rovným příležitostem.¹⁰³

¹⁰⁰ Muchlinsky, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, str. 292

¹⁰¹ Dolzer, Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Austria 2008, str. 181

¹⁰² SD Myers v Canada, Partial Award, 13. listopad 2000, čl.250

¹⁰³ GAMI Investment v Mexico, Final Award, 15. listopadu 2004, čl.114

5.2.2. Formulace Národní doložky ve smlouvách evropského typu:

Ve smlouvách evropského typu je zásada národního zacházení kombinována se zásadou zacházení podle doložky nejvyšších výhod. Proto je o nich pojednáno společně v kapitole o zásadě zacházení podle doložky nejvyšších výhod.

5.2.3. Formulace Národní doložky ve smlouvách amerického typu:

„Článek 3: Národní zacházení

„1. Každá smluvní strana poskytne investorům druhé strany zacházení ne méně příznivé než přiznává, v obdobné situaci, svým vlastním investorům, pokud se týče zakládání, akvizice, rozšiřování, řízení, spravování, prodeje nebo možnosti dispozice s investicí na svém území.

2. Každá smluvní strana poskytne investicím druhé strany zacházení ne méně příznivé než přiznává, v obdobné situaci, investicím na svém území zřízených svými investory, pokud se týče zakládání, akvizice, rozšiřování, řízení, spravování, prodeje nebo možnosti dispozice s investicí.

3. Zacházení, které má být poskytnuto podle bodů 1 a 2 tohoto článku znamená zacházení ne méně příznivé než zacházení přiznané, v obdobné situac, fyzickým osobám, jež jsou občany smluvní strany a společnostem založených podle práva smluvní strany a jím příslušných investic.“¹⁰⁴

V případě modelové dohody USA je na místě upozornit na to, že zásada národního zacházení se vztahuje už i na předinvestiční fázi, tedy i právo zřizovat investice. Zde je velký rozdíl oproti smlouvám evropského typu, které

¹⁰⁴ USA Model BIT 2004, čl.3

režim národního zacházení aplikují až na zřízené investice.

Smlouvy evropského typu obsahují cum grano salis shodnou klauzuli: Každá smluvní strana je povinna podporovat a vytvářet příznivé podmínky pro investory druhé smluvní strany a takové investice připouštět v souladu se svým právním řádem.

Zásada národního zacházení v modelové smlouvě USA je závazná po celý cyklus investice - od založení do likvidace. USA jsou dlouhodobým zastáncem tohoto přístupu a jsou následovány Kanadou a Japonskem. Jedná se o velmi silný liberalizační instrument, který zajišťuje velmi široké oprávnění vstupu na území spolukontrahentů. V praxi ovšem žádný stát neumožňuje nelimitovaný vstup investic.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Více viz. výše v kapitole o zakládání investic.

5.3. Zásada zacházení podle doložky nejvyšších výhod

“Cílem doložky nejvyšších výhod je zrovnoprávnit cizince mezi sebou, tzn. zajistit jim na území státu v ekonomické oblasti stejné postavení. Strany se smluvně zavazují poskytnout si navzájem všechny výhody, které v minulosti nebo v budoucnu poskytnou kterémukoliv třetímu státu.”¹⁰⁶

Koncept doložky nejvyšších výhod je v mezinárodním právu dlouho známý a do bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic byl převzat ze starších smluv o přátelství, obchodu a plavbě. Doložka nejvyšších výhod je tradičním ujednáním a je přítomna takřka ve všech smlouvách o podpoře a ochraně investic.

Jestli tato doložka bude uvedena v život, záleží na jednání států. Pokud nebude státem sjednám se třetí stranou výhodnější režim zacházení, ať již obecně nebo partikulárně, neovlivní doložka zacházení podle nejvyšších výhod dohodu vůbec. Naopak v případě, že některý ze smluvních států poskytne třetí straně nějakou výhodu, lepší zacházení, bude tato výhoda prospívat díky doložce nejvyšších výhod i druhé straně dohody a to v takovém rozsahu, jaký je stanoven v doložce.

Doslovná aplikace doložky zacházení podle nejvyšších výhod může ovšem v případě bilaterálních smluv o podpoře a ochraně investic způsobit mnoho škody. Důvodem je, že investiční smlouvy upravují různé hmotněprávní oblasti. Pokud by doložka zacházení podle nejvyšších výhod byla aplikována mechanicky, efektem by mohlo být, že by došlo spíše k záměně vyjednaných ustanovení než k obohacení smlouvy.¹⁰⁷

V judikatuře se již obdobné potíže řešily. Ve věci *Maffezini v Spain* bylo rozhodnuto, že je možné, aby investor, který je chráněn investiční dohodou obsahující doložku zacházení podle nejvyšších výhod, využil lepšího ustanovení o řešení sporů z investic obsaženého ve smlouvě, jež uzavřel žalovaný stát se třetí stranou.¹⁰⁸

Zpětně byla obdobná záležitost řešena mezi Argentinou a Panamou, kdy

¹⁰⁶ Ballaš/Šturma, *Kurs mezinárodního ekonomického práva*, Praha 1997, str.31

¹⁰⁷ Dolzer, Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Austria 2008, str. 186

¹⁰⁸ Sornarajah, *op.c.*, Cambridge, 2. vydání, str.236

po rozhodčím nálezu ve věci Siemens v Argentina si tyto země vyměnily diplomatickou nótu stanovující, že doložka zacházení podle nejvyšších výhod v jejich bilaterální smlouvě z roku 1996 se nevztahuje na klauzule o řešení sporů a že toto byl vždy jejich záměr.¹⁰⁹

Na doložku zacházení podle nejvyšších výhod se odvolával také tribunál v případě CME v Czech Republic. CME je nizozemská společnost, tedy vycházelo se z investiční dohody mezi Českou Republikou a Nizozemským Královstvím. V článku 5 sub. c, je ustanovení vyplacení spravedlivé náhrady. "Tato náhrada představuje skutečnou hodnotu dotčených investic(..)"¹¹⁰

Tato dohoda obsahuje v článku 3 doložku zacházení podle nejvyšších výhod. Článek 3(5) stanoví: " Pokud ustanovení právního řádu jedné ze smluvních stran nebo závazky, které podle mezinárodního práva nyní platí nebo později mezi smluvními stranami vstoupí v platnost, obsahují nad rámec této Dohody pravidla, ať již obecná nebo zvláštní, opravňující investice investorů druhé smluvní strany k příznivějšímu zacházení než poskytuje tato Dohoda, budou mít tato pravidla v míře, v jaké jsou výhodnější, přednost před touto Dohodou."

V investiční dohodě mezi Českou Republikou a USA v článku 3 odstavec 1 je stanoveno, že "náhrada musí odpovídat spravedlivé tržní ceně vyvlastněné investice bezprostředně před vyvlastněním, nebo než se stalo známým(...)"

Tribunál dochází k závěru: „Česká Republika je tedy povinna poskytnout spravedlivou tržní cenu, pokud by (v rozporu s názorem tohoto tribunálu) spravedlivá náhrada představována skutečnou hodnotou dotčené investice měla být považována za méně než spravedlivá tržní cena."¹¹¹

¹⁰⁹ National Grid PLC v Argentina, Decision on Jurisdiction, 20. června, 2006, čl. 85

¹¹⁰ Dohoda mezi ČSFR a Nizozemským královstvím o podpoře a ochraně investic, 29. dubna, 1991

¹¹¹ CME Czech Republic B.V. v Czech Republic, Final Award, 14. března, 2003, čl. 500

5.3.1. Zacházení vyňaté ze zásady zacházení podle doložky nejvyšších výhod

Značná část státu ovšem náleží k některé z regionálních organizací umožňujících volný pohyb kapitálu. V důsledku toho stát požívá a poskytuje určitá privilegia uvnitř takového seskupení a nemá ani ekonomický ani politický zájem je poskytovat také zemím mimo uskupení. Proto je častým jevem v investičních dohodách vynětí takovýchto privilegií z působnosti doložky zacházení podle nejvyšších výhod. Poté již nehrozí, že by investoři třetích stran mohli dle doložky nejvyšších výhod vyžadovat zacházení odpovídající zvýhodnění uvnitř regionálního seskupení.

Zacházení podle doložky nejvyšších výhod se tedy zásadně nevztahuje: „na výhody, které smluvní strana přiznává investorům ze třetího státu na základě své účasti nebo příslušnosti k pásmu volného obchodu, celní unii, společnému trhu, organizaci vzájemné hospodářské pomoci nebo každé jiné formě regionální hospodářské organizace nebo na základě dohody o zamezení dvojího zdanění nebo každé jiné dohody v daňové oblasti.”¹¹²

Klauzule vyjímající tento privilegovaný režim zacházení se v literatuře někdy označuje jako REIO klauzule¹¹³.

5.3.2. Formulace Národní doložky a doložky nejvyšších výhod ve smlouvách evropského typu:

Česká Republika

Dohoda mezi Českou Republikou a Bahrajnem řeší doložku národního zacházení a doložku zacházení podle nejvyšších výhod v článku 3.

„Článek 3

Národní zacházení a doložka nejvyšších výhod

¹¹² Šturma, op.c., str. 51

¹¹³ REIO – Regional Economic Integration Organisation

1. Každý ze států smluvních stran poskytne na svém území investicím a výnosům investorů druhého státu smluvní strany zacházení, které je řádné a spravedlivé a ne méně příznivé, než jaké poskytuje investicím

a výnosům svých vlastních investorů nebo investicím a výnosům investorů jakéhokoli třetího státu, je-li výhodnější.

2. Každý ze států smluvních stran poskytne na svém území investorům státu druhé smluvní strany, pokud jde o řízení, udržování, užívání, využití nebo nakládání s jejich investicí, zacházení, které je řádné a spravedlivé a ne

méně příznivé, než jaké poskytuje svým vlastním investorům nebo investorům jakéhokoliv třetího státu, je-li výhodnější.“

Z textu klauzule vyplývá, že zacházení podle národní doložky a doložky nejvyšších výhod zahrnuje jak investice tak i investory. Zároveň takto poskytované zacházení musí být v souladu se zásadou spravedlivého a rovnoprávného zacházení.

Zde se projevuje komplexnost úpravy ochrany investic v bilaterálních smlouvách. Strany si sjednávají zacházení podle doložky národního zacházení a doložky nejvyšších výhod, které je povinno poskytnout investicím a investorům druhé strany. Ovšem nejen to. Takovéto zacházení musí být navíc i spravedlivé a rovnoprávné, jinak se stát vystavuje nebezpečí nesení důsledků takto vzniklé odpovědnosti státu. Navíc o všech těchto zásadách platí, že ani v jednom případě poskytované zacházení nesmí klesnout pod úroveň minimálního standardu, i kdyby jinak byly požadavky vyplývající z těchto zásad naplněny. Investicím se tak dostává široké a propracované úrovně ochrany, která není, vzhledem k širokým možnostem výkladu a existenci arbitrážních tribunálů, dopředu omezena na určitý okruh případu, ale je možné ji použít na širokou škálu případných konfliktních jednání stran. Tato vlastnost bilaterálních dohod je velmi podstatná, zvláště uvažíme-li, na jak dlouhou dobu se tyto smlouvy uzavírají a jak rychle se v dnešní době mění a vyvíjí ekonomické potřeby investorů. Tato vlastnost bilaterálních dohod ovšem nemůže být interpretována jako zmocnění k rozhodovací libovůli tribunálu nebo rozhodování *ex equi at bono*.

V bodech 3-5 článku 3 Dohody jsou vymezeny výhody zacházení vyňaté z režimu národního zacházení a zacházení podle doložky nejvyšších výhod:

„3. Ustanovení o národním zacházení a doložce nejvyšších výhod podle tohoto článku se nebude vztahovat na výhody, které poskytuje stát smluvní strany na základě svých závazků jako člena celní, hospodářské nebo měnové unie, společného trhu nebo zóny volného obchodu.

4. Stát smluvní strany je srozuměn s tím, že závazky státu druhé smluvní strany jako člena celní, hospodářské nebo měnové unie, společného trhu nebo zóny volného obchodu zahrnují závazky vyplývající z mezinárodní smlouvy nebo oboustranné smlouvy týkající se této celní, hospodářské nebo měnové unie, společného trhu nebo zóny volného obchodu.

5. Ustanovení této dohody nelze vykládat tak, že zavazují stát jedné smluvní strany poskytnout investorům státu druhé smluvní strany nebo jejich investicím či výnosům takové výhody, upřednostnění nebo výsady, které může stát první smluvní strany poskytovat na základě mezinárodní smlouvy týkající se zcela nebo převážně zdanění.“

Strany Dohody si vyznačily, že výhody vzniklé na základě členství v celní, hospodářské nebo měnové unie, společného trhu nebo zóny volného obchodu, které jsou smluvním stranám uvnitř takového společenství poskytovány na základě mezinárodní smlouvy o takovém uskupení, nespádají do režimu doložky národního zacházení ani do doložky nejvyšších výhod a strany Dohody tedy nejsou zavázané takovéto výhody poskytovat investicím a investorům druhé smluvní strany.

Francie

Doložka národního zacházení spolu s doložkou zacházení podle nejvyšších výhod jsou v bilaterální dohodě mezi Francií a Mexikem upraveny ve článku 4, bodu 2. V článku 4 je dále upravena také zásada spravedlivého a rovnoprávného zacházení, zásada plné ochrany a bezpečnosti a také úprava vstupu obyvatel smluvních stran na území druhé strany, pokud je cílem vstupu

aktivita spojená s investicí.

„Článek 4

Ochrana a zacházení s investicemi

(...)

2. Každá smluvní strana má na svém území a ve svých vodách poskytnout investorům druhé strany, pokud se týká jejich investic a jejich řízení, udržování, užívání, využívání nebo disponování s jejich investicemi, zacházení ne méně příznivé než je garantováno vlastním investorům nebo zacházení, jež je garantováno investorům státu, jež požívá nejvyšších výhod, pokud je takovéto zacházení výhodnější.

(...)”

Každá smluvní strana může vyžadovat na investorovi druhé smluvní strany, nebo na podniku na svém území, pokud je vlastněn nebo kontrolován takovým investorem, aby poskytl obvyklé informace týkající se jeho investice pro statistické účely.

Toto zacházení nezahrnuje výhody poskytované jednou ze smluvních stran investorům třetího státu na základě jejího účastenství či členství ve volné obchodní zóně, celní unii, společném trhu nebo v jakékoliv jiné regionální ekonomické organizaci.

Ujednání tohoto článku se nevztahují na daňové záležitosti.

Z hlediska evropských smluv je ujednání přiznávající oprávnění státu vyžadovat základní údaje pro statistické účely neobvyklé.

Německo

Ve článku 3(1) Dohody mezi Německem a Egyptem jsou sjednány záruky vyplývající z kombinace doložky národního zacházení a doložky zacházení podle nejvyšších výhod. Článek 3(2) poté rozšiřuje tuto ochranu na investory, pokud se týká jejich vztahů k investicím.

Bilaterální dohoda mezi Německem a Egyptem je zajímavá tím, že explicitně uvádí ve článku 3 odstavec 2 demonstrativním výčtem, co je

považováno podle Dohody za jednání méně příznivé:

„(1) Žádná ze smluvních stran nesmí poskytnout investici na svém území vlastněnou nebo kontrolovanou investorem druhé smluvní strany zacházení méně příznivé, než které přiznává investicím svých vlastních investorů nebo investicím investorů třetího státu.

(2) Žádná ze smluvních stran nesmí investorům druhé smluvní strany, pokud se týká jejich aktivit spojených s investicí na svém území, jako je řízení, udržování, užívání, využívání nebo dispozicí s jejich investicemi, poskytnout zacházení méně příznivé než přiznává svým vlastním investorům nebo investicím investorů třetího státu. Následující má být považováno jako méně příznivé zacházení: nerovnoprávné zacházení v případě restrikcí na nákup surovin nebo doplňkových materiálů, energie nebo pohonných hmot, nerovné zacházení v případě omezování nákupu produktu na území nebo mimo území státu, stejně jako jiná opatření mající stejný efekt. Opatření, která musí být přijata z důvodů veřejné bezpečnosti a pořádku, veřejného zdraví či morálky nebudou považována za jednání méně příznivé podle tohoto článku.”

Výčet jednání, která budou podle smlouvy považována za jednání méně příznivá je v tomto případě jasně zaměřen na suroviny a ropné bohatství Arabské Republiky Egypt. Vzhledem k jisté neurčitosti zásad zacházení uváděných v bilaterálních úmluvách¹¹⁴ se tato specifikace jeví jako účelná a realně zajišťující fungování investic německých investic v Egyptě v dlouhodobé perspektivě, zvláště uvážíme-li, že největší ekonomická síla a tudíž případná možnost manipulace a působení na německé investice se v případě Egypta nalézá právě v oblasti surovin, zejména ropy. Na druhou stranu, takové ujednání by se s velkou pravděpodobností nepodařilo prosadit, pokud by nebylo vyňato z oblastí klíčových pro Egypt, tedy jeho bezpečnosti a veřejného pořádku. Explicitní specifikace těchto podmínek v Dohodě přispívá k větší jasnosti uváděných zásad a současně tím zvyšuje ochranu investic.

V odstavci 3 zde probíraného článku 3 bilaterální dohody mezi Německem a Egyptem je pro smlouvy evropského typu běžné ujednání o vynětí

¹¹⁴ viz. výklad výše, např. v pojednání o doložce zacházení podle nejvyšších výhod v případě České republiky.

výhod poskytovaných státům v rámci ekonomických unií.

„(3) Takto sjednané zacházení se nevztahuje na výhody, které některá ze smluvních stran přiznává investorům třetího státu z důvodu jejich členství nebo příslušnosti k celní nebo ekonomické unii, společnému trhu a zóně volného obchodu.“

Odstavec 4 článku 3 Dohody příkladně definuje evropský pohled na úpravu zacházení s investicí v oblasti zdanění. Primární přednost má případná Dohoda o zamezení dvojího zdanění uzavřená kontrahenty. Případné výhody poskytované v oblasti zdanění jsou vyňaty z působnosti doložky národního zacházení a zacházení podle doložky nejvyšších výhod.

„(4) Otázky zdanění příjmu a kapitálu budou řešeny v souladu s příslušnou dohodou o zamezení dvojího zdanění mezi smluvními státy. V případě, že zde žádná taková dohoda mezi smluvními stranami není, bude použito daňové právo příslušného státu. Zacházení přiznané podle tohoto článku se nepoužije na výhody poskytované některým ze smluvních států třetímu státu na základě dohody o zamezení dvojího zdanění nebo jiné dohody týkající se zdanění.“

Zásada zacházení podle nejvyšších výhod je v Dohodě explicitně rozšířena i na vyvlastnění. V článku 4(4)¹¹⁵ se uvádí: “Investoři každé ze smluvních stran budou požívat zásady zacházení podle doložky nejvyšších výhod na území smluvních států, pokud se týká ujednání tohoto článku.”

5.3.3. Formulace doložky nejvyšších výhod ve smlouvách amerického typu:

„Článek 4: Doložka nejvyšších výhod

1. Každá smluvní strana poskytne investorům druhé strany zacházení ne méně příznivé, než které přiznává v podobné situaci investorům jakékoliv strany, jež není stranou smlouvy, pokud se týká zakládání, akvizic, rozšiřování, kontroly, řízení a

¹¹⁵ článek 4 Dohody pojednává právě o expropriaci

prodeje nebo jinému disponování s investicí na svém území.

2. Každá smluvní strana poskytne investicím zacházení ne méně příznivé než jaké přiznává v podobných situacích na svém území investicím, které nejsou stranou této smlouvy pokud se týka zakládání, akvizic, rozšiřování, kontroly, řízení a prodeje nebo jinému disponování s investicí na svém území.“

Ve smlouvách amerického typu je třeba poukázat na rozdíly v textaci oproti smlouvám evropského typu. Modelová smlouva USA používá frázi „v obdobné situaci“- „in like circumstances“. V modelové smlouvě USA z roku 1994 byla uvedena fráze „in like situation“. Je možné, že USA tyto pojmy chápou odlišně, nicméně v praxi tento rozdíl probírán zatím nebyl. Na druhou stranu existuje spousta judikátů NAFTA, kde se přímo řeší a probírá význam „in like situation“. Bez příslušné judikatury je těžko zhodnotit, zda-li se jedná o kritérium, které odlišuje doložku zacházení podle nejvyšších výhod v dohodách amerického typu od stejné doložky ve smlouvách typu evropského, či zda pouze USA ve svých smlouvách tento doplněk explicitně uvádějí pro větší jistotu a smlouvy evropského typu toto zpřesnění implice obsahují taky.

Druhým, zcela zásadním rozdílem v textaci modelové „smlouvy USA, je ustanovení z dílce článku 4, které přiznává zacházení podle doložky nejvyšších výhod již při zřizování investice, tedy v předinvestiční fázi. Je třeba podotknout, že tato možnost bude zřejmě pouze teoretická, neboť podle Dohody je třeba uplatnit zacházení, které je výhodnější, tedy, zřejmě ve všech případech, zacházení podle doložky národního zacházení.

6. Závěr

Cílem mé práce bylo popsat současný stav právní úpravy zřizování a zacházení s mezinárodními investicemi. Zaznamenal jsem vůdčí právní názory na právo vstupu a zřizování investice a zejména pak na výklad o standardech zacházení, jejichž definice je v mnoha případech těžko vystižitelná ,neboť je potřeba je aplikovat s citem případ od případu a ve velmi úzké provázanosti s textem mezinárodní dohody, který danou situaci upravuje. Tyto doktrinární názory jsem podpořil existující judikaturou a kde je to možné, v oblasti mezinárodního práva investičního vymezeného zadáním této práce mluvit o obyčejovém či obecném právu mezinárodním, jsem se snažil o elementární popis potřebný k objasnění těchto zdrojů mezinárodního práva a jejich provázanosti s ochranou investic.

Jádro mé práce spočívalo v komparatistické práci. Po celou dobu jsem popisoval a porovnával čtyři bilaterální investiční dohody. Dohodu mezi Českou Republikou a Bahrajnem, Francií a Mexikem, Německem a Egyptem a konečně také modelovou smlouvu Spojených států amerických, země natolik ekonomicky a mocensky silné, že její dohoda o ochraně a podpoře investic snese, pokud se týče sjednávání, srovnání s adhézními smlouvami tak jak je známe z práva vnitrostátního. Volba Mexika a Egypta se ukázala jako vhodná, neboť na těchto investičních dohodách bylo možno ukázat jak drobné odlišnosti, které státy v evropském typu dohod dělají v závislosti na postavení druhé strany, tak základní kameny právní úpravy dohod o podpoře a ochraně investic evropského typu, jež zůstávají neměnné.

Bohužel vzhledem k danému rozsahu práce jsem byl nucen vynechat některé součásti dohod o ochraně a podpoře investic, které by jinak určitě stály za pozornost. Považuji za vhodné zmínit alespoň převody investic a výnosů, „performance requirements“, investiční pobídky, monitorování investic, investice

a ujednání o životním prostředí, závazky investorů vůči pracovním silám či škodě vzniklé díky civilním nepokojům.

V mé práci jsem se snažil vycházet z originálních pramenů a zdrojů a podat komplexní analýzu právní úpravy zřizování a zacházení s investicemi. U překladů z cizích jazyků jsem, pokud to bylo možné, vycházel z oficiálních českých překladů.

7. Použitá literatura

Publikace:

Ballaš/Šturma, Kurs mezinárodního ekonomického práva, Praha 1997

Čepelka, Šturma, Mezinárodní právo veřejné, Praha 2003

Hariss, Cases and Materials on International Law, London 2004

Dolzer, Schreuer, Principles of International Investment Law, Austria 2008

Muchlinsky, Ortino, Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law 2008

Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge 2004

Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů, Praha 2001

Muchlinsky, Ortino, Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law 2008

Články:

Karl, J., On the Way to Multilateral Investment Rules – Some Recent Policy Issues, in ICSID Review : Foreign Investment Law Journal, 2002; 17 (2)

Schreuer, Ch., Fair and equitable Treatment in Arbitral Practice, in 6 JWIT (2005)

Právní texty:

Accord entre le gouvernement de la republique francaise et le gouvernement des etats unis mexicains sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements, 12.listopad 1998

Admission and Establishment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol.II) - E.99.II.D.10, 01/12/99

Agreement between the Arab Republic of Egypt and the Federal Republic of

Germany concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 16. června 2005

Agreement between the Government of the Republic Of France and the Government of the United Mexican States on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment

Balance of Payments and International Investment Position Manual, Sixth Edition (BPM6), pre-publication draft, International Monetary Fund, 2008

Balance of Payments Manual, Fifth Edition, International Monetary Fund, 1993

Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, Washington D.C., October 11, 1985

Dohoda mezi ČSFR a Nizozemským královstvím o podpoře a ochraně investic, 29. dubna, 1991

Dohoda mezi vládou České a Slovenské Federativní Republiky a vládou Spojeného království Velké Británie a Severního Irska o podpoře a ochraně investic, 646/1992 Sb.

Dohoda mezi vládou České Republiky a vládou Království Bahrajn o podpoře a ochraně investic, 15. října 2007, 117/2009 Sb.

European Union foreign direct investment yearbook 2008, Eurostat, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008

NAFTA Free Trade Commission, čl.2(2), Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31. červen, 2001

OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th Edition, 2008, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, in Menno T. Kamminga and Saman Zia-Zarifi (eds.), Liability of Multinational Corporations under International Law

Sdělení ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Spojenými státy americkými a Českou a Slovenskou Federativní Republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic, 187/1993 Sb.

The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text (as of 24th April 1998), OECD, 1998

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III)

USA Model BIT Treaty 2004,

Případy:

ADF Groupe, Inc v. United States of America, Rozhodnutí, ICSID, 9. ledna 2003

Amco v. Indonesia (1984), 23 ILM 351, str. 369

Barcelon Traction, Light and Power Co., Belgie v Španělsko, ICJ Reports 1970, p.3

CME Czech Republic B.V. v Czech Republic, Final Award, 14. března, 2003

GAMI Investment v Mexico, Final Award, 15. listopadu 2004, čl.114

Marvin Feldman v Mexico, Award, 16. prosince 2002, ICSID Review 18, str. 555-556,

MTD Equity and MTD Chile v Republic of Chile, Award, 25. květen, 2004,

National Grid PLC v Argentina, Decision on Jurisdiction, 20. června, 2006, čl.85

Pope and Talbot v Canada, Award on the Merits of Phase 2, 10. duben 2001

SD Myers v Canada, Partial Award, 13. listopad 2000, čl.250

Waste Management Inc v Mexico, Award, ICSID Case No 2 ARB(AF)/00/3; IIC 270 (2004)

Internetové odkazy:

http://www.unctad.org/en/docs/iteiit10v2_en.pdf,

<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=3146&lang=1>

<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

8. The Establishment and Treatment of International Investment - résumé

The purpose of this thesis is to analyse current state of international investment law with focus solely on the establishment and treatment of investment. Thesis is built upon the reflexion of customary international law, practice of states, arbitral awards and doctrinal studies.

First chapter examines both economic and legal definition of investment. Understanding economic fundamentals of investment enables better comprehension of the investment meaning in international law. The second part of first chapter is committed to examination and comparison between different kinds of investment definition as is to be found in multilateral as well as bilateral investment treaties.

Bilateral treaties observed in this study are the agreement between Czech Republic and Bahrain, France and Mexico, Germany and Egypt and as a protagonist of the American investment treaty model the US Model BIT from 2004. The option of this treaties was motivated by the chance to observe on differences that the European investment model has when contracting with different states (Egypt as a deputy of countries with huge natural resources and Mexico as a delegate of Central America state).

The next chapter concerns shortly the historical background of doctrines on foreign investment and its influence on host countries.

The third chapter deals with the right of admission and the right of establishment of investment within a host state territory and the possibilities of host state restriction and regulation on such investment. The legal construction of methods to obtain such rights is described also.

The core of this thesis lies in chapter five which is focused on different standards of treatment including the national treatment, the most-favoured-nation treatment and fair and equitable standard.

Major part of thesis was devoted to comparison of differences and similarities among European model treaties and describing the distinctness of US model treaty.

Klíčová slova

- definice mezinárodní investice
- zřizování mezinárodní investice
- režimy zacházení s mezinárodní investicí

Keywords:

- definition of international investment
- establishment of international investment
- treatment of international investment

