

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Jan Hrivnák

POJEM INVESTICE V MEZINÁRODNÍCH DOHODÁCH
NA OCHRANU INVESTIC

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce:

doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.

Katedra mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu):

25. března 2013

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 25. března 2013

Jan Hrivnák

Poděkování

Na tomto místě bych rád poděkoval doc. JUDr. Vladimíru Balašovi, CSc. za cenné rady, připomínky a podporu během přípravy této diplomové práce.

Obsah

Úvod.....	1
1. Vývoj pojmu investice z hlediska ochrany investic v rámci mezinárodního práva.....	3
1.1 Diplomatická ochrana.....	3
1.2 Přejchod od diplomatické ochrany ke smluvní ochraně investic.....	6
1.2.1 Havanská charta.....	6
1.2.2 První návrhy mnohostranných úmluv.....	8
1.2.3 Předchůdci a vývoj dnešních dvoustranných dohod na ochranu investic.....	11
1.2.4 Rozšiřování chápání pojmu investice v mezinárodním právu.....	14
2. Pojem investice z hlediska ekonomické vědy.....	17
2.1 Ekonomická definice investice (materiální definice).....	17
2.1.1 Přímé investice.....	18
2.1.2 Portfoliové investice.....	19
3. Pojem investice z hlediska právní vědy.....	24
3.1 Právní definice investice (formální definice).....	24
4. Definice pojmu investice ve dvoustranných dohodách na ochranu investic.....	25
4.1 Dohoda mezi Českou republikou a Tureckou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic.....	26
4.2 Dohoda mezi Českou republikou a Ázerbájdžánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic.....	27
4.3 Definice pojmu investice v US Model BIT 2012.....	28
4.4 Definice pojmu investice v Norway Draft Model BIT 2007.....	30
5. Definice pojmu investice v mnohostranných dohodách na ochranu investic.....	32
5.1 Dohoda o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky.....	32
5.2 Dohoda k Energetické chartě.....	36
5.3 Dohoda o Severoamerické zóně volného obchodu.....	40
5.4 Mnohostranná dohoda o investicích.....	41
5.5 ASEAN Všeobecná investiční dohoda.....	44
6. Pojem investice v rámci společné obchodní politiky Evropská unie.....	47
7. Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států a její dopad na chápání pojmu investice.....	50
7.1 Definice pojmu investice - historie a <i>travaux préparatoires</i>	51
7.1.1 Aplikace Vídeňské úmluvy o smluvním právu.....	53
7.2 Subjektivní metoda interpretace.....	55

7.3 Objektivní metoda interpretace	56
7.4 Kritické zhodnocení Salini testu.....	59
7.5 Pojem investice dle rozhodovací praxe – příklady hospodářských aktivit	63
Závěr	65
Seznam zkratk	68
Použité prameny a literatura	69
Seznam příloh	85
Příloha č. 1	86
Příloha č. 2	87
Příloha č. 3	88
Příloha č. 4	89
Příloha č. 5	90
Příloha č. 6	91
Příloha č. 7	92
Příloha č. 8	94
Příloha č. 9	95
Příloha č. 10	96
Příloha č. 11	97
Resumé	98
Abstract.....	100
Klíčová slova / Key words.....	102

Úvod

Pojem investice patří mezi nejpodstatnější pojmy v mezinárodním investičním právu, neboť je rozhodující pro určení, které z hospodářských aktivit učiněných investory na území hostitelského státu budou chráněny příslušnou dvoustrannou či mnohostrannou dohodou na ochranu investic. Jinými slovy se *per definitionem* jedná o pojem zásadního významu pro určení rozsahu chráněných investic.¹

Patří ovšem také k pojmům nejkontroverznějším, neboť není v mezinárodním právu jednotně upraven a jeho výklad se tak různí, ať již v rámci rozhodovací praxe rozhodčích tribunálů, či v rámci doktríny mezinárodního práva. Roztříštěnost výkladu tohoto pojmu je patrná zejména na velkém množství instrumentů jak mezinárodního, tak vnitrostátního práva, které upravují definici pojmu investice zcela rozdílně. Důvodem jsou rozdílné koncepce a zájmy jednotlivých států, kdy tento rozdíl je navíc patrný mezi státy, které jsou vývozci volného kapitálu, a státy, jež jsou naopak jeho příjemci. Je však tento stav dlouhodobě únosný?

Celkový objem mezinárodních investic globálně činil v roce 2011 částku USD 1,5 biliónu, kdy v roce 2012 je očekávána částka USD 1,6 biliónu, která má narůst až na částku USD 1,9 biliónu v roce 2014.² Jedná se o obrovský objem finančních prostředků, který pro svůj tok potřebuje mít fungující a transparentní právní prostředí. Nelze pochybovat o tom, že má být zajištěna efektivní ochrana mezinárodních investic, neboť stupeň ochrany hraje roli při rozhodování investora, kam bude alokovat svůj volný kapitál. Tímto se však dostáváme opět na počátek – má-li být zajištěna efektivní ochrana investic, je nutné pojem investice definovat, aby došlo k odstranění právní nejistoty a zprůhlednění rozhodování o případných sporech.

Tato práce se zaměří na historický vývoj pojmu investice tak, jak se pojem, zprvu chráněný skrze obyčejové mezinárodní právo, stal pojmem chráněným smluvními instrumenty. Rovněž bude proveden rozbor, jakým způsobem je na pojem investice nazíráno v ekonomické vědě, resp. ve vědě právní, neboť zájmy a tendence těchto dvou

¹ VOSS, Jan O. *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 116.

² UN. *World Investment Report 2012*. United Nations Pubns., 2012, s. x. UNCTAD/WIR/2012.

vědních disciplín jdou často proti sobě a je proto otázkou, zdali je možný jejich vzájemný konsensus na určitém pojetí pojmu investice.

Práce se současně zaměří na pojetí samotného pojmu investice a jeho definice v mnohostranných a dvoustranných mezinárodních smlouvách, které tvoří základ mezinárodního investičního práva. Zanalyzuje úspěšné a neúspěšné pokusy o definici pojmu investice v mezinárodním právu.

Taktéž bude učiněn nástin možné podoby pojmu investice v rámci společné obchodní politiky Evropská unie, kdy jejím cílem je nahradit jednotlivé smlouvy na ochranu a podporu investic uzavřené členskými státy jednotnou úpravou na úrovni Evropské unie.

K závěru této práce bude rozebrána rozhodovací praxe rozhodčích tribunálů, která je v nazírání na definici pojmu investice značně roztržštěná a nekonzistentní, kdy se v ní střetávají protichůdné koncepce a názory. Výsledkem je pak značně široké chápání pojmu investice, která však má jak své pozitivní, tak i negativní konotace.

Cílem této diplomové práce je uvést možné příklady vyřešení stávající dichotomie v chápání pojmu investice a jeho výkladu v aplikační praxi, zejména v rozhodování rozhodčích tribunálů.

1. Vývoj pojmu investice z hlediska ochrany investic v rámci mezinárodního práva

Pojem investice má své historické kořeny v obecném mezinárodním právu, konkrétně v institutu diplomatické ochrany. Diplomatická ochrana byla u počátku postupného přerodu pojmově širšího pojmu majetek (*property*), jakožto předmětu ochrany, v pojmově užší, ale obsahově širší pojem investice (*investment*), a to skrze smluvní úpravy mezi jednotlivými subjekty (tj. zejména mezi suverénními státy jako takovými, případně skrze záštitu mezinárodních organizací, neboť tyto subjekty jsou nadány mezinárodněprávní subjektivitou). Tato nová smluvně založená úprava se ukázala být lepším stavebním kamenem pro ochranu majetku, resp. investic. Pojem investice se tak vyčlenil z chráněného majetku skrze diplomatickou ochranu, čímž mu byla zajištěna ochrana v rámci jiných instrumentů mezinárodního práva, jak bude uvedeno níže. Zatímco diplomatická ochrana, mimo jiné chránící majetek cizího státního příslušníka v hostitelském státě (ostatní aspekty diplomatické ochrany jsou s ohledem na předmět této práce ponechány stranou), zůstala nezměněna a zachovala si své původní vymezení.³ Ochrana majetku, nyní pojatého jako investice, se díky rozličným instrumentům a koncepcím vyvíjela svojí vlastní dynamikou a lze dodat, že vývoj i nadále pokračuje.

1.1 Diplomatická ochrana

Na úvod je nutné zmínit, že diplomatická ochrana jakožto institut vyjadřuje vznesení požadavku odškodnění státu za porušení mezinárodněprávního závazku, případně jen mezinárodních zvyklostí, jehož se jiný stát (adresát vykonávané ochrany) dopustil k tíži státního příslušníka takto ochraňujícího státu, ať již osoby fyzické nebo právnické.⁴ Jinými slovy, újma způsobená státnímu příslušníku domovského státu je újmou způsobenou státu samotnému, který se může domáhat náhrady této újmy vůči hostitelskému státu. Ze strany států docházelo k uplatňování diplomatické ochrany zejména během 18. a 19. století,⁵ nicméně v roce 1924 Stálý dvůr mezinárodní

³ ČEPELKA, Čestmír; ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 377.

⁴ *Ibid.*, s. 344.

⁵ NEWCOMBE, Andrew P.; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Frederick, MD: Aspen Publishers, 2009, s. 5.

spravedlnosti (*Permanent Court of International Justice*) přijal rozhodnutí ve věci *Mavrommatis Palestine Concessions*, kde konstatoval, že „základním principem mezinárodního práva je nárok státu na ochranu svých státních příslušníků, kterému vznikla újma v důsledku jednání ze strany jiného státu, které je v rozporu s mezinárodním právem...“.⁶

Institut diplomatické ochrany není pro ochranu majetku (investice) příliš vhodný, neboť jeho uplatnění je plně v diskreci domovského státu státního příslušníka (otázka státní příslušnosti a jejího určení je ponechána pro účely této práce stranou), jemuž byla způsobena újma.⁷ Jak je uvedeno výše, je to právě domovský stát, který nárok uplatňuje vůči hostitelskému státu, ve kterém k újmě došlo. Další nutnou podmínkou pro uplatnění diplomatické ochrany je požadavek vyčerpání vnitrostátních opravních prostředků (*exhaustion of local remedies, local redress*), tj. že k diplomatické ochraně lze přistoupit až poté, co poškozený státní příslušník nedosáhl odškodnění újmy jemu vzniklé na základě vnitrostátního práva hostitelského státu.⁸ Na druhou stranu se také domovský stát mohl rozhodnout diplomatickou ochranu neposkytnout, a to i z důvodů nemajících původ v daném sporu, tj. v úvahu přicházela i různá politická a mocenská hlediska. Poškozený státní příslušník proto nemá absolutně žádnou kontrolu nad nárokem, který vznikl z jemu způsobené újmy – *dominus litis* je zde jeho domovský stát.

Je však nutné dodat, že uvedená vnitřní omezení diplomatické ochrany nebránila jejímu použití, a to především ze strany mocensky silných států, které tak uplatňovaly svoji vojenskou a ekonomickou převahu. Během 19. a z počátku 20. století byl výkon diplomatické ochrany uplatňován skrze tzv. „*Diplomacii bitevních lodí*“, kdy bylo hrozbou použití síly vynucováno splnění nároků požadovaných v rámci diplomatické ochrany.⁹ Je zjevné, že tento způsob ochrany majetku není příliš vhodný a dlouhodobě únosný.

Je důležité také uvést, že s rozmachem kolonialismu nebyla otázka ochrany „investic“ tak klíčová, neboť „investice“ nepotřebovaly ochranu z důvodu, že ve své

⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Series A, č. 2 s. 12: „It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State“.

⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, s. 40, para. 79.

⁸ ČEPELKA; ŠTURMA, *supra* pozn. 3, s. 390.

⁹ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 9. Jednalo se o tzv. „*Gun-boat diplomacy*“.

podstatě docházelo k vývozu kapitálu z domovského státu do jeho dominia, kde tento domovský stát vykonával svoji státní moc a platil zde i jeho právní řád, se všemi z toho plynoucími důsledky. Nebylo tak důvodu jít nad rámec stávajícího systému ochrany.

Nicméně mimo kolonialismus byl systém diplomatické ochrany doplňován pomocí *ad hoc* komisí a tribunálů, které rozhodovaly případy týkající se zacházení se státními příslušníky cizích států a jejich majetku (tato praxe byla zahájena tzv. *Jay Treaty* z roku 1794, která byla uzavřena mezi Velkou Británií a Spojenými státy americkými, jež mimo jiné vytvořila komisi, která měla rozhodnout o nárocích britských a amerických státních příslušníků plynoucích ze sporů týkajících se zacházení s těmito osobami v době Americké revoluce).¹⁰ Je však nutné dodat, že ač tyto komise a tribunály rozhodovaly o nárocích jednotlivců, byly ve své podstatě závislé na koncepci diplomatické ochrany, neboť účastníky těchto řízení byly právě suverénní státy, nikoliv jejich státní příslušníci.¹¹

Až v období po první světové válce dochází ke vzniku tribunálů, díky kterým mohl státní příslušník jednoho státu vznést nárok přímo vůči hostitelskému státu (např. Smíšený rozhodčí soud, který měl za cíl rozhodnout o nárocích spojeneckých státních příslušníků vůči Německé říši a jejím spojencům).¹²

Obecně tak lze konstatovat, že vývoj v této oblasti mezinárodního práva se až do období druhé světové války orientoval spíše na otázky rovného zacházení a definování standardů zacházení s cizími státními příslušníky a jejich ekonomickými zájmy, zejména majetkem na území hostitelského státu. Stále se ale jednalo o majetek, který není označován jako investice, neboť střediskem zájmu mezinárodního práva byla právě ochrana majetku vlastněného státními příslušníky jiného státu, a to především majetku v podobě nemovitostí a majetkových podílů (tedy importovaného kapitálu).

Na závěr této kapitoly je dle názoru autora této práce příhodné zmínit spor řešený před Mezinárodním soudním dvorem (*International Court of Justice*, dále jen „MSD“), který se týkal otázky obchodního podílu ve společnosti (v daném případě šlo o akcie). Jedná se o známý případ *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, ve kterém byly skutkové okolnosti takové, že Belgické

¹⁰ LEGUM, Barton. The Innovation of Investor-State Arbitration Under NAFTA. *Harvard International Law Journal*. 2002, Volume 43, Number 2, Summer 2002, s. 538. Plný název zní *Treaty of Amity, Commerce and Navigation between Great Britain and the United States*.

¹¹ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 7-8.

¹² LEGUM, *supra* pozn. 10, s. 535. Jednalo se o tzv. Mixed Arbitral Tribunal.

království poskytlo diplomatickou ochranu majetkovým zájmům svých občanů, akcionářů společnosti inkorporované v Kanadě, jejíž investice ve Španělském království byly dotčeny kroky španělských soudů a úřadů. Z rozhodnutí MSD plyne, že akcionářova práva ve společnosti inkorporované v jiném státě, která činí investici v dalším jiném státě, nemohou být chráněna skrze diplomatickou ochranu jejich domovského státu. Pouze stát, v němž je tato společnost inkorporována, může intervenovat a poskytnout tak diplomatickou ochranu.¹³ Nicméně MSD výslovně upozornil na skutečnost, že ochrana práv akcionářů by neměla být činěna skrze diplomatickou ochranu, ale především pomocí mezinárodních smluv, ať již dvoustranných či mnohostranných, nebo smluv mezi státy a investory.¹⁴

1.2 Přechod od diplomatické ochrany ke smluvní ochraně investic

Byl to právě celosvětový společenský vývoj po skončení druhé světové války, který zapříčinil rozvoj mezinárodního práva v oblasti ochrany investic. Nelze tak současně přehlédnout proces dekolonizace a vznik nových samostatných a nezávislých států, který společně s rozšiřováním myšlenek a ideálů marxismu-leninismu měl za následek skutečnost, že docházelo k masivnímu znárodnování klíčových oblastí domácích ekonomik, a tím ke vzniku sporů týkajících se takto znárodněného majetku. Je třeba si uvědomit, že se jednalo hlavně o majetek související s využíváním přírodních zdrojů. Takto vzniklé spory se soustředily především na otázku určení standardu pro náhradu za vyvlastněný majetek a s ním spojená práva (zejména různé těžební koncese apod.).¹⁵

1.2.1 Havanská charta

Výše zmíněné události měly dopad na zahájení úvah o tom, zda by nebylo vhodné zakotvit ochranu investic do určitého právního rámce. První pokus v této oblasti byl učiněn během vyjednávání ohledně Mezinárodní obchodní organizace (*International Trade Organization*, dále jen „**ITO**“), jež měla být založena tzv. Havanskou chartou (*Havana Charter*),¹⁶ která byla podepsána 54 státy na závěr

¹³ *Supra* pozn. 7, s. 36, 42, para. 44, 70.

¹⁴ *Ibid.*, s. 48, para. 90.

¹⁵ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 19.

¹⁶ *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment, Havana Charter for an International Trade Organization*. New York, 1948.

konference konané od 21. listopadu 1947 do 24. března 1948.¹⁷ Havanská charta však nebyla nikdy přijata, a to pro nedostatek podpory ze strany Spojených států amerických, ač v přípravě Havanské charty hrály významnou roli.¹⁸ V čl. 12 Havanské charty byla obsažena úprava mezinárodních investic, ač tyto v ní nejsou jakkoliv blíže vymezeny.¹⁹

Jednalo se tedy o snahu vytvořit právní rámec, který by byl příznivý pro příliv zahraničních investic a zajištění toku zahraničního kapitálu, o čemž ostatně svědčí i samotný nadpis čl. 12 – Mezinárodní investice pro ekonomický rozvoj a rekonstrukce (*International Investment for Economic Development and Reconstruction*).²⁰ Nicméně dle čl. 11 odst. 2 písm. a) Havanské charty byla ITO dána možnost činit doporučení členským státům ohledně dvoustranných či vícestranných dohod na ochranu investic, kdy pod tuto pravomoc lze podřadit i možnost činit doporučení, jak mají vypadat definice v daných smlouvách.²¹ Ačkoliv nebyla Havanská charta přijata, v rámci jednání o její podobě byla pojata myšlenka mnohostranného snížení cel, a to v rámci jednání v Ženevě v období od 20. dubna do 22. srpna 1947, která ve svém důsledku vedla k přijetí Všeobecné dohody o clech a obchodu (*General Agreement on Tariffs and Trade*, dále jen „GATT“).²² Tato dohoda zavázala členské státy poskytnout si na určité období celní úlevy s cílem liberalizace světového obchodu, a to s účinností od 1. ledna 1948.²³ GATT se vyčlenil jako část Havanské charty týkající se mnohostranných obchodních vztahů a byla mu dána prozatímní účinnost skrze protokol o prozatímní použitelnosti GATT, aby sloužila jako smluvní základna pro dohodnuté celní úlevy.²⁴ V případě GATT se jednalo o jistou anomálii na poli mezinárodního práva, neboť GATT nebyla nikdy ratifikována, a její závaznost spočívala pouze na výše zmíněném protokolu o prozatímní použitelnosti, jelikož se předpokládalo, že GATT bude nahrazena ITO (což se pro nepřijetí Havanské charty nestalo).²⁵

Ačkoliv je mezinárodní obchod úzce spjat s tokem mezinárodních investic, GATT o úpravě investic mlčí, a tedy od přijetí GATT lze hovořit o oddělení práva

¹⁷ BALAŠ, Vladimír; ŠTURMA, Pavel. *Kurs mezinárodního ekonomického práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 93, marg. č. 198.

¹⁸ *Ibid.*, s. 74, marg. č. 158.

¹⁹ *Supra* pozn. 16, s. 20, čl. 12.

²⁰ *Ibid.*, s. 20, čl. 12.

²¹ *Ibid.*, s. 19-20, čl. 11 odst. 2 písm. a).

²² GATT. *General Agreement on Tariffs and Trade, Text of the General Agreement*. Geneva, 1986.

²³ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 17, s. 94, marg. č. 200.

²⁴ *Ibid.*, s. 98, marg. č. 211.

²⁵ *Ibid.*, s. 99, marg. č. 213.

mezinárodních investic a práva mezinárodního obchodu, které se tak vyvíjejí nezávisle na sobě.²⁶

Je však třeba uvést, že díky GATT a svolání tzv. Uruguayského kola na zasedání ministerské schůze členských států GATT, která se konala v listopadu 1982, došlo dne 15. dubna 1994 na ministerské schůzce v marockém Marrákeši k přijetí Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (*World Trade Organization*, dále jen „WTO“), jakožto nástupce GATT.²⁷ Jednu z příloh této dohody tvoří Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření (*Trade-Related Investment Measures*, dále jen „TRIMS“),²⁸ jejímž cílem je zakázat opatření, které státy uplatňují vůči zahraničním investicím a investorům, pokud jimi omezují toky obchodu v rozporu s pravidly GATT 1994 (ta je právně odlišná od GATT z roku 1947). K této dohodě je přiložen seznam jednotlivých typů TRIMS neslučitelných se závazky, mezi které patří závazky národního zacházení a závazek všeobecného zrušení množstevních omezení, jak plyne z čl. III a čl. XI GATT 1994. Nicméně je umožněno, aby se rozvojové státy odchýlily od výše uvedených závazků a dočasně používaly tato nedovolená opatření v rozsahu, který lze ospravedlnit podle ustanovení GATT 1994 vztahujících se k platební bilanci a k ochraně nově se rodících průmyslových odvětví. Je však nutné dodat, že tato dohoda odráží spíše koncepci investic a obchodu prosazovanou ze strany vyspělých států, než koncepci států rozvojových.²⁹

1.2.2 První návrhy mnohostranných úmluv

Nelze ponechat bez povšimnutí fakt, že v této době došlo i na projekty, které byly iniciovány ze strany subjektů stojících mimo tradiční navrhovatele – subjekty nadané mezinárodněprávní subjektivitou (tj. suverénní státy a mezinárodní organizace). Prvním pokusem byl návrh Asociace mezinárodního práva (*International Law Association*, dále jen „ILA“) z roku 1948, kdy ILA představila Návrhy statutu pro Arbitrážní tribunál pro zahraniční investice a pro Soud pro zahraniční investice (*Draft*

²⁶ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 20. Shodně RUBINS, Noah. The Notion of Investment in International Investment Arbitration. In HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan (Ed.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 284.

²⁷ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 17, s. 108, marg. č. 231.

²⁸ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb.

²⁹ BALAŠ, Vladimír; ŠTURMA, Pavel. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, s. 14-15.

Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investment Court, dále jen „**ILA Statut**“).³⁰ Samotný ILA Statut však neobsahoval definici investice, ale byl v něm upraven pouze majetek (*property*), a to v jeho čl. 37 písm. b), který obsahoval definici následujícího znění:

„*Majetek znamená veškerý majetek, práva a podíly, držené přímo či nepřímo. Má se za to, že osoba s majetkovou účastí ve společnosti má podíl na majetku této společnosti*“.³¹

Účelem institucí navržených v ILA Statutu bylo zřízení platformy, která by umožňovala nezávislé řešení sporů z mezinárodních investic, nicméně ILA Statut nebyl ze strany států ratifikován a nevstoupil tak v platnost.³²

Rovněž je nutné upozornit na iniciativu Mezinárodní obchodní komory (*International Chamber of Commerce*, dále jen „**ICC**“), kdy ICC v roce 1949 navrhla Mezinárodní kodex rovného zacházení pro zahraniční investice (*International Code of Fair Treatment for Foreign Investment*, dále jen „**ICC Code**“).³³ V preambuli ICC Code byl kladen důraz na podporu a rozvoj světové ekonomiky, a to s přesvědčením, že hojný příliv soukromých investic je zásadní pro ekonomický a průmyslový růst členských států a blahobyt jejich obyvatelstva.³⁴

Poprvé jsme tak svědky právního instrumentu, který obsahuje definici investice (i když se jedná o demonstrativní výčet), která byla v čl. 2 ICC Code upravena následovně:

„*Za podmínek v této Smlouvě uvedených Vysoké smluvní strany souhlasí s uplatněním spravedlivého zacházení tak, jak je v této Smlouvě uvedeno, na investice jakéhokoliv druhu, které jsou učiněny na jejich území státními příslušníky druhých Vysokých smluvních stran, včetně, mimo jiné, následujících typů investic:*

³⁰ UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume III, Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments*. New York and Geneva, 1996, s. 259-272.

³¹ *Ibid.*, s. 267, čl. 37 písm. b).

³² NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 21.

³³ UNCTAD. *supra* pozn. 30, s. 273-278.

³⁴ *Ibid.*, s. 273, v originálním znění: „*The High Contracting Parties, desirous of promoting an expanding world economy and convinced that an ample flow of private investments is essential to the economic and industrial growth of their countries and to the welfare of their peoples*“.

- *přímé investice do nemovitostí, přírodních zdrojů, obchodních, finančních, zemědělských, průmyslových či dopravních podniků, včetně veřejné infrastruktury nebo podniků s ní spojených;*
- *investice do základního kapitálu v podobě akcií společností a podobných uskupení;*
- *úvěry nebo půjčky osobám soukromého či veřejného práva a investice do úvěrů těchto osob s pevnou úrokovou sazbou“.*³⁵

Důležitou roli hrají i doprovodná Pravidla pro mezinárodní investice (*Guidelines for International Investment*),³⁶ která upravovala doporučení ze strany ICC ohledně výkladu příslušných ustanovení ICC Code, kdy byl zejména kladen důraz na co nejvíce harmonické nastavení vztahu investor – hostitelský stát. Na svoji dobu lze ICC Code považovat za vcelku podařené a pokrokové dílo. Rovněž je důležité uvést, že v čl. 13 ICC Code byl upraven právní rámec pro řešení sporů mezi smluvními stranami, které měly být řešeny před Arbitrážním soudem Mezinárodní obchodní komory (*ICC International Court of Arbitration*).³⁷ Je zřejmé, že jakýkoliv právní instrument je závislý na vůli smluvních stran, tj. zda se jím budou řídit či nikoliv. Vzhledem ke zdrženlivému postoji států ale ani ICC Code nebyl nikdy přijat.³⁸

Jak v případě ILA Statutu, tak i ICC Code, lze vyzorovat změnu pohledu na celou problematiku ochrany cizích státních příslušníků a jejich majetku tak, jak je chápána v rámci diplomatické ochrany, kdy institut diplomatické ochrany je nahrazován flexibilnějším a pro investory příznivějším právním rámcem skrze smluvní úpravu, která si klade za cíl ochranu zahraničních investic (za hlavní cíl těchto iniciativ lze považovat podporu ekonomického rozvoje zúčastněných stran). Současně tak dochází ke změně chápání majetku alokovaného na území hostitelského státu, na který je nahlíženo jako na investici a nikoliv pouze jako na majetek (viz změna v ICC Code oproti ILA Statutu).

Další iniciativou pak byl Návrh úmluvy o investicích učiněných v zahraničí (*Draft Convention on Investments Abroad*, rovněž také nazývaný jako *Abs-Shawcross*

³⁵ *Ibid.*, s. 273-274, čl. 2.

³⁶ *Ibid.*, s. 279-291.

³⁷ *Ibid.*, s. 277-278.

³⁸ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 21.

Draft Convention, dále jen „**Abs-Shawcross úmluva**“) ³⁹ z roku 1959, která byla připravena pod vedením Hermanna Abse, generálního ředitele Deutsche Bank, a Lorda Shawcrosse, generálního prokurátora Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku. Definice pojmu majetek byla obsažena v čl. IX písm. b) Abs-Shawcross úmluvy:

„*Majetek znamená veškerý majetek, práva a podíly, držené přímo či nepřímo. Má se za to, že osoba s majetkovou účastí ve společnosti má podíl na majetku této společnosti*“.⁴⁰

Lze konstatovat, že definice „majetku“ je v Abs-Shawcross úmluvě totožná s definicí obsaženou v ILA Statutu. Nicméně hlavním přínosem Abs-Shawcross úmluvy je čl. VII odst. 2, který obsahoval výslovné zakotvení práva investora na zahájení řízení vůči státu, který porušil některý z článků v této úmluvě obsažených.⁴¹ Jedná se tak o první případ, kdy je investorovi umožněno, aby se svých nároků domáhal sám a nebyl tak odkázán na diskreci svého domovského státu (viz kapitola 1.1 výše).

1.2.3 Předchůdci a vývoj dnešních dvoustranných dohod na ochranu investic

Za předchůdce dnešních dvoustranných dohod na ochranu investic (*Bilateral Investment Treaties*, dále jen „**BIT**“, případně „**BITs**“) lze považovat smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě (*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, dále jen „**FNC**“). Tyto smlouvy se uzavíraly v průběhu 19. a 20. století. Přestože FNC původně upravovaly zejména otázky týkající se podpory obchodu a obchodních vztahů, plavebních otázek a také otázky vstupu a usazování cizinců,⁴² v období po druhé světové válce začaly upravovat i otázky ochrany investic, a tento prvek se postupně stal jejich dominantním rysem, neboť díky GATT již nebylo třeba mezi smluvními stranami (ovšem za předpokladu, že byly současně i smluvní stranou GATT) upravovat otázky mezinárodního obchodu.⁴³ Je třeba dodat, že FNC jsou stále aktuální i dnes, neboť ne všechny byly nahrazeny BITs, a ve vzájemných vztazích mezi některými státy tak

³⁹ UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume V, Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments*. New York and Geneva, 2000, s. 331-333.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 332-333.

⁴¹ *Ibid.*, s. 332.

⁴² BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 29, s. 7.

⁴³ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 23.

zůstaly dodnes v platnosti (např. mezi Spojenými státy americkými a západoevropskými státy).⁴⁴

Nicméně Sornarajah uvádí, že FNC sloužily k šíření vlivu hlavních světových hráčů - byly uzavírány s malými, méně silnými státy. S geopolitickými změnami se tyto smlouvy začaly obracet v neprospěch tehdejších hegemonů, neboť si dříve slabší státy začaly činit nárok na přístup na domácí trhy těchto států (jako příklad je možné uvést vztah mezi Japonskem a Spojenými státy americkými).⁴⁵

Před tím, než bude věnována pozornost historickému vývoji BITs, je namístě upozornit i na iniciativu Organizace pro ekonomickou spolupráci a rozvoj (*Organisation for Economic Co-operation and Development*, dále jen „**OECD**“) z roku 1962, a to Úmluvu o ochraně cizího majetku (*Convention on the Protection of Foreign Property*, dále jen „**OECD úmluva**“),⁴⁶ která byla ze strany OECD vypracována a schválena v roce 1967. Samotná OECD úmluva byla dle názoru autora této práce poplatná atmosféře, ve které vznikla (v OECD byly zastoupeny především státy, které patřily mezi významné vývozce kapitálu), jelikož obsahovala definici pojmu investice, která byla velice příznivá vůči investorům (v definici se však mluví o majetku). Definice uvedená v čl. 9 OECD úmluvy zněla následovně:

*„Majetek znamená veškerý majetek, práva a podíly, držené přímo či nepřímo, včetně podílu, který má osoba s majetkovou účastí na společnosti na majetku takovéto společnosti“.*⁴⁷

V poznámkách a komentáři k danému ustanovení je uvedeno, že definice pojmu majetek je koncipována tak, aby byla co nejširší a týkala se zejména investic.⁴⁸ OECD úmluva nebyla nakonec přijata, a to pro nedostatek podpory ze strany méně rozvinutých členských států, jako byly Řecká republika, Portugalská republika a Turecká republika.⁴⁹ Hlavní přínos OECD úmluvy lze spatřovat v tom, že posloužila jako vzor pro následně přijaté BITs.⁵⁰

⁴⁴ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 29, s. 7.

⁴⁵ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, s. 181.

⁴⁶ OECD. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1967.

⁴⁷ *Ibid.*, s. 41.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 43.

⁴⁹ UNCTC. *Bilateral Investment Treaties*. New York: United Nations, 1988. ST/CTC/65, s. 7, para. 20.

⁵⁰ *Ibid.*, s. 7, para. 20. Shodně NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 30.

Jako první bývá považována BIT uzavřená mezi Spolkovou republikou Německo a Pákistánskou islámskou republikou, uzavřená dne 25. listopadu 1959, jež vstoupila v platnost dnem 28. dubna 1962.⁵¹ Důvodem, proč Spolková republika Německo byla takto iniciativní, je, že byla obzvláště citlivá na záležitosti týkající se ochrany majetku svých státních příslušníků, neboť ti přišli o velké množství majetku a investic během obou světových válek.⁵² Zřejmě proto tato BIT obsahovala velice široce pojatou definici pojmu investice ve svém čl. 8 odst. 1, a to v následujícím znění:

„a) Pojem investice zahrnuje kapitál vnesený na území druhé smluvní strany za účelem investování v různých formách v podobě aktiv jako zahraniční měny, zboží, vlastnických práv, patentů a technických znalostí. Pojem „investice“ zahrnuje rovněž získané výnosy a jejich reinvestice.

*b) Jakékoliv partnerství, společnosti nebo majetek podobného druhu, vytvořené za využití výše uvedených aktiv, se považují za investici“.*⁵³

Jedná se o definici pojmu investice, která je vzhledem k době přijetí velmi široká a obsahuje prakticky všechny tehdy představitelné možnosti uskutečnění investice. Rovněž je třeba zmínit i fakt, že tato BIT upravovala řešení sporů formou mezistátní arbitráže před MSD nebo jiným arbitrážním tribunálem dle žádosti jedné ze smluvních stran.⁵⁴ Příklad Spolkové republiky Německo byl posléze následován i dalšími státy, a docházelo tak ke sjednávání BITs ze strany dalších států, např. Švýcarské konfederace v roce 1961, Nizozemského království v roce 1963, Francouzské republiky v roce 1972 a Spojeného království Velké Británie a Severního Irska v roce 1975. Typickým znakem BITs, sjednaných v této době, je do jisté míry nevyvážený vztah mezi státy, které kapitál vyvážely, a státy, které jej přijímaly (zejména po stránce ekonomické a politické). Na druhou stranu je pravdou, že povinnosti z BITs plynoucí byly vzájemné - *de facto* jediným smyslem a účelem těchto BITs byla ochrana vlastních státních příslušníků vyvážejících kapitál, jejich zájmů a majetku alokovaného v zahraničí.⁵⁵

⁵¹ *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments.*

⁵² UNCTC, *supra* pozn. 49, s. 7, para. 18.

⁵³ *Ibid.*, s. 28.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 30, čl. 11 odst. 2.

⁵⁵ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 43.

Během 70. a 80. let 20. století byly BITs sjednávány valnou většinou států vyvážejících kapitál, především z důvodů obav některých z nich ohledně postupného rozpadu obyčejového mezinárodního práva skrze přijímané rezoluce Organizace spojených národů (dále jen „OSN“).⁵⁶ Jednou z nich je rezoluce Valného shromáždění OSN č. 3281 o Chartě ekonomických práv a povinností států (*Charter of Economic Rights and Duties of States*)⁵⁷ z roku 1974, která pracovala s principy vyjádřenými rezolucí Valného shromáždění OSN č. 3201 o Deklaraci o zřízení Nového mezinárodního ekonomického řádu (*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*).⁵⁸ Vyjádřila tak právo států regulovat zahraniční investice na svém území.⁵⁹ Do roku 1987 tak bylo uzavřeno celkem 256 BITs; většina z nich byla uzavřena mezi státy rozvinutými a rozvíjejícími se, ale i mezi rozvinutými státy a komunistickými státy v Evropě a Asii.⁶⁰

Na konci 90. let 20. století počet sjednaných BITs prudce vzrostl na 1.857 z 385 BITs na konci 80. let 20. století.⁶¹ Důvodem této expanze byl především úspěch doktríny ekonomického liberalismu a volného pohybu zboží, služeb a investic, podpořeného úspěchem asijských ekonomik (které podporovaly soukromé investice a byly založeny na exportu).⁶²

Na konci roku 2011 činil celkový počet BITs 2.833,⁶³ což je 11x více než kolik činil jejich počet v roce 1987. V současné době jsme svědky toho, že dochází k renegociaci stávajících BITs tak, aby reflektovaly současnou geopolitickou a ekonomickou realitu; některé BITs jsou zároveň bez náhrady vypovídány. Aktuální problematikou dvoustranných dohod na ochranu investic se zabývá kapitola 4. této práce.

1.2.4 Rozšiřování chápání pojmu investice v mezinárodním právu

Na závěr této úvodní kapitoly je potřeba uvést stručný přehled kontinuálního rozšiřování chápání pojmu investice v mezinárodním právu. Jak již bylo uvedeno výše,

⁵⁶ UNCTC, *supra* pozn. 49, s. 7, para. 21.

⁵⁷ Rezoluce Valného shromáždění OSN č. 3281, A/RES/29/3281.

⁵⁸ Rezoluce Valného shromáždění OSN č. 3201, A/RES/S-6/3201.

⁵⁹ NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 32.

⁶⁰ UNCTC, *supra* pozn. 49, s. 6, para. 15.

⁶¹ UNCTAD Press Release. *Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s*. TAD/INF/2877.

⁶² NEWCOMBE; PARADELL, *supra* pozn. 5, s. 48.

⁶³ UN. *Supra* pozn. 2, s. xx.

na počátku chápání pojmu investice stál majetek v podobě nemovitostí či majetkových podílů, který byl chráněn skrze diplomatickou ochranu v případě, že hostitelský stát porušil daná pravidla zacházení s majetkem a jeho vlastníkem. S tím, jak šel vývoj kupředu, začaly se pod pojem investice podřazovat i věci nehmotné, mimo jiné práva. Původně se jednalo o práva plynoucí ze smluv, na základě kterých investor umístil do hostitelského státu svůj majetek v podobě strojů či vybavení; dále se jednalo především o práva spjatá s držením majetku, kupříkladu nájem, hypotéky či zástavy (mohly sem spadat např. i půjčky).⁶⁴

V reakci na případ *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (viz kapitola 1.1) vznikla otázka ochrany práv akcionářů, která byla vyřešena přímo v BITs, a to tak, že podíly na společnostech byly výslovně začleněny do definice investice v daných BITs.

Dalším případem rozšiřování chápání pojmu investice bylo začlenění práv duševního vlastnictví - důvodem tohoto kroku bylo rozšířené kopírování objevů a vynálezů v rozvojových státech, do kterých proudily mezinárodní investice.

V úvahu rovněž přicházela i smluvně nabytá práva, která investor nabývá při uskutečnění své investice v hostitelském státě, zejména ve vztahu k hostitelskému státu, jeho úřadům a orgánům. I tato práva byla začleněna pod definici pojmu investice v příslušných BITs. S tím úzce souvisí i různá administrativní povolení a licence k provozování určité činnosti, která je předmětem investice – bez nich totiž často nelze relevantní činnost provozovat a investice se tak *de facto* stane bezcennou.

Na závěr je třeba zmínit i příklad nové formy, pomocí které jsou zahraniční investice uskutečňovány. Jedná se o společné podniky (*joint-ventures*), které lze definovat jako smluvní spolupráci mezi dvěma nebo více společnostmi za cílem uskutečnění určitého cíle nebo účasti na novém projektu, kdy tyto mohou být lépe uskutečněny díky sdílení zdrojů nebo technologií.⁶⁵ Ve své podstatě jde o efektivnější alokaci rizik - proto tato forma spolupráce umožňuje uskutečnit projekty, které by jinak byly pro jednotlivou společnost vysoce nákladné a rizikové. Stavební projekty jsou pak často uskutečňovány díky BOT kontraktům (*Build–Operate–Transfer*). Jde o spolupráci soukromého a veřejného sektoru, kdy investor obdrží koncesi na výstavbu a provozování předmětu kontraktu (často se jedná o výstavbu infrastruktury, např.

⁶⁴ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 11.

⁶⁵ *Ibid.*, s. 116.

dálnic), který investor sám financuje, vybuduje, pobírá z něj užitky a po uplynutí v koncesi sjednané doby jej převede na hostitelský stát.

Z výše uvedeného je zřejmé, že právo se snaží pružně reagovat na potřeby ekonomické reality a skrze instrumenty mezinárodní práva tak poskytovat ochranu novým formám investic, a to v souladu s vývojem, který jde neustále dopředu.

2. Pojem investice z hlediska ekonomické vědy

Před tím, než bude možné se zaobírat právní definicí pojmu investice, je nutné analyzovat, jak na pojem investice nahlíží ekonomická věda. Důvodem pro to je fakt, že mezinárodní právo jednotnou definici pojmu investice neobsahuje, a jeho chápání tak má svůj základ v pojetí zastávaném ekonomickou vědou.

2.1 Ekonomická definice investice (materiální definice)

Z makroekonomického hlediska se investice charakterizují jako použití úspor k výrobě kapitálových statků, eventuálně k vývoji technologií a získání lidského kapitálu. Znamenají obětování dnešní (jisté) hodnoty za účelem získání budoucí (zpravidla méně jisté) hodnoty. Kvantitativně představují rozdíl mezi hrubým domácím produktem a součtem spotřeby, veřejných výdajů a čistých vývozů.⁶⁶ Pojem investice je rovněž definován jako nákup investičního majetku, jako jsou stroje a zařízení v továrně, za účelem výroby zboží pro budoucí potřebu.⁶⁷

Ekonomická definice pojmu investice vychází ze zobecnění objektivních znaků, které jsou dle ekonomické vědy inherentní tomuto pojmu. V konečném důsledku tak můžeme hovořit o třech kumulativních kritériích, která musí být splněna, aby určitá ekonomická operace mohla být pokládána za investici. Jedná se o:

- 1) Určitý ekonomický přínos hospodářské povahy, vždy určitý a ocenitelný ke dni zřízení investice;
- 2) Poskytnutí investice na určitou dobu, tj. výše uvedené odložení aktuální spotřeby na pozdější dobu;
- 3) Riziko, které plyne z nejistého výsledku odložení aktuální spotřeby na pozdější dobu, neboť takto lze dosáhnout zisku, ztráty nebo vyrovnaného výsledku, což však nelze dopředu odhadnout.⁶⁸

Ekonomická definice pojmu investice nám tímto z právního hlediska předkládá jisté vodítko ohledně určení, zda daná ekonomická operace je investicí v právním slova

⁶⁶ VALACH, Josef. *Investiční rozhodování a dlouhodobé financování*. 1. vyd. Praha: Ekopress, 2001, s. 15.

⁶⁷ LAW, Jonathan. *A Dictionary of Business and Management*. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2009, heslo „investment“. Shodně LAW, Jonathan. SMULLEN, John (Ed.). *A Dictionary of Finance and Banking*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2008, heslo „investment“.

⁶⁸ ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. dopl. vyd. Praha: Linde, 2008, s. 21-22.

smyslu. Je nutné dodat, že tento argument by neměl být příliš přeceňován, neboť určení jistých objektivních kritérií při posuzování, zda se v daném případě jedná o investici či nikoliv (a zejména jejich rigidní aplikace), může v konečném důsledku vést k tomu, že ekonomická operace, která je investicí, se za ni považovat nebude (viz kapitola 7.4 této práce).

2.1.1 Přímé investice

Nejblíže zmiňované ekonomické definici investice je koncepce přímé investice (*Direct Investment*), které jsou nejčastěji uskutečňovány v podobě přímých zahraničních investic (*Foreign Direct Investments*, dále jen „**FDI**“). Přímá investice je definována jako druh přeshraniční investice spojené s osobou, která je rezidentem jedné ekonomiky a která má kontrolu nebo podstatný vliv na kontrolu nad ovládnutím společnosti, která je rezidentem jiné ekonomiky.⁶⁹ Jinými slovy lze za přímou investici považovat investici, kdy investor má na společnosti takový podíl, který mu nad ní umožňuje vykonávat kontrolu.⁷⁰

Z výše uvedeného vyplývá, že cílem přímého investora je mít dlouhodobý vztah se společností, do které přímá investice směřovala, a to především v podobě podstatného vlivu na management dané společnosti. Z toho je rovněž zřetelný zásadní rozdíl oproti portfoliové investici, u které investoři povětšinou nezamýšlejí vykonávat vliv na management dané společnosti, a jde jim především o zisk (problematikou portfoliových investic se zabývá následující kapitola 2.1.2).

Za podstatný vliv je pokládáno disponování alespoň 10% podílem na hlasovacích právech společnosti, do které bylo investováno – zcela legitimně pak může být namítáno, že podíl na hlasovacích právech ve výši 10 % nemůže vést k vlivu na rozhodování společnosti. Nicméně je nutné vzít v potaz i skutečnost, že vliv na rozhodování společnosti může mít i podíl nižší než 10 %, proto nelze toto kritérium příliš přeceňovat a vždy je nutné přihlídnout k okolnostem, které jsou relevantní pro daný případ.⁷¹ S ohledem na výše uvedené by se definice přímé investice mohla

⁶⁹ IMF. *Balance of Payments and International Investment Position Manual*. 6th ed. Washington D. C.: International Monetary Fund, 2009, s. 100, para. 6.8.

⁷⁰ UNCTAD. *Scope and Definition, Series on Issues in International Investment Agreements*. New York and Geneva: United Nations. 1999, Volume II. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, s. 8.

⁷¹ OECD. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 4th ed. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development. 2008, s. 48-49, para. 117.

zobecnit tak, že zahrnuje transfer kapitálu dlouhodobého trvání, a to za účelem pravidelného příjmu, s účastí osoby činící investici na managementu dané společnosti, kdy je přítomno podnikatelské riziko.⁷²

2.1.2 Portfoliové investice

Portfoliové investice tradičně tvoří protipól vůči FDI, což je dáno hlavně jejich zcela odlišným smyslem a účelem. Jak bylo uvedeno výše v kapitole 2.1.1, cílem investorů u portfoliových investic není vykonávání vlivu na management společnosti, do které bylo investováno, ale zisk z této společnosti plynoucí. Jinými slovy, portfoliová investice tak od sebe odděluje výkon vlivu na kontrolu a management společnosti od vlastnictví podílu v takovéto společnosti.⁷³ Portfoliové investice s sebou nepřinášejí transfer technologií, zkušeností nebo jiných výhod do dané společnosti jako FDI. Rovněž mohou být snadno staženy, a investované prostředky tak mohou být uplatněny jinde, což může přispět k rozkolísanosti kapitálu během ekonomických krizí.⁷⁴ Z ekonomického hlediska je portfoliová investice definována jako přeshraniční transakce a pozice, která v sobě zahrnuje dluhové nebo majetkové cenné papíry odlišné od těch, které jsou zahrnuty v přímé investici či rezervních aktivech.⁷⁵

Portfoliové investice proto zahrnují veškeré finanční transakce související s mezinárodním pohybem akcií (majetkových cenných papírů), účastí, osvědčením o podílu na jmění společnosti, s pohybem dluhových cenných papírů (obligací, směnek se splatností nad jeden rok), nástrojů peněžního trhu (směnek, pokladničních poukázek a dluhopisů se splatností do jednoho roku) a obchodovatelných instrumentů se splatností do jednoho roku. Z tohoto je zřejmé, že se jedná buď o instrumenty, které jsou se společností, do které je investováno, spojeny přímo (např. akcie) nebo nepřímo (např. směnky nebo dluhopisy), kdy tyto instrumenty slouží k získání kapitálu a jsou volně dostupné na kapitálových trzích. Je jim imanentní vysoká likvidita a orientace na zisk v podobě rozdílu mezi nákupní a prodejní cenou, případně dividendou (či úroky) nabytou v období mezi nákupem a prodejem.

⁷² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph H. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 60.

⁷³ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 8.

⁷⁴ UNCTAD. *International Investment Agreements: Key Issues*. New York and Geneva: United Nations, 2004, Volume I. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol. I). s. 78-79.

⁷⁵ IMF, *supra* pozn. 69, s. 110, para. 6.54.

Je nicméně předpokládáno, že i v případě portfoliové investice na sebe investor bere podnikatelské riziko, které je s takovou investicí spojeno (přítomnost běžného obchodního rizika je důvodem, proč portfoliové investice nebyly chráněny obyčejovým mezinárodním právem). Investor nemůže v případě vzniku ztráty požadovat její náhradu po domácím subjektu provozujícím danou burzu cenných papírů či jiném obdobném domácím subjektu (ovšem v případě portfoliových investic učiněných v zahraničí tomu tak zcela není, viz níže v této kapitole).

Může tak vzniknout otázka, zda je vůbec vhodné rozlišovat mezi FDI a portfoliovou investicí ve smyslu poskytované ochrany, neboť může být namítáno, že jak v případě portfoliové investice, tak i v případě FDI na sebe investor dobrovolně bere riziko, které je s danou investicí spjato. K tomu Sornarajah uvádí, že tento názor není v mezinárodním právu převažujícím, neboť je zcela zřejmé, že obyčejové mezinárodní právo primárně chrání FDI.⁷⁶ Je ale třeba vzít v potaz i skutečnost, že portfoliové investice mohou být učiněny na kterékoliv burze cenných papírů na světě a často tak nejsou jasné kontury takto vzniklých vztahů, a to právě z důvodů jejich složitosti, kdy není zřejmé, kdo je konečným beneficentem této operace.

Tato problematika je o to komplikovanější, že nynější dohody na ochranu investic obsahují ustanovení, která poskytují ochranu i portfoliovým investicím. Na druhou stranu ale existují smlouvy, které ochranu portfoliových investic výslovně vylučují (viz kapitola 4.1). Důvod, proč jsou portfoliové investice zahrnovány do dohod o ochraně investic, je ten, že podporují tok mezinárodního kapitálu, a je v zájmu rozvíjejících se států, aby tento tok byl maximálně podpořen.

Argumentem pro poskytnutí ochrany portfoliovým investicím je také skutečnost, že akcie či jiná majetková práva ve společnosti jsou často prvkem obsaženým v definicích investic v jednotlivých dohodách na ochranu investic.⁷⁷

Argumentem proti poskytování ochrany portfoliových investic je již výše zmíněný fakt, že identita držitelů portfoliových investic je nejasná a v konečném důsledku i nejistá, protože se jedná o instrumenty s vysokou mírou likvidity (s tím souvisí i míra přínosu takovýchto investic, které mohou být díky své likviditě snadno staženy a v konečném důsledku mohou způsobit až ekonomickou krizi, dojde-li

⁷⁶ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 9.

⁷⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Portfolio Investments and the Definition of Investment. *ICSID Review* [online]. 2009-09-01, roč. 24, č. 2, s. 517 [cit. 2013-03-25].

k náhlému stažení velkého množství takovýchto investic).⁷⁸ Lze tak polemizovat o tom, že vysoká likvidita portfoliových investic, a s tím související přesun finančních prostředků, nemá a nemůže mít příznivý dopad na ekonomický rozvoj, což je dáváno do souvislosti zejména s ekonomickou krizí v Asii z roku 1997 (její příčinou bylo náhlé a masivní stahování portfoliových investic z asijských trhů). Z toho důvodu je třeba zvážit, zda poskytnout portfoliovým investicím ochranu, ač tyto mohou být schopné výrazným způsobem narušit fungování ekonomik a trhů (kdy tak na ekonomický rozvoj nepůsobí pozitivně, ale naopak negativně).⁷⁹ Rovněž je argumentováno tím, že v případě FDI investor investuje zdroje, které by jinak mohly být použity pro ekonomický rozvoj jeho domovského státu. Tuto tezi však Sornarajah vyvrací s tím, že i v případě portfoliové investice dochází k vývozu kapitálu, který by jinak mohl být v domovském státě použit pro ekonomický rozvoj (nicméně ale lze vzít v potaz skutečnost, že objem kapitálu vynaložený na portfoliové investice je povětšinou malý, jelikož se jedná především o kapitál, který je na burzách cenných papírů využíván jednotlivci k nákupu daných cenných papírů).⁸⁰

Jak je to ovšem s portfoliovými investicemi v praxi? Jako názorný příklad lze uvést rozhodnutí ve věci *Fedax v. Venezuela*.⁸¹ Skutkový základ v daném sporu tkvěl v tom, že Bolívarovská republika Venezuela vydala směnky (*promissory notes*) k zajištění závazku, který za ní měla venezuelská společnost, která pro ni vykonala určité služby. Tyto směnky pak byly indosovány na společnost Fedax se sídlem v Nizozemském království. Nelze mít pochybnosti ohledně toho, že směnka je portfoliovou investicí, neboť splňuje všechna výše uvedená definující kritéria (směnka je *per se* cenný papír, který je snadno převoditelný skrze indosaci). Nejproblematictější se jeví argumentace rozhodčího tribunálu, který uvádí:

*„Ačkoliv se osoba investora bude měnit s každou další indosací, investice zůstává nedotčena, kdy emitent směnky stále požívá práva na čerpání poskytnutých prostředků do doby, než nastane splatnost této směnky“.*⁸²

⁷⁸ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 196.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 518.

⁸⁰ *Ibid.*, s. 9, pozn. 24.

⁸¹ *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3).

⁸² *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997, s. 1386, para. 40. V originále: „*In such a situation, although the identity of the investor will change with every endorsement, the investment itself will remain constant, while the issuer will enjoy a continuous credit benefit until the time the notes become due*“.

Jinými slovy, dle rozhodčího tribunálu je za chráněnou investici pokládána i směnka, nezávisle na tom, kolikrát byla indosována. Implikace tohoto rozhodnutí jsou vcelku zajímavé, neboť *per analogiam* lze tvrdit, že obdobná konstrukce dopadá i na další cenné papíry, jako jsou např. státní dluhopisy.

Dalším příkladem může být rozhodnutí ve věci *Philippe Gruslin v. Malaysia*.⁸³ V tomto sporu byl skutkový základ takový, že belgický investor nakoupil cenné papíry kótované na burze cenných papírů v Kuala Lumpur (*Kuala Lumpur Stock Exchange*) skrze podílový fond registrovaný v Lucemburském velkovévodství, který byl spravovaný společností inkorporovanou tamtéž. Ačkoliv rozhodčí tribunál uznal, že investice v podobě cenných papírů kótovaných na této burze spadá pod definici investice v příslušné mezinárodní smlouvě (Mezivládní dohoda mezi Belgicko-lucemburskou ekonomickou unií a Malajsií), zároveň ale stanovil, že se nejedná o chráněnou investici, neboť nebyla splněna podmínka udělení souhlasu s takovouto investicí, což je *conditio sine qua non* vyžadovaná výše uvedenou mezivládní dohodou.⁸⁴ Jak uvádí Rubins, případ *Philippe Gruslin v. Malaysia* nemá příliš velkou vypovídací hodnotu o budoucím rozhodování rozhodčích tribunálů ohledně portfoliových investic, jelikož v dnešních dohodách na ochranu investic již není ustanovení o udělení souhlasu s investicí tak častým jevem, jako tomu bylo v minulosti.⁸⁵

Konečně je nutné zmínit i případ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*.⁸⁶ V tomto případě společnost CMS Gas Transmission Company měla podíl ve výši 29,42 % na argentinské společnosti TGN, jež měla koncesi na transport zemního plynu a které měla vzniknout škoda v důsledku regulatorních opatření ze strany Argentinské republiky. Ta také namítala, CMS Gas Transmission Company je jen minoritním akcionářem, a že držitelem licence je TGN, která jako jediná může požadovat náhradu škody.⁸⁷ Rozhodčí tribunál ale konstatoval, že akcionář má své vlastní přímé právo na ochranu své investice.⁸⁸ Zde je nutné uvést, že dané rozhodnutí

⁸³ *Philippe Gruslin v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/99/3).

⁸⁴ *Philippe Gruslin v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/99/3) Award, November 27, 2000, s. 505, para. 24.1.

⁸⁵ RUBINS, *supra* pozn. 26, s. 319.

⁸⁶ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8).

⁸⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 17, 2003, s. 11, para. 36.

⁸⁸ *Ibid.*, s. 19-20, para. 65.

přečkalo i řízení o zrušení tohoto rozhodčího nálezů.⁸⁹ V tomto případě je namístě souhlasit se Sornarajahem, který uvádí, že je nešťastné, je-li v takovýchto případech odkazováno na definici investice v příslušné BIT (která chrání i podíly na společnostech) v tom smyslu, že díky tomuto uvažování jsou chráněny i portfoliové investice, ač by tomu tak být nemělo.⁹⁰

Otázka portfoliových investic a jejich ochrany ze strany mezinárodního práva tak zůstává stále otevřena. Lze se však domnívat, že i díky široce pojatým definicím v mezinárodních smlouvách je možné v budoucnu očekávat, že rozhodovací praxe bude k portfoliovým investicím přistupovat spíše smířlivě.

⁸⁹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 25, 2007.

⁹⁰ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 12.

3. Pojem investice z hlediska právní vědy

Jak již bylo výše zmíněno, obecná definice pojmu investice v mezinárodním právu neexistuje, což je v hlubokém kontrastu vůči v zásadě jednotnému chápání pojmu investice z hlediska ekonomické vědy. Důvodem jsou především rozdílné ideologické koncepce ohledně chápání pojmu investice, současně s rozdílnými zájmy jednotlivých subjektů mezinárodního práva, zejména suverénních států. Některé instrumenty mezinárodního práva definici pojmu investice obsahují, některé na jeho definici zcela rezignují.

3.1 Právní definice investice (formální definice)

Jak již bylo uvedeno, jednotná a univerzálně aplikovatelná právní definice investice neexistuje, a to proto, že chápání pojmu investice se liší dle smyslu a účelu jednotlivých dvoustranných či mnohostranných dohod, které jej obsahují.⁹¹ I přesto však lze v těchto instrumentech nalézt shodné prvky, jejichž více či méně podobné variace se v jednotlivých právních instrumentech objevují. Obecně však lze říci, že převažující konstrukcí je ta, kdy po obecné (syntetické) formulaci definici investice následuje demonstrativní výčet majetkových hodnot, které jsou považovány za investici dle dané dohody na ochranu investic, což je ostatně případ většiny dnešních moderních BITs, ale i některých mnohostranných smluv.

Jedná se tak o velmi široce pojaté definice pojmu investice, které ve své obecné formulaci často operují s pojmem „každá majetková hodnota“ (*every kind of asset*), následovaným nevyčerpávajícím výčtem hodnot, které lze za investici považovat. Vztahují se tak povětšinou jak na investice přímé (kapitola 2.1.1 této práce), tak i portfoliové (kapitola 2.1.2 této práce). Smyslem takto koncipovaných definic je snaha o zahrnutí co nejširšího spektra majetkových hodnot, a to vzhledem k tomu, že jednotlivé formy investic se neustále vyvíjejí a pružná definice daného pojmu na tyto změny reaguje bez nutnosti renegociace smluv. Následující kapitoly pojednávají o příkladech dvoustranných a mnohostranných dohod na ochranu investic.

⁹¹ OECD. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, Chapter 1*. Paris: OECD, 2008, s. 46.

4. Definice pojmu investice ve dvoustranných dohodách na ochranu investic

Dvoustranné dohody na ochranu investic tvoří základní síť ochrany investic. Na konci roku 2011 činil celkový počet BITs úctyhodných 2.833.⁹² Historie a vývoj BITs je uvedena v kapitole 1.2.3 této práce, nicméně je vhodné připomenout, že BITs byly tradičně uzavírány mezi rozvinutými státy (vývozci kapitálu), které měly imanentní zájem na ochraně investic plynoucích do států rozvojových. Dnešní ekonomická realita je ale poněkud odlišná, neboť tok investic neplyne jen jedním směrem, ale dochází i k investicím z dříve rozvojových států do států rozvinutých, což může někdy činit pro rozvinuté státy nemalé obtíže, neboť jimi původně propagovaný systém ochrany investic se tak nyní obrací vůči nim.

Obecně lze konstatovat, že dnešní BITs obsahují vesměs shodnou strukturu definice pojmu investice, kdy berou v potaz následující okruh otázek: a) formu investice, b) do jaké oblasti hospodářské aktivity investice spadá, c) určení doby, kdy byla investice učiněna a d) určení mezinárodního prvku ve vztahu mezi investorem a hostitelským státem.⁹³

Rovněž se mezi rozvinutými státy rozvinula praxe formulování modelových BITs, které jsou pak používány jako vzor během vyjednávání o konečné podobě těchto smluv. Jedná se především o praxi Spojených států amerických (*US Model BIT 2012*), Francouzské republiky (*France Model BIT 2006*), Spolkové republiky Německo (*German Model BIT 2008*), ale i jiných států.

V dnešní praxi sjednávání BITs se dá mluvit o prakticky jednotné definici pojmu investice, která je pojata skutečně široce. Ve své obecné formulaci BITs operují s variací na pojem „každá majetková hodnota“ (*US Model BIT 2012* – „*every asset*“; *France Model BIT 2006* – „*every kind of assets*“; *German Model BIT 2008* – „*every kind of asset*“), a pak následuje demonstrativní výčet investic, kterým je poskytnuta ochrana dle příslušné BIT, kam patří tradiční majetková práva, účast ve společnostech, peněžité nároky a nároky na plnění, práva duševního vlastnictví a koncese, či podobná

⁹² UN, *supra* pozn. 2, s. xx.

⁹³ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*. 2005, Volume 46, Number 1, Winter 2005, s. 80.

práva.⁹⁴ V tomto demonstrativním výčtu jsou prakticky všechny možné myslitelné formy investic, tj. zejména movitý a nemovitý majetek; obchodní podíly; peněžní pohledávky nebo nároky na jakékoli plnění na základě smlouvy mající finanční hodnotu; práva duševního vlastnictví a podnikatelská oprávnění vyplývající ze zákona nebo ze smlouvy (koncese a licence). K definicím pojmu investice obsaženým v BITs Šturma uvádí, že dvoustranné dohody o ochraně a podpoře investic obsahují většinou definice velmi široké (svým obsahem) a podrobné, až „kasuistické“ (svou formulací).⁹⁵

Na následujících příkladech jednotlivých BITs je však zřejmé, jak rozdílné mohou definice pojmu investice být, a to i v rámci dohod uzavíraných jedním státem, v tomto případě Českou republikou. Česká republika je v současné době vázána 80 BITs, k tomu navíc má vstoupit v platnost BIT uzavřená se Srílanskou demokratickou socialistickou republikou.⁹⁶

4.1 Dohoda mezi Českou republikou a Tureckou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic

Jedná se o nejaktuálnější dohodu o vzájemné podpoře a ochraně investic, která byla ze strany České republiky uzavřena. Tato dohoda byla podepsána dne 29. dubna 2009 a v platnost vstoupila dnem 18. března 2012.⁹⁷ V čl. 1 odst. 2 dohoda obsahuje zajímavou definici pojmu investice, a to následujícího znění:

„Pojem „investice“ označuje přímé investice, podle definice Mezinárodního měnového fondu, investované investorem jedné ze smluvních stran na území druhé smluvní strany za předpokladu, že investice byla učiněna v souladu s právním řádem druhé smluvní strany, a zahrnuje všechny druhy aktiv, zejména, nikoliv však výlučně:

- a) akcie a obligace společnosti a jakoukoli jinou formu účasti ve společnostech,*
- b) reinvestované výnosy, nároky na peněžní plnění nebo jiná práva mající finanční hodnotu a vztahující se k investici,*
- c) movitý a nemovitý majetek a všechna ostatní práva, jako jsou hypotéky, zástavy, záruky,*

⁹⁴ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 122-123, para. 140.

⁹⁵ ŠTURMA, *supra* pozn. 68, s. 31.

⁹⁶ Ministerstvo financí České republiky. *Přehled platných dohod o podpoře a vzájemné ochraně investic, kterými je Česká republika vázána*.

⁹⁷ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 21/2012 Sb. m. s.

- d) práva duševního vlastnictví a průmyslová práva, jako jsou patenty, obchodní známky, obchodní názvy, technické postupy, průmyslové vzory, know-how a goodwill,
- e) podnikatelská oprávnění vyplývající ze zákona nebo ze smlouvy, včetně oprávnění týkajících se přírodních zdrojů⁹⁸.

Daná definice pojmu investice zjevně dopadá pouze na přímé investice (portfoliové investice jsou vyloučeny), a to ještě v závislosti na jejich definici Mezinárodním měnovým fondem.⁹⁹ Dalším prvkem, který stojí za zmínění, je i explicitní vyjádření podmínky, že investice musí být učiněna v souladu s právním řádem druhé smluvní strany. Nicméně se nejedná o modelový případ BIT, který je používán Českou republikou.

4.2 Dohoda mezi Českou republikou a Ázerbájdžánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic

V tomto případě se naopak jedná o dohodu o ochraně a podpoře investic, jejíž definici pojmu investice jako modelovou pro dohody sjednávané ze strany České republiky označit lze. Byla podepsána dne 17. května 2011 a v platnost vstoupila dnem 9. února 2012.¹⁰⁰ Pojem investice je pak definován v čl. 1 odst. 1 následovně:

„Pojem „investice“ označuje každou majetkovou hodnotu přímo investovanou v souvislosti s hospodářskými aktivitami investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu s vnitrostátními právními předpisy druhé smluvní strany a zahrnuje zejména, nikoli však výlučně:

- a) *movitý a nemovitý majetek, jakož i všechna majetková práva, jako jsou hypotéky, zástavy nebo záruky;*
- b) *akcie, obligace a nezajištěné dluhopisy společností nebo jakékoli jiné formy účasti ve společnosti;*
- c) *peněžní pohledávky nebo nároky na jakékoli plnění na základě smlouvy mající finanční hodnotu související s investicí;*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *IMF, supra* pozn. 69, s. 100, para. 6.8.

¹⁰⁰ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 14/2012 Sb. m. s.

- d) práva z oblasti duševního vlastnictví, což znamená ochranné známky, patenty, průmyslové vzory, technické postupy, know-how, obchodní tajemství, obchodní jména 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.

*Jakákoliv změna formy, ve které jsou hodnoty investovány, nemá vliv na jejich charakter jako investice“.*¹⁰¹

V tomto případě definice dopadá pouze na investice učiněné investorem přímo (a nikoliv investice vlastněné či kontrolované nepřímo), neboť je vyžadována majetková hodnota, která je investována přímo v souvislosti s hospodářskými aktivitami investora na území hostitelského státu. Porovnáme-li tuto definici pojmu investice s definicí obsaženou v Dohodě mezi vládou České republiky a vládou Rumunska o podpoře a vzájemné ochraně investic,¹⁰² kterou za modelový typ dvoustranných dohod o ochraně a podpoře investic uzavíraných Českou republikou označil Šturma,¹⁰³ tak zjistíme, že se jedná o pouze zpřesněnou podobu definice. Od modelové BIT, která je ze strany České republiky předkládána jako počáteční bod pro vyjednávání, se přece jenom gramaticky liší zejména ve své úvodní části, a to ohledně skutečnosti, že tato hovoří o „*majetkové hodnotě investované v souvislosti s hospodářskými aktivitami a přímo vlastněné či kontrolované investorem*“.

Jedná se proto o BIT, která plně reflektuje poslední vývoj a trendy v oblasti BITs, kdy vyžaduje, aby investice byla učiněna v souladu s vnitrostátními předpisy, obsahuje širokou definici pojmu investice a výslovně vylučuje ze své ochrany nepřímé investice.

4.3 Definice pojmu investice v US Model BIT 2012

Na úvod je nutné uvést, co je účelem této modelové BIT. Jedná se o šablonu, která je ze strany Spojených států amerických používána jako počáteční vzor při vyjednávání nových BITs, nicméně signalizuje i jejich postoj při dojednávání podoby

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 198/1994 Sb.

¹⁰³ ŠTURMA, *supra* pozn. 68, s. 34.

příslušných ustanovení v dohodách o volném obchodu (*Free Trade Agreements*, dále jen „**FTAs**“).¹⁰⁴

Definice pojmu investice v US Model BIT 2012¹⁰⁵ přečkala bez úhony změny učiněné v této modelové BIT oproti stavu v US Model BIT 2004, ač se usilovalo o zúžení definice tak, aby obsahovala jen majetek chráněný Ústavou Spojených států amerických, což by znamenalo vyloučení očekávání výnosů nebo zisků z investice a předpokladu rizikovosti.¹⁰⁶ Definice pojmu investice v čl. 1 pak zní následovně:

„Investice znamená každá majetková hodnota, kterou investor vlastní nebo kontroluje, ať již přímo či nepřímo, která má charakteristiku investice, jako je vynaložení peněžitých prostředků či jiných zdrojů, očekávání příjmů nebo zisku, nebo převzetí rizika. Investice tak může být učiněna v následující podobě:

- a) podniku;*
- b) akcie, cenné papíry a jiné formy majetkových podílů v podniku;*
- c) dluhopisů, obligací, jiné dluhové instrumentů, a úvěrů;*
- d) futures, opcí, a jiných derivátů;*
- e) smluv o stavbě na klíč, výstavbě, managementu, výrobě, koncesi, dělení zisku a jiných podobných smluv;*
- f) práv duševního vlastnictví;*
- g) licencí, oprávnění a povolení, a jiných podobných práv udělených dle zákonů hostitelského státu; a*
- h) jiného hmotného či nehmotného, movitého či nemovitého majetku, a jiných souvisejících majetkových práv, jako jsou nájem, hypotéky, zástavy, užívací práva a podobná práva“.*¹⁰⁷

Znovu se jedná o širokou definici pojmu investice, s vcelku podrobným demonstrativním výčtem možných druhů investic. Co je však podstatné, přímo v definici jsou obsaženy typové znaky definující investici, mezi které patří a) vynaložení peněžitých prostředků či jiných zdrojů, b) očekávání příjmů nebo zisku,

¹⁰⁴ KANTOR, Mark. The New U. S. Model BIT: "If Both Sides Are Angry With You, You Must Be Doing Something Right". *Transnational Dispute Management TDM*. 2012, Advance publication (19 November 2012), s. 47.

¹⁰⁵ 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty.

¹⁰⁶ KANTOR, *supra* pozn. 104, s. 49.

¹⁰⁷ *Supra* pozn. 105.

nebo c) převzetí rizika. Jedná se o objektivní ekonomická kritéria, která musí investice splňovat, aby byla považována za chráněnou investici. V případných sporech pak lze tato kritéria použít jako interpretační pomůcky při určení, zda se v daném případě jedná o investici či nikoliv, neboť pokud tato nespĺňuje výše zmíněná kritéria, nejedná se o chráněnou investici.

Za zmínku stojí uvedení futures, opcí a jiných derivátů jako možných forem investice, neboť tyto nejsou častým prvkem obsaženým v definici pojmu investice.

K některým pojmům této definice je však třeba dodat komentář, který je v textu US Model BIT 2012 uveden jako poznámka pod čarou. Tato poznámka se týká dluhových instrumentů, kde je uvedeno, že některé formy dluhových instrumentů budou nejspíše splňovat charakteristiku investice, zatímco jiné nikoliv (především peněžité pohledávky plynoucí ze smluv o prodeji zboží či služeb). Rovněž je uvedeno, že soudní či jiná rozhodnutí nelze považovat za investici.

Závěrem lze říci, že tato modelová dohoda o ochraně investic je dobrým základem pro zahájení vyjednávání o konečné podobě vyjednávané BIT. Přítomnost futures, opcí a derivátů v demonstrativním výčtu může však vzbuzovat obavy, neboť se typově jedná o spekulativní portfoliové investice.

Rovněž tato vzorová BIT může v některých aspektech naznačit podobu budoucí BIT uzavřené mezi Spojenými státy americkými a Českou republikou, která by měla nahradit Dohodu mezi Spojenými státy americkými a Českou a Slovenskou Federativní Republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 22. října 1991, která vstoupila v platnost dnem 19. prosince 1992.¹⁰⁸ Jednání stále probíhají a není zřejmé, v jaké podobě nakonec bude daná BIT uzavřena. Dá se nejspíše očekávat, že si Spojené státy americké i nadále ponechají výjimky z národního zacházení a doložky nejvyšších výhod v citlivých odvětvích nebo záležitostech.

4.4 Definice pojmu investice v Norway Draft Model BIT 2007

Velmi netradiční příklad mezi modelovými BIT tvoří BIT vypracovaná Norským královstvím (Norway Draft Model BIT 2007).¹⁰⁹ Netradiční je z toho důvodu, že Norské království, vedeno zájmem na zvýšení transparentnosti v hospodářské spolupráci, skrze preambuli akcentuje soulad investic s ochranou zdraví, bezpečnosti,

¹⁰⁸ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb.

¹⁰⁹ Norway Draft Model BIT 2007, Draft version 191207.

životního prostředí a mezinárodně uznaných pracovních práv. Zdůrazňuje zejména důležitost sociální odpovědnosti podniků a ochranu demokracie, vlády práva a lidských práv, včetně boje proti korupci.

Jedná se o zajímavý počín i z toho důvodu, že daná BIT obsahuje netradiční ustanovení ohledně samotného rozhodčího řízení, které klade důraz na velkou transparentnost a veřejnou kontrolu, kdy jednání rozhodčího tribunálu mají být veřejná, rovněž mají být zpřístupňovány i veškeré dokumenty zde poskytnuté (nejedná-li se však o obchodní tajemství).

Co se týče definice pojmu investice, tak se jedná *de facto* o klasický modelový příklad, kdy v obecné části definice se mluví o každé majetkové hodnotě (*every kind of asset*), vlastněné či kontrolované přímo nebo nepřímo, následované demonstrativním výčtem chráněných investic. Sem již tradičně spadají majetkové účasti na společnostech, založení společnosti (i společností, které nejsou založeny za účelem dosažení zisku), dluhopisy a úvěry, práva plynoucí ze smluv, ale i smlouvy jako takové, práva duševního vlastnictví, práva udělená ze zákona (koncese, licence apod.), a majetek v jakékoliv formě a práva s ním spojená.¹¹⁰

Nicméně tato definice obsahuje i objektivní kritéria, která musí investice splnit, aby se dala za chráněnou investici podle této BIT považovat. Jedná se o a) vynaložení prostředků, b) očekávání příjmů nebo zisku, nebo c) převzetí rizika. Ohledně očekávání příjmů nebo zisku komentář k této BIT uvádí, že se bude jednat o chráněnou investici i v případě majetku určeného k rekreaci pro vlastní potřebu.¹¹¹

Závěrem je třeba dodat, že Norské království nakonec ustoupilo od takto koncipovaného modelu BIT, a to po velké kritice jak odborné, tak i laické veřejnosti.

¹¹⁰ *Ibid.*, čl. 2 odst. 2.

¹¹¹ Norway Draft Model BIT 2007, Comments on the Model for Future Investment Agreements, December 19, 2007, s. 17.

5. Definice pojmu investice v mnohostranných dohodách na ochranu investic

V této kapitole bude pojednáno o nejvýznamnějších mnohostranných dohodách na ochranu investic s tím, že budou rozebrána jejich relevantní ustavení a současně i uvedeny příklady z rozhodovací praxe.

5.1 Dohoda o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky

Nelze mít pochybnosti o tom, že riziko je inherentní součástí jakékoliv investiční operace, tím spíše v případě zahraničních investic, při kterých jsou činěny velké kapitálové transfery z domovského státu do hostitelského státu – v takových případech pak k běžnému obchodnímu riziku přistupují i rizika neobchodní povahy. Tato rizika prakticky nelze nikdy předem zcela vyloučit, lze je leda tak zmírnit či se proti nim zajistit. Právě z tohoto důvodu došlo k uzavření Dohody o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky (*Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*) dne 11. října 1985 v Soulu (dále jen „**Soulská úmluva**“ či „**Dohoda**“), jež vstoupila v platnost dnem 12. dubna 1988 a založila Mnohostrannou agenturu pro investiční záruky (*Multilateral Investment Guarantee Agency*, dále jen „**MIGA**“ či „**Agentura**“).¹¹² Soulská úmluva vstoupila v platnost pro Českou a Slovenskou Federativní Republiku dnem 20. září 1990.¹¹³ Už z preambule a čl. 2 Soulské úmluvy je jasné, že cílem a účelem MIGA je podpora přílivu investic pro výrobní účely do členských států, a zejména do států rozvojových;¹¹⁴ k tomuto účelu bude MIGA vydávat záruky (včetně pojistné spoluúčasti a kaucí) proti rizikům neobchodní povahy ve státech, kam proudí investice z jiných členských států. Rovněž je třeba dodat, že čl. 2 Soulské úmluvy plní funkci korektivu při všech rozhodnutích MIGA, která se jím musí vždy řídit. Dále dle čl. 23 Soulské úmluvy MIGA přispívá ke zvýšení toku investic do rozvojových států tím, že těmto státům na jejich žádost poskytuje technickou pomoc a rady, aby jim pomohla zlepšit investiční prostředí a přitáhnout na jejich území nové investice.¹¹⁵

¹¹² Dostupný z WWW: <http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf>

¹¹³ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 500/1992 Sb.

¹¹⁴ Dle Soulské úmluvy jsou členské státy rozděleny do dvou kategorií, kategorie 1 (rozvinuté státy) a kategorie 2 (rozvojové státy).

¹¹⁵ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 17, s. 209, marg. č. 440.

Soulská úmluva jako taková neobsahuje definici pojmu investice, proto je pojem investice nutno vykládat v tom významu, jaký lze rozumně předpokládat.¹¹⁶ Dle názoru autora této práce je nutno polemizovat s nepřesným závěrem, který vyslovil Ondrušek, a to, že pro Soulskou úmluvu je „*definování pojmu investice klíčovým prvkem*“,¹¹⁷ neboť jak je již uvedeno výše, Soulská úmluva neobsahuje definici pojmu investice, nýbrž pouze uvádí kritéria k vymezení investic, na které se vztahuje.¹¹⁸ Nejedná se tak o definici pojmu investice, ale definici o přijatelných investic. Ostatně i čl. 12 Soulské úmluvy nese nadpis „*Investice, na které se Dohoda vztahuje*“, tedy *a contrario* existují i investice, na které se Soulská úmluva nevztahuje, a tudíž nelze v případě Soulské úmluvy hovořit o definici pojmu investice.

V čl. 12 Soulské úmluvy je uveden výčet investic, na které se úmluva vztahuje:

„(a) *K investicím, na které se Dohoda vztahuje, patří podíly na akciích, 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 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 podložená a přispěje k rozvoji hostitelské země,*

(ii) *zda investice odpovídá nařízením a zákonům hostitelské země,*

¹¹⁶ CHATTERJEE, Syamal K. The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency. *International and Comparative Law Quarterly* [online]. 1987, roč. 36, č. 01, s. 77 [cit. 2013-03-25].

¹¹⁷ ONDRUŠEK, Petr. Právní pojem investice v mezinárodním hospodářském styku. *Právník: teoretický časopis pro otázky státu a práva*. 2000, č. 2, s. 157.

¹¹⁸ ŠTURMA, *supra* pozn. 68, s. 29.

(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“.¹¹⁹

Jedná se o poměrně přesné vymezení investic, na které se Soulská úmluva vztahuje, což souvisí s jejím účelem, neboť MIGA disponuje pouze omezeným kapitálem.¹²⁰ Z toho důvodu MIGA neposkytne záruku či zajištění exportních úvěrů v jakékoliv formě, poskytnutých, zaručených či zajištěných jakoukoliv vládou či institucí poskytující záruky pro export.¹²¹

Soulská úmluva se tak snaží najít jistý kompromis mezi omezeným kapitálem MIGA a zajištěním flexibility rozhodování pro Ředitelskou radu MIGA (druhým orgánem MIGA je Rada správců, viz čl. 30 Soulské úmluvy),¹²² která může poskytnout záruky i za jiné formy investic.¹²³ Rovněž stojí za zmínku i kritéria, která investice musí splňovat, aby byla poskytnuta záruka (čl. 12 písm. d) Soulské úmluvy)¹²⁴. Jedná se zejména o ekonomickou podloženost dané investice a její přispění k ekonomickému i sociálnímu rozvoji hostitelského státu; dále o soulad s vyhlášenými rozvojovými cíli a prioritami hostitelského státu, včetně souladu s nařízeními a zákony tohoto státu (tyto dvě kritéria pak tvoří subjektivní hodnotící hledisko),¹²⁵ a konečně bude MIGA kontrolovat investiční podmínky v hostitelském státě, včetně zákonné ochrany a spravedlivého a rovného přístupu k investicím.¹²⁶

Při posouzení podmínky uvedené v čl. 12 písm. d) bod i) Soulské úmluvy (tj. že investice přispěje k rozvoji hostitelského státu) z objektivního hodnotícího hlediska,¹²⁷ je nutno přihlídnout k tomu, zda daná investice přispěje ke generování výnosů pro

¹¹⁹ *Supra* pozn. 113.

¹²⁰ ŠTURMA, *supra* pozn. 68, s. 29.

¹²¹ *Ibid.*, s. 29. Shodně MIGA. *Commentary on the Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*, 2010, s. 11, para. 20.

¹²² *Supra* pozn. 113.

¹²³ MIGA, *supra* pozn. 121, s. 10, para. 19.

¹²⁴ *Supra* pozn. 113.

¹²⁵ BEN HAMIDA, Walid. Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – Ad Hoc Committee’s Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo. *Journal of International Arbitration*. 2007, Volume 24, Issue 3, s. 296.

¹²⁶ CHATTERJEE, *supra* pozn. 116, s. 82.

¹²⁷ MIGA. *Operational Regulations*, s. 48-49, para. 3.09. Shodně BEN HAMIDA, *supra* pozn. 125, s. 296.

hostitelský stát; k maximalizaci produkčního potenciálu v daném státě, a to zejména s ohledem na tvorbu náhražek za vývoz či dovoz, a tím snižování citlivosti ekonomiky vůči vnějším ekonomickým vlivům; k míře diversifikace hospodářské činnosti, kterou tato investice přinese; a zda rozšíří pracovní příležitosti a zlepší rozdělení příjmů. Přihlédne se rovněž k tomu, zda investice přinese transfer znalostí a dovedností do hostitelského státu, a rovněž k účinkům na sociální infrastrukturu a životní prostředí hostitelského státu.¹²⁸

Záruky mohou být poskytnuty rovněž i na investice, které zahrnují převody zahraniční měny s cílem modernizace, rozšíření či rozvoje stávající investice a také reinvestice (použití zisků ze stávajících investic, ale i licenčních poplatků,¹²⁹ které by jinak byly převedeny mimo hostitelský stát).¹³⁰

Obecně lze konstatovat, že investice, na které se Soulská úmluva vztahuje, musí být nové a střednědobého či dlouhodobého charakteru.¹³¹ MIGA se tak soustředí především na investice do akcií a jiné formy přímých investic,¹³² nicméně Ředitelská rada může prostřednictvím zvláštní většiny rozšířit působnost i na další střednědobé či dlouhodobé formy investic, které mohou zahrnovat různé formy průmyslové spolupráce, jako např. servisní a řídicí smlouvy, licenční a franšízingové smlouvy a stavby na klíč, nebo i smlouvy týkající se transferu technologií a know-how, kdy investor obdrží fixní platby za tato ujednání.¹³³

Za zmínku rovněž stojí i fakt, že se Soulská úmluva vztahuje jak na portfoliové investice (o portfoliových investicích je pojednáno v kapitole 2.1.2 výše), tak i na přímé kapitálové investice, včetně minoritních účastí ve společných podnicích, prioritních akcií vzniklých z přeměny dluhových nástrojů (vyměnitelné dluhopisy), kdy budou preferovány ty portfoliové investice, které jsou spojeny s přímými zahraničními investicemi.¹³⁴

¹²⁸ *Ibid.*, s. 47, para. 3.06.

¹²⁹ MIGA, *supra* pozn. 121, s. 12, para. 21.

¹³⁰ ONDRŮŠEK, *supra* pozn. 117, s. 157-158.

¹³¹ SHIHATA, Ibrahim F. I. The Multilateral Investment Guarantee Agency. *The International Lawyer*. 1986, Volume 20, Issue 2, Spring 1986, s. 490.

¹³² *Ibid.*, s. 490. Shodně MIGA, *supra* pozn. 121, s. 10, para. 19. Odkazuje se tak na definici přímé investice v IMF, *supra* pozn. 69.

¹³³ SHIHATA, Ibrahim F. I. The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, With Particular Reference to ICSID and MIGA. *American University Journal of International Law and Policy*. 1986, Volume 1, Number 1, Summer 1986, s. 109.

¹³⁴ MIGA, *supra* pozn. 127, s. 8, para. 1.04.

Soulská úmluva je zajímavým instrumentem na poli mezinárodního práva, se specifickým zaměřením a účelem. Ač neobsahuje definici pojmu investice a operuje tak pouze s investicemi, které jsou vhodné pro poskytnutí záruky či zajištění, připouští také velice širokou působnost pro svoji aplikaci za předpokladu splnění subjektivních a objektivních hledisek. Chápání investice tak není úplně bezbřehé a má své vnitřní limity, plně v souladu se smyslem a účelem Soulské úmluvy jako takové.

5.2 Dohoda k Energetické chartě

Mezi další mnohostranné dohody na ochranu investic, tentokrát se zaměřením na energetický sektor, patří Dohoda k Energetické chartě (*Energy Charter Treaty*, dále jen „ECT“). Jejím uzavření předcházela tzv. Evropská energetická charta, která byla v roce 1991 přijata ve formě deklarace a nikoliv jako právně závazná smlouva; jejím účelem bylo podpořit spolupráci mezi státy západní a východní Evropy v oblasti energetiky.¹³⁵ Samotná ECT byla přijata dne 17. prosince 1994 v Lisabonu a v platnost vstoupila dnem 16. dubna 1998, a to i pro Českou republiku.¹³⁶ Základním cílem ECT, týkajícím se investic, je vytvoření rovných podmínek pro investice v energetickém sektoru, se zaměřením na snížení rizik neobchodní povahy, která jsou spjata s takovými investicemi.¹³⁷ Účel ECT je přímo stanoven v čl. 2, a to tak, že ECT tvoří právní rámec pro podporu dlouhodobé spolupráce v oblasti energetiky, na základě vzájemnosti a vzájemného prospěchu v souladu s jejími cíli a principy.¹³⁸ Hlavní ustanovení ECT se týkají podpory a ochrany investic, tranzitu energetických materiálů a produktů, obchodu, transferu technologií, přístupu ke kapitálu, aspektů ochrany životního prostředí, hospodářské soutěže a zdanění,¹³⁹ neboť investice je základním kamenem ECT.¹⁴⁰ Definice pojmu investice je uvedena v čl. 1 odst. 6 ECT:

„Investicí se rozumí každá majetková hodnota držaná nebo kontrolovaná buď přímo, nebo nepřímo prostřednictvím investora, a zahrnující:

¹³⁵ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 29, s. 12.

¹³⁶ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 372/1999 Sb. Zajímavostí je fakt, že text ECT nebyl současně s tímto sdělením publikován a lze do něj nahlédnout na Ministerstvu zahraničních věcí a Ministerstvu průmyslu a obchodu.

¹³⁷ *The Energy Charter Treaty and Related Documents: A Legal Framework for International Energy Cooperation*. Brussels, Belgium: Energy Charter Secretariat. 2004. D/2004/7850/5, s. 14.

¹³⁸ *Ibid.*, s. 44.

¹³⁹ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 29, s. 12.

¹⁴⁰ *The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide*. Brussels, Belgium: Energy Charter Secretariat. 2002, s. 19.

- a) *hmotný a nehmotný, movitý a nemovitý majetek, jakož i jakákoli majetková práva, jako jsou nájem, hypotéky, zástavy, užívací práva a podobná práva;*
- b) *společnost nebo obchodní podnik nebo akcie, obchodní podíly nebo jiné formy kapitálové účasti v určité společnosti nebo obchodním podniku, jakož i dluhopisy, cenné papíry a jiné závazky určité společnosti nebo obchodního podniku;*
- c) *peněžní pohledávky a nároky na jakékoli plnění podle smlouvy mající hospodářskou hodnotu a související s investicí;*
- d) *práva k duševnímu vlastnictví;*
- e) *výnosy;*
- f) *jakékoli právo vyplývající ze zákona, smlouvy nebo jakýchkoli licencí a povolení udělených v souladu se zákonem k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky.*

Změna formy, v níž jsou hodnoty investovány, nemá vliv na jejich povahu investice, a pojem "investice" zahrnuje všechny investice, ať existují ke dni nebo jsou učiněné po dni vstupu této smlouvy v platnost pro smluvní stranu investora nebo pro smluvní stranu, na jejíž území se tato investice provádí (dále jen "datum účinnosti"), přičemž se tato smlouva použije pouze na záležitosti, které ovlivňují takové investice po datu účinnosti.

"Investicí" se rozumí každá investice spojená s hospodářskými činnostmi v odvětví energetiky a každá investice nebo kategorie investic, které smluvní strana na svém území definovala jako "projekty účinnosti charty" a jako takové je oznámila sekretariátu".¹⁴¹

Definice pojmu investice v ECT je koncipována velmi široce a je tak podobná definicím pojmu investice v BITs (reflektuje vývoj na poli mezinárodního práva v dané době),¹⁴² zejména proto, že se týká „každé majetkové hodnoty“.¹⁴³ Sektorové zaměření této definice pojmu investice je zřejmé z ustanovení čl. 1 odst. 6 ECT *in fine*, kde se investicí rozumí „každá investice spojená s hospodářskými činnostmi v odvětví

¹⁴¹ *Supra* pozn. 137, s. 41-42.

¹⁴² *Supra* pozn. 140, s. 19-20.

¹⁴³ GAILLARD, Emmanuel. Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty. In COOP, Graham; RIBEIRO, Clarisse (Ed.). *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*. Huntington, N.Y.: JurisNet, 2008, s. 59.

energetiky“, kdy hospodářskými činnostmi v odvětví energetiky jsou dle čl. 1 odst. 5 ECT myšleny hospodářské činnosti týkající se průzkumu, těžby, rafinace, produkce, skladování, pozemní přepravy, přenosu, distribuce, obchodu, uvádění na trh nebo prodeje energetických materiálů a produktů (s určitými výjimkami), nebo hospodářské činnosti týkající se distribuce tepla do více objektů - jedná se tak o tradiční hospodářské aktivity na poli energetiky. Současně je ohledně této otázky třeba poukázat na ilustrativní výčet aktivit, které lze považovat za hospodářskou činnost v odvětví energetiky.¹⁴⁴

Otázkou jsou meze tohoto vymezení, tj. jaká kritéria musí činnost mimo oblast energetiky splňovat, aby byla chápána jako investice a spadala tak do vymezení provedeného čl. 1 odst. 5 a 6 ECT. Extenzivní výklad těchto ustanovení v jistém smyslu oslabuje sektorové vymezení ECT a tato mohou být vykládána i tak, že pod ně lze podřadit i zařízení na zpracování ropy v ropných rafinériích (která by jinak nebyla ECT chráněna jako investice).¹⁴⁵

Důležité je rovněž ustanovení čl. 1 odst. 6 písm. f) ECT, které považuje za investici „*jakékoli právo vyplývající ze zákona, smlouvy nebo jakýchkoli licencí a povolení udělených v souladu se zákonem k provozování hospodářské činnosti v odvětví energetiky*“. Toto ustanovení dopadá zejména na revokace a odebrání koncesí a licencí, kupř. koncese k těžbě ropy – chrání tak investora před zásahy ze strany státu, neboť investor sice je stále vlastníkem těžebního zařízení, ale nemůže jej provozovat (jedná se tak o jednu z forem nepřímého vyvlastnění).¹⁴⁶

Rovněž je nutné se zmínit i o tom, jak dochází k interpretaci definice pojmu investice obsažené v čl. 1 odst. 6 ECT ze strany rozhodčích tribunálů. Prvním z nich je rozhodnutí ve věci *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*.¹⁴⁷ V daném případě šlo o spor týkající se ropné rafinérie v Bulharské republice. Ke zmiňované definici pojmu investice rozhodčí tribunál uvedl, že se vztahuje na „*široký a demonstrativní výčet různých majetkových hodnot, pod který lze podřadit prakticky*

¹⁴⁴ *Supra* pozn. 137, s. 25, Understanding Nr. 2.

¹⁴⁵ *Ibid.*, s. 66.

¹⁴⁶ HAPP, Richard. Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty. *Transnational Dispute Management TDM*. 2005, Volume 2, Issue 1, January 2005, s. 12.

¹⁴⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24).

jakékoliv právo, majetek nebo podíl v penězích či peněžně vyjádřitelný“.¹⁴⁸ Pro úplnost lze dodat, že v dané věci bylo rozhodnuto tak, že tribunál neshledal svoji pravomoc pro rozhodování tohoto sporu, neboť dle tribunálu investice nebyla učiněna v souladu s vnitrostátním a mezinárodním právem, a tudíž nemůže být chráněna jako investice dle ECT (mluví se přímo o podvodném jednání).¹⁴⁹ Rozhodčí tribunál rovněž dospěl k názoru, že ač ECT neobsahuje v definici pojmu investice podmínku, aby tato byla učiněna v souladu s vnitrostátním právem, neznamená to, že ECT chrání všechny druhy investic (tedy i ty, které byly učiněny v rozporu s vnitrostátním a mezinárodním právem).¹⁵⁰ Odkazuje tak i na úvodní poznámku k ECT, která říká, že základním cílem ECT je posílení práva v oblasti energetiky.¹⁵¹ Výše uvedené proto vedlo rozhodčí tribunál k závěru, že dle ECT nelze poskytnout ochranu investici, která je učiněna v rozporu s právem.¹⁵²

Dalším rozhodnutím je rozhodnutí ve věci *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*.¹⁵³ V dané věci měl rozhodčí tribunál rozhodnout, zda se právo na zaplacení kupní ceny ze smlouvy o prodeji plynového kondenzátu dá označit jako investice dle čl. 1 odst. 6 ECT. Rozhodčí soud poukázal na skutečnost, že čl. 1 odst. 6 písm. c) ECT mluví o „*peněžních pohledávkách a nárocích na jakékoli plnění podle smlouvy mající hospodářskou hodnotu a související s investicí*“. Rovněž zmínil i čl. 1 odst. 5 ECT a uvedl, že nelze mít pochybnosti o tom, že plynový kondenzát je energetickým materiálem či produktem, a proto právo na zaplacení kupní ceny plynoucí ze smlouvy o prodeji plynového kondenzátu je investicí dle ECT.¹⁵⁴

Z výše uvedeného je zřejmé, že ECT obsahuje velmi široce pojatou definici investice, i když vnitřně omezenou díky svému sektorovému zaměření na oblast energetiky, která je i přesto velmi blízká definici pojmu investice tak, jak ji můžeme nalézt v některých BITs. Rovněž i rozhodovací praxe stojí za pozornost, což naznačují

¹⁴⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, February 8, 2005, s. 299, para. 125. V originále „*follows a broad, non-exhaustive list of different kinds of assets encompassing virtually any right, property or interest in money or money's worth*“.

¹⁴⁹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Award, August 27, 2008, s. 38-39, para. 135.

¹⁵⁰ *Ibid.*, s. 39-40, para. 138.

¹⁵¹ *Ibid.*, s. 40, para. 139. Obdobně *supra* pozn. 137, s. 14.

¹⁵² *Ibid.*, s. 40, para. 139.

¹⁵³ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (SCC Case No. 126/2003).

¹⁵⁴ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (SCC Case No. 126/2003), Arbitral Award, March 29, 2005, s. 72. Obdobně OECD, *supra* pozn. 91, s. 55.

i dvě výše zmíněná rozhodnutí, ve kterých rozhodčí tribunály dospěly k zajímavým a podnětným závěrům. Přínos ECT na poli mezinárodního práva je zcela nezpochybnitelný. Rovněž bude i zajímavé sledovat, jakým směrem se bude vyvíjet rozhodovací praxe.

5.3 Dohoda o Severoamerické zóně volného obchodu

Dohoda o Severoamerické zóně volného obchodu (*North American Free Trade Agreement*, dále jen „NAFTA“) je regionální úmluvou, kterou mezi sebou uzavřely Spojené státy americké, Kanada a Spojené státy mexické dne 17. prosince 1992 a která vstoupila v platnost dnem 1. ledna 1994. Dle preambule NAFTA jsou jejími cíli vytvoření rozšířeného a bezpečného trhu pro zboží a služby vytvořené na území smluvních stran, snížení pokřivení trhu a zajištění předvídatelného podnikatelského prostředí pro obchodní plánování a investice. Tímto se tak NAFTA liší od typické BIT, neboť v sobě zahrnuje kromě ochrany investic i obchodní otázky.¹⁵⁵

Všemi aspekty investic se zabývá kapitola 11. NAFTA, včetně zřizování a zacházení s investicemi. Definice pojmu investice obsažená v NAFTA je velmi podobná vymezením investic, které lze nalézt v BITs (samotná NAFTA se inspirovala podobou US Model BIT). Nicméně se od nich odlišuje v jednom aspektu - výslovně vyjmenovává, co za investici nelze považovat. Jedná se o smlouvy o koupi zboží a služeb, úvěry související s obchodními transakcemi a jiné nároky na peněžita plnění, netýkajících se investic, tvořících definici pojmu investice.¹⁵⁶ Definice pojmu investice je tak poměrně široká, ale díky tomuto negativnímu vymezení je ve skutečnosti užší, než jak ji nalezneme v jiných BITs.¹⁵⁷

Jako příklad rozhodovací praxe dle kapitoly 11. NAFTA lze uvést případ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*. V daném sporu šlo o otázku, zda dřevo z jehličnatých stromů je zbožím a daný spor se tak ve skutečnosti netýká investice a investora, ale pouze obchodování se zbožím. K tomu rozhodčí tribunál uvedl, že „*neexistuje ustanovení [NAFTA], které říká, že investice a obchod se zbožím mají být posuzovány odděleně od sebe*“.¹⁵⁸

¹⁵⁵ MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. 1st pub. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 34, para. 2.34.

¹⁵⁶ *Ibid.*, s. 34, para. 2.37.

¹⁵⁷ ONDRUŠEK, *supra* pozn. 117, s. 160.

¹⁵⁸ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Award, January 26, 2000, s. 15-16, para. 26.

Obdobně argumentoval i rozhodčí tribunál ve věci *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, kdy v daném sporu šlo o vývoz polychlorovaných bifenylyů americkou společností do Kanady, kde tato společnost měla zařízení na jejich likvidaci. Oproti výše zmíněnému případu *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* se rozhodčí tribunál zaobíral definicí pojmu investice v kapitole 11. NAFTA a zjistil, že kanadská pobočka (zařízení na likvidaci polychlorovaných bifenylyů) je „podnikem“, a tudíž tak spadá pod definici pojmu investice v čl. 1139 NAFTA. Rovněž dodal, že jednotlivé kapitoly tvoří dohromady jeden celek, dle kterého se tak může jednat o zásah do práv investora či investice, i když se daný zásah týká zboží dle kapitoly 3. NAFTA.¹⁵⁹

NAFTA lze proto pokládat za úspěšný příklad regionální dohody o ochraně investic (zejména však řeší otázky spjaté s mezinárodním obchodem). Rovněž je nutné zmínit, že kapitola 11. NAFTA posloužila jako vzor pro iniciativu OECD v podobě Mnohostranné dohody o investicích (*Multilateral Agreement on Investment*, dále jen „MAI“),¹⁶⁰ o níž pojednává následující kapitola.

5.4 Mnohostranná dohoda o investicích

V případě MAI se jednalo o iniciativu OECD z roku 1995 o vytvoření návrhu mnohostranné dohody, která by se týkala investic. Jednalo se tak o pokus ze strany vyspělých členských států OECD, kdy i některé z rozvojových států participovaly na vyjednáváních o podobě MAI, jelikož cílem bylo dojednat MAI nejprve mezi vyspělými státy, a až posléze by došlo k přistoupení k MAI ze strany rozvojových států samotných. Převládal totiž názor, že dohoda na ochranu investic uzavřená mezi vyspělými státy může být následně rozvojovým státům předložena jako *fait accompli* a ty se k ní připojí. Rovněž bylo zamýšleno, že MAI bude po dokončení převzata pod křídla WTO.¹⁶¹

Vyjednávání o textu MAI probíhala v rozmezí let 1995 až 1998 a jako vzor posloužily stávající BITs (zejména US Model BIT), a jak již bylo zmíněno výše, do velké míry i kapitola 11. NAFTA. Poslední návrh MAI pochází ze dne 22. dubna

¹⁵⁹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, November 13, 2000, s. 72-73, paras. 292-294.

¹⁶⁰ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 253.

¹⁶¹ *Ibid.*, s. 257.

1998.¹⁶² V témže roce došlo k zastavení prací na textu MAI, a to z celé řady důvodů. Spojené státy americké MAI nikdy plně nepodporovaly, jelikož se exekutiva obávala toho, že návrh nezíská patřičnou podporu k ratifikaci v zákonodárném sboru, a rovněž proto, že výsledný kompromis ohledně stupně ochrany investic se zdál být nedostatečným. Oproti tomu Francouzská republika dospěla ve finálních fázích vyjednávání k závěru, že MAI nebude v souladu s jejím záměrem chránit francouzskou kulturu a jazyk (*exception culturelle*). Nakonec se přidaly i nevládní organizace, které namítaly, že diskuze v rámci OECD probíhají bez dostatečné komunikace s veřejností (MAI totiž byla z počátku dojednávána v tajnosti), i proto, že MAI staví do popředí ochranu nadnárodních korporací oproti ochraně životního prostředí a lidských práv.¹⁶³

Nelze taktéž opomenout fakt, že již od počátku debat o podobě MAI existovaly hlasy, zda je vůbec vhodné, aby právě OECD, ve které jsou zastoupeny vyspělé státy, sloužila jako platforma k vyjednávání dohody, která měla mít celosvětový dopad.¹⁶⁴ Tyto faktory tak ve své vzájemné souvislosti vedly k tomu, že MAI nebyla nikdy přijata.

Jak již bylo naznačeno výše, MAI obsahovala vskutku širokou definici pojmu investice, a to následujícího znění:

„Investicí se rozumí:

Každá majetková hodnota vlastněná či kontrolovaná, ať již přímo či nepřímo, investorem, a to včetně:

- i. podniku (jako právnické osoby či jiná entity založené nebo zřízené dle aplikovatelného práva smluvní strany, ať již za účelem zisku či nikoliv, ať již soukromé, nebo vlastněné či kontrolovaná státem, sem spadají i obchodní společnosti, trusty, partnerství, živnosti, organizační složky, společné podniky, spolky či sdružení);*
- ii. akcií, cenných papírů či jiných forem majetkové účasti na podniku, včetně práv z nich odvozených;*
- iii. dluhopisů, obligací, úvěrů a jiných forem dluhu, včetně práv z nich odvozených;*

¹⁶² OECD. *The Multilateral Agreement on Investment, Draft Consolidated Text*, April 22, 1998. DAF/MAI(98)7/REV1.

¹⁶³ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, str. 257-258.

¹⁶⁴ DOLZER; SCHREUER, *supra* pozn. 72, s. 26.

- iv. *práv plynoucích ze smluv, včetně smluv o stavbě na klíč, výstavbě, managementu, výrobě či dělení zisku;*
- v. *peněžních pohledávek a nároků na splnění závazků;*
- vi. *práv duševního vlastnictví;*
- vii. *práv udělených na základě zákona či smlouvy, jako jsou koncese, licence, oprávnění a povolení;*
- viii. *jiného hmotného či nehmotného, movitého či nemovitého majetku, a jiných souvisejících majetkových práv, jako jsou nájem, hypotéky, zástavy, užívací práva a podobná práva¹⁶⁵.*

Je zřejmé, že definice investice obsažená v MAI je pojata velmi široce („*každá majetková hodnota*“) a obsahuje tak ve svém demonstrativním výčtu prakticky všechny myslitelné formy investic a práv s nimi spojených. Ostatně se nad tímto nelze podívat, neboť MAI je koncipována k co nejširší ochraně investic a investorů, kdy jejími navrhovateli, jak je výše uvedeno, byly především hospodářsky vyspělé státy, tj. vývozci kapitálu. I toto můžeme považovat za jednu z příčin, proč MAI nakonec neuspěla, neboť takto koncipovaná ochrana investic, cílicí především na rozvojové státy, by se v konečném důsledku mohla obrátit proti vyspělým státům samotným.¹⁶⁶

Nicméně v poznámce pod čarou č. 2 u definice pojmu investice je uvedeno, že pro větší právní jistotu bude třeba výkladové poznámky, že se jedná o investici dle MAI, kdy daná majetková hodnota musí splňovat charakteristické vlastnosti investice, kterými jsou a) vynaložení prostředků, b) očekávání příjmů nebo zisku, nebo c) převzetí rizika.¹⁶⁷

V komentáři k MAI¹⁶⁸ je dále uvedeno, že definice pojmu investice je formulována tak, aby obsáhla všechny známé a vyvíjející se formy investic, a to včetně výnosů z takovéto investice.¹⁶⁹ Pod definici pojmu investice tak rovněž spadají portfoliové investice a minoritní podíly na společnostech. Zajímavé je i konstatování, že pod „*dluhopisy, obligace, úvěry a jiné formy dluhu, včetně práv z nich odvozených*“

¹⁶⁵ OECD, *supra* pozn. 162, s. 11.

¹⁶⁶ SORNARAJAH, *supra* pozn. 45, s. 261.

¹⁶⁷ OECD, *supra* pozn. 162, s. 11, pozn. 2.

¹⁶⁸ OECD. *The Multilateral Agreement on Investment, Commentary to the Consolidated Text*, April 22, 1998. DAFFE/MAI(98)8/REV1.

¹⁶⁹ *Ibid.*, s. 6.

spadají i úvěry státní podniků a korporací, které jsou např. v čl. 1139 NAFTA z definice pojmu investice naopak vyloučeny. Dle výše uvedeného komentáře lze pod spojení „peněžní pohledávky“ podřadit i vklady u bank (pod tuto kategorii taky dle většiny delegací spadají i finanční deriváty), nikoliv však nároky ze smluv o koupi zboží či služeb, které nejsou považovány za investici. Rovněž jsou chráněna i všechna známá práva duševního vlastnictví. Za zmínku stojí i fakt, že pojem „podnik“ (*enterprise*) je chápán tak, že mimo jiné zahrnuje i vědecké instituce a univerzity.¹⁷⁰

Lze tak konstatovat, že projekt MAI byl zajímavým počinem na poli mezinárodního práva, otázkou však je, zdali vůbec měl naději na úspěch, neboť při sjednávání mnohostranných dohod hrozí nesčetná úskalí, zvláště v případě, jedná-li se o tak citlivé otázky, jako jsou zahraniční investice. Názor autora této práce je takový, že v dohledné době podobný projekt, či přímo oživení MAI jako takové, očekávat nelze, a to s ohledem na stávající ekonomickou a geopolitickou situaci. Nelze však vyloučit, že budoucí vývoj dospěje do fáze, kdy podmínky pro negociaci a přijetí podobného instrumentu budou příznivé a bude tak přijata mnohostranná dohoda o ochraně investic, která bude obsahovat definici pojmu investice takovou, jakou ji známe z jednotlivých BITs.

5.5 ASEAN Všeobecná investiční dohoda

Nejnovějším počinem mezi regionálními dohodami na ochranu investic je dohoda uzavřená pod patronátem Sdružení národů jihovýchodní Asie (*Association of Southeast Asian Nations*, dále jen „ASEAN“). Jedná se o ASEAN Všeobecnou investiční dohodu (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*, dále jen „ACIA“) ze dne 26. února 2009, jež vstoupila v platnost dnem 29. března 2012 a nahradila tak ASEAN Dohodu o podpoře a ochraně investic (*ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*) z roku 1987.

Dle preambule ACIA je jejím účelem navýšení toku investic mezi členskými státy ASEAN a zvýšení jejich konkurenceschopnosti z hlediska cílové destinace pro zahraniční investice členských států ASEAN, tj. aby členské státy investovaly právě v rámci ASEAN.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Ibid.*, s. 7.

¹⁷¹ *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*, preambule.

Co se týče definice pojmu investice obsažené v čl. 4 písm. c) ACIA, ta zní následovně:

„Investicí se rozumí každá majetková hodnota, vlastněná či kontrolovaná investorem, a zahrnuje, mimo jiné:

- i. hmotný a nehmotný majetek a jiná související majetková práva, jako jsou hypotéky, užívací práva a zástavy;*
- ii. akcie, cenné papíry, dluhopisy a obligace a jiné formy majetkové účasti v právnické osobě, včetně práv nebo podílů z nich oddělených;*
- iii. práva duševního vlastnictví, která byla propůjčena v souladu se zákony a nařízeními každého členského státu;*
- iv. peněžité pohledávky nebo nároky na splnění smluvních závazků spjatých s podnikáním a vyjádřitelných v penězích;*
- v. práva plynoucích ze smluv, včetně smluv o stavbě na klíč, výstavbě, managementu, výrobě či dělení zisku, a*
- vi. podnikatelské koncese nutné k výkonu hospodářské aktivity, mající hodnotu vyjádřitelnou v penězích dle zákona nebo smlouvy, včetně jakýchkoliv koncesí k průzkumu, kultivaci, těžbě nebo využití přírodních zdrojů.*

*Pojem „investice“ také obsahuje výnosy z investic, zejména zisky, úroky, kapitálové přírůstky, dividendy, licenční poplatky a poplatky. Jakákoliv změna formy, ve které jsou hodnoty investovány nebo reinvestovány nemá vliv na jejich zařazení jako investice“.*¹⁷²

K této definici pojmu investice je ještě potřeba dodat poznámky pod čarou, které doplňují některé z pojmů v této definici uvedených. Už u samotného pojmu „investice“ je v poznámce pod čarou č. 2 uvedeno, že pokud daná majetková hodnota postrádá charakteristické vlastnosti investice, tak se o investici nejedná, bez ohledu na to, v jaké formě je majetková hodnota uplatněna. Charakteristické vlastnosti tak tvoří a) vynaložení prostředků, b) očekávání příjmů nebo zisku, nebo c) převzetí rizika.¹⁷³ Dále je u pojmu „peněžité pohledávky“ v poznámce pod čarou č. 3 uvedeno, že z důvodu větší jistoty se za investici nepovažují peněžité pohledávky, které vznikly

¹⁷² *Ibid.*, s. 7-8.

¹⁷³ *Ibid.*, s. 7, pozn. pod čarou č. 2.

z obchodních smluv na koupi zboží nebo služeb, nebo úvěry spjaté s těmito obchodními smlouvami.¹⁷⁴

Rovněž je vhodné uvést, že ACIA se snaží nastolit rovnováhu mezi zájmem investorů na ochranu jejich investic, a zájmem států na regulaci investic s ohledem na jejich vlastní národní zájmy.

Z výše uvedeného je zřejmé, že v případě ACIA se jedná o velmi moderní mnohostrannou smlouvu, která reflektuje nejaktuálnější vývoj na poli chápání pojmu investice, a současně může posloužit jako vzor v případě renegociace stávajících BITs.

¹⁷⁴ *Ibid.*, s. 7, pozn. pod čarou č. 3.

6. Pojem investice v rámci společné obchodní politiky Evropská unie

Autor této práce pokládá za klíčové naznačit poslední vývoj v oblasti ochrany investic a definice pojmu investice v rámci Evropské unie (dále jen „EU“). Podle čl. 207 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“)¹⁷⁵ získala EU pravomoc regulovat přímé zahraniční investice, nicméně se jedná o kompetenční ustanovení, které předpokládá, že dle čl. 207 odst. 2 SFEU Evropský parlament a Rada přijímají řádným legislativním postupem formou nařízení opatření vymezující rámec pro provádění společné obchodní politiky (*Common Commercial Policy*, dále jen „CCP“).¹⁷⁶

Cílem EU je tak do budoucna nahradit BITs, které mají sjednané její členské státy, dohodami uzavřenými na úrovni EU, jak plyne ze sdělení Komise ze dne 7. července 2010 (dále jen „sdělení Komise“),¹⁷⁷ ve kterém jsou stanoveny cíle, které si komise ohledně CCP vytyčila. Komise však uvádí, že jednotný model EU BIT ve vztahu k třetím státům je nerealizovatelný a nevhodný.¹⁷⁸ Nicméně toto sdělení Komise naznačuje široké chápání pojmu investice ve smyslu přímých investic (účelem je chránit veškeré procesy, které jsou s investicí spojeny a jsou důležité pro její realizaci, tj. platby, ochranu nehmotných aktiv, např. práv k duševnímu vlastnictví atd.), avšak nevylučuje ani ochranu investic portfoliových.¹⁷⁹ Sdělení Komise dále uvádí, s jakými státy mají být vedena jednání o uzavření FTAs či obdobných dohod, které budou obsahovat i ustanovení o ochraně investic. Nejvíce tak pokročila jednání v případě Kanady, dále má dojít k uzavření dohod s Indickou republikou, Singapurskou republikou a Japonskem, výhledově pak s Čínskou lidovou republikou a Ruskou federací.

Současně s tímto sdělením Komise byl představen i návrh nařízení, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy

¹⁷⁵ Konsolidované znění SFEU, 2012/C 326/01.

¹⁷⁶ BALAŠ; ŠTURMA, *supra* pozn. 29, s. 23.

¹⁷⁷ Sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, *Cesta k ucelené mezinárodní investiční politice*, 7. července 2010, KOM(2010) 343 v konečném znění.

¹⁷⁸ *Ibid.*, s. 6.

¹⁷⁹ *Ibid.*, s. 8. Portfoliové investice jsou Soudním dvorem Evropské Unie definovány jako „*koupě cenných papírů na kapitálovém trhu uskutečněná pouze s cílem investovat bez úmyslu ovlivňovat řízení a kontrolu podniku*“, viz rozsudek ze dne 28. září 2006, Komise v. Nizozemsko, ve spojených věcech C-282/04 a C-283/04, para. 19. K pojmu „*portfoliové investice*“ kapitola 2.1.2 této práce.

a třetími státy,¹⁸⁰ které upravuje status BITs členských států podle práva EU a stanoví podmínky a postupy, podle nichž jsou členské státy oprávněny měnit nebo uzavírat BITs (přijato jako nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012).¹⁸¹ Nařízení upravuje informační povinnosti členských států, které mají povinnost oznámit Komisi veškeré BITs se třetími státy uzavřené před 1. prosincem 2009,¹⁸² a současně mají povinnost oznámit záměr zahájit jednání o změně nebo uzavření BITs se třetími státy.¹⁸³ Jedná se tak o přechodné nařízení, které upravuje vztah BITs uzavřených členskými státy vůči EU do doby, než dojde k uzavření příslušných dohod na ochranu investic v rámci EU.

Vyvstává otázka, jaká bude podoba definice pojmu investice v těchto nových dohodách, které budou uzavírány přímo EU. Jisté vodítko k tomuto poskytuje usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice,¹⁸⁴ ve kterém Evropský parlament žádá Komisi, aby poskytla jasnou definici investic, které je třeba chránit, včetně přímých zahraničních investic a portfoliových investic,¹⁸⁵ domnívá se však, že spekulativní formy investic, jak je definuje Komise, chráněny být nesmí.¹⁸⁶ K tomuto Komise uvádí, že v zásadě chápe obavy Evropského parlamentu, ale že tyto nejsou na místě, neboť běžné obchodní transakce nespádají pod definici pojmu investice a za „spekulativní“ nelze označit portfoliové investice jako celek, jelikož zařazení portfoliových investic do definice pojmu investice směřuje na ochranu majetkových podílů ve společných podnicích a jiných formách právnických osob v hostitelských státech, jejichž zákony neumožňují založení poboček, které by jinak byly chápány jako FDI.¹⁸⁷

Rovněž i vyjednávací mandát, který byl dán Evropskou radou k uzavření FTAs s Kanadou, Indickou republikou a Singapurskou republikou, mluví o zahrnutí

¹⁸⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.

¹⁸¹ *Ibid.*, čl. 1.

¹⁸² *Ibid.*, čl. 2.

¹⁸³ *Ibid.*, čl. 8.

¹⁸⁴ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice, 2010/2203(INI).

¹⁸⁵ Ohledně otázky, zda má EU kompetenci sjednávat dohody týkající se portfoliových investic, viz BURGSTALLER, Markus. The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Jörn; HINDELANG, Steffen (Ed.). *International Investment Law and EU Law*. Heidelberg: Springer. 2011, s. 62-71.

¹⁸⁶ *Supra* pozn. 184, para. 11.

¹⁸⁷ Reakce Komise ze dne 5. července 2011 na Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice, SP(2011)5857.

i portfoliových investic a pojetí pojmu investice co nejšířeji, tedy včetně práv duševního vlastnictví.¹⁸⁸ Vyjednávání tak má být postaveno na zkušenostech plynoucích ze stávajících BITs uzavřených členskými státy EU.¹⁸⁹

Reinisch naznačuje, že budoucí FTAs či jiné dohody uzavírané ze strany EU budou obsahovat široce pojatou definici pojmu investice tak, jak je v současné době upravena v BITs členských států EU.¹⁹⁰ S tímto názorem se autor této práce plně ztotožňuje, neboť je zřejmé, že nově sjednávané dohody nemohou jít pod standard, který vytvořily stávající BITs uzavřené členskými státy. Na konkrétní zhodnocení je pak nutné počkat do doby, kdy dojde ke zveřejnění textu připravovaných dohod.

¹⁸⁸ *EU Negotiating Mandates on Investment* (2011, EU-Canada/India/Singapore FTAs), September 12, 2011. Jedná se však o neoficiálně zveřejněný dokument.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ REINISCH, August. *The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements* [Draft paper], s. 8 [cit. 2013-03-25].

7. Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států a její dopad na chápání pojmu investice

Důležitým milníkem v mezinárodním právu ohledně ochrany investic je Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, která byla podepsána dne 18. března 1965 ve Washingtonu a v platnost vstoupila dnem 14. října 1966 (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, dále jen „**Washingtonská úmluva**“), pro Českou a Slovenskou Federativní Republiku pak dnem 8. dubna 1992.¹⁹¹

Samotnou Washingtonskou úmluvou došlo ke zřízení Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, dále jen „**ICSID**“ nebo „**Středisko**“), kdy dle čl. 1 odst. 2 této úmluvy je účelem Střediska usnadňovat smířčí nebo rozhodčí řešení sporů z investic mezi smluvními státy a občany druhých smluvních států.¹⁹² Jinými slovy, Washingtonská úmluva vytváří institucionální a procesní rámec pro řešení sporů mezi investory a státy skrze smířčí a rozhodčí řízení. V současné době Washingtonskou úmluvu podepsalo 158 států, kdy 147 z nich uložilo i ratifikační listiny.

Důvody, proč došlo k uzavření Washingtonské úmluvy a vytvoření Střediska, lze vysledovat ze samotné preambule úmluvy, kde se hovoří o potřebě mezinárodní spolupráce pro ekonomický rozvoj a úloze soukromých mezinárodních investic v tomto ohledu; současně je tento cíl potvrzen i ve známé zprávě výkonných ředitelů, kde se píše o tom, že vytvoření instituce sloužící k umožnění řešení sporů mezi státy a zahraničními investory může být podstatným krokem k vytvoření atmosféry vzájemné důvěry a podpory většího toku soukromého zahraničního kapitálu do států, které si jej přejí přilákat.¹⁹³

Před tím, než bude proveden rozbor rozhodovací praxe rozhodčích tribunálů dle Washingtonské úmluvy, je nutné poukázat na historii vyjednávání ohledně definice pojmu investice.

¹⁹¹ Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. In *International Legal Materials*, Volume 4, 1965, s. 525, para. 9.

7.1 Definice pojmu investice - historie a travaux préparatoires

Jako počátek jednání o podobě Washingtonské úmluvy se oficiálně uvádí den 18. září 1962, kdy bylo přijato rozhodnutí na 17. výročním setkání sboru guvernérů Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj (*International Bank for Reconstruction and Development*), které uložilo výkonným ředitelům zabývat se problematikou řešení sporů mezi státy a investory.¹⁹⁴ Byl tak vypracován návrh, jehož jedinými požadavky na určení soudní pravomoci Střediska byly: a) vzájemný souhlas stran a b) minimální výše požadovaného nároku v hodnotě USD 100.000 - nejednalo se tu tak o spor plynoucí z investice.¹⁹⁵ O tom pojednávaly až další návrhy; u otázky definice pojmu investice se vytvořily dva názorové proudy - jeden reprezentující rozvinuté státy, druhý pak státy rozvojové, kdy právě rozvojové státy požadovaly přesné vymezení definice pojmu investice.

Byl to tedy až návrh ze září roku 1964, jež obsahoval vlastní vymezení pojmu investice - investicí bylo vynaložení peněžitých prostředků či jiné majetkové hodnoty na dobu neurčitou (pokud na dobu určitou, tak ne méně než 5 let).¹⁹⁶ Nicméně tento návrh u delegátů neuspěl, neboť jak rozvinuté, tak i rozvojové státy byly proti a trvaly na svých požadavcích, tedy na co nejširší definici pojmu investice na straně jedné, a naopak co nejužší vymezení definice na straně druhé.

Úspěchu dosáhl až kompromis představený Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska ze dne 8. prosince 1964, který se zdál být přijatelným pro všechny strany. V tomto kompromisu bylo navrženo, aby Středisko mělo co nejširší soudní pravomoc ve vztahu k rozhodovaným sporům, ale současně aby státy mohly samy určit, jaké případy budou pod soudní pravomoc Střediska spadat. Jinými slovy se tak jedná o široce pojaté a neomezené chápání pojmu investice, kdy samotné státy mohou posléze po ratifikaci samy v jednotlivých instrumentech (typicky BITs) dojednat vlastní definici pojmu investice.¹⁹⁷ Tento kompromis byl ve výsledku přijat, a proto nyní ve Washingtonské úmluvě nenalezneme definici pojmu investice jako takovou,

¹⁹⁴ DELAUME, Georges R. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *The International Lawyer*. 1966, Volume 1, Number 1, 1966-1967, s. 65.

¹⁹⁵ MORTENSON, Julian D. The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*. 2010, Volume 51, Issue 1, Winter 2010, s. 282.

¹⁹⁶ *Ibid.*, s. 286.

¹⁹⁷ *Ibid.*, s. 290.

místo ní se mluví o určení soudní pravomoci Střediska, a to v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy:

„Soudní pravomoc Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu, o němž strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku. Pokud strany vyslovily souhlas, nemůže žádná z nich jednostranně svůj souhlas odvolat“.¹⁹⁸

Je třeba rovněž upozornit i na skutečnost, že ve zprávě výkonných ředitelů je výslovně uvedeno, že nebyl učiněn žádný pokus o definování pojmu investice, neboť základním předpokladem je udělení souhlasu smluvními stranami.¹⁹⁹ Tento odstavec je hojně citován rozhodčími tribunály v souvislosti s podporou jejich tvrzení, že Washingtonská úmluva definici pojmu investice neobsahuje a jsou to právě rozhodčí tribunály, které mají svým rozhodováním tuto mezeru vyplnit. Je tak na první pohled zřejmé, že výše uvedené tvrzení obsažené ve zprávě výkonných ředitelů nekoresponduje se skutečným průběhem jednání o podobě definice pojmu investice tak, jak je zachycena v *travaux préparatoires*.²⁰⁰ K tomu Mortenson uvádí, že důvod, proč pojem definice nebyl definován, je ten, že to jsou právě jednotlivé státy, kdo má určit obsah tohoto pojmu.²⁰¹

Na druhou stranu Broches konstatoval, že pro určení soudní pravomoci *ratione materiae* Střediska je rozhodná dohoda stran o tom, že se jedná o spor vzniklý z investice, nicméně se však nejedná o absolutní hodnotící kritérium. Jinými slovy, je-li dán souhlas k soudní pravomoci Střediska, nemusí se jednat *per se* o investici dle Washingtonské úmluvy.²⁰²

Washingtonská úmluva tak definici pojmu investice neobsahuje, a to zcela úmyslně, neboť pokud pojem investice definovala, účel úmluvy by se minul s účinkem. Na druhou stranu, při zvolení přesně formulované definice pojmu investice by hrozilo vyloučení některých sporů plynoucích z investic, neboť tyto by nespádaly pod zvolenou

¹⁹⁸ Zvýraznění přidáno autorem.

¹⁹⁹ *Supra* pozn. 193, para. 7.

²⁰⁰ SCHREUER, *supra* pozn. 94, s. 116, para. 119.

²⁰¹ MORTENSON, *supra* pozn. 195, s. 292.

²⁰² BROCHES, Aron. Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction. *Columbia Journal of Transnational Law*. 1966, Volume 5, 1966, s. 268.

definici investice, ač by se o investice jednalo. Delaume konstatoval, že v případě, kdy k určení soudní pravomoci Střediska je nutný souhlas smluvních stran, se ustoupení od definování pojmu investice ve Washingtonské úmluvě jeví jako nejlepší řešení.²⁰³

Záměrné nedefinování pojmu investice ve Washingtonské úmluvě se z dlouhodobého hlediska jeví jako krok správným směrem, neboť samotná úmluva by měla tvořit jakýsi objektivní rámec chápání pojmu investice, pod nějž by měly být podřaditelné jednotlivé druhy investic, které spadají pod definici pojmu investice v jednotlivých BITs či obdobných instrumentech. Jinými slovy jsou to právě členské státy Washingtonské úmluvy, které skrze své BITs (či jiné instrumenty) regulují a určují co je a co není chápáno jako investice, a udělují tak v nich souhlas se soudní pravomocí Střediska. Ostatně, i ve zprávě výkonných ředitelů je zdůrazněno, že souhlas smluvních stran je základním kamenem pro soudní pravomoc Střediska.²⁰⁴ Zároveň je nutné dodat, že smlouvy o koupi zboží (či jiné běžné obchodní transakce), ač mohou spadat pod definici pojmu investice v BIT či jiném instrumentu, nejsou chráněnou investicí ve smyslu čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy.²⁰⁵ Takto nastavený režim umožňuje pružně reagovat na potřeby praxe – zejména na neustálý vývoj nových forem investic, které by tak v případě rigidně nastavené definice pojmu investice nespadaly pod soudní pravomoc Střediska.

7.1.1 Aplikace Vídeňské úmluvy o smluvním právu

Dle názoru autora této práce nelze při výkladu pojmu investice v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy přehlížet úpravu obsaženou v čl. 32 Vídeňské úmluvy o smluvním právu (*Vienna Convention on Law of Treaties*, dále jen „**Vídeňská úmluva**“), jež byla přijata ve Vídni dne 23. května 1969 a vstoupila v platnost dnem 27. ledna 1980, pro Československou socialistickou republiku pak dnem 28. srpna 1987.²⁰⁶

Jak bude uvedeno v následující kapitole, výklad čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy není ze strany rozhodčích tribunálů zcela jednoznačný, bez ohledu na to, že při

²⁰³ DELAUME, *supra* pozn. 194, s. 70.

²⁰⁴ *Supra* pozn. 193, para. 23.

²⁰⁵ SHIHATA, Ibrahim F. I.; PARRA, Antonio R. The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review* [online]. 1999-09-01, roč. 14, č. 2, s. 308 [cit. 2013-03-25].

²⁰⁶ Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 4. září 1987 o Vídeňské úmluvě o smluvním právu č. 15/1988 Sb.

jeho výkladu by měl být aplikován čl. 31 Vídeňské úmluvy - avšak i po jeho aplikaci zůstávají i nadále pochybnosti, zda je čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy ze strany rozhodčích tribunálů přikládán ten význam, jaký byl zamýšlen při vyjednávání o jeho konečné podobě.

Přípravné materiály (*travaux préparatoires*) patří k nejdůležitějším doplňkovým prostředkům pro výklad smluv, jedná se tak o dokumenty, které smluvní strany vytvořily během vyjednávání o konečné podobě dané mezinárodní smlouvy.²⁰⁷ Mohou být použity jenom jako pomocné prostředky pro interpretaci příslušné mezinárodní smlouvy. Rozsah, v jakém mohou být tímto způsobem použity, závisí na jejich přesvědčivosti, dostupnosti, přímém vztahu ke sporným bodům dané mezinárodní smlouvy, vzájemné provázanosti a určitosti, dále pak na smluvních stranách, které se na formulaci daného ustanovení podílely a ohlasu ostatních smluvních stran na takto přijaté řešení.²⁰⁸

Je nepochybné, že ustanovení čl. 31 a 32 Vídeňské úmluvy by mělo být při rozhodování rozhodčích tribunálů bráno v potaz, neboť interpretace čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy je v rozhodovací praxi roztržštěná, není brán ohled na *travaux préparatoires* a genezi vývoje pojmu investice v tomto článku obsaženém.

V mezinárodním právu je zastáván názor, že při výkladu mezinárodních smluv nelze jejich předmět a účel povýšit nad jejich obsah. Jinými slovy, dle čl. 31 Vídeňské úmluvy lze předmět a účel mezinárodní smlouvy použít k výkladu nejasných ustanovení mezinárodní smlouvy, ale nikoliv k vytvoření nových podmínek, které zcela jasně z textu samotného neplynou.²⁰⁹ Obdobně je pak uváděno, že principy mezinárodního práva, které mají nezpochybnitelnou úlohu při interpretaci mezinárodních smluv, neumožňují rozhodčím tribunálům vytváření nových kritérií a podmínek, které tvůrci do dané mezinárodní smlouvy nevložili, ačkoliv by se tyto mohly zdát být vhodnými či prospěšnými.²¹⁰

²⁰⁷ VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 445, para. 3.

²⁰⁸ *Ibid.*, s. 446, para. 6.

²⁰⁹ The United States of America and The Federal Reserve Bank of New York v. The Islamic Republic of Iran and Bank Markazi Iran (Decision No. DEC 130-A28-FT, Case No. A28), December 19, 2000, para. 58. In. LEE, Karen (Ed.). *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Volume 36, 2000-2002*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 22.

²¹⁰ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, November 30, 2009, s. 152, para. 415.

Lze si proto položit otázku, zda jsou dle mezinárodního práva přípustná a aplikovatelná kritéria, která byla identifikována v rozhodnutí ve věci *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*,²¹¹ pro která se vžilo označení tzv. „**Salini test**“ a jež byla následně aplikována dalšími rozhodčími tribunály.

V rozhodovací praxi se takto vykristalizovaly dvě metody přístupu k určování soudní pravomoci *ratione materiae*: a) subjektivní a b) objektivní metoda interpretace, které jsou rozebrány v následujících kapitolách.

7.2 Subjektivní metoda interpretace

Tato metoda vychází z původního kompromisního záměru, který vedl k přijetí současné finální podoby čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy, tj. že právě souhlas smluvních stran zakládá soudní pravomoc Střediska, což znamená, že není nutné definovat pojem investice přímo v úmluvě, a jednotlivé státy si tak mohou samy regulovat, co za investici považují. Jedná se o metodu, která je plně v souladu nejen s *travaux préparatoires*, ale i se smyslem a účelem úpravy obsažené ve výše citovaném článku Washingtonské úmluvy. Nelze opomenout, že souhlas smluvních stran je základním kamenem soudní pravomoci Střediska.²¹²

Souhlas stran může být učiněn přímo v příslušné BIT nebo obdobné dohodě, dále ve smlouvě s investorem, v právním předpisu hostitelského státu či v rozhodčí doložce, které tak slouží jako *lex specialis* vůči čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy.²¹³ Není tak důvodu, aby nedefinovaný pojem investice ve Washingtonské úmluvě měl přednost před definovaným pojmem investice, který je obsažen v instrumentu obsahujícím souhlas se soudní pravomocí Střediska.²¹⁴

Mezi rozhodnutí, která akcentovala tento přístup, patří např. rozhodnutí ve věci *Československá obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic* (nicméně v tomto rozhodnutí jsou zmíněny prvky objektivní metody interpretace, které uplatnila strana žalovaná,

²¹¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4).

²¹² *Supra* pozn. 193, para. 23.

²¹³ *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Decision on Jurisdiction, December 8, 2003, s. 25, para. 47. Shodně *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25), Award, August 26, 2007, s. 140-141, para. 305.

²¹⁴ FELLEBAUM, Joshua. Putting the Needle to the Salini Bubble? In: LAIRD, Ian A. WEILER, Todd J. *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Irvington-On-Hudson: Juris Publishing, 2012, s. 104.

viz níže),²¹⁵ *Philippe Gruslin v. Malaysia*,²¹⁶ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*,²¹⁷ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*,²¹⁸ nebo *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*.²¹⁹

Zároveň je ale nutné uvést, že některé rozhodčí tribunály, ač užívají subjektivní metodu interpretace, přesto berou v úvahu Salini test při svém rozhodování. Jinými slovy, hranice mezi subjektivní metodou interpretace a objektivní metodou interpretace není zcela neprostupná.²²⁰ Příkladem mohou být rozhodnutí ve věci *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*,²²¹ nebo *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*.²²²

Z výše uvedeného je zřejmé, že subjektivní metoda interpretace vychází přímo ze záměrů tvůrců Washingtonské úmluvy a jejích *travaux préparatoires*, navíc je plně v souladu s výkladovými pravidly obsaženými ve Vídeňské úmluvě.

7.3 Objektivní metoda interpretace

Oproti subjektivní metodě interpretace je objektivní metoda postavena na tezi, že sama Washingtonská úmluva obsahuje objektivní limitaci pojmu investice, a tak pro účely zjištění, zda je dána soudní pravomoc Střediska, je nutné zkoumat pojem investice obsažený v příslušné BIT nebo obdobném instrumentu a pojem investice obsažený v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. Tento přístup je proto označován jako „dvojitý test“ (v originále „*double keyhole approach*“ nebo „*double barrelled test*“).²²³

Definice pojmu investice, obsažená v BIT nebo obdobném instrumentu, je tak podřazena pojmu investice v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy, který však není

²¹⁵ *Československá obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999, s. 273-274, paras. 64-66.

²¹⁶ *Supra* pozn. 82, s. 492, para. 13.6.

²¹⁷ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/00/9), Award, September 16, 2003, s. 33, para. 8.2.

²¹⁸ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi* (ICSID Case No. ARB/95/3), Award, February 10, 1999, s. 494-495, para. 83.

²¹⁹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), Award, April 12, 2002, s. 33, para. 136.

²²⁰ STERN, Brigitte. The Contours of the Notion of Protected Investment. *ICSID Review* [online]. 2009-09-01, roč. 24, č. 2, s. 538 [cit. 2013-03-25].

²²¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, July 24, 2008, s. 87-88, paras. 316-318.

²²² *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/09/2), Award, October 31, 2012, s. 59, paras. 293-294.

²²³ SCHREUER, *supra* pozn. 94, s. 117, para. 124.

definován a je pouze dovozován výkladem, čímž vlastně slouží jako *lex specialis* vůči příslušné dohodě stran, které udělily souhlas se soudní pravomocí Střediska.²²⁴

Myšlenkovým základem tohoto přístupu je 1. vydání komentáře k Washingtonské úmluvě, kde Schreuer uvádí pět kritérií, která jsou typická pro většinu investičních operací. Jedná se o: a) minimální dobu trvání, b) pravidelnost příjmů a zisků, c) převzetí rizika, d) vynaložení prostředků a e) přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu.²²⁵ Ve 2. vydání toho komentáře však Schreuer uvádí, že tato kritéria nemají být chápána jako podmínky pro určení soudní pravomoci Střediska, ale jako charakteristické prvky pojmu investice dle Washingtonské úmluvy.²²⁶ Rovněž dodává, že přerod těchto charakteristických prvků v jakési povinné hodnotící kritérium je poněkud nešťastný a 1. vydání komentáře nemůže sloužit jako odůvodnění pro takový přístup.²²⁷

Poprvé byla výše jmenovaná kritéria aplikována v rozhodnutí ve věci *Fedax v. Venezuela*.²²⁸ Rozhodčí tribunál zmínil Scheurerova kritéria a stručně uvedl, že jsou v daném případě splněna.²²⁹ Dalším rozhodnutím, kde byla daná kritéria zmíněna (i když jen v rámci procesní obrany strany žalované), je rozhodnutí ve věci *Československá obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic*.²³⁰ V tomto sporu Slovenská republika namítala, že investice je definována jako pořízení majetku či aktiv za pomoci vynaložení zdrojů investora na území hostitelského státu, u kterého se očekává, že přinese prospěch oběma stranám a poskytne budoucí příjmy, pod podmínkou nejistot souvisejících s rizikem.²³¹

Nicméně zásadní význam mělo až rozhodnutí ve věci *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*,²³² ve kterém šlo o spor z tříletého kontraktu na výstavbu dálnice. Rozhodčí tribunál zde aplikoval výše zmíněná kritéria

²²⁴ SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence: vynutitelnost práva a právní praxe*. 2008, č. 7, s. 11.

²²⁵ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 140, para. 122.

²²⁶ SCHREUER, *supra* pozn. 94, s. 128, para. 153.

²²⁷ *Ibid.*, s. 133, para. 171.

²²⁸ *Supra* pozn. 81.

²²⁹ *Supra* pozn. 82, s. 1387, para. 43.

²³⁰ *Supra* pozn. 215.

²³¹ *Ibid.*, s. 277-278, para. 78.

²³² *Supra* pozn. 211.

tak, jak je definoval Schreuer, ale ne jako charakteristické znaky investice, ale jako podmínky pro určení, zda se jedná o investici ve smyslu čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. Rozhodčí tribunál zmínil kritéria vynaložení prostředků, určitou dobu trvání a převzetí rizika. Dodal však, že z preambule Washingtonské úmluvy plyne další kritérium - přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu. Zmíněná kritéria však mají být hodnocena ve své vzájemné souvislosti.²³³

K otázce přínosu pro ekonomický rozvoj hostitelského státu Schreuer uvádí, že toto kritérium lze jako jediné vysledovat přímo z textu Washingtonské úmluvy, konkrétně první věty její preambule, která hovoří o „*potřebě mezinárodní spolupráce pro ekonomický rozvoj a úlohu soukromých mezinárodních investic v tomto ohledu*“.²³⁴ Rovněž ve zprávě výkonných ředitelů se mluví o tom, že podnětem k vypracování Washingtonské úmluvy je snaha o posílení spolupráce mezi státy v otázce ekonomického rozvoje.²³⁵ Dá se tak argumentovat, že smyslem a účelem Washingtonské úmluvy je určitý pozitivní přínos pro ekonomický rozvoj, nicméně nelze usuzovat, že hospodářská aktivita, která není přínosem pro ekonomický rozvoj hostitelského státu, není investicí ve smyslu čl. 25 odst. 1 úmluvy a není tak dána soudní pravomoc Střediska.²³⁶ Avšak striktní aplikace tohoto kritéria by v konečném důsledku vedla k tomu, že u mnoha ze sporů řešených v rámci Washingtonské úmluvy by nebyla shledána soudní pravomoc Střediska a tyto spory by tak nebyly rozhodnuty.²³⁷

Nicméně jak uvádí Gaillard, zmínka o ekonomickém rozvoji v preambuli Washingtonské úmluvy je pouhým uznáním faktu, že investice pomáhají ekonomickému rozvoji, tj. že ekonomický rozvoj je důsledkem investic, nikoliv jejich definičním znakem.²³⁸

²³³ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, s. 622, para. 52.

²³⁴ *Supra* pozn. 191.

²³⁵ *Supra* pozn. 193, s. 525, para. 9.

²³⁶ SCHREUER, *supra* pozn. 94, s. 116-117, para. 121.

²³⁷ STERN, *supra* pozn. 220, s. 513.

²³⁸ GAILLARD, Emmanuel. Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. In: BINDER, Christina et al. (Ed.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 414.

Salini test byl následně aplikován např. v rozhodnutí ve věci *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*,²³⁹ *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria*,²⁴⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*,²⁴¹ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*,²⁴² nebo *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*.²⁴³ Ve výše uvedených sporech rozhodčí tribunály po aplikaci Salini testu shledaly, že se v daných sporech jedná o investice ve smyslu čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy.

Nicméně v některých dalších případech rozhodčí tribunály dospěly po aplikaci Salini testu k závěru, že se v dané věci nejedná o investici ve smyslu čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. Jde o rozhodnutí ve věci *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*,²⁴⁴ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*,²⁴⁵ nebo *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*.²⁴⁶

Zdá se proto, že opakovaná aplikace Salini testu ovlivnila rozhodování rozhodčích tribunálů v tom smyslu, že pomocná kritéria pro určení, zda se jedná či nejedná v daném sporu o investici, se přeměnila v závazný test, který je nutné aplikovat na danou hospodářskou aktivitu investora vždy.²⁴⁷

7.4 Kritické zhodnocení Salini testu

Důsledkem aplikace Salini testu dochází ke konzervaci pojmu investice, který však je ze své povahy pojmem velmi flexibilním a majícím široký obsah.²⁴⁸ Jak již bylo

²³⁹ *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/6), Decision on Jurisdiction, July 16, 2001, s. 28-31, paras. 58-66.

²⁴⁰ *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/03/8), Award, January 10, 2005, s. 18-20, paras. 13-14.

²⁴¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction, November 14, 2005, s. 35-37, paras. 130-138.

²⁴² *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13), Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, s. 28-30, paras. 91-96.

²⁴³ *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7), Decision on Jurisdiction, March 21, 2007, s. 28-31, paras. 99-102, 109-111.

²⁴⁴ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11), Award on Jurisdiction, August 6, 2004, s. 12-15, paras. 53-63.

²⁴⁵ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/99/7), Decision on the Application of Annulment of the Award, November 1, 2006, s. 8-18, paras. 23-48.

²⁴⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, May 17, 2007, s. 13, 15-49, paras. 44, 48-148.

²⁴⁷ SCHREUER, *supra* pozn. 94, s. 130, para. 159.

²⁴⁸ KRISHAN, Devashish. A Notion of ICSID Investment. *Transnational Dispute Management TDM*. 2009, Volume 6, Issue 1, March 2009, s. 9.

uvedeno výše, Salini test je velice problematický z hlediska obsahu Washingtonské úmluvy a jejich *travaux préparatoires*, neboť záměrem tvůrců bylo mít co nejšířší chápaný pojem investice, a to s ohledem na to, že smluvní strany si v instrumentech zakládajících jejich souhlas se soudní pravomocí Střediska samy určí, jaké hospodářské aktivity budou chápány jako investice ve smyslu čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. Pokud by jejich záměr byl opačný, nepochybně by jistá podoba Salini testu byla zakomponována přímo do textu Washingtonské úmluvy.

Je třeba dodat, že ač se dle Washingtonské úmluvy na rozhodování rozhodčích tribunálů neaplikuje zásada *stare decisis*, dochází ze strany rozhodčích tribunálů k odkazování na jiná rozhodnutí v odlišných věcech, což je názorným příkladem aplikace Salini testu v jednotlivých rozhodnutích.²⁴⁹

Na druhou stranu lze souhlasit s názorem, že není možné přiznat soudní pravomoc Střediska vždy, spadá-li daná hospodářská aktivita pod definici pojmu investice v dané BIT nebo obdobném instrumentu,²⁵⁰ jelikož by tím došlo k narušení důvěry v celý systém, který byl Washingtonskou úmluvou vytvořen a členské státy by tak byly nuceny hledat jiný systém pro řešení sporů z investic.

Jako možné východisko ze schizmatu způsobeném aplikací Salini testu lze hledat v praxi některých rozhodčích tribunálů, které berou Salini test v potaz, ale nepřikládají mu absolutní váhu. Jedná se *de facto* o hybridní přístup, který vzájemně kombinuje některé prvky subjektivní a objektivní metody interpretace.²⁵¹ Příkladem takového přístupu je rozhodnutí ve věci *Abaclat and others v. Argentine Republic*,²⁵² kde rozhodčí tribunál konstatoval, že Salini test nemá sloužit jako zábrana znemožňující poskytnout ochranu investici, jež nespňuje jeho kritéria, neboť toto nebylo záměrem ani tvůrců Washingtonské úmluvy, ani smluvních stran při sjednávání příslušné BIT.²⁵³ Dále lze zmínit rozhodnutí ve věci *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic*

²⁴⁹ BALTAG, Crina. Precedent on Notion of Investment: ICSID Award in MHS v. Malaysia. *Transnational Dispute Management TDM*. 2007, Volume 4, Issue 5, September 2007, s. 4, 12.

²⁵⁰ YALA, Farouk. The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: a Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS & Mihalý. *Transnational Dispute Management TDM*. 2004, Volume 1, Issue 4, October 2004, s. 12.

²⁵¹ TIMMER, Laurens J. E. The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction *Ratione Materiae* of the ICSID Centre. *Journal of International Arbitration*. 2012, Volume 29, Issue 4, s. 372.

²⁵² *Abaclat and others v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5).

²⁵³ *Abaclat and others v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5), Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2011, s. 141-142, para. 364.

of Sri Lanka,²⁵⁴ kde rozhodčí tribunál uvedl, že Salini test nemá svůj základ ve Washingtonské úmluvě, a pokud by hospodářské aktivity měly být vyloučeny z režimu vytvořeného úmluvou pro nesplnění každého z kritérií obsažených v Salini testu, tak hrozí riziko, že dojde ke svévolnému vyloučení určitých typů hospodářských aktivit z úmluvou vytvořeného režimu.²⁵⁵ Za zmínku stojí i rozhodnutí ve věci *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*,²⁵⁶ ve kterém rozhodčí tribunál konstatoval, že kritéria, kterými se řídily jiné rozhodčí tribunály (myšleno Salini test) při určení, zda se jedná o investici chráněnou příslušnou smlouvou, musí být brána v potaz jako pouhé příklady a ne jako prvky nutné k určení, zda se jedná o chráněnou investici.²⁵⁷

Je však nutné připustit skutečnost, že jistá forma objektivní definice pojmu investice či stanovení jistých typových znaků je nezbytná, a to z důvodu větší právní jistoty jak investorů, tak i hostitelských států, do nichž proudí zahraniční investice.²⁵⁸ Jaká by však objektivní definice měla být? Nabízí se vcelku ideální řešení, a to modifikace Salini testu do té míry, aby více odpovídal ekonomické definici investice. Příhodné k tomuto je Pravidlo č. 23 formulované Douglasem, které obsahuje tři z kritérií obsažených v Salini testu, a to: a) vynaložení prostředků, b) převzetí rizika a c) očekávání budoucích zisků. Tato kritéria jsou pak schopná vytvořit objektivní test, jenž přináší jistotu domnělým investorům.²⁵⁹ Samotné Pravidlo č. 23 zní následovně:

*„Hospodářské uskutečnění investice vyžaduje vynaložení prostředků do ekonomiky hostitelského státu stranou žalující, které s sebou nese převzetí rizika v očekávání budoucích zisků.“*²⁶⁰

Toto Pravidlo však není nikterak nové, ba naopak. Uplatnily ho již rozhodčí tribunály ve věci *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic*

²⁵⁴ *Supra* pozn. 222.

²⁵⁵ *Ibid.*, s. 59, para. 294.

²⁵⁶ *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/03/6)

²⁵⁷ *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/03/6), Award, July 31, 2007, s. 38, para. 165.

²⁵⁸ MANCIAUX, Sébastien. The Notion of Investment: New Controversies. *The Journal of World Investment* [online]. 2008-01-01, roč. 9, č. 6, s. 448, para. 10 [cit. 2013-03-25].

²⁵⁹ DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 191, para. 403.

²⁶⁰ *Ibid.*, s. 189, Rule 23. V originále: „The economic materialisation of an investment requires the commitment of resources to the economy of the host state by the claimant entailing the assumption of risk in expectation of a commercial return“.

Republic of Algeria,²⁶¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*,²⁶² *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*,²⁶³ *Saba Fakes v. Republic of Turkey*,²⁶⁴ nebo *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*.²⁶⁵

Pravidlo je navíc obsaženo i v právních instrumentech, jako je např. US Model BIT 2012, kde jsou v čl. 1 uvedeny charakteristiky investice, které musí investice splňovat, tj. a) vynaložení peněžitých prostředků či jiných zdrojů, b) očekávání příjmů nebo zisku, nebo c) převzetí rizika.²⁶⁶ Shodné charakteristiky jsou vyžadovány i v případě Norway Draft Model BIT 2007 v jejím čl. 2 odst. 2.²⁶⁷ Nejedná se však pouze jen o BITs či jejich vzory, ale i o mnohostranné smlouvy, jako je např. ACIA - konkrétně v jejím čl. 4 písm. c), kde je v poznámce pod čarou č. 2 jako charakteristika investice uvedeno vynaložení prostředků, očekávání příjmů nebo zisku, nebo převzetí rizika.²⁶⁸ Rovněž je také nutné zmínit neúspěšný projekt MAI, který obsahoval shodné charakteristiky investice.²⁶⁹

Je zřejmé, že i jednotlivé státy dospěly k názoru, že v zájmu větší právní jistoty jak jich samotných, tak i domnělých investorů, je vhodnější vymezit chráněnou investici takto objektivně, než riskovat aplikaci Salini testu v celé jeho šíři, a tím vyloučit ochranu některým druhům investic, které by kritéria vymezená Salini testem nesplnily. Jedná se o způsob, který je plně v souladu s principy mezinárodního práva, se záměrem tvůrců Washingtonské úmluvy tak, jak plyne z *travaux préparatoires*, a s nosnou myšlenkou Washingtonské úmluvy jako takovou, tj. že souhlas smluvních stran je základním kamenem pro soudní pravomoc Střediska,²⁷⁰ neboť definice pojmu investice obsažená v příslušné BIT nebo jiném instrumentu je *lex specialis* vůči nedefinovanému pojmu investice v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy, jak již bylo zmíněno výše.

²⁶¹ *Supra* pozn. 240, s. 19, para. 13(iv).

²⁶² *Supra* pozn. 241, s. 35-37, paras. 131-137.

²⁶³ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2), Award, May 8, 2008, s. 77, para. 233.

²⁶⁴ *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), Award, July 14, 2010, s. 35-36, para. 110.

²⁶⁵ *Supra* pozn. 222, s. 59-60, para. 295.

²⁶⁶ *Supra* pozn. 105, čl. 1.

²⁶⁷ *Supra* pozn. 109, čl. 2 odst. 2.

²⁶⁸ *Supra* pozn. 171.

²⁶⁹ OECD, *supra* pozn. 162, s. 11, pozn. 2.

²⁷⁰ *Supra*, pozn. 193, para. 23.

Aplikace Pravidla č. 23, které navrhuje Douglas, je v rozhodovací praxi rozhodčích tribunálů rozhodně lepším řešením než aplikace Salini testu v celé jeho šíři. I tak se ale jedná o řešení problematičtější, neboť jde o produkt doktríny a rozhodovací praxe, který nemá oporu v textu Washingtonské úmluvy. V praxi jsou tak prakticky možná 3 řešení této problematiky:

- 1) aplikace Pravidla č. 23 s vědomím toho, že nemá oporu ve Washingtonské úmluvě a jeho použití je tak značně problematičtější;
- 2) renegociace Washingtonské úmluvy a uvedení výše zmíněných objektivních kritérií přímo v čl. 25 odst. 1 tak, aby bylo zřejmé, jaká objektivní kritéria musí investice splňovat (toto řešení se jeví asi nejvíce nepravděpodobným, neboť při počtu 158 členských států se jedná o řešení prakticky nemožné), nebo
- 3) přenechání definování objektivních kritérií na smluvní strany jednotlivých BITs nebo obdobných instrumentů, které si tak v zájmu větší právní jistoty tato kritéria určí v rámci svých vzájemných vztahů samy (případná renegociace těchto instrumentů je méně náročná, než renegociace mnohostranné smlouvy s velkým počtem smluvních stran, které mají často velmi protichůdné zájmy). Toto řešení je plně v souladu s principy mezinárodního práva a současnou úpravou obsaženou ve Washingtonské úmluvě.

Autor této práce se přiklání k poslednímu z výše uvedených řešení, neboť toto se jeví být v praxi nejproveditelnějším a plně v souladu s principy mezinárodního práva a se záměrem tvůrců Washingtonské úmluvy.

7.5 Pojem investice dle rozhodovací praxe – příklady hospodářských aktivit

Závěrem této práce je dle názoru autora vhodné uvést několik příkladů hospodářských aktivit dle rozhodovací praxe, tj. ty aktivity, které byly uznány za investici dle čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. Jak uvádí Schreuer, pod pojem investice obsažený v uváděném článku tak lze podřadit vesměs jakoukoliv oblast hospodářských aktivit.²⁷¹ Současně je vhodné uvést, že BITs či obdobné instrumenty

²⁷¹ SCHREUER, *supra* pozn. 94, s. 125, para. 148.

obsahují široce pojaté definice pojmu investice, které jsou svým obsahem širší, než klasické chápání FDI.²⁷²

Pod pojem investice je proto podřaditelný hmotný a nehmotný majetek,²⁷³ práva plynoucí ze smluv,²⁷⁴ úvěry a jiné obdobné instrumenty (včetně směnek),²⁷⁵ obchodní podíly,²⁷⁶ inženýrské a stavební projekty,²⁷⁷ infrastrukturní projekty,²⁷⁸ poskytování služeb (celní inspekce),²⁷⁹ výstavba a provozování hotelů,²⁸⁰ nebo bankovníctví.²⁸¹

Za investice však nebyly uznány např. bankovní záruka,²⁸² opce,²⁸³ nebo poskytování služeb (advokátní kancelář).²⁸⁴

Tento ilustrativní vzorek rozhodnutí rozhodčích tribunálů ukazuje, že investice mohou mít podobu různých hospodářských aktivit investorů.

²⁷² BEN HAMIDA, *supra* pozn. 125, s. 299.

²⁷³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), Award, February 17, 2000, s. 175-179, paras. 15-21.

²⁷⁴ *Tokios Tokelès v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, s. 238-239, paras. 90, 92.

²⁷⁵ *Supra* pozn. 82, s. 1381, para. 19.

²⁷⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* (ICSID Case No. ARB/05/8), Award, September 11, 2007, s. 55, paras. 250-254.

²⁷⁷ *Supra* pozn. 244, s. 28-31, paras. 99-111.

²⁷⁸ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award, October 2, 2006, s. 58-61, paras. 305-325.

²⁷⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6, 2003, s. 330, 343-345, 347-350, paras. 75-78, 123-129, 133-140.

²⁸⁰ *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, October 17, 2006, s. 23-25, paras. 74-81.

²⁸¹ *Supra* pozn. 215, s. 277-278, para. 78.

²⁸² *Supra* pozn. 244, s. 10-11, paras. 42-50.

²⁸³ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/02/5), Decision on Jurisdiction, June 4, 2004, s. 52, para. 189.

²⁸⁴ *Supra* pozn. 245, s. 14-16, paras. 34-39.

Závěr

Je nepochybné, že široce pojímané a všeobsahující definice pojmu investice jsou v současné době na ústupu, což dokazuje skutečnost, že státy, které jsou tradičně chápány jako vývozci kapitálu (např. Spojené státy americké) se uchylují k renegociaci svých dvoustranných dohod o ochraně a podpoře investic, a to pod tíhou skutečnosti, že jsou terčem žalob plynoucích z investic učiněných na jejich území. Tímto se tak do definice pojmu investice dostávají kritéria, která mají svůj původ v ekonomické vědě a jejím chápání pojmu investice. Aplikace těchto kritérií má za následek zúžení původně široce chápaného pojmu investice.

Lze tak říci, že tento přístup je mnohem transparentnější než koncepce, na které má svůj myšlenkový základ postavený Salini test. Dle názoru autora této práce je třeba striktní aplikaci Salini testu v rozhodovací praxi sporů dle Washingtonské úmluvy odmítnout, neboť nemá oporu v textu Washingtonské úmluvy, záměru tvůrců úmluvy a jejich *travaux préparatoires*. Myšlenkový základ Salini testu je tak postaven na desinterpretaci textu Washingtonské úmluvy, historie jejích příprav a projednávání, ale i názorů vyslovených autoritami na poli mezinárodního práva. Aplikace testu je o to rozpornější, jelikož Washingtonská úmluva neupravuje zásadu *stare decisis*, a tak opakovaná aplikace Salini testu jako mandatorních kritérií pro určení objektivní limitace pojmu investice obsaženého v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy vzbuzuje pochybnosti. Salini test se nestal součástí mezinárodního práva, ať již v jeho kodifikované podobě, či jako obyčejové právo, ale je přesto rozhodčími tribunály aplikován.

Na druhou stranu nelze mít pochyb o tom, že pojem investice obsažený v čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy není zcela bezbřehý a závislý pouze na souhlasu smluvních stran a v něm obsažené definici pojmu investice. Je třeba si uvědomit, že Washingtonská úmluva je v podstatě kompromisem mezi zastánci co nejširšího chápání pojmu investice a zastánci jeho co nejužšího pojetí. Salini test ve své subsidiární aplikaci může fungovat jako pojistka proti příliš extenzivnímu výkladu pojmu investice, nicméně rozhodčí tribunály jej aplikují až příliš nekriticky, do jisté míry na úkor zájmů a představ smluvních stran, které vyslovily souhlas se soudní pravomocí Střediska.

Autor této práce se domnívá, že v rozhodovací praxi rozhodčích tribunálů lze vysledovat tendenci směřující k opuštění rigidní aplikace Salini testu v původní podobě,

a snahu nahradit jej testem o třech kritériích, která jsou ve své podstatě převzata z ekonomické teorie a vědy. Jedná se o: a) vynaložení prostředků, b) převzetí rizika a c) očekávání budoucích zisků. Tato kritéria budou nepochybně splněna v téměř každé investici (autor této práce si nedokáže představit situaci, kdy by tomu takto nebylo), nezávisle na tom, zda se jedná o investici přímou či portfoliovou. Běžné obchodní transakce a kupní smlouvy díky těmto objektivním kritériím chráněny nebudou, ač by mohly být podřaditelné pod široce nastavenou definici pojmu investice.

Primárně by však i nadále měla být aplikována definice pojmu investice obsažená v příslušném instrumentu, ať už se jedná o dvoustrannou či mnohostrannou smlouvu, či jiné instrumenty. Výše uvedená kritéria by pak měla být použita tehdy, vyvstanou-li důvodné pochybnosti o tom, zda se v daném případě jedná o investici, či nikoliv. Nicméně by měla v každém případě mít původ v příslušném instrumentu, a nikoliv být vytvořena zcela mimo smluvní rámec ujednaný mezi zainteresovanými stranami.

Pro příznivý tok zahraničních investic je nezbytné zajistit jim co nejvyšší stupeň ochrany. Nelze rozporovat příznivý dopad zahraničních investic na globální ekonomický rozvoj. Cílem by měl být takový stav, kdy bude chráněn co nejrozsáhlejší okruh hospodářských aktivit, které je možné označit za investice. Toho lze dosáhnout jen skrze široce koncipované definice pojmu investice (typicky se bude za investici považovat každá majetková hodnota), ale současně je třeba zakomponovat do definice určité pojistky, aby se daná definice nestala zcela bezbřehou.

Nejsnazší cestou, jak tohoto cíle dosáhnout, je úprava obsažená v jednotlivých dvoustranných dohodách, neboť jejich renegotiace je snazší (*cum grano salis* je třeba dodat, že tomu tak nemusí vždy být), než u mnohostranné smlouvy, která má přes 150 smluvních stran. V tom dle autora této práce tkví genialita výsledného kompromisu přijatého při tvorbě čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy, neboť koncepce tohoto článku umožňuje flexibilně upravovat rozsah soudní pravomoci *ratione materiae* Střediska skrze dvoustranné (či mnohostranné) smlouvy uzavřené mezi smluvními stranami úmluvy s tím, že pojem investice obsažený v daném článku úmluvy je ve své podstatě nadčasový a drží krok s vývojem nových forem mezinárodních investic.

S ohledem na současný globální ekonomický a geopolitický vývoj lze očekávat, že bude postupně docházet ke konvergenci jednotlivých instrumentů v oblasti ochrany

mezinárodních investic. Státy, které až donedávna byly příjemci zahraničních investic, jsou nyní hlavními vývozci kapitálu (příklad Čínské lidové republiky a jejích hospodářských aktivit v zahraničí mluví za vše). Tyto státy budou chtít dosáhnout stejné stupně ochrany pro vlastní investice, jaký byl doposud doménou tradičních vývozců kapitálu. Tímto mohou výše zmíněná objektivní kritéria proniknout do co nejvíce dvoustranných a mnohostranných dohod na ochranu a podporu investic, a vytvořit tak jednotné chápání pojmu investice. Nelze však očekávat úspěch projektu obdobného ražení jako MAI, rozhodně také nelze očekávat, že výše zmíněný efekt nastane okamžitě, jelikož se jedná o proces dlouhodobého charakteru.

Seznam zkratek

Abs-Shawcross úmluva	- Návrh úmluvy o investicích učiněných v zahraničí
ACIA	- ASEAN Všeobecná investiční dohoda
ASEAN	- Sdružení národů jihovýchodní Asie
BIT	- dvoustranná dohoda na ochranu investic
CCP	- společná obchodní politika
ECT	- Dohoda k Energetické chartě
EU	- Evropská unie
FDI	- přímé zahraniční investice
FNC	- smlouvy o přátelství, obchodu a plavbě
FTAs	- dohody o volném obchodu
GATT	- Všeobecná dohoda o clech a obchodu
ICC Code	- Mezinárodní kodex rovného zacházení pro zahraniční investice
ICSID, Středisko	- Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
ILA Statut	- Návrhy statutu pro Arbitrážní tribunál pro zahraniční investice a pro Soud pro zahraniční investice
ITO	- Mezinárodní obchodní organizace
MAI	- Mnohostranná dohoda o investicích
MIGA, Agentura	- Mnohostranná agentura pro investiční záruky
MSD	- Mezinárodní soudní dvůr
NAFTA	- Dohoda o Severoamerické zóně volného obchodu
OECD	- Organizace pro ekonomickou spolupráci a rozvoj
OECD úmluva	- Úmluva o ochraně cizího majetku
SFEU	- Smlouva o fungování Evropské unie
Soulská úmluva, Dohoda	- Dohoda o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky
TRIMS	- Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření
Vídeňská úmluva	- Vídeňská úmluva o smluvním právu
Washingtonská úmluva	- Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států
WTO	- Světová obchodní organizace

Použité prameny a literatura

Knížní publikace a monografie:

BALAŠ, Vladimír; ŠTURMA, Pavel. *Kurs mezinárodního ekonomického práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1997, xvii, 221 s. ISBN 80-717-9150-4.

BALAŠ, Vladimír; ŠTURMA, Pavel. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, 100 s. ISBN 978-80-87146-55-2.

BURGSTALLER, Markus. The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Jörn; HINDELANG, Steffen (Ed.). *International Investment Law and EU Law*. Heidelberg: Springer. 2011, xii, 200 s. ISBN 978-364-2148-545.

ČEPELKA, Čestmír; ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008, xli, 840 s. ISBN 978-807-1797-289.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph H. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, xliii, 433 s. ISBN 01-992-1176-0.

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press, 2009, lxvii, 616 s. ISBN 05-218-5567-5.

FELLENBAUM, Joshua. Putting the Needle to the Salini Bubble? In. LAIRD, Ian A. WEILER, Todd J. *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Irvington-On-Hudson: Juris Publishing, 2012, 410 s. ISBN 978-193-7518-066.

GAILLARD, Emmanuel. Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty. In COOP, Graham; RIBEIRO, Clarisse (Ed.). *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*. Huntington, N.Y.: JurisNet, 2008, 394 s. ISBN 19-338-3324-6.

GAILLARD, Emmanuel. Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. In. BINDER, Christina et al. (Ed.). *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. New York: Oxford University Press, 2009, lxvi, 970 s. ISBN 01-995-7134-1.

LAW, Jonathan. SMULLEN, John (Ed.). *A Dictionary of Finance and Banking*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2008, 471 s. ISBN 978-019-9229-741.

LAW, Jonathan. *A Dictionary of Business and Management*. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2009, 598 s. ISBN 01-992-3489-2.

LEE, Karen (Ed.). *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Volume 36, 2000-2002*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 460 s. ISBN 978-052-1867-139.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence; WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. 1st pub. Oxford: Oxford University Press, 2007, xlix, 474 s. ISBN 978-019-9557-516.

NEWCOMBE, Andrew P.; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Frederick, MD: Aspen Publishers, 2009, xxx, 614 s. ISBN 90-411-2351-2.

RUBINS, Noah. The Notion of Investment in International Investment Arbitration. In HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan (Ed.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, xxxi, 535 s. ISBN 90-411-2293-1.

SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 1st ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, xlvi, 1466 s. ISBN 0-521-80347-0.

SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2009, lxxvii, 1524 s. ISBN 978-052-1885-591.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010, xxx, 524 s. ISBN 978-052-1747-653.

ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. dopl. vyd. Praha: Linde, 2008, 334 s. ISBN 978-807-2017-096.

VALACH, Josef. *Investiční rozhodování a dlouhodobé financování*. 1. vyd. Praha: Ekopress, 2001, 447 s. ISBN 80-861-1938-6.

VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, xxxiv, 1057 s. ISBN 90-041-6804-4.

VOSS, Jan O. *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, xxxviii, 363 s. ISBN 90-041-9223-9.

Články:

BALTAG, Crina. Precedent on Notion of Investment: ICSID Award in MHS v. Malaysia. *Transnational Dispute Management TDM*. 2007, Volume 4, Issue 5, September 2007, s. 1-15. ISSN 1875-4120.

BEN HAMIDA, Walid. Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – Ad Hoc Committee’s Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo. *Journal of International Arbitration*. 2007, Volume 24, Issue 3, s. 287-306. ISSN 0255-8106.

BROCHES, Aron. Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction. *Columbia Journal of Transnational Law*. 1966, Volume 5, 1966, s. 263-280. ISSN: 0010-1931.

DELAUME, Georges R. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *The International Lawyer*. 1966, Volume 1, Number 1, 1966-1967, s. 64-80. ISSN 0020-7810.

HAPP, Richard. Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty. *Transnational Dispute Management TDM*. 2005, Volume 2, Issue 1, January 2005, s. 1-34. ISSN 1875-4120.

KANTOR, Mark. The New U. S. Model BIT: "If Both Sides Are Angry With You, You Must Be Doing Something Right". *Transnational Dispute Management TDM*. 2012, Advance publication (19 November 2012), s. 46-60. ISSN 1875-4120.

KRISHAN, Devashish. A Notion of ICSID Investment. *Transnational Dispute Management TDM*. 2009, Volume 6, Issue 1, March 2009, s. 1-27. ISSN 1875-4120.

LEGUM, Barton. The Innovation of Investor-State Arbitration Under NAFTA. *Harvard International Law Journal*. 2002, Volume 43, Number 2, Summer 2002, s. 531-539. ISSN 0017-8063.

MORTENSON, Julian D. The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*. 2010, Volume 51, Issue 1, Winter 2010, s. 257-318. ISSN 0017-8063.

ONDRŮŠEK, Petr. Právní pojem investice v mezinárodním hospodářském styku. *Právník: teoretický časopis pro otázky státu a práva*. 2000, č. 2, s. 149-169. ISSN 0231-6625.

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*. 2005, Volume 46, Number 1, Winter 2005, s. 67-130. ISSN 0017-8063.

SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence: vynutitelnost práva a právní praxe*. 2008, č. 7, s. 10-18. ISSN 1802-3843.

SHIHATA, Ibrahim F. I. The Multilateral Investment Guarantee Agency. *The International Lawyer*. 1986, Volume 20, Issue 2, Spring 1986, s. 485-497. ISSN 0020-7810.

SHIHATA, Ibrahim F. I. The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, With Particular Reference to ICSID and MIGA. *American University Journal of International Law and Policy*. 1986, Volume 1, Number 1, Summer 1986, s. 97-116. ISSN 0888-630X.

TIMMER, Laurens J. E. The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction *Ratione Materiae* of the ICSID Centre. *Journal of International Arbitration*. 2012, Volume 29, Issue 4, s. 363–373. ISSN 0255-8106.

YALA, Farouk. The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: a Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS & Mihaly. *Transnational Dispute Management TDM*. 2004, Volume 1, Issue 4, October 2004, s. 1-19. ISSN 1875-4120.

Elektronické články:

CHATTERJEE, Syamal K. The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency. *International and Comparative Law Quarterly* [online]. 1987, roč. 36, č. 01, s. 76-91 [cit. 2013-03-25]. ISSN 0020-5893. DOI: 10.1093/iclqaj/36.1.76.

Dostupný z WWW:

<http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0020589300045620>

MANCIAUX, Sébastien. The Notion of Investment: New Controversies. *The Journal of World Investment* [online]. 2008-01-01, roč. 9, č. 6, 442-466 [cit. 2013-03-25]. ISSN 1660-7112. DOI: 10.1163/221190008X00232.

Dostupný z WWW:

<<http://booksandjournals.brillonline.com/content/10.1163/221190008x00232>>

REINISCH, August. *The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements* [Draft paper], s. 1-35 [cit. 2013-03-25].

Dostupný z WWW:

<<http://law.scu.edu/investment/file/Reinisch-EU-Investment-Law%20-Quo-Vadis-18-01-2013.pdf>>

SHIHATA, Ibrahim F. I.; PARRA, Antonio R. The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review* [online]. 1999-09-01, roč. 14, č. 2, s. 299-361 [cit. 2013-03-25]. ISSN 0258-3690. DOI: 10.1093/icsidreview/14.2.299.

Dostupný z WWW:

<<http://icsidreview.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icsidreview/14.2.299>>

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Portfolio Investments and the Definition of Investment. *ICSID Review* [online]. 2009-09-01, roč. 24, č. 2, s. 516-520 [cit. 2013-03-25]. ISSN 0258-3690. DOI: 10.1093/icsidreview/24.2.516.

Dostupný z WWW:

<<http://icsidreview.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icsidreview/24.2.516>>

STERN, Brigitte. The Contours of the Notion of Protected Investment. *ICSID Review* [online]. 2009-09-01, roč. 24, č. 2, s. 534-551 [cit. 2013-03-25]. ISSN 0258-3690. DOI: 10.1093/icsidreview/24.2.534.

Dostupný z WWW:

<<http://icsidreview.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/icsidreview/24.2.534>>

Judikatura:

Abaclat and others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/5), Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2011.

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/03/16), Award, October 2, 2006.

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3), Award, February 10, 1999.

Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12), Decision on Jurisdiction, December 8, 2003.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction, November 14, 2005.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, July 24, 2008.

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 17, 2003.

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, September 25, 2007.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1), Award, February 17, 2000.

Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria (ICSID Case No. ARB/03/8), Award, January 10, 2005.

Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/6), Decision on Jurisdiction, July 16, 2001.

Československá obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999.

Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/09/2), Award, October 31, 2012.

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25), Award, August 26, 2007.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/00/9), Award, September 16, 2003.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, October 17, 2006.

Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 226), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, November 30, 2009.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/04/13), Decision on Jurisdiction, June 16, 2006.

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/03/11), Award on Jurisdiction, August 6, 2004.

Komise v. Nizozemsko, Rozsudek Soudního dvora EU ve spojených věcech C-282/04 a C-283/04, 28. září 2006.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, May 17, 2007.

Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ Series A, č. 2.

M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/03/6), Award, July 31, 2007.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6), Award, April 12, 2002.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (ICSID Case No. ARB/05/8), Award, September 11, 2007.

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/7), Decision on the Application of Annulment of the Award, November 1, 2006.

Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic (SCC Case No. 126/2003), Arbitral Award, March 29, 2005.

Philippe Gruslin v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/99/3) Award, November 27, 2000.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, February 8, 2005.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Award, August 27, 2008.

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Award, January 26, 2000.

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5), Decision on Jurisdiction, June 4, 2004.

Saba Fakes v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/07/20), Award, July 14, 2010.

Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh (ICSID Case No. ARB/05/7), Decision on Jurisdiction, March 21, 2007.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, November 13, 2000.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6, 2003.

The United States of America and The Federal Reserve Bank of New York v. The Islamic Republic of Iran and Bank Markazi Iran (Decision No. DEC 130-A28-FT, Case No. A28), December 19, 2000.

Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, April 29, 2004.

Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2), Award, May 8, 2008.

Jiné zdroje:

EU Negotiating Mandates on Investment (2011, EU-Canada/India/Singapore FTAs), September 12, 2011.

Dostupný z WWW:

<<http://www.bilaterals.org/spip.php?article20272&lang=en>>

Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment, Havana Charter for an International Trade Organization. New York, 1948.

Dostupný z WWW:

<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>

GATT. *General Agreement on Tariffs and Trade, Text of the General Agreement*. Geneva, 1986.

Dostupný z WWW:

<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>

IMF. *Balance of Payments and International Investment Position Manual*. 6th ed. Washington D. C.: International Monetary Fund, 2009. ISBN 15-890-6812-2.

Dostupný z WWW:

<<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>>

MIGA. *Commentary on the Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*. 2010.

Dostupný z WWW:

<http://www.miga.org/documents/commentary_convention_november_2010.pdf>

MIGA. *Operational Regulations*. 2010.

Dostupný z WWW:

<<http://www.miga.org/documents/Operations-Regulations.pdf>>

Ministerstvo financí České republiky. *Přehled platných dohod o podpoře a vzájemné ochraně investic, kterými je Česká republika vázána*.

Dostupný z WWW:

<http://www.mfcr.cz/cps/rde/xchg/mfcr/xsl/ochrana_investic.html>

Norway Draft Model BIT 2007, Comments on the Model for Future Investment Agreements, December 19, 2007.

Dostupný z WWW:

<<http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1029.pdf>>

OECD. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 1967.

Dostupný z WWW:

<<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>>

OECD. *The Multilateral Agreement on Investment, Draft Consolidated Text*, April 22, 1998. DAFFE/MAI(98)7/REV1.

Dostupný z WWW:

<<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>>

OECD. *The Multilateral Agreement on Investment, Commentary to the Consolidated Text*, April 22, 1998. DAF/MAI(98)8/REV1.

Dostupný z WWW:

<<http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng988r1e.pdf>>

OECD. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 4th ed. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development. 2008. ISBN 978-926-4045-736.

Dostupný z WWW:

<<http://www.oecd.org/industry/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>>

OECD. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations, Chapter 1*. Paris: OECD. 2008. ISBN 978-926-4042-025.

Dostupný z WWW:

<<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>>

Reakce Komise ze dne 5. července 2011 na Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice, SP(2011)5857.

Dostupný z WWW:

<<http://www.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=19829&j=0&l=en>>

Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. In. *International Legal Materials*, Volume 4. 1965.

Rezoluce Valného shromáždění OSN č. 3281, A/RES/29/3281.

Dostupný z WWW:

<<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>

Rezoluce Valného shromáždění OSN č. 3201, A/RES/S-6/3201.

Dostupný z WWW:

<<http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>>

Sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, *Cesta k ucelené mezinárodní investiční politice*, 7. července 2010, KOM(2010) 343 v konečném znění.

Dostupný z WWW:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:CS:PDF>>

The Energy Charter Treaty and Related Documents: A Legal Framework for International Energy Cooperation. Brussels, Belgium: Energy Charter Secretariat. 2004. ISBN 90-594-8029-5. D/2004/7850/5.

Dostupný z WWW:

<http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=211>

The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide. Brussels, Belgium: Energy Charter Secretariat. 2002.

Dostupný z WWW:

<http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/ECT_Guide_ENG.pdf>

UN. *World Investment Report 2012*. United Nations Pubns. 2012. ISBN 978-921-1128-437. UNCTAD/WIR/2012.

Dostupný z WWW:

<<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>

UNCTC. *Bilateral Investment Treaties*. New York: United Nations. 1988. ISBN 92-110-4219-4. ST/CTC/65.

Dostupný z WWW:

<<http://unctc.unctad.org/data/stctc65a.pdf>>

UNCTAD. *International Investment Agreements: Key Issues*. New York and Geneva: United Nations. 2004, Volume I. ISBN 92-111-2663-0. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol. I)

Dostupný z WWW:

<http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf>

UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume III, Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments*. New York and Geneva, 1996.

Dostupný z WWW:

<http://unctad.org/en/Docs/dtci30vol3_en.pdf>

UNCTAD. *International Investment Instruments: A Compendium, Volume V, Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments*. New York and Geneva, 2000.

Dostupný z WWW:

<<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>>

UNCTAD Press Release. *Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s*. TAD/INF/2877.

Dostupný z WWW:

<<http://www.globalpolicy.org/component/content/article/220/47387.html>>

UNCTAD. *Scope and Definition, Series on Issues in International Investment Agreements*. New York and Geneva: United Nations. 1999, Volume II. ISBN 92-111-2663-0. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol.II).

Dostupný z WWW:

<<http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=334>>

Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice, 2010/2203(INI).

Dostupný z WWW:

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//CS>>

České právní předpisy:

Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 4. září 1987 o Vídeňské úmluvě o smluvním právu č. 15/1988 Sb.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=2222>>

Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=2606>>

Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 500/1992 Sb.

Dostupný z WWW:

<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=2622>

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=2691>>

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 198/1994 Sb.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=2790>>

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=2862>>

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 372/1999 Sb.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=c&id=3329>>

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 14/2012 Sb. m. s.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=z&id=24793>>

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 21/2012 Sb. m. s.

Dostupný z WWW:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/ViewFile.aspx?type=z&id=24810>>

Evropské právní předpisy:

Konsolidované znění SFEU, 2012/C 326/01.

Dostupný z WWW:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0001:0012:CS:PDF>>

Nářízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.

Dostupné z WWW:

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:CS:PDF>>

Internetové zdroje:

<<http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/>>

<<http://eur-lex.europa.eu>>

<<http://www.mfcr.cz/>>

<<http://icsid.worldbank.org/ICSID/>>

<<http://www.italaw.com/>>

<<http://www.oecd.org/>>

<<http://unctad.org>>

<<http://wto.org/>>

<<http://www.encharter.org>>

<<http://www.miga.org/>>

<<http://www.imf.org/>>

<<http://www.un.org/>>

Seznam příloh

1. Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investment Court (1948)
2. International Code of Fair Treatment for Foreign Investment (1949)
3. Draft Convention on Investments Abroad (1959)
4. Convention on the Protection of Foreign Property (1967)
5. Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments (1959)
6. Energy Charter Treaty (1994)
7. North American Free Trade Agreement (1992)
8. Multilateral Agreement on Investment (1998)
9. ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009)
10. US Model BIT (2012)
11. Norway Draft Model BIT (2007)

Příloha č. 1

Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investment Court (1948)

Article 37

For the purposes of the Convention:

- a) "Nationals" in relation to a Party includes (i) companies which, under the municipal law of that Party, are considered national companies of that Party and (ii) companies in which nationals of that Party have directly or indirectly a controlling interest. "Companies" includes both juridical persons recognized as such by the law of a Party and associations even if they do not possess legal personality.
- b) "Property" includes all property, rights and interests, whether held directly or indirectly. A member of a company shall be deemed to have an interest in the property of the company.

Příloha č. 2

International Code of Fair Treatment for Foreign Investment (1949)

Article 2

By the terms of this Treaty the High Contracting Parties agree to apply fair treatment, as hereinafter defined, to investments of any kind made in their territories by the nationals of the other High Contracting Parties, including inter alia the following types:

- direct investments in real property, natural resources, commercial, financial, agricultural, industrial or transport enterprises, as well as in public utilities or enterprises connected therewith;
- equity investments in company shares and similar holdings;
- credits and advances to private and public borrowers and fixed-interest investments in private and public loans.

Příloha č. 3

Draft Convention on Investments Abroad (1959)

Article IX

For the purposes of this Convention,

- a) "nationals" in relation to a Party includes (i) companies which under the municipal law of that Party are considered national companies of that Party and (ii) companies in which nationals of that Party have directly or indirectly a controlling interest. "Companies" includes both juridical persons recognised as such by the law of a Party and associations even if they do not possess legal personality.
- b) "property" includes all property, rights, and interests, whether held directly or indirectly. A member of a company shall be deemed to have an interest in the property of the company.

Příloha č. 4

Convention on the Protection of Foreign Property (1967)

Article 9

For the purposes of this Convention:

- a) "National" includes both natural persons and companies. It does not, however, include nationals of a Party who belong to any territory to which this Convention may be extended pursuant to Article 11 but has not been so extended.
- b) "Company" means any entity which, under the law of a Party, either is recognized as a legal person or, as an entity or through its members, has the capacity to dispose of property or to institute legal proceedings.
- c) "Property" means all property, rights and interests, whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company. However, no claim shall be made under this Convention in respect of the interest of a member of a company:
 - i. i) if the company is a national of a Party other than the Party which has taken the measures affecting the property of the company; or
 - ii. ii) in the case of a company which is a national of a Party by whose measures its property is affected, if the interest of the member of the company does not arise out of and, at the time of such measures, does not represent either an investment of foreign funds made by him or his predecessor in title or an investment of compensation or damages paid in accordance with the provisions of this Convention.

Příloha č. 5

Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments (1959)²⁸⁵

Article 8

(1) (a) The term "investment" shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term "investment" shall also include the returns derived from and ploughed back into such "investment".

(b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as "investment".

²⁸⁵ Dostupný z WWW: <http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf>

Příloha č. 6

Energy Charter Treaty (1994)

Article 1

(6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

- a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
- d) Intellectual Property;
- e) Returns;
- f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term “Investment” includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the “Effective Date”) provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat.

Příloha č. 7

North American Free Trade Agreement (1992)²⁸⁶

Article 1139

investment means:

- (a) an enterprise;
- (b) an equity security of an enterprise;
- (c) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;
- (d) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;
- (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;
- (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d);
- (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and
- (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under
 - (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or

²⁸⁶ Dostupný z WWW:< <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590&mtpiID=ALL>>

(ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;

but investment does not mean,

(i) claims to money that arise solely from

(i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or

(ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or

(j) any other claims to money,

that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h);

Příloha č. 8

Multilateral Agreement on Investment (1998)

2. Investment means:

Every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor, including:

- i. an enterprise (being a legal person or any other entity constituted or organised under the applicable law of the Contracting Party, whether or not for profit, and whether private or government owned or controlled, and includes a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, branch, joint venture, association or organisation);
- ii. shares, stocks or other forms of equity participation in an enterprise, and rights derived therefrom;
- iii. bonds, debentures, loans and other forms of debt, and rights derived therefrom;
- iv. rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing contracts;
- v. claims to money and claims to performance;
- vi. intellectual property rights;
- vii. rights conferred pursuant to law or contract such as concessions, licenses, authorisations, and permits;
- viii. any other tangible and intangible, movable and immovable property, and any related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges.

Příloha č. 9

ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009)²⁸⁷

Article 4

(c) “investment”²⁸⁸ means every kind of asset, owned or controlled, by an investor, including but not limited to the following:

- i. movable and immovable property and other property rights such as mortgages, liens or pledges;
- ii. shares, stocks, bonds and debentures and any other forms of participation in a juridical person and rights or interest derived therefrom;
- iii. intellectual property rights which are conferred pursuant to the laws and regulations of each Member State;
- iv. claims to money or to any contractual performance related to a business and having financial value²⁸⁹;
- v. rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing contracts; and
- vi. business concessions required to conduct economic activities and having financial value conferred by law or under a contract, including any concessions to search, cultivate, extract or exploit natural resources.

The term “investment” also includes amounts yielded by investments, in particular, profits, interest, capital gains, dividend, royalties and fees. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their classification as investment;

²⁸⁷ Dostupný z WWW:

<[http://www.asean.org/images/2012/Economic/AIA/Agreement/ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%20\(ACIA\)%202012.pdf](http://www.asean.org/images/2012/Economic/AIA/Agreement/ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement%20(ACIA)%202012.pdf)>

²⁸⁸ Where an asset lacks the characteristics of an investment, that asset is not an investment regardless of the form it may take. The characteristics of an investment include the commitment of capital, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

²⁸⁹ For greater certainty, investment does not mean claims to money that arise solely from:

- (a) commercial contracts for sale of goods or services; or
- (b) the extension of credit in connection with such commercial contracts.

Příloha č. 10

US Model BIT (2012)²⁹⁰

Article 1

“investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- a) an enterprise;
- b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;²⁹¹
- d) futures, options, and other derivatives;
- e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- f) intellectual property rights;
- g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law;²⁹² and
- h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.

²⁹⁰ Dostupný z WWW:

<<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>

²⁹¹ Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.

²⁹² Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

²⁹³ The term “investment” does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.

Příloha č. 11

Norway Draft Model BIT (2007)²⁹⁴

Article 2

2. "Investment" means:

Every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of a Party, including, but not limited to:

- i. any entity established in accordance with, and recognised as a legal person by the law of a Party, whether or not their activities are directed at profit;
- ii. shares, stocks or other forms of equity participation in an enterprise, and rights derived therefrom;
- iii. bonds, debentures, loans and other forms of debt, and rights derived therefrom;
- iv. rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing;
- v. contracts;
- vi. claims to money and claims to performance;
- vii. intellectual property rights;
- viii. rights conferred pursuant to law or contract such as concessions, licenses, authorisations, and permits;
- ix. any other tangible and intangible, movable and immovable property, and any related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges

In order to qualify as an investment under this Agreement, an asset must have the characteristics of an investment, such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

²⁹⁴ Dostupný z WWW: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf>>

Resumé

Pojem investice v mezinárodních dohodách na ochranu investic

Pojem investice patří mezi nejzákladnější koncepty v mezinárodním investičním právu, neboť je rozhodující pro určení, které z hospodářských aktivit učiněných investory na území hostitelského státu budou chráněny příslušnou dvoustrannou či mnohostrannou dohodou na ochranu investic.

Cílem této práce je uvést možné příklady vyřešení stávající dichotomie v chápání pojmu investice a jeho výkladu v aplikační praxi, zejména v rozhodování rozhodčích tribunálů. Je tak rozebrán vývoj chápání pojmu investice až do současnosti, společně s jeho současným i historickým pojetím ve dvoustranných a mnohostranných dohodách na ochranu investic, s přihlédnutím k tomu, že v současné době neexistuje jednotná právní definice pojmu investice. Absence jednotné právní definice pojmu investice však nebrání toku zahraničních investic a sjednávání dvoustranných a mnohostranných dohod na ochranu investic, které obsahují široce koncipované definice pojmu investice. Současně lze vysledovat určité tendence směřující k určení určitých objektivních prvků společných všem investicím, kdy inspirace je hledána především v ekonomické vědě a jejím pojetí investice.

První kapitola této práce se zaměřuje na historický vývoj pojmu investice, kdy jeho počátky je třeba hledat v institutu diplomatické ochrany. Rovněž je tak provedena analýza prvních návrhů mnohostranných dohod, které obsahovaly ustanovení o ochraně investic.

Druhá kapitola se věnuje pojmu investice z hlediska ekonomické vědy, neboť její chápání pojmu investice je oproti právní vědě jednotné a ucelené. Současně je rozebrána problematika přímých a portfoliových investic.

Třetí kapitola se stručně zaobírá pojmem investice z hlediska právní vědy, tento pojem je blíže prozkoumán v následujících kapitolách.

Čtvrtá kapitola je věnována definici pojmu investice ve dvoustranných dohodách na ochranu investic. Zkoumá také aktuální dohody na ochranu investic uzavřené Českou republikou a současně i některé další modelové dohody na ochranu investic.

V páté kapitole je provedena analýza mnohostranných dohod na ochranu investic, s důrazem na úpravu pojmu investice obsaženou v hlavních mnohostranných dohodách. Rovněž jsou uvedeny i příklady z rozhodovací praxe.

Šestá kapitola obsahuje zamyšlení nad možnou budoucí podobou dohod na ochranu investic, které budou uzavírány ze strany Evropské unie a které nahradí dvoustranné dohody na ochranu investic, uzavřené členskými státy Evropské unie.

Sedmá kapitola je celá věnována Úmluvě o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, kdy je zejména rozebrána historie přijetí této úmluvy. Část této kapitoly se pak věnuje problematice Vídeňské úmluvy o smluvním právu a v ní zakotveným pravidlům interpretace mezinárodních smluv. Následně jsou rozebrány dvě metody interpretace ustanovení čl. 25 odst. 1 Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států. Závěr této kapitoly je věnován kritickému zhodnocení rozhodovací praxe rozhodčích tribunálů a uvedení několika příkladů z rozhodovací praxe.

Abstract

The concept of investments in international agreements on investment protection

The concept of an investment is one of the fundamental constructs in the international investment law, as it is crucial for determination of bilateral or multilateral investment protection treaties' scope of protection regarding particular economic activity of investors in the host state territory.

The purpose of this thesis is to provide examples of possible solutions of the dichotomy in the apprehension of the investment concept and its interpretation in practice, in particular with regards to the decisions of arbitral tribunals. A historical analysis of understanding of the investment concept is provided together with its current and historical interpretations in bilateral and multilateral investment protection treaties; with an emphasis that at present, there is no uniform legal definition of the concept of an investment. An absence of such definition does not limit the flow of foreign investments or the conclusion of bilateral or multilateral investment protection treaties, which contain broad definitions of this concept. At the same time, it is possible to trace a tendency to determine objective elements common to all investments, while the primary inspiration is drawn from the economic science and its concept of investment.

The first chapter of this thesis focuses on the historical development of the concept of an investment; its origins can be traced back to the diplomatic protection. An analysis of the first drafts of multilateral treaties, which contained provisions dealing with the protection of investments, is also provided.

The second chapter is dedicated to the concept of an investment as perceived by the economical science, because its comprehension of this concept is unanimous and coherent, contrary to the legal science. Portfolio and direct investments are analyzed as well.

The third chapter briefly deals with the concept of an investment in the legal science; the concept itself is thoroughly analyzed in the following chapters.

The fourth chapter addresses the definition of the investment concept in bilateral investment treaties. It also examines some of the latest bilateral investment treaties concluded by the Czech Republic and model bilateral investment treaties.

Multilateral investment treaties are analyzed in the fifth chapter, with an emphasis on the main multilateral investment treaties and their definitions of the investment. In addition, several examples of the arbitral tribunals' decisions are provided.

The sixth chapter considers the possible outcome of the negotiations conducted by the European Union, which aim to replace bilateral investment protection treaties concluded by the member states of the European Union.

The seventh chapter is wholly dedicated to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other State, especially the history of the Convention's enactment. The chapter partially deals with the issues arising from the Vienna Convention on the Law of Treaties and its rules of interpretation of the international treaties. Two interpretation methods of the Article 25(1) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other State are subsequently examined. The chapter is concluded with a critical elaboration on the decisions of the arbitral tribunals; several examples of these decisions are also provided.

Klíčová slova / Key words

Právo mezinárodních investic / International Investment Law

Pojem investice / The Concept of Investment

Dohody o ochraně investic / Agreements on Investment Protection