

# UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

## Právnická fakulta

Katedra mezinárodního práva



## Vyvlastňovací zásah státu do práv zahraničního investora

Diplomová práce

**Juraj Kohan**

Vedoucí diplomové práce:

doc. JUDr. Vladimír Balaš, CSc.

Praha, 1. září 2014

## **Prohlášení**

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, že jsem řádně citoval všechny použité prameny a literaturu a že práce nebyla využita v rámci jiného vysokoškolského studia či k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 13. září 2014

---

Juraj Kohan

# OBSAH

<b>OBSAH</b>	<b>I</b>
<b>ÚVOD</b>	<b>1</b>
<b>1. ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA</b>	<b>4</b>
1.1.    VNITROSTÁTNÍ PRÁVO A VYVLASTNĚNÍ	4
1.2.    MEZINÁRODNÍ PRÁVO A VYVLASTNĚNÍ	8
1.2.1.    Prameny mezinárodního investičního práva	9
1.2.1.1.    Mezinárodní obyčej	9
1.2.1.2.    Mezinárodní smlouvy	14
1.2.1.3.    Obecné právní principy uznávané civilizovanými národy	26
1.2.1.4.    Rozhodnutí	26
<b>2. CIZINEC A JEHO MAJETEK V MEZINÁRODNÍM INVESTIČNÍM PRÁVU</b>	<b>28</b>
2.1.    INVESTOR	28
2.2.    INVESTICE	32
2.3.    MAJETEK A MEZINÁRODNÍ PRÁVO	37
<b>3. ZÁSAH STÁTU DO MAJETKOVÝCH PRÁV ZAHRANIČNÍHO INVESTORA</b>	<b>41</b>
3.1.    AKTUÁLNÍ PODOBY VYVLASTŇOVACÍHO ZÁSAHU	43
3.2.    POVAHA A KATEGORIE NEPŘÍMÉHO VYVLASTNĚNÍ	45
3.2.1.    Plíživé vyvlastnění (creeping expropriation)	47
3.2.2.    Regulační vyvlastnění a „důsledkové“ vyvlastnění	48
3.2.3.    Shrnutí	51
3.2.4.    Poznámka k regulačnímu vyvlastnění v právu Spojených států	54
3.3.    SUBJEKT PROVÁDĚJÍCÍ VYVLASTŇOVACÍ ZÁSAH (PŘÍČITATELNOST)	58
3.4.    PŘEDMĚT VYVLASTŇOVACÍHO ZÁSAHU (ČÁSTEČNÉ VYVLASTNĚNÍ)	60
3.5.    NÁSLEDEK JEDNÁNÍ STÁTU	65
3.6.    KRITÉRIA PROTIPRÁVNOSTI VYVLASTNĚNÍ JAKO PŘÍČINY VYVLASTNĚNÍ	70
3.6.1.    Diskriminace	70
3.6.2.    Veřejný zájem	72

3.6.3.	Řádný proces (svévolnost, netransparentnost, odepření spravedlnosti atd.)	75
3.7.	JINÉ PŘÍČINY VYVLASTŇOVACÍHO CHARAKTERU STÁTNÍCH OPATŘENÍ	77
3.7.1.	Legitimní očekávání	77
3.7.2.	Charakter a cíl opatření a dobrá víra při jejich provádění	79
3.8.	PRÁVO STÁTU REGULOVAT VS. REGULAČNÍ VYVLASTNĚNÍ	79
3.9.	STANDARD SPRAVEDLIVÉHO A ROVNÉHO ZACHÁZENÍ	83
3.10.	KOMPENZACE ZA VYVLASTNĚNÍ A NÁHRADA ŠKODY (REPARACE)	91
<b>4.</b>	<b>ČESKÁ REPUBLIKA A MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ PRÁVO</b>	<b>97</b>
4.1.	STÁTNÍ PODPORA INVESTIC DO FOTOVOLTAICKÝCH ELEKTRÁREN	97
	<b>ZÁVĚR</b>	<b>111</b>
	<b>SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY</b>	<b>114</b>
	<b>SUMMARY</b>	<b>121</b>

## ÚVOD

Bez ohledu na jakékoliv statistické údaje pohled na realitu dnešního světa a naši ekonomiku dává jasně znát, že žijeme v době, ve které se ztrácejí hranice. Jedním z projevů tohoto vývoje je, že snad nepřejde týden, aby se v médiích nemluvalo o příchodu či odchodu nějaké zahraniční investice, atraktivitě ekonomiky pro zahraniční investice, podpoře zahraničních investic apod. Žijeme, dá se říct, v očekávání přílivu kapitálu, pracovních míst a know-how ze zahraničí, což je situace, kterou známe posledních přibližně 25 let. V roce 1992 byl příliv zahraničních investic do ekonomiky České republiky rovný 3,423 mld. \$, v roce 2012 to již bylo 136,442 mld. \$.<sup>1</sup> Zároveň se Česká republika stala jednou z nejžalovanějších zemí v mezinárodní investiční arbitráži. V roce 2013 vedla žebříček žalovaných států se 7 aktuálními spory a celkově se nachází na 3. místě za Argentinou a Venezuelou s 27 arbitrážními spory.<sup>2</sup>

Na globální úrovni „*politická stabilita, kterou zažíváme, umožnila vytvoření celistvé globální ekonomiky dovolující krajinám celého světa účastnit se a prosperovat*“.<sup>3</sup> Tyto dnešní faktické vztahy mají svůj původ a odraz i v normách mezinárodního práva. Politická stabilita jistě souvisí s vytvořením OSN, uzavíráním mezinárodních smluv o odzbrojení či evropskou integrací, globální ekonomika zase s procesy, v jejichž základech stojí povojnový Brettonwoodský systém a GATT (Všeobecná dohoda o clech a obchodu) spolu s později vytvořenou WTO. Zatímco prvně uvedené se týká měnové stability a směřování toku kapitálu a druhé mezinárodního obchodu, v případě zahraničních investic, které jistě ke globalizaci světové ekonomiky patří, šel vývoj více nekoordinovaným směrem. Zahraniční investice jsou v současnosti na mezinárodní úrovni upraveny převážně více než 2 367<sup>4</sup> účinnými investičními smlouvami, jejichž specifikem je, že dávají investorům možnost žalovat hostitelské státy v mezinárodní arbitráži, a tuto možnost investoři posledních 15 let často využívají. V praxi to znamená, že to, co se dnes nazývá

---

<sup>1</sup> Zdroj: UNCTADStat (<http://unctadstat.unctad.org/>, navštíveno dne 23. 7. 2014)

<sup>2</sup> UNCTAD: IIA Issues Notes, Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement, N<sup>o</sup>. 1 April 2014, s. 2, 8

<sup>3</sup> Zakaria, F., Harvard University Commencement Speech 2012 (zdroj: youtube.com)

<sup>4</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (navštíveno dne 23. 7. 2014)

mezinárodním investičním právem (dále jen „MIP“) jako součástí širšího pojmu mezinárodního ekonomického práva, je tvořeno množstvím poměrně strohých a většinou bilaterálních ujednání, která jsou si navzájem velmi podobná a ve kterých se určité pojmy neustále opakují. Tyto jsou pak aplikovány na velmi různorodé skutkové okolnosti, dotýkající se často veřejné politiky a zájmu, *ad hoc* ustanovenými rozhodčími tribunály v systému urovnávání sporů vytvořeném spíše pro soukromoprávní obchodní věci. Z uvedených důvodů trpí mezinárodní investiční právo nekonzistentností a nejasnostmi. Jedním z jeho problémových pojmů, kterého se zároveň investoři často dovolávají, je nepřímé vyvlastnění investice. Na tento pojem se práce koncentruje a snaží se v této souvislosti systematicky rozebrat mnohdy nepřehledný spletenec doktrinálních názorů, smluvní praxe a arbitrážních rozhodnutí. Spíše okrajově se věnuje přímému vyvlastnění. Hlavním cílem pojednání je poukázat na zvláštnost nepřímého vyvlastnění, které je, jak práce argumentuje, nahlíženo primárně jako následek protiprávního či jinak závadného jednání státu. Mimo obecný pojem nepřímého vyvlastnění staví nepřímé regulační vyvlastnění, objasňuje jeho právní charakter a podává návrh, jak ho odlišit od regulačních zásahů státu do majetku, které nevyžadují kompenzaci. Věnována je taky pozornost vztahu mezi standardem spravedlivého a rovného zacházení a nepřímým vyvlastněním. Tento vztah je v širším kontextu s regulačními pravomocemi státu ukázán na grafickém schématu. K identifikaci jak regulačního, tak nepřímého vyvlastnění obecně bývají dnes ve smlouvách uváděná výkladová ustanovení, jejichž obsah zřejmě částečně čerpá i z americké jurisprudence. Právě tam může podle autora mezinárodní arbitráž brát inspiraci k řešení otázek spojených s tím, jak rozlišit nekompenzovatelný zásah a regulační vyvlastnění.

Práce začíná úvodem do problematiky vyvlastňovacího zásahu v oblasti vnitrostátního práva. Důvodem proto je snaha poukázat na relevantnost práva mezinárodního v této oblasti a zároveň je pak v dalších částech práce možno vidět rozdíly v pojmání vyvlastnění v mezinárodním a vnitrostátním právu. Další část úvodní kapitoly pojednává komplexně o pramenech MIP s důrazem na vyvlastnění, snaží se přinést jasnost do pojmu mezinárodního minimálního standardu a v části o mezinárodních investičních smlouvách se navíc věnuje současným trendům ve světě a Evropské unii. Následující kapitola se pak snaží podat důkladný rozbor otázek týkajících se cizince a jeho majetku

v MIP včetně rozboru s majetkem, souvisejícího pojmosloví užívaného na mezinárodní scéně. Nejzásadnější je část práce nazvaná Zásah státu do majetku zahraničního investora, která navazuje na předcházející kapitoly a analyzuje fakta dostupná z investičních smluv, arbitrážních rozhodnutí a literatury tak, aby bylo možno dojít k cíli, který byl uvedený v předcházejícím odstavci. Na konci se práce vrací k českému prostředí. Pokouší se analyzovat aktuální problémy a udělat exkurz do dosavadních zkušeností České republiky na poli mezinárodního investičního práva.

# 1. KAPITOLA

## ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA

### 1.1. VNITROSTÁTNÍ PRÁVO A VYVLASTNĚNÍ

Ze znění pojmu „vyvlastnění“ je zjevné, že půjde o právní institut, kterým je někdo zbavován svého vlastnictví. Základní právní norma vnitrostátního práva nám říká: „*Každý má právo vlastnit majetek. Vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Dědění se zaručuje.*“<sup>5</sup> Na to navazuje občanský zákoník (zákon č. 89/2012 Sb., dále jen „OZ“) svým ustanovením o majetku a vlastnictví v § 495 „*Souhrn všeho, co osobě patří, tvoří její majetek*“ a § 1011 „*Vše, co někomu patří, všechny jeho věci hmotné i nehmotné, je jeho vlastnictvím*“. Zákon vychází z právního pojetí věci, a jak je vidět, dělí je na hmotné a nehmotné. Proto mohou být za věci považována např. i práva, jejichž povaha to připouští.<sup>6</sup> Vlastnické právo je podle § 1034 a násl. možné ve veřejném zájmu a na základě zákona omezit nebo věc vyvlastnit. Za to náleží vlastníkově plná náhrada odpovídající míře, v jaké byl majetek danými opatřeními dotčen. Vlastnictví se tedy s novou právní úpravou může vztahovat k širokému okruhu aktiv. Avšak právní předpisy upravující onen zákonný postup vyvlastnění se vesměs týkají jenom nemovitých věcí. Budou jimi zejména zákon o vyvlastnění zák. č. 184/2006 Sb., zák. č. 183/2006 Sb., stavební zákon, 458/2000 Sb., energetický zákon a další.

Občanský zákoník účinný do 31. 12. 2013 rozuměl vlastnictvím především vlastnictví k hmotným předmětům, resp. hmotným věcem. Předmětem vlastnického práva nebyla majetková práva (zejména pohledávky) nebo nehmotné statky, které jsou předmětem práv tzv. duševního a průmyslového vlastnictví. Vlastnické právo bylo chápáno jako jedno z majetkových práv a co se těchto práv týče, upravoval pro oblast podnikání obchodní zákoník (rovněž již neúčinný zák. č. 513/1991 Sb., dále jen „ObchZ“) pojem obchodního

---

<sup>5</sup> Čl. 11 odst. 1 zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod

<sup>6</sup> Viz § 489 a násl. OZ

majetku. Tím byly podle § 6 ObchZ věci, pohledávky a jiná práva a penězi ocenitelné hodnoty patřící fyzické osobě – podnikateli, které jsou určené k jejímu podnikání. U právnické osoby – podnikatele to byl veškerý její majetek. Majetek zahraniční osoby související s podnikáním jako i majetek české právnické osoby se zahraniční majetkovou účastí požíval ve vztahu k vyvlastnění zvláštní ochrany v § 25 ObchZ. Jeho obsahem je záruka zákonného postupu a soudní ochrany, přičemž důvodem vyvlastnění, které je nutně doprovázeno okamžitou, adekvátní a efektivní náhradou, musí být vždy veřejný zájem. Ustanovení je podobné těm, které můžeme najít v dvoustranných mezinárodních smlouvách o ochraně investic. Na ně ve svém odstavci 3 nepřímo i odkazuje zmínkou o aplikační přednosti mezinárodních smluv. Také autoři Komentáře Obchodního zákoníku od Wolters Kluwer ČR (2009)<sup>7</sup> uvádějí, že nejběžnějším příkladem zde uvedených smluv budou uvedené bilaterální dohody a že majetek jmenovaný v § 25 ObchZ je možné označovat souhrnně výrazem zahraniční investice.

Nová úprava soukromého práva i v tomto směru přinesla změnu a toto ustanovení nepřevzala. Následující příklad soudního sporu ale pro nedostatek novější judikatury ještě vychází z donedávna účinné úpravy, a to i co do pojetí vlastnictví.

**Příklad:** *Společnosti G. a.s. bylo rozhodnutím obecního úřadu podle předcházejícího stavebního zákona, k návrhu Ředitelství silnic a dálnic ČR, omezeno na dobu neurčitou vlastnické právo k pozemkům. Omezení mělo spočívat v povinnosti trpět umístění a provozování inženýrských sítí (stavba dálnice a státní hranice) a povinnosti trpět přístup za účelem uložení a údržby stavebního objektu na pozemcích. V následujícím odvolacím řízení příslušný krajský úřad výrok rozhodnutí změnil tak, že pozemky přesněji specifikoval, a zároveň rozhodl o přechodu vlastnického práva k nim ve prospěch ČR. Náhrada za vyvlastnění měla činit 2 mil. Kč. Společnosti G a.s. se rozhodnutí jevílo jako nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost a nebyla spokojena s výší náhrady stanovené na základě podle ní vadného posudku a cenového předpisu vydaného formou vyhlášky (neodpovídající tedy plné hodnotě majetku, ale administrativně stanovená).<sup>8</sup>*

---

<sup>7</sup> Komentáře Obchodního zákoníku od Wolters Kluwer ČR (2009) Pokorná, J., Kovařík, Z., Čáp, Z. a kolektiv (komentář je součástí softwaru ASPI od uvedené společnosti)

<sup>8</sup> Rozhodnutí o kasační stížnosti č. j. 2 As 8/2006 (č. 3/2008 Sb. NSS)

Výše uvedená situace je asi typickým příkladem toho, s čím si vnímání a pojmosloví vnitrostátního práva spojuje otázku vyvlastnění. V případě, že je správní rozhodnutí, kterým k vyvlastnění dochází, právně závadné, může dotčená osoba bránit své vlastnické právo podáním žaloby proti rozhodnutí správního orgánu podle § 65 a násl. zák. 150/2002 soudní řád správní. (Přičemž podle usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 47/2003-50 mají být výroky rozhodnutí o určení způsobu a výše náhrady u vyvlastnění přezkoumávány podle části páté občanského soudního řádu.) Pokud by žalobce spatřoval v rozhodnutí krajského soudu vadu a cítil by se nadále zkrácen na svých právech, dává zákon možnost podat kasační stížnost, k tomu nakonec přistoupila i zmiňovaná G a.s. Dovolávala se přitom právě ustanovení § 25 ObchZ. Jejím akcionářem byl totiž občan SRN, a proto argumentovala tím, že jako osoba se zahraniční majetkovou účastí má nárok na náhradu odpovídající plné hodnotě dotčeného majetku (nikoliv administrativně stanovené ceně). V zdůvodnění odkazovala také na čl. 4 Dohody uzavřené mezi ČSFR a SRN o podpoře a vzájemné ochraně investic<sup>9</sup> mluvící o vyvlastnění.

V uvedeném příkladu se nám naskýtají některé otázky. Např. má-li osoba, která je jako v tomto případě sice formálně občanem jiného státu, ale nemá v něm pobyt, požívat této ochrany. Dále je možná i otázka, jestli mají být za investici považované akcie nebo i pozemky, které patří jinak české osobě. A je-li vůbec možné považovat za vyvlastnění investice pouhý přechod vlastnického titulu k nemovitosti jako jednoho z více aktiv právnické osoby se zahraniční majetkovou účastí na stát. Je tak možné se ptát po smyslu ustanovení uvedené dohody, konkrétněji jestli pak může být důvodem pro omezení pravomoci státu autoritativně rozhodovat o majetku v obecném režimu platícím pro všechny. Předcházející situace je vhodná k uvedení vnitrostátních norem a pojmosloví týkajícího se vyvlastnění v době, kdy nedochází k vyvlastňování či znárodnování celých podniků, tedy přechodu celého seskupení majetkových hodnot na stát. Jiná situace je v následujícím příkladě.

**Příklad:** *Stát v souladu s obecnou politikou podpory obnovitelných zdrojů energie vytvořil velkorysý zákonný systém garancí, který přilákal zahraniční investice. Rok od*

---

<sup>9</sup> Sdělení FMZV č. 573/1992 Sb.

*prvních investičních aktivit některých investorů, v podobě např. obstarávání závazných stanovisek k připojení nových zdrojů do sítě a započítí prací na projektech, přistoupil stát k rušení příliš velkorysých podmínek cestou novel příslušného zákona doprovázených i jistými administrativními obstrukcemi. Byla zrušená garance maximálního poklesu výkupních cen nadcházejícího roku daná 5 % ceny v aktuálním roce. Zrušená byla podpora pro projekty připojené do sítě po 1. 3. nadcházejícího roku. Zrušeny byly taky pětileté daňové prázdny a zavedena 26procentní srážková daň, což znamenalo, dle investorů, porušení 15leté záruky stability výnosů. To vše mělo logicky negativní dopad na hodnoty investic a skupina zahraničních investorů učinila kroky vedoucí k mezinárodní arbitráži.<sup>10</sup>*

Jde o případ změny podpory fotovoltaických elektráren v České republice. V květnu roku 2013 se v této věci začali první arbitrážní spory.<sup>11</sup> Změny v české legislativě týkající se podpory obnovitelných zdrojů, resp. fotovoltaických elektráren byly přezkoumány taky Ústavním soudem na základě návrhu na zrušení části zákona ze strany skupiny senátorů. Návrh tvrdil zásah do práva vlastnit majetek (mimo jiné uváděno ustanovení čl. 11 Listiny), do práva podnikat (čl. 26 Listiny), rozpor se základními náležitostmi demokratického a právního státu dle čl. 9 odst. 1 Ústavy, neboť napadená ustanovení údajně trpí zpětnou účinností a porušení zásady rovnosti před zákonem (čl. 1 a 3 Listiny). Tento návrh byl zamítnut.<sup>12</sup> Ústavní soud se ve svém rozhodnutí vyjádřil v tom smyslu, že nelze vyloučit likvidační efekt změn na některé provozovatele, který by se dotýkal jejich samotné majetkové podstaty, a byl by proto v rozporu s čl. 11 Listiny, u abstraktní kontroly ústavnosti ale nelze všechny tyto eventuality analyzovat.<sup>13</sup> Lze proto říct, že pro domácí i zahraniční investory je v tomto směru otevřená možnost bránit se klasickými prostředky vnitrostátního práva (v případě sporné daně by se zřejmě šlo cestou žaloby ve správním soudnictví proti rozhodnutí orgánu vydaného v daňovém řízení s argumentem rozporu aplikovaného zákona s čl. 11 Listiny). Někteří stěžovatelé, jak bylo řečeno, využívající

---

<sup>10</sup> Glatzová, V., Kolan, E.: časopis Právo & Byznys, vydání ze dne 28. 2. 2011, s. 26

<sup>11</sup> Antaris Solar GmbH and others v. Czech Republic, UNCITRAL (sdružení osmi zahraničních investorů se na veřejnosti prezentuje pod názvem PhotoVoltaic Investors Club), zdroj: <http://www.rananasolar.cz/2013/05/09/mezinarodni-solarni-arbitraze-na-poradu-dne/> (navštíveno dne 1. 9. 2014)

<sup>12</sup> Pl. ÚS 17/11 ze dne 15. 5. 2012

<sup>13</sup> Odst. 88 Pl. ÚS 17/11

možnosti vyplývající pro ně ze smluv o ochraně investic, se rozhodli chránit svá práva před rozhodcovským soudem. Jsou mezi nimi i tři německé obchodní společnosti, znovu tak dojde mimo jiné i na aplikaci ustanovení výše zmíněné dohody mezi ČSFR a SRN. Opatření státu nebudou již v tomto řízení tolik poměřovaná z hlediska souladu s Ústavou nebo katalogem základních práv v Listině, ale standardů zacházení s investicí plynoucí z oné smlouvy a dalších zdrojů (např. Energetická charta). Jedním z nich je i zákaz opatření rovnajících se vyvlastnění bez toho, aby byla provedena ve veřejném zájmu a odškodněna.<sup>14</sup> Obecně řečeno půjde o opatření, která snižují hodnotu investice natolik, že i když aktiva zůstávají v rukou dotčené osoby, ta fakticky investici ztrácí. Jiným pojmem pro toto opatření je také, v doktríně a smlouvách známé, nepřímé vyvlastnění. Jemu můžeme podřadit i onen možný „likvidační efekt změn na některé provozovatele (fotovoltaických elektráren), který by se dotýkal jejich samotné majetkové podstaty“. S velkou pravděpodobností bude tvrzení nepřímého vyvlastnění obsahem podání k rozhodcovskému tribunálu těchto provozovatelů. Řeč vnitrostátního práva ale velmi neumožňovala, jak je vidět, ani Ústavnímu soudu mluvit v takovýchto souvislostech v žádném směru o vyvlastnění nebo vyvlastňovacím zásahu apod. V mezinárodním právu je však tento náhled znám a předtím než bude pojednáno o jeho jednotlivých aspektech, je vhodné uvést několik obecných informací o odvětví mezinárodního práva dotýkajícího se zahraničních investic.

## 1.2. MEZINÁRODNÍ PRÁVO A VYVLASTNĚNÍ

Jak bylo řečeno, k řešení těchto konkrétních případů se nám naskýtají normy mezinárodního práva, v první řadě smluvní povahy. Samozřejmě mezinárodní právo zná i další prameny základní i pomocné. V tomto bodě je ale důležité uvést, že tento účelově vytvořený soubor norem vztahující se k investicím teorie nazývá mezinárodním investičním právem (dále jen „MIP“). Vnitrostátní soudy a jiné orgány běžně neaplikují mezinárodní právo, s výjimkou mezinárodních smluv inkorporovaných do vnitrostátního právního řádu. V současné době má ale svůj značný praktický význam pro oblast vztahů

---

<sup>14</sup> Čl. 4 odst. 2 Sdělení FMZV č. 573/1992 Sb.

mezi státy a zahraničními investory. Je tomu tak proto, že bude právě cestou mezinárodní arbitráže zásadní pro řešení sporů z obchodního majetku zahraničních osob, který jsme nazvali investicí. MIP se nám, jak bylo zmíněno, jeví v jiných formách než právo vnitrostátní, které má rovněž pevně daný proces vzniku končící oficiální publikací. Je utvářeno jiným způsobem a důležité pro jeho formování jsou materiální prameny, tedy vztahy a zájmy, které jeho vzniku předcházejí. Navíc mu chybí určitý jednotící rámec, který např. mezinárodnímu obchodnímu právu dává Světová obchodní organizace a její mnohostranné smlouvy. Reflektuje měnící se globální ekonomickou situaci a je důležité říct, že hybnou silou jeho vývoje je právě taky řešení problematiky vyvlastnění zahraničních investic. V současné praxi zahraničních investic ale nucený přechod vlastnického titulu nevyvolává tolik sporných otázek. Ty vyplývají, jak je ukázáno na případu fotovoltaických elektráren, z podstaty investic jako cizincova majetku vstupujícího do právního a ekonomického prostředí hostitelského státu. Nejednou se uskutečňují v oblastech, jako je energetika, těžební průmysl, bankovní sektor nebo i zdravotnictví apod., které mají existenční význam pro stát. I když má stát užitek z toku majetkových hodnot ze zahraničí, nebude ve svých zájmech vždy za jedno se zájmem na vytváření zisku osoby ony hodnoty přinášející (obecně nazývána investorem). Zatímco minulost zahraničních investic a MIP byla spojena spíše s postupy států, které bychom nazvali znárodněním a případy konfiskace cizího majetku. Dnešní doba se potýká především s tzv. vyvlastněním nepřímým dosaženým cestou různých zásahů hostitelského státu do majetkové sféry investora bez toho, že by byl investor formálně právně zbaven své investice. V kontextu vyvlastnění bude podán výklad pramenů MIP.

### 1.2.1. PRAMENY MEZINÁRODNÍHO INVESTIČNÍHO PRÁVA

#### 1.2.1.1. MEZINÁRODNÍ OBYČEJ

Tradičně se jako výčet pramenů mezinárodního práva uvádí čl. 38 odst. 1 Statutu Mezinárodního soudního dvora. Vedle mezinárodních úmluv a obecných zásad právních uznávaných civilizovanými národy je jedním ze základních, tam vyjmenovaných pramenů, mezinárodní obyčej. Obyčejová pravidla vznikají z „faktických vztahů mezi státy, které se

ustálily natolik, že mohly být i vyjádřeny právním pravidlem“<sup>15</sup>. Jinými slovy jde o ustálenou obecnou praxi (*usus generalis*) nějakého společenství, v tomto případě společenství států, přičemž v tomto společenství existuje také obecné povědomí nezbytnosti zachovávání této praxe (*opinio necessitatis generalis*). Tento charakter obyčejového pravidla je zásadní.

Jak bylo řečeno, investice je majetek vnášen nebo nabýván cizí osobou v prostředí jiného než domovského státu. Je proto vhodné se ptát, jestli existuje nějaký obecný režim zacházení s tímto majetkem, který by státy zavazoval normami tohoto typu. Obecný princip je ten, že stát může na svém území činit, cokoli uzná za vhodné, a umožnit vstup na území tomu, komu chce. Avšak již několik staletí zpátky se objevuje názor, že osoby, převážně obchodníci, nesou s sebou ochranu svého domovského státu a stát jejich pobytu je tak v zacházení s nimi omezen. Jako i názor, že ten, kdo zachází špatně s cizincem, působí nepráví jeho domovskému státu.<sup>16</sup> I na konci 19. století a v první polovině 20. století existovalo v mezinárodním právu a společenství obecné povědomí o tom, že křivdy přímo způsobené cizinci státem zakládají jeho odpovědnost. Tyto odpovědnostní vztahy jsou v teorii rozebírány pod hlavičkou odpovědnosti států za škody způsobené cizincům. Cestou k rozvoji principů onoho odvětví byla praxe diplomatické ochrany státních příslušníků, kteří utrpěli v cizině újmu. Ve své podstatě jde o procesní prostředek představující výzvu jednoho státu vůči druhému k plnění svých povinností.<sup>17</sup> Diplomatická ochrana dala vzniknout rozhodnutím mezinárodních soudních orgánů (např.: Stálého dvoru mezinárodní spravedlnosti, „SDMS“), které mezistátní spory týkající se zacházení s cizinci řešily.<sup>18</sup> Tato starší pravidla se týkala zásahů do osobnostních práv cizinců, později došlo i na ochranu majetku cizince proti zavrženíhodnému jednání, kterému byl podroben v hostitelském státě.

---

<sup>15</sup> Čepelka, Č., Šturma P.: Mezinárodní právo veřejné, 1. vydání, Eurolex Bohemia, Praha, 2003, s. 124

<sup>16</sup> Vattel, E.: Le Droit de Gens, 1758 (anglický překlad Fenwick, C. G.: Classics of International Law, Carnegie Institute, Washington, 1916)

<sup>17</sup> Brochard, E.: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Banks Law Publishing, New York, 1915, s. 354

<sup>18</sup> Např.: Panevezys-Saldutiskis Railway Case (1939) PCIJ Series A/B No. 76, Mavrommatis Palestine Concession Case (1929) PCIJ Series A No. 2, Neer Claim (1926) 4 UNRIAA 60, Chevrau Case (1933) 27 AJIL 160, Zafiro Claim (1925) 6 UNRIAA 160, Roberts Claim (1926) 4 UNRIAA 77, British Claims in Spanish Morocco 4 UNRIAA 41

Rozvinul se tak pojem mezinárodního minimálního standardu zacházení s cizinci.<sup>19</sup> Jeho primárním účelem měla být ochrana života a svobody cizinců před nepokoji, ke kterým často v některých státech docházelo, nebo před různými činy z rukou zkorumpovaných představitelů státní moci.<sup>20</sup>

Dlouhou dobu ale existovala i neshoda mezi rozvinutými a rozvíjejícími se státy co do aplikace pravidel odpovědnosti států, minimálního standardu a diplomatické ochrany v oblasti mezinárodních investic. Rozvinuté krajiny měly zájem na prosazení principu mezinárodního standardu zacházení i do této sféry. Ten by za určitých okolností mohl být i vyšší než národní, jehož se dostává státním příslušníkům hostitelského státu. Rozvíjející se státy, které se nacházely v pozici příjemců kapitálu a jejichž ekonomické, právní a bezpečnostní podmínky byly na nižší úrovni, měly naopak zájem na popírání existence takové normy. Ilustrativní je spor mezi Spojenými státy a Mexikem, který vzešel z mexické agrární reformy a procesu vyvlastňování půdy bez náležitého odškodnění v 20. letech minulého století. V roce 1927 byla Spojenými státy a Mexikem ustavena komise k projednání nároků amerických investorů, jejichž aktiva, zejména půda, byla Mexikem vyvlastněna. Jelikož ale nebyl žádný z nároků až do roku 1938 uspokojen, proběhla mezi ministrem zahraničních věcí USA Cordellem Hullem a mexickou vládou intenzivní diplomatická výměna.

V rámci ní se formulovaný postoj Spojených států v prostředí MIP nazývá Hullova formule a pojmenovává celkový přístup k otázce standardu zacházení. Jeho obsahem je, v užším smyslu, přesvědčení o povinnosti států plynoucích pro ně z obecného mezinárodního práva a obecných zásad právních poskytnout okamžitou, náležitou a účinnou náhradu za vyvlastněný cizí majetek. V širším smyslu jde o postoj, který prosazuje podrobení suverénní moci státu v jejím zacházení s majetkem cizince obecným mezinárodním standardům, resp. normám. Mexická strana popřela jakékoliv obecné pravidlo přijímané státy, které by je činilo povinné k poskytnutí okamžité náhrady za

---

<sup>19</sup> Pojednává o něm starší literatura, např.: Brochard, E.: *The Minimum Standard of Treatment of Aliens*, svazek 38 *Michigan Law Review* č. 4, 1940 (dokument dostupný na stránkách Yale Law School Legal Scholarship Repository)

<sup>20</sup> Sornarajah, M.: *The International Law on Foreign Investment*, 3. vydání, Cambridge University Press, New York, 2010, s. 123

vyvlastnění obecného charakteru. Čas a způsob náhrady měl být určen na základě jejich vlastních zákonů.<sup>21</sup> Toto vyjádření mexické vlády je projevem toho, jak byly vnímány otázky odpovědnosti států, mezinárodního standardu a diplomatické ochrany jihoamerické státy, ke kterým se po zániku kolonialismu přidaly další rozvíjející se krajiny. Za ideový základ tohoto postoje se považuje tzv. Calvova doktrína, kterou formuloval na konci 19. století argentinský právník Carlos Calvo. Je založena na následujících postulátech: 1) vzájemná rovnost, suverenita a nezávislost jsou prvořadými právy států, 2) státy, jsouce si navzájem rovné, suverénní a nezávislé, mají právo očekávat nezasahování jiných států do jejich vnitřních záležitostí, 3) cizinci musí zachovávat místní právo státu svého pobytu bez dovolávání se diplomatické ochrany svých vlád v případech vymáhání svých nároků vyplývajících ze smluv, z okolností občanské války, povstání nebo hromadného násilí.<sup>22</sup> Zjednodušeně lze říct, že suverenita má prioritu, cizinec je podroben výlučně jurisdikci a právu hostitelského státu a domovský stát nemá zasahovat do majetkových sporů cizince v hostitelském státě.

Můžeme říct, že mezi těmito protipóly se MIP pohybuje dodnes. Jako příklad lze uvést situaci, která nastala o pár desetiletí později, kdy v roce 1992 uzavřelo Mexiko s USA a Kanadou dohodu o volném obchodě zvanou NAFTA (North American Free Trade Agreement). Její součástí je i kapitola 11 stanovící státům dohody podrobná pravidla co do jejich zacházení se zahraničními investicemi a pravidla k postupu při řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem. V roce 2001 tyto státy včetně Mexika ujednaly v rámci Komise NAFTA výkladová ustanovení ke kapitole 11, která mimo jiné deklarují, že minimální standard zacházení v čl. 1105 představuje minimální standard obyčejového práva, tedy toho, jehož existenci kdysi Mexiko popíralo.<sup>23</sup> Na druhé straně, USA přijaly

---

<sup>21</sup> Obsah diplomatické korespondence citován v Subedy, P. S.: *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, 2. vydání, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2012, s. 15 a násl.

<sup>22</sup> Sumarizace převzatá z článku Garcia-Mora, R. M.: *The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law*, svazek 33 *Marquette Law Review* č. 4, 1950, s. 206 (vychází z publikace Calvo, C.: *Le Droit International Theorique et Pratique*, 5. vydání, Paříž, 1896)

<sup>23</sup> „Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party“ (NAFTA Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, 31. červenec 2001)

roku 2002 předpis zvaný „*Trade Act of 2002*“, který ve vztahu k zacházení se zahraničními investicemi ze strany USA přináší některé elementy Calvovy doktríny. Ustanovení o cílech obchodního vyjednávání dávají najevo, že USA budou do budoucna prosazovat národní režim zacházení s investory.<sup>24</sup> Tento obrat na straně USA zřejmě souvisí s negativními zkušenostmi s aplikací NAFTA rozhodčími tribunály.

Obecně se ale z důvodu globalizace a narůstajících přeshraničních toků majetku minimální standard v povědomí mezinárodního společenství prosadil. Konkrétní pravidla, která by ale splňovala přísné podmínky mezinárodního obyčeje, je těžké identifikovat. Jakákoliv pospolitost, i národní pospolitost občanů, se bez ohledu na psanou formu shodne na některých zásadních pravidlech, která bude možné prohlásit za právo. Např. že přímé zbavení osoby jejího majetku vyžaduje náhradu nebo že každý si obecně zaslouží spravedlivé a rovné zacházení. V rámci společenství občanů bychom ale lehce konstatovali rozdílnost praxe a vědomí závaznosti u otázek, jako je míra možnosti hostitele rozhodovat ve své autoritě o pravidlech vlastní domácnosti a zasahovat tak do majetkových práv hosta. Obdobně je tomu i na úrovni společenství států. Hostem je tady ale zahraniční investor, hostitelem cizí stát a zasahování do majetkových práv, případně jejich odejmutí se dnes v MIP rozebírá v rámci pojmů nepřímého vyvlastnění, popř. porušení standardu spravedlivého rovného zacházení. V rámci řešení problematiky vyvlastnění investic byl v dnešní době determinován i obsah minimálního standardu.<sup>25</sup> Kromě obecné, neurčité povinnosti státu k projevu spravedlivosti a rovnosti nebo dobré víry v zacházení s investorem<sup>26</sup> je za jeho součást možné prohlásit pravidlo, že každé vyvlastnění musí doprovázet náhrada. Někdy se mluví o povinnosti plné náhrady ve smyslu Hullovy formule. Toto vyvlastnění má být provedeno k dosažení obecně prospěšného cíle a být prosté jakékoliv diskriminace. Přichází ještě v úvahu pravidlo vyčerpání místních prostředků ochrany před uchýlením se k jiným možnostem, jako je arbitráž nebo diplomatická

---

<sup>24</sup> Trade Act of 2002 Sec. 2102 (b)(3) (předpis je možné nalézt na stránkách U. S. Government Printing Office)

<sup>25</sup> Srov. Sornarajah, M., op. cit., s. 129

<sup>26</sup> Srov. Subedy, P.S., op. cit., s. 9

ochrana.<sup>27</sup> V jiných věcech, např. i těch týkajících se nepřímého vyvlastnění, můžeme konstatovat určitou ustálenou praxi, kterou však není vhodné, jak bude uvedeno v dalším odstavci, prohlásit za právní normu obyčejového práva.

V současnosti se objevuje názor, že problém nejasnosti mezinárodního standardu byl vyřešen tím, „že i vůči cizincům, jakožto bytostem lidským, je k aplikování mezinárodní pozitivněprávní úprava ochrany lidských práv (sic)“ a „že touto pozitivněprávní ochranou lidských práv je v plném rozsahu pokryto to, co předtím nauka spojovala s kategorií minimálního cizineckého standardu v oblasti osobních práv cizinců“.<sup>28</sup> Jak je vidět i v uvedeném rozhodnutí Ústavního soudu, je možné najít určitou relevanci lidských práv pro oblast mezinárodních investic, ale investoři v podobě obchodních korporací zřejmě v budoucnu nebudou profitovat z lidskoprávní ochrany. Existence velkého množství dvoustranných a několika mnohostranných smluv v dnešním MIP se shodnými nebo podobnými investičními ustanoveními vede taky k úvahám o ustálené praxi a vytváření obyčejových pravidel. Profesor Subedy ve své publikaci dokonce rozebírá různé standardy zacházení opakující se v ustanoveních smluv, jako i pojmy investice a investora v nich definovaných v kapitole nazvané „Ochrana mezinárodní investice v obyčejovém právu“. V tomto případě je ale na místě mluvit jen o určitém „mezinárodním standardu“ (ne ve smyslu obyčejového minimálního standardu) nebo „modelu chování“, jak uvádí profesor Šturma, a ne o mezinárodním obyčeji.<sup>29</sup>

#### 1.2.1.2. MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

Nejvýznamnějším pramenem MIP jsou mezinárodní smlouvy, především zmiňované dvoustranné dohody o ochraně investic (Bilateral Investment Treaties, dále jen „BIT“). Začaly být uzavírány mezi rozvinutými a rozvíjejícími se státy právě z důvodu nejasnosti v obecných pravidlech a ve snaze zachovat některé z norem, které rozvinuté státy prosazovaly jako obyčejové právo. Jsou zcela novým smluvním typem. První taková

---

<sup>27</sup> Srov. Sornarajah, M., op. cit., s. 129

<sup>28</sup> Čepelka, Č., Šturma P., op. cit., s. 365

<sup>29</sup> Šturma P., Balaš V.: Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva, Studie z mezinárodního práva č. 3, vyd. Univerzita Karlova v Praze, Praha, 2012, s. 29

smlouva byla uzavřena mezi Spolkovou republikou Německo a Pákistánem 25. 11. 1959. Následně se přidaly další státy západní Evropy.<sup>30</sup> USA začaly uzavírat BIT od začátku 80. let.<sup>31</sup> Vedeny byly zejména motivem vybudovat síť smluv, které by prosazovaly princip protiprávnosti vyvlastnění, jestliže takové vyvlastnění není doprovázeno okamžitou, náležitou a účinnou náhradou.<sup>32</sup> V té době byly ve Valném shromáždění OSN přijaty rezoluce nazvané Charta ekonomických práv a povinností států<sup>33</sup> a Deklarace založení nového mezinárodního ekonomického pořádku.<sup>34</sup> Ty byly snahou rozvíjejících se krajín prosadit reformy v mezinárodních ekonomických vztazích a právu s důrazem na státní suverenitu. Charta ekonomických práv ve svém článku 2 odst. 2(c) například deklaruje právo každého státu „znárodnit, vyvlastnit nebo převést vlastnictví cizího majetku a v případě že k tomu dojde, má být zaplacena vhodná náhrada státem, který taková opatření přijímá, berouc do úvahy své vlastní příslušné zákony a nařízení a všechny okolnosti, které uzná za důležité“.<sup>35</sup>

Tyto dokumenty patří do oblasti „soft law“ a nemají právní závaznost, ale poukazují na postoj velké části mezinárodního společenství k pravidlům, kterými by se mezinárodní investice měly řídit. Za povšimnutí stojí i aktivita na půdě OSN směřující k vytvoření pravidel pro činnost nadnárodních korporací. V roce 1974 byla založena Komise pro nadnárodní korporace, která v roce 1988 přijala návrh kodexu činnosti těchto společností. Snahy se ale nikam dál neposunuly. Mezi aktéry těchto událostí byly, kromě jiných, také rozvíjející se krajiny Afriky a Asie, bývalé kolonie, které nabyly samostatnost po druhé

---

<sup>30</sup> Šturma, P., Balaš, V.: Mezinárodní ekonomické právo, 2. vydání, C. H. Beck, Praha, 2013, s. 314

<sup>31</sup> Motivací mohly být i některé události toho období např. v roce 1980 přišla americká společnost o podíl v ropné společnosti Aramco v Saúdské Arábii, kolem roku 1970 o měděné baně v Chile bez náležité náhrady, ještě dřív po Kubánské revoluci roku 1959 byly znárodněny všechny společnosti vlastněné státními příslušníky USA

<sup>32</sup> Vandavelde, K.: The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal, Proceedings of the 86th Annual Meeting of American Society of International Law, 1992, s. 532–540

<sup>33</sup> A/RES/29/3281 Charter of Economic Rights and Duties of States (12. 12. 1974)

<sup>34</sup> A/RES/S-6/3201 Declaration on the Establishment of the New International Economic Order (1. 5. 1974)

<sup>35</sup> Each state has the right to nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent.

světové válce. Je důležité zmínit, že i ono období „postkolonialismu“ s sebou přineslo znárodnění majetku bývalých koloniálních mocností<sup>36</sup> a dále vedlo k proklamování norem, tzv. nového mezinárodního ekonomického pořádku.<sup>37</sup> Na bilaterální úrovni tyto státy ale postupně uzavíraly BIT.<sup>38</sup> Největší nárůst jejich počtu však nastal až na počátku 90. let, což souvisí ústupem komunistické ideologie, přechodem mnohých ekonomik na tržní hospodářství a zřejmě i ekonomickou recesí a nedostatkem finančních prostředků k půjčování. Zahraněční investice byly vítaným zdrojem kapitálu. V roce 1995 byla založena k propagaci volného obchodu i Mezinárodní obchodní organizace (dále jen „WTO“). Celková atmosféra se tedy změnila způsobem, který upozadil volání rozvíjejících se krajin po změně pravidel preferujících suverénní kontrolu nad využíváním jejich zdrojů v procesu zahraničních investic, a na pořadu dne byla spíše soutěž o investice. BIT byly ze strany rozvíjejících se krajin bez pochyby uzavírány ve víře v posílení toku investic do ekonomiky. Zatímco koncem 80. let a počátkem 90. bylo uzavřeno kolem 386 BIT, na konci roku 2003 jich bylo již 2 332.<sup>39</sup> V roce 2012 se počet uzavřených BIT pohyboval kolem 2 850 a dalších smluv s investičními ustanoveními kolem 350, spolu tedy 3 200 investičních smluv (dále jen „IS“). V průměru byla v letech 2010 až 2012 uzavřena 1 IS za týden, oproti rokům 1994 až 1996, kdy to byly v průměru 4 IS za týden.<sup>40</sup>

BIT představují především *lex specialis* mezi dvěma státy v situaci, kdy není jasné, která obecná pravidla platí. Téměř výlučně jsou uzavírány mezi krajinami s rozvinutou a rozvíjející se ekonomikou a budou odrážet jejich vyjednávací pozici, přičemž každá strana má, jak bylo ukázáno, poněkud jiné zájmy. Z toho a dalších důvodů budou ustanovení těchto smluv leckdy vágní. Jejich forma je často podobná co do struktury

---

<sup>36</sup> Srov. např. Kališ, R.: Vývoj mezinárodního investování a právní úpravy mezinárodní ochrany investic, v Právní fórum, Wolters Kluwer ČR, č. 6/2007, str. 200–206

<sup>37</sup> Změnou, která přišla s tímto obdobím, byla narůstající akceptace myšlenky, že znárodnění ve jménu ekonomických reforem nemá být považováno za protizákonné, resp. může být doprovázeno i nižší než plnou náhradou znárodněného majetku.

<sup>38</sup> Seznam většiny smluv v chronologickém pořadí je možné nalézt na stránkách Mezinárodního centra pro řešení sporů z investic (ICSID)

<sup>39</sup> UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development): International Investment Agreements: Key Issues Volume I, 2004, s. 9

<sup>40</sup> UNCTAD: Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making, IIA Issues Note, No. 5, 2013, s. 4

a výskytu standardních ustanovení, ale detailní pohled na jejich obsah ukazuje na rozdíly a různorodost.

Běžná BIT začíná předmluvou o jejích cílech, kterými bude podpora a vzájemná ochrana investic, jakož i vytváření příznivých podmínek pro ně. Obvykle následuje vymezení majetku, který se chrání, a definice investora, resp. vztahu mezi fyzickou nebo právnickou osobou a státem, který je stranou smlouvy. Logicky následují standardy zacházení s vymezeným majetkem v podobě povinnosti poskytovat spravedlivé a rovné zacházení (*fair and equitable treatment*, dále jen „FET“), plnou ochranu a bezpečnost, zákazu poškozování investic a povinnost dostat všech závazků, do kterých hostitelský stát vstoupil v souvislosti s investicí. Téměř bez výjimky bude BIT obsahovat doložky národního zacházení a nejvyšších výhod. V návaznosti na tyto standardy zacházení tam může být uvedeno pravidlo stejného odškodnění ztrát způsobených nepokoji (válka, revoluce, povstání apod.), kterého se dostává domácím osobám. Za velmi důležité je možné považovat podmínky vyvlastnění a náhrady za ně a urovnávání sporů mezi investorem a hostitelským státem. Smlouvy myslí i na způsob řešení potenciálních sporů kolem jejich výkladu a aplikace mezi státy samotnými. V neposlední řadě tam bude závazek k nebránění repatriaci investic a výnosů z nich. Na konci, jak lze předpokládat, budou uvedeny podmínky vstupu v účinnost, trvání smlouvy a jejího vypovězení.<sup>41</sup> Výjimečnost těchto smluv spočívá v tom, že v nich stát předem dává souhlas k řešení sporů z investic cestou rozhodčího řízení mezi ním a investorem z druhého státu. Soukromá osoba tak na základě mezinárodního práva nabývá oprávnění začít řízení proti cizímu státu. V 80. letech byly BIT stále ještě relativně nový fenomén a první spor před ICSID<sup>42,43</sup> založen na

---

<sup>41</sup> Běžně jsou BIT uzavírány na období 10 let, po jejichž uplynutí ji může kterákoliv ze stran vypovědět. Její ustanovení se ale budou vztahovat na existující investice i v období několika let (např. 10 nebo i 20 v závislosti od smlouvy) od vypovězení.

<sup>42</sup> ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) je mezinárodní instituce založena Úmluvou o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, která vstoupila v účinnost v roce 1966. Cílem této instituce je poskytovat zázemí pro smířčí a rozhodčí řízení ve věcech mezinárodních investičních sporů a odstranit tak překážky svobodnému toku soukromých investic, kterými jsou především neobchodní rizika a do té doby chybějící specializovaný mezinárodní postup pro řešení sporů z investic. Má sídlo ve Washingtonu a není jedinou možností k provedení arbitráže, zejména mimo americký kontinent budou spíš využity místní rozhodčí dvory

takovýchto ustanoveních BIT byl rozhodnut v roce 1990.<sup>44</sup> Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka byl zřejmě taky prvním takovým sporem vůbec.

Je důležité zmínit, že ještě před tímto datem se odehrála jiná rozhodčí řízení na základě smluv uzavřených přímo mezi státem a investorem<sup>45</sup>. Tyto smlouvy mohou být teorií správního práva podřazeny veřejnoprávním autorizačním smlouvám „koncesního“ typu, kterými se soukromým osobám propůjčuje výhradní postavení náležející pouze osobám veřejného práva.<sup>46</sup> Může jít o smlouvu k provedení stavby a provozu dálnice, veřejného vodovodu a kanalizace nebo koncese k těžbě vyhrazených nerostů. K překonání nevýhodného postavení investora vyplývajícího z faktu, že druhá strana má v rukou moc měnit právo, byly za rozhodná pravidla k rozhodnutí sporu často voleny obecné principy právní. Na závěry dosažené v takovýchto rozhodnutích bývá i dnes v MIP odkazováno a dokazuje to různorodost pramenů a kvality norem tohoto odvětví mezinárodního práva.

Z dosud uvedeného by mělo plynout, jak obtížné je dojít v této oblasti k nějakému mnohostrannému ujednání, a na druhé straně jak užitečná by taková mezinárodní univerzální smlouva byla. Pokusy o to se objevují již v období po druhé světové válce, kdy roku 1948 byla projednávána tzv. Havanská charta<sup>47</sup> v rámci konference OSN o obchodu a zaměstnanosti. Obsahovala dva obecněji znějící články 11 a 12 o právech států přijmout opatření k zajištění toho, aby investice nebyly prostředkem pro zasahování do vnitřních záležitostí, a o právech stanovit požadavky pro vstup investic a jejich držení. Povinností signatářů by bylo vytváření vhodných podmínek a poskytování přiměřené bezpečnosti investicím, jako i věnovat pozornost vhodnosti nediskriminovat mezi zahraničními investicemi. Od projektu bylo upuštěno v roce 1950.

---

např. v Londýně, Stockholmu. Další možností je sestavení ad hoc tribunálu s využitím některých služeb Stálého rozhodčího soudu v Haagu.

<sup>43</sup> Sdělení FMZV č. 420/1992 Sb. Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států

<sup>44</sup> UNCTAD: Dispute Settlement: Investor State in UNCTAD Series on Issues in IIAs, 2003, s. 67

<sup>45</sup> Např. Texaco Overseas Co. v. Libya (1977), Kuwait v. American Independent Oil Co. (1982)

<sup>46</sup> Hendrych, D. a kolektiv: Správní právo, Obecná část, 8. vydání. C. H. Beck, Praha, 2012, s. 257

<sup>47</sup> K zhlédnutí na stránkách WTO: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf) (navštíveno dne 1. 9. 2014)

Další zásadnější snahy na skutečně univerzální úrovni se objevují na půdě WTO, která má v současnosti kolem 159 členských států (z celkového počtu 193, které jsou členy OSN). Pochopitelně velký zájem na vzniku takové dohody budou mít státy vyvážející kapitál, pro něž se vhodnou platformou stala Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (dále jen „OECD“), která začínala svou existenci s 18 členy a dnes jich má 34. OECD vyvíjela snahy na tomto poli již v 60. letech, ale bez výsledku. Další zásadnější moment nastal v 90. letech, ale rokem 1998, kdy byla zastavena jednání k přijetí Mnohostranné dohody o investicích<sup>48</sup> (Multilateral Investment Agreement, „MAI“), zůstal i tento pokus relativně neplodný. Návrh MAI, který byl v rámci procesu sepsán, obsahoval i zákaz tzv. výkonnostních požadavků, jako je stanovení povinnosti investorům exportovat část produkce nebo povinnost užívat k výrobě místní zdroje apod. Přijímat výkonnostní opatření je přirozený zájem státu na tom, aby vytěžil z investice co nejvíc a aby zároveň chránil vlastní výrobce, avšak škodí investorům a mezinárodnímu obchodu.

Právě myšlenka regulace mezinárodních investic z důvodu souvislosti s mezinárodním obchodem byla důvodem zařazení této agendy do Uruguayského kola mnohostranných obchodních rokování, v rámci kterých byla jako jedna z příloh Dohody o zřízení WTO přijata roku 1994 Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření (Agreement on Trade-Related Investment Measures, dále jen „TRIMS“)<sup>49</sup>. Zakazuje členům WTO přijímat investiční opatření, která jsou neslučitelná s principem národního zacházení a principem zákazu množstevních omezení v člancích III a XI Všeobecné dohody o clech a obchodu (GATT). Konkrétní názorný seznam takových opatření je připojen k Dohodě. Zjednodušeně řečeno jsou zakázána opatření ukládající podniku povinnost koupě či užití domácích produktů nebo omezující nákup či užití dovážených produktů nebo určující množství produkce k exportu. Dohoda o TRIMS se nezabývá tradičními otázkami mezinárodních investic, nicméně jejich tok liberalizuje a povzbuzuje tím, že eliminuje

---

<sup>48</sup> Veškeré dokumenty k procesu jednání k zhlédnutí: <http://www.oecd.org/daf/mai> (navštíveno dne 1. 9. 2014)

<sup>49</sup> Sdělení MZV č. 191/1995 Sb.

překážky obchodu se zbožím. WTO se dále pokusila posunout svou činnost v oblasti investic směrem k přijetí dohody typu MAI, ale bez výsledku.<sup>50</sup>

Svým dílem přispěla na tomto poli i Světová banka (World Bank, dále jen „WB“), předtím známá jako Mezinárodní banka pro obnovu a rozvoj. Její představenstvo zformulovalo zmiňovanou Úmluvu o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (viz poznámka pod čarou č. 37), která vstoupila v účinnost v říjnu roku 1966. Na jejím základě vzniklo, jak bylo uvedeno, ICSID – organizace patřící dnes ke skupině organizací tvořících Mezinárodní banku. Lze také uvést, že v roce 1991 požádal společný Rozvojový výbor WB a Mezinárodního měnového fondu Mnohostrannou agenturu pro investiční záruky, rovněž jedna z organizací WB, o vypracování právního rámce pro podporu přímých mezinárodních investic. Tento dokument<sup>51</sup> „*soft law*“ byl přijat v roce 1992 a byl napsán především s ohledem na poskytnutí co nejširší ochrany investorům. Jako právní rámec doporučen státům k zacházení s investicemi představuje vysoký práh ochrany, ke kterému lze dojít abstrahováním různých ustanovení do té doby uzavřených BIT, a odpovídá době, ve které byl zformulován.

První skutečně mnohostranná mezinárodní smlouva obsahující hmotněprávní normy MIP má sektorovou povahu a není určena k univerzálnímu členství. Je jí Energetická charta (1994)<sup>52</sup> uzavřena rovněž v 90. letech, která v podstatě vzešla z touhy evropských států po bližší spolupráci s Ruskem a státy východní Evropy a střední Asie při přezkoumávání a rozvoji energetického sektoru.<sup>53</sup> Neomezuje se jenom na otázky investic, ale rozebírá celou škálu otázek, jako je obchod, tranzit materiálu, energetická výkonnost apod. V současnosti má 54 signatářů a ochraně investic se věnuje část III., která ve vztahu k vyvlastnění kopíruje běžná ustanovení BIT.

---

<sup>50</sup> Blíže k tomu viz kapitolu 2.2.1.4 Šance pro dohodu o investicích v rámci WTO? v Šturma, P., Balaš, V.: Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva, op. cit., s. 17

<sup>51</sup> World Bank. 1992. *Guidelines*. Vol. 2 of *Legal framework for the treatment of foreign investment*. <http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/01/439897/legal-framework-treatment-foreign-investment-vol-2-2-guidelines>

<sup>52</sup> Sdělení MZV č. 372/1999 Sb.

<sup>53</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch.: *Principles of international investment law*, 2. vydání, Oxford University Press, 2012, s.15

Mezi cca 3 000 různými BIT se dá pozorovat jistý vývoj a podobnosti, díky kterým je možno je třídit.<sup>54</sup> Poslední generací se přitom zdají být komplexní smlouvy zvané smlouvy o volném obchodu (free trade agreements, dále jen „FTA“) uzavírané na regionální a bilaterální úrovni, které spájí úpravu mezinárodního obchodu a investic podobně jako Dohoda k Energetické chartě. Prvenství mezi nimi má zmiňovaná NAFTA uzavřená mezi Kanadou, USA a Mexikem již roku 1992. Ve větším rozsahu uzavírají dnes FTA na bilaterální úrovni především Spojené státy<sup>55</sup>, ale i Kanada nebo Mexiko<sup>56</sup>. Z náhledu ustanovení o investicích, např. kapitoly 10 Chile-USA FTA (2003), je zjevná snaha o přesnější vymezení některých pojmů, mezi jinými i nepřímého vyvlastnění. Kořeny standardů zacházení s investicemi jsou přitom nadále zasazeny do mezinárodního obyčejového práva<sup>57</sup> podobně jako v NAFTA. Kromě bilaterálních má USA uzavřenou FTA obsahující investiční ustanovení i se seskupením států Střední Ameriky CAFTA a Dominikánskou republikou (CAFTA-DR-United States FTA). CAFTA samotná má taky investiční ustanovení. V jiných částech světa nalezneme rovněž příklady tohoto trendu, který dosahuje regionální úrovně. Příkladem je společenství států MERCOSUR, na jehož počátku stojí smlouva z Asunciónu (1991) míněna k vytvoření společného trhu na jihoamerickém kontinentě. Státy tohoto společenství ale podepsaly roku 1994 i tzv. Colonia Protocol o vzájemné podpoře a ochraně investic. Další příkladem jsou státy jihovýchodní Asie patřící do sdružení ASEAN, které kromě smlouvy AFTA (ASEAN Free Trade Area Agreement, 1992) podepsaly po několika předchozích investičních smlouvách roku 2009 Všeobecnou investiční smlouvu, zajímavou svou snahou vyvážit ochranu investic a zachování regulačních pravomocí států.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Viz např. Šturma, P., Balaš, V.: *Mezinárodní ekonomické právo*, op. cit., s. 315, kde jsou BIT roztrženy do tří generací, nebo Subedy, P. S.: *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, op. cit., s. 110 – zde jsou investiční smlouvy tříděny do sedmi generací

<sup>55</sup> Jejich seznam je dostupný na stránkách *Office of the United States Trade Representative*: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements> (navštíveno dne 1. 9. 2014)

<sup>56</sup> Šturma, P., Balaš, V.: *Ochrana mezinárodních investic*, op. cit., s. 21

<sup>57</sup> Viz čl. 10.4.1. Chile-USA FTA: Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

<sup>58</sup> Asean Comprehensive Investment Treaty (k nahlédnutí na stránkách sdružení [asean.org](http://asean.org))

Přímé zahraniční investice jsou dnes, po přijetí Lisabonské smlouvy, součástí společné obchodní politiky Evropské unie.<sup>59</sup> Byly tak na ni přeneseny výhradní pravomoci jednat v této věci navenek vůči třetím státům.<sup>60</sup> Uvedené kompetenční ustanovení SFEU se realizuje ve dvou krocích. Na jedné straně bylo na základě čl. 207 odst. 2 přijato nařízení č. 1219/2012, které přináší přechodnou úpravu pro BIT mezi členskými státy a krajinami mimo EU. Zjednodušeně řečeno bude možné i do budoucna sjednávat tyto BIT, ale za současné koordinace s Komisí, která může uzavření smlouvy případně i zakázat. Časem by však všechny BIT měly být nahrazeny smlouvami sjednanými přímo mezi EU a třetími státy nebo mezinárodními organizacemi. Tento další krok předpokládá čl. 207 odst. 3. Vést jednání směřující k uzavření smlouvy je v kompetenci Komise po tom, co ji k tomu zmocní Rada. Na scéně mezinárodního investičního práva se tak pro státy EU objevují i tyto smlouvy typu FTA. Aktuálním příkladem je Všeobecná hospodářská a obchodní dohoda (Comprehensive Economic and Trade Agreement, „CETA“) dojednaná v říjnu 2013 s Kanadou. Technické detaily smlouvy jsou ještě v stadiu vyjednávání. Podle vyjádření Komise<sup>61</sup> vyjasní investiční ustanovení této smlouvy do velké míry základní hmotněprávní ustanovení běžné v BIT, jichž se často dovolávají investoři v arbitrážních sporech. Bude utvrzeno právo obou stran regulovat v obecném zájmu, vyjasněn obsah „spravedlivého a rovného zacházení“ s investicemi a detailně popsáno tzv. nepřímé vyvlastnění. V tomto období probíhají mezi USA a EU obdobná jednání vedoucí k tzv. Transatlantickému obchodnímu a investičnímu partnerství a v různých stádiích se nacházejí jednání s mnoha dalšími krajinami a seskupeními, např. Japonsko, Čína, Indie, Maroko, ASEAN, MERCOSUR a další. Již v roce 2011 vstoupila v účinnost FTA EU – Jižní Korea.

Jak bylo řečeno v úvodu, historicky byla hlavním spouštěčem uzavírání BIT snaha ochránit investora před nezákonným vyvlastněním. Pozornost stran smlouvy se přitom soustřeďovala na podmínky pro zákonné vyvlastnění. V tomto směru došlo v znění většiny

---

<sup>59</sup> Srov. sdělení MZV č. 111/2009 Sb. m. s., o sjednání Lisabonské smlouvy pozměňující Smlouvu o EU a Smlouvu o založení Evropského společenství (Smlouva o fungování Evropské unie), čl. 207/1

<sup>60</sup> Evropská Komise načrtla svůj přístup k společné investiční politice ve sdělení COM(2010)343 final nazvaném „Towards a comprehensive European international investment policy“

<sup>61</sup> K zhlédnutí na: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf)

smluv k sjednocení.<sup>62</sup> Lze proto říct, že jak většina smluv, tak obyčejové právo uznávají dnes oprávnění státu vyvlastnit investice ve veřejném zájmu na nediskriminačním základě, v řádném řízení a za náhradu. Otázka náhrady za vyvlastnění je o něco kontroverznější, protože ještě stále rezonují názory zmiňované ve sporu mezi Mexikem a USA a pak znovu v 70. letech minulého století na půdě OSN. Tedy, že stát může určit výšku náhrady podle svých zákonů a s přihlédnutím k okolnostem, které uzná za relevantní, jako je např. investorem dosažený zisk. Tento postoj se v některých investičních smlouvách odrazí v požadavku na spravedlivou náhradu (*just compensation*)<sup>63</sup> nebo vhodnou náhradu (*appropriate compensation*). Většina IS ale přijala tzv. Hullovu formuli, nastíněnou v předcházející části, která požaduje okamžitou, adekvátní a účinnou náhradu (*prompt, adequate and effective compensation*), plnou náhradu (*full compensation*). Nelze tedy počítat s existencí obyčejového pravidla v této věci, jelikož existují relevantní důkazy o tom, že se v mezinárodním společenství neustálilo povědomí o závaznosti Hullové formule. Praxe jde ale jednoznačně tímto směrem. Obecné ustanovení bývá navíc specifikováno povinností stanovit náhradu na základě spravedlivé tržní hodnoty investice<sup>64</sup> či její skutečné hodnoty<sup>65</sup> v době před vyvlastněním nebo zveřejněním úmyslu ji vyvlastnit. Mnoho smluv mluví jenom o skutečné hodnotě<sup>66</sup> či hodnotě investice<sup>67</sup> bez tříbodového obecného požadavku, což ale zřejmě nic nemění na podstatě uvedeného principu. Náhrada má často zahrnovat i úrok vypočtený dle určité úrokové míry za období počínající vyvlastněním až do doby vyplacení náhrady. Účinnost náhrady spočívá, jak je taky často stanoveno, v svobodné převoditelnosti a vyplacení náhrady v konvertibilní měně. Ustanovení smluv většinou zmiňují tři druhy vyvlastnění, kterých se požadavky na zákonnost a náhradu týkají. Znárodněním (*nationalization*), i když nebývá ve smlouvách

---

<sup>62</sup> UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule Making*, New York a Ženeva, 2007 (UNCTAD/ITE/IIT/2006/5), s. 44

<sup>63</sup> Např. BIT Německo–Singapur (1973) čl. 4 odst. 1: „*just and equitable compensation*“

<sup>64</sup> NAFTA čl. 1110 odst. 2 „*fair market value*“, BIT USA – ČR, 187/1993 Sb., „*náhrada musí odpovídat spravedlivé tržní ceně vyvlastněné investice*“, BIT Rusko – ČR, 201/1996 Sb., „*náhrada musí odpovídat tržní hodnotě vyvlastněných investic*“

<sup>65</sup> Vzorová BIT Velké Británie čl. 5 odst. 1 „*genuine value*“

<sup>66</sup> BIT Nizozemí–ČR, 569/1992 Sb., čl. 5

<sup>67</sup> BIT Rakousko–ČR, 454/1991 Sb., čl. 4, BIT SRN – ČR, op. cit., čl. 4

definováno, je chápáno rozsáhlejší vyvlastňování k dosažení nějakého obecnějšího politicko-ekonomického cíle, přičemž se může týkat celého jednoho odvětví hospodářství. Vyvlastnění (*expropriation*) je taky uskutečněno ve veřejném zájmu konkrétnějšího charakteru a směřuje proti individuálnímu podniku. Nejproblematictější se jeví být třetí kategorie nepřímého vyvlastnění (*indirect expropriation*). Jeho doslovné vyjádření se bude ve smlouvách lišit. Pokud nebude uvedeno přímo „*indirect expropriation*“, půjde například o opatření mající stejný účinek jako vyvlastnění (*measures having effect equivalent to nationalisation*), nebo opatření rovnající se vyvlastnění (*measure tantamount to expropriation*), opatření podobná vyvlastnění (*similar measures*) apod. Někdy stojí ve smlouvě vedle sebe dva výrazy nepřímé vyvlastnění (*indirect expropriation*) a opatření rovnající se vyvlastnění (*measure tantamount to expropriation*).<sup>68</sup> To může vyvolávat dohady o existenci další kategorie zásahů vzdálenějších klasickému pojetí vyvlastnění jako faktického zbavení majetku, za které by díky ochraně poskytované IS mohl investor požadovat náhradu. Takovýto výklad zřejmě v potenciálních sporech neobstojí. Argumentem proti je například i rozhodnutí rozhodčího soudu ve věci *Pope and Talbot* proti Kanadě, ve kterém tribunál uznal tvrzení Kanady, že výraz „*tantamount to a taking*“ nepřidává nic k pojmu vyvlastnění.<sup>69</sup> Ve sporu *Metalclad* proti Mexiku Spojené státy, i když nebyly na sporu zainteresované, poskytly písemné vyjádření odmítající názor, že uvedený výraz vytváří novou kategorii vyvlastnění.<sup>70</sup> Zmíněné příklady se týkají jenom sporů, na které se aplikovala NAFTA. Obdobná ustanovení znají i jiné smlouvy např. čl. 4 BIT mezi Egyptem a Německem (2005). I tady ale asi bude těžké dojít při jejich aplikaci k rozšiřujícímu výkladu, který by ve svém důsledku podstatně omezoval státy v jejich oprávnění regulovat.

Právě nepřímé vyvlastnění je koncept, který zabírá centrum pozornosti současného mezinárodního investičního práva, zatímco v minulosti, jak bylo ukázáno i na sporu Mexika a USA, to byla spíše náhrada za vyvlastněný majetek. Pojem nepřímého

---

<sup>68</sup> Např. NAFTA čl. 1110 odst. 1

<sup>69</sup> UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties 1995-2006*, op. cit., s. 134

<sup>70</sup> *Metalclad Corp. v. The United Mexican States* (2005), s. 11, odst. 27 (možné nalézt na: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>)

vyvlastnění byl ale v mezinárodním právu znám již dávno před tím, než se na scéně objevily mezinárodní investiční smlouvy.<sup>71</sup> Problémy, které vyvstávají při aplikaci ustanovení o nepřímém vyvlastnění v rozhodčím řízení, vedou státy k přijímání obsáhlejších výkladů tohoto pojmu. Příkladem může být výše uváděná „*Asean Comprehensive Investment Treaty*“ (2009). Smlouva ve svém druhém dodatku (*Annex 2*) stanoví kritéria pro rozhodování ve věci vyvlastnění, které má být vždy založeno na zkoumání jedinečných okolností lišících se případ od případu. Těmito kritérii mají být ekonomický dopad opatření na investici, otázka porušení předcházejících závazků státu daných investorovi, charakter postupu státu, konkrétněji jejich cíl a přiměřenost vzhledem k veřejnému zájmu. Nediskriminační opatření přijatá k ochraně veřejného zájmu, jako je např. veřejné zdraví nebo životní prostředí, nezakládají podle smlouvy vyvlastnění. Vyjasnění těchto ustanovení je doporučeno i ve zprávě o mezinárodních investicích, kterou vypracovala UNCTAD<sup>72</sup> v roce 2012 (*World Investment Report 2012*, dále jen „WIR 2012“). Jelikož se zdá, že MIP zůstane i nadále fragmentováno a jeho základem zůstane množství investičních smluv, zabývá se zpráva kromě jiných věcí politikou, kterou by státy měly i s ohledem na trvale udržitelný rozvoj při uzavírání IS přijmout. Na tuto zprávu navazuje poznámka k záležitostem týkajícím se IS z června 2013<sup>73</sup>, dle které koncem roku 2013 bude vypověditelných kolem 1 300 BIT. Mezi lety 2014 až 2018 to bude dalších 350 IS, u kterých uplyne minimální doba, ke které se státy zavázaly. Jak bylo ukázáno ještě v úvodu výkladu o mezinárodních smlouvách, pomalu klesá počet uzavřených BIT. WIR 2012 přitom poukazuje na narůstající význam regionálních smluv typu FTA a EPA (smlouvy o hospodářském partnerství, *economic partnership agreements*)<sup>74</sup>. Počet států,

---

<sup>71</sup> UNCTAD: Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD/DIAE/IA/2011/7), New York a Ženeva, 2012, s. 7 – publikace zmiňuje jako příklad článek C.G. Christieho z roku 1962 *What constitutes a taking of property under international law?* publikován v *British Yearbook of International Law*, kde autor říká: „Je několik dobře známých mezinárodních sporů, ve kterých bylo uznáno, že do majetkových práv může být zasazeno natolik, že s ohledem na všechny záměry a účely byla tato majetková práva vyvlastněna, i když dotčený stát vyvlastnění nezamýšlel.“

<sup>72</sup> UNCTAD: *World Investment Report 2012*, s. 140–141

<sup>73</sup> UNCTAD: *IIA Issues Note, International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal*, 2013 (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/9)

<sup>74</sup> UNCTAD: *World Investment Report 2012*, op. cit., s. 84–86

kteře byly stranami nově uzavřených BIT mezi lety 2006–2011, byl téměř stejný jako počet států, které byly stranami jiných investičních smluv (FTA, EPA a jiných). Hospodářský význam potenciálních smluv, které zatím nebyly dovedeny do finálního stadia, je rovněž nezanedbatelný. Příkladem může být FTA dvou z největších světových ekonomik EU a Číny nebo již uzavřená třístranná investiční smlouva Čína–Japonsko–Korea z roku 2012. Tyto smlouvy se zároveň vyznačují jasnějšími a propracovanějšími ustanoveními.<sup>75</sup> Lze zde vidět možnost konsolidace a vyjasnění pravidel MIP, mimo jiné těch, které se týkají vyvlastnění. Pokud ale státy svolí k současné aplikaci již existujících dřívějších BIT vedle nových IS, jak se tomu někdy děje, může se stát, že se systém MIP ještě víc zkomplikuje.

#### 1.2.1.3. OBECNÉ PRÁVNÍ PRINCIPY UZNÁVANÉ CIVILIZOVANÝMI NÁRODY

Obecné principy označuje Statut ICJ za třetí hlavní pramen mezinárodního práva. Svou roli budou hrát v investičních arbitrážních sporech mezi investorem a státem. Především pokud bude třeba vyplnit mezery ve smlouvách, které jsou základem pro takové spory, nebo smlouvy interpretovat. Jejich užití doprovází ale vysoký stupeň subjektivity. Z doposud v praxi užitých principů literatura uvádí např.: princip dobré víry, nikdo se nemůže dovolávat vlastní nepoctivosti, *estoppel* (princip podobný „*ne bis in dem*“ může mít ale i širší význam), *onus probandi*, právo být slyšen.<sup>76</sup>

#### 1.2.1.4. ROZHODNUTÍ

Rozhodnutí mezinárodních soudních orgánů jsou podpůrným pramenem mezinárodního práva a nemají precedenční význam v pravém slova smyslu. Krom několika rozhodnutí MSD významných pro právo mezinárodních investic, jako je případ Chorzowské továrny (1928), *Barcelona Traction* (1970) nebo případ *ELSI* (1989), se MIP vyznačuje i množstvím arbitrážních rozhodnutí. Jak ve vnitrostátním, tak v mezinárodním právu mohou rozhodnutí váhou své argumentace, autoritou orgánu, který je vydal, a ustáleností právního názoru v nich nabývat povahu faktického precedentu, resp. obecnějšího významu pro interpretaci pramenů práva. U zmiňovaných arbitrážních

<sup>75</sup> Tamtéž, s. 86

<sup>76</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch.: Principles of international investment law, op. cit., s. 18

rozhodnutí je tato jejich povaha problematická z několika důvodů. Především neexistuje univerzální soudní instance, která by investiční spory řešila, jako je MSD nebo Evropský soudní dvůr pro lidská práva. Jediná kvazi-institucionální rozhodnutí vynáší ICSID, ale ani tribunály tohoto centra se obecně nepovažují být předchozími rozhodnutími nijak vázáné.<sup>77</sup> Opakovaně se ale vyslovily v tom smyslu, že považují za svou povinnost přispívat k harmonickému rozvoji MIP a vyhovovat tak legitimním očekáváním společenství států, proto věnují náležitou pozornost dřívějším rozhodnutím.<sup>78</sup> Ostatní rozhodnutí pocházejí z rozhodčí činnosti národních rozhodčích soudů (např. ve Stockholmu) nebo z činnosti *ad hoc* ustavených rozhodčích tribunálů. Kromě roztržštěnosti a neexistence jednotného institucionálního rámce, který známe z vnitrostátního práva, brání vzniku stejnorodé judikatury i další fakt zcela běžný ve vnitrostátním právu, a tím je publikace rozhodnutí. Rozhodčí nálezy jsou zásadně neveřejné a publikované mohou být jenom se souhlasem stran sporu. Nicméně v situaci, kdy složité případy musí být posouzeny na základě strohých smluv a nejasných obvyčejových pravidel, je obsah dřívějších rozhodnutí v každém novém nálezu zpravidla vždy zmiňován. Autoři pojednání o MIP se ale víceméně shodují na tom, že je třeba k označení arbitrážních rozhodnutí za pramen tohoto odvětví mezinárodního práva přistupovat opatrně.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Viz např. jurisdikční rozhodnutí AES v. Argentina (ICSID Case No. ARB/02/17) z 26. 4. 2005, čl. 17–33

<sup>78</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch.: Principles of international investment law, op. cit., s. 34

<sup>79</sup> Viz např. Šturma, P., Balaš, V.: Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva, op. cit., s. 34

## 2. KAPITOLA

### CIZINEC A JEHO MAJETEK V MEZINÁRODNÍM INVESTIČNÍM PRÁVU

Jak bylo ukázáno ve výkladu o mezinárodním obyčeji, vývoj mezinárodního práva v oblasti odpovědnosti států za škody způsobené cizincům dospěl k vytvoření pojmu minimálního standardu zacházení. Standard poskytoval ochranu jen hmotným statkům cizince – fyzické osoby proti vadnému jednání státu a v těchto mezích se odehrávaly i spory mezi státy, ve kterých šlo především o zabránění půdy patřící cizinci nebo zničení jeho majetku.<sup>80</sup> Změna hospodářských poměrů v mezinárodním měřítku měla logicky přinést i změnu mezinárodního práva týkajícího se cizinců. Onou změnou poměrů byl nárůst zahraničních investic, rozšiřování mezinárodních aktivit nadnárodních korporací a prolínání ekonomických zájmů států. I přes tento vývoj se MSD ještě v roce 1970 ve svém rozhodnutí *Barcelona Traction* udivoval nad nedostatkem obecných norem pro tuto oblast vztahů,<sup>81</sup> tedy norem, které dnes pojmenováváme mezinárodním investičním právem. Nadcházející období uzavírání investičních smluv a arbitrážních sporů reagovalo na tuto poptávku. Změna ve vztahu cizince a jeho majetek přišla především s pojmy investora a investice v investičních smlouvách a jejich výkladem rozhodčími tribunály.

#### 2.1. INVESTOR

Ustanovení IS týkající se investorů, tedy cizinců držících majetkové hodnoty v cizím státě, neznamenala ve vztahu k fyzickým osobám velkou změnu. Rozhodující pro přiznání postavení cizince je obecně národnost fyzické osoby, která je upravena vnitrostátním právem. S tím koresponduje i většina smluv.<sup>82</sup> Existují i výjimky, jako je např. BIT mezi

---

<sup>80</sup> Sornarajah, M., op. cit., s. 11

<sup>81</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Co, Limited (Belgium v Spain)*, ICJ Reports 1970, s. 46–47

<sup>82</sup> Např. BIT mezi ČR a Nizozemským královstvím Sdělení FMZV 569/1992 Sb. čl. 1b) I.: „Pojem investor označuje fyzické osoby, které jsou občany jedné ze smluvních stran v souladu s jejím právním řádem.“

Německem a ČR, kde je rozhodující stále bydliště.<sup>83</sup> V obecném mezinárodním právu je navíc pro možnost dovolávat se státní příslušnosti vůči jinému státu vyžadován kromě formálního občanství i reálný vztah ke krajině („*genuine link*“). Je tomu tak především od významného rozhodnutí MSD v kauze *Nottebohm* (1955). Lze říct, že rozhodčí soudy přihlížejí v praxi více k formální stránce příslušnosti<sup>84</sup>, i když zkoumání reálnosti svazku se státem zcela nevyloučily. Rozhodčí soud ve sporu *Fakes* proti Turecku uznal tuto otázku za relevantní za výjimečných okolností, jakými je například účelová státní příslušnost.<sup>85</sup> Většinu investic realizují nicméně právnické osoby.

U právnických osob přineslo MIP cestou investičních smluv nová pravidla, která modifikují tradiční pojetí státní příslušnosti v obecném mezinárodním právu vysloveném ve výše uvedeném rozhodnutí *Barcelona Traction*. Toto rozhodnutí MSD prohlašuje za rozhodující ukazatel pro určení příslušnosti společnosti právní řád státu, na základě kterého je založena. Jelikož je právnická osoba právní fikcí a subjektivitu nabývá jen, je-li to umožněno normou vnitrostátního práva, je toto pravidlo výsledkem logického úsudku. Většina IS, zdá se, vychází z toho samého principu, jelikož činí příznání postavení investora (a s tím souvisejících standardů zacházení spolu s možností přístupu k arbitráži) závislým na splnění podmínky inkorporace<sup>86</sup> (*place of incorporation*) nebo sídla<sup>87</sup> (*registered office*) ve státě, který je stranou smlouvy. Sídlem je tu míněno zapsané, resp. formální sídlo společnosti, které bude zřejmě ve většině případů samozřejmým aspektem inkorporace, tedy založení společnosti. I v případě přesunu společnosti do jiného státu se tak obvykle bude dít likvidací společnosti jedné a založením nové s novým sídlem.<sup>88</sup> Jde proto o variace toho samého principu, navíc jsou často sídlo, inkorporace a zavedení do

---

<sup>83</sup> BIT ČR a Německo, op. cit., čl. 1 odst. 3: „Pojem ‚investor‘ znamená fyzické osoby s trvalým bydlištěm...“

<sup>84</sup> Např. v jurisdikčním rozhodnutí ve věci *Feldman v Mexiko*, 6. 12. 2000, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, odst. 24–37, mělo pro tribunál občanství přednost před trvalým pobytem nebo jakýmkoliv jiným blízkým vztahem k určitému území

<sup>85</sup> *Saba Fakes v Turkey*, 14. 7. 2010, ICSID Case No. ARB/07/20, odst. 54–81

<sup>86</sup> Např. BIT ČR a Nizozemské království, op. cit.: „Pojem investor označuje právnické osoby zřízené v souladu s právním řádem jedné ze smluvních stran.“

<sup>87</sup> BIT ČR a Německo, op. cit.: „Pojem investor znamená... právnické osoby se sídlem v okruhu působnosti této Dohody, jež jsou oprávněny jednat jako investoři.“

<sup>88</sup> Možnost přesunu pouhého sídla by musela umožňovat mezinárodní smlouva, kterou např. zmiňuje obchodní zákoník z roku 1991. Nikdy taková smlouva nebyla uzavřena.

veřejného rejstříku uvedeny kumulativně. Je důležité zdůraznit, že tento princip je v investičních smlouvách pouze východiskem v mnohém, jak bude ukázáno, korigovaným. Pokud si státy přejí „odfiltrovat“ společnosti, které nemají reálný vztah k státu smlouvy, mohou tak učinit několika způsoby. Např. podmínkou skutečného sídla ve státě smlouvy (*effective seat, the place of effective management*)<sup>89</sup>, podmínkou určitého podílu státních příslušníků státu smlouvy ve společnosti nebo podmínkou skutečné hospodářské činnosti (*genuine economic activity*) ve státě.<sup>90</sup>

Znamé rozhodnutí *Barcelona Traction*, vycházející důsledně z uvedeného principu inkorporace, odepřelo Belgii možnost uplatňovat diplomatickou ochranu svých občanů – většinových akcionářů kanadské společnosti, která měla své problematické investice ve Španělsku. Jelikož některé krajiny vyžadují, aby byla prostředkem investice společnost inkorporovaná v hostitelském státě, a v mnoha případech tomu tak je i bez exaktního požadavku, hrozí, že by takoví investoři byli v mezinárodním právu bez ochrany kvůli formální domácí státní příslušnosti. Smluvní řešení toho, jak považovat domácí společnost, která drží majetek – investici, za zahraniční osobu, předpokládalo i samotné rozhodnutí *Barcelona Traction*<sup>91</sup> a obdobnou dohodu, jenomže mezi stranami sporu, zmiňuje i dohoda ICSID v čl. 25 odst. 2 (b)<sup>92</sup>. Nové normy v investičních smlouvách skutečně doplňují či korigují toto tradiční pojetí úpravou v části definující investici nebo týkající se investora.

K ustanovením definujícím investici lze uvést například čl. 1(a)(ii) vzorové BIT Velké Británie (2005), který za investici prohlašuje podíly v společnostech, akcie či dluhopisy

---

<sup>89</sup> Starší IS mezi státy ASEAN z roku 1987 (Agreement on Promotion and Protection of Investment in ASEAN) čl. 1 odst. 2

<sup>90</sup> BIT ČR a Švýcarsko sdělení FMZV 459/1991 Sb. čl. 1 odst. 1 b): „Pojem investor zahrnuje s ohledem na obě smluvní strany právnické osoby, včetně společností, korporací, obchodních společností a jiných organizací, které jsou zřízeny nebo jinak právně založeny podle zákonů této smluvní strany a mají své sídlo a provozují skutečnou hospodářskou činnost na území této smluvní strany.“

<sup>91</sup> *Barcelona Traction*, op. cit., odst. 90

<sup>92</sup> „Příslušník smluvního státu znamená: „...jakoukoliv právnickou osobu mající k tomuto datu (kdy se strany dohodly na předložení sporu k arbitráži) státní příslušnost smluvního státu, který je stranou sporu a kterou se strany sporu kvůli zahraniční kontrole dohodou rozhodly považovat za příslušníka druhé smluvní strany...“ – existence mezinárodní smlouvy, kde státy svolí k takovému nahlížení domácí společnosti, bývá považována za návrh dohody, který druhá strana sporu (investor) přijme, pokud předloží spor k arbitráži u ICSID (reálnost kontroly nad společností se ale posuzuje)

společnosti a jakoukoliv jinou formu účasti na společnosti. Účast na společnostech za investici prohlašuje i velké množství BIT uzavřených ČR. Investor je tedy chráněn proto, že jeho podíl na společnosti se považuje za investici.

Naproti tomu čl. 1(1)(a) BIT mezi USA a ČR<sup>93</sup> uvádí, že pojem „investice“ *označuje jakýkoli druh investice na území jedné smluvní strany, která je vlastněna nebo je přímo či nepřímo kontrolována státními příslušníky nebo společnostmi druhé smluvní strany.* Zdůrazněna je tedy kontrola nad investicí, tj. majetkovými hodnotami, která může být uskutečňována i nepřímo skrz domácí společnost, ve které má státní příslušník nebo společnost druhé strany účast.

Na straně investora je zmiňovaný problém příslušnosti zhojen např. u čl. 1117 NAFTA, v rámci úpravy řešení sporů z investic. Investoru se tady dává právo začít arbitrážní spor jménem společnosti, kterou přímo nebo nepřímo vlastní nebo ovládá.

Jsou myslitelné různé variace nastíněných ustanovení, která užijí aspekty kontroly nad investicí nebo podílu na společnostech. Otázku, co je investicí a kdo je investorem, budou rozhodčí tribunály obvykle řešit již v úvodních etapách řízení, protože přítomnost obou složek ve sporu je logicky podmínkou jejich příslušnosti k jeho projednání. Státy, které se ocitnou v investičních sporech, budou velmi často jurisdikci tribunálů popírat argumenty proti existenci investice nebo proti postavení osoby jako zahraničního investora.

Je vhodné uvést některé problematické záležitosti, které budou v takových řízeních ve vztahu k výše uvedenému probírány. Za prvé, kontrola nad společností je dána několika okolnostmi, mezi kterými bude mít velikost podílu na společnosti zásadní roli, ale může vyplývat i z toho, jakým způsobem se osoba podílí na podniku společnosti, jaké je rozložení hlasovacích práv, nebo z obsahu manažerských smluv. Další, s tím související otázka, je postavení menšinových akcionářů v akciových společnostech, kteří se podílejí na základním kapitálu, ale nekontrolují je. Čl. 25 smlouvy ICSID nebo čl. 1117 NAFTA jim ochranu nedává, ale pokud jde BIT či jiná IS cestou zahrnutí podílů ve společnostech do pojmu investice, postavení investora mít mohou. Záviset to bude od znění a výkladu smlouvy. Argumentem proti je, že se takovýmto výkladem může rozšířit ochrana na osoby,

---

<sup>93</sup> Sdělení MZV 187/1993 Sb.

kteřé sice vkládají kapitál, ale společnost neřídí a nenesou takové riziko, zejména pokud svůj podíl v podobě akcie mohou lehce zcizit na kapitálovém trhu. Tedy, že se ochrana rozšířít na tzv. portfoliového investora, což nemusely strany smlouvy zamýšlet. Z jednoho případu navíc mohou takhle vznikat různé spory iniciované osobami, které mají podíl v té samé společnosti. Výraz „přímó nebo nepřímó“ v některých ustanoveních týkajících se kontroly nad to dává postavení investora osobám, které mají podíl ve společnosti skrz jinou zprostředkující společnost, což přehled o tom, kdo je investorem, dále ztěžuje.<sup>94</sup>

Opačnou stranou mince by mohlo být použití kritéria kontroly pro rozkřytí korporacní struktury a odepřít tak výhody BIT osobám, které jsou jenom prázdnu schránku založenou ve státě, se kterým má hostitelský stát výhodnou BIT a skrz kterou drží svou investici osoba z třetího státu. Tak tomu bylo v případě *Saluka* proti ČR<sup>95</sup>. I přes sympatie vůči argumentu ČR o neexistenci reálného vztahu mezi společností *Saluka* a Holandskem vycházel tribunál z doslovného ustanovení BIT a rozhodl ve prospěch vlastní příslušnosti k projednání sporu. Obdobně rozhodly jiné rozhodčí soudy v podobných případech. V MIP je tak znám pojem kupování si příslušnosti, *fora*, či smlouvy (*nationality, treaty, forum shopping*).

## 2.2. INVESTICE

Investiční smlouvy bez pochyby obohatily pojem majetku v mezinárodním právu, které jak bylo řečeno, rozeznávalo ve vztahu k cizincům především jejich hmotné statky. Je pochopitelné, že rozvinuté krajiny vyvážející kapitál měly zájem na tom, aby co nejširší okruh majetkových hodnot<sup>96</sup> jak hmotných, tak nehmotných náležejících jejich státním příslušníkům byl pod ochranou mezinárodní smlouvy. Běžné vymezení investice tak zní

---

<sup>94</sup> Srov. např. *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, rozhodnutí z 3. 9. 2001 (rozhodováno před arbitrážním soudem v Londýně podle pravidel UNCITRAL). Aplikováno zde bylo zmiňované ustanovení BIT mezi ČR a USA. R. Lauder měl většinový podíl v CME, která měla většinový podíl v české společnosti CNTS.

<sup>95</sup> *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, (*ad hoc* tribunál rozhodující podle pravidel UNCITRAL), rozhodnutí z 17. 3. 2006 – aplikována byla BIT mezi ČR a Nizozemským královstvím

<sup>96</sup> Kališ, R.: Mezinárodní investice jako předmět ochrany poskytované mezinárodním právem Investičním, Právní fórum, č. 11, 2008, Wolters Kluwer ČR a.s., s. 467

např.: pojem „investice“ označuje každý druh aktiv investovaných ..., a to zejména, nikoli však výlučně: I) movitý a nemovitý majetek a všechna věcná práva s ním související; II) akcie, obligace a ostatní formy účasti na společnostech a společných podnicích, jakož i práva z nich vyplývající; III) pohledávky na peníze a na jiná aktiva a jakéhokoliv plnění mající hospodářskou hodnotu; IV) práva z oblasti duševního vlastnictví, včetně technologických postupů, goodwill a know-how; V) koncese udělené na základě zákona nebo smlouvy, včetně koncesí k průzkumu, kultivaci a těžbě a získávání přírodních zdrojů (čl. 1a BIT ČR-Holandsko). Z příkladu je vidět, že kromě hmotných věcí jsou součástí investice i věci nehmotné, jak by je nazval občanský zákoník 89/2012 Sb., tedy práva a jiné věci bez hmotné podstaty. Třetí složkou jsou tzv. administrativní práva, bez kterých investice nemůže úspěšně operovat v hostitelském státě. Pohledem našeho právního řádu bychom je zařadili do práva veřejného stejně jako problematiku majetkových škod, které jejich porušením vznikají. Výčet složek investice je tady demonstrativní, tak jako u většiny českých BIT. Ale i v případě, že by byl taxativní, zahrnuje prakticky všechna myslitelná aktiva, která by mohla tvořit investici. Literatura zmiňuje i syntetickou definici, resp. „enterprise based definition“, která „se snaží popsat investorovu činnost prostřednictvím jejího hlavního charakteristického znaku“<sup>97</sup>. Může znít např.: „Pro účely této smlouvy znamená pojem investice každý druh aktiv, spojen s hospodářskými aktivitami, nabyt za účelem založení trvajících ekonomických vztahů.“<sup>98</sup> Nevyskytuje se však ve smlouvách příliš často. Metoda výčtu aktiv pro definici investice najdeme běžně, i když různě formulovanou, v BIT, FTA nebo i v Energetické chartě.

Je důležité říct, že samotný výraz investice nemá zcela pevně daný obsah. V tomto směru se zdá být ona „syntetická definice“ výhodnější v tom, že stanovuje obecnější kritéria toho, co je investicí. I v příkladu je vidět, že vypočtena cizincova aktiva v hostitelském státě, proto aby byla investicí, musí být „investována“. Tzn. musí mít kvalitu investice. Podmínka je logická, zejména protože máme celou další skupinu vztahů, kde jde o cizincův majetek a dispozice s ním, ale investiční režim bychom na něj nevztahovali. Především proto, že půjde o související vztahy mezinárodního obchodu (např. zboží

---

<sup>97</sup> Šturma, P., Balaš, V.: Mezinárodní ekonomické právo, op. cit., s. 351

<sup>98</sup> BIT Ukrajina–Dánsko (1992), čl. 1 odst. 1

prodáváno v cizím státě). Definice typu „investice jsou různá aktiva, která jsou investována“ je tak trochu tautologií. Náhled různých BIT, které dosud uzavřela ČR, však ukazuje, že taková definice není neobvyklá. V některých případech bylo ale třeba dát „investici“ konkrétnější právní rozměr hlavně kvůli otázkám příslušnosti k projednání sporu. V této souvislosti se nabízí nahlédnout i do ustanovení Washingtonské úmluvy o založení ICSID, která vymezují jurisdikci střediska. Čl. 25 odst. 1 však mluví jenom o příslušnosti střediska k projednání právních sporů vyplývajících z investice (*legal disputes arising out of an investment*). Znova tak zůstává tento výraz bez obsahu.

Rozhodovací praxe tribunálů, obzvláště těch zřízených v rámci střediska ICSID, přišla s kritérii převzatými z doktríny označované dnes obecně jako „Salini Test“<sup>99</sup>. Historicky prvním v řadě rozhodnutí, která se zabývala charakteristikou investice, byl spor *Fedax* proti Venezuele, kde bylo krátce zmíněno pět doktrinálních charakteristik investice: určité trvání, určitá pravidelnost příjmů, převzetí rizika, významný výdej nebo závazek (*substantial commitment*) a význam pro rozvoj státu.<sup>100</sup> Ještě předtím než byla tato kritéria kromě jednoho (určitá pravidelnost příjmů) jasněji rozebrána v zmiňovaném rozhodnutí *Salini*, řešil obdobný problém tribunál ve věci *ČSOB* proti Slovensku.<sup>101</sup> V tomto a dalších rozhodnutích, která následovala, tribunály opakovaně zdůraznily další fakt týkající se investice a to, že jde „o komplexní operaci, pozůstávající z vícera vzájemně souvisejících transakcí, jejichž jednotlivé elementy stojící samostatně nemusí být ve všech případech kvalifikovány jako investice“.<sup>102</sup> Spory se tedy podle citovaného názoru mohou týkat i jednotlivých operací, pokud vyvstávají přímo z investice. V uvedeném sporu šlo o úvěr poskytnutý Slovenské Inkasní ze strany ČSOB, za který se zaručila slovenská vláda a který byl posuzován jako součást rozsáhlejší bankovní činnosti ČSOB, a proto prohlášen za součást investice. Již v tomto rozhodnutí se tribunál dotknul zmiňovaných charakteristik,

---

<sup>99</sup> *Salini v. Kingdom of Morocco*, jurisdikční rozhodnutí ze dne 23. 7. 2001, 42 ILM 609, (2003), odst. 56

<sup>100</sup> Sekanina, O.: Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID), časopis *Jurisprudence* 2008/7, s. 10

<sup>101</sup> *Československá obchodní banka a.s. v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, rozhodnutí o jurisdikci ze dne 24. května 1999

<sup>102</sup> Tamtéž, odst. 72

keré by investice měla mít. Zabýval se ale především významem transakce a činnosti pro ekonomický rozvoj státu a opomíjel jiná měřítká namítána slovenskou stranou, jako je např. riziko.<sup>103</sup>

Po tomto rozhodnutí následovalo rozhodnutí *Salini* a další, která výše uvedená kritéria aplikovala kumulativně. Po určitou dobu se „Salini test“ zdál být široce přijímán, v současnosti ale existují v rozhodčí činnosti i „subjektivistické názory“. Tyto prosazují smluvní autonomii stran a aplikování především definic ve smlouvách, přičemž objektivní kritéria by měla být užita jenom ve výjimečných případech, např. pokud by ustanovení byla tak široká, že by bylo možné se odklonit od jakékoliv rozumné definice.<sup>104</sup>

V předcházejícím oddílu byla zmíněna souvislost mezi investorem a investicí, především s ohledem na státní příslušnost právnických osob. Na tomto místě je vhodné blíže rozebrat i pojem portfoliového investora a portfoliové investice. Obecně řečeno, jde především o pohyb peněz za účelem získání účasti na podniku (*enterprise*) v druhém státě s očekáváním výnosu, ale bez toho že by investor nabýval vliv na jeho řízení. Představují ji zejména kapitálové vklady do společností ve formě úpisu akcií obchodovatelných na burzách nepřinášející jakýkoliv vliv na řízení společnosti, ale mohou zahrnovat i širší skupinu investičních nástrojů, jako jsou směnky nebo dluhopisy, které nemusí souviset s žádným podnikem. Doprovází je nižší riziko, jelikož mohou být relativně snadno a rychle přesunuty jinam skrz obchodní transakce na kapitálovém trhu.<sup>105</sup> V současnosti jsou portfoliové investice<sup>106</sup> zahrnuty v definicích investice v převážné většině BIT.<sup>107</sup> Vidíme,

---

<sup>103</sup> Sekanina, O.: *Salini test*, op. cit.

<sup>104</sup> Srov. např. *Inmaris v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, jurisdikční rozhodnutí z 8. 3. 2010, odst. 131

<sup>105</sup> Šturma, P., Balaš, V.: *Mezinárodní ekonomické právo*, op. cit., s. 348

<sup>106</sup> Za protiklad portfoliové investice je v teorii označovaná přímá zahraniční investice (*foreign direct investment*), definice, která může znít např.: *Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.* (Balance of Payments Manual, IMF, s.86, odst. 359) – základní atributy jsou tedy

že i definice v úvodu výkladu zahrnuje do pojmu investice např. obligace a i akcie či obecně jakékoliv podíly na společnostech. Takovéto druhy aktiv v rukou cizince nejsou tradičně chráněny mezinárodním obyčejovým právem. Pro jejich ochranu obecně existují argumenty pro i proti. Je třeba vycházet z toho, že pokud z textu smlouvy a jeho výkladu nevyplývá, že jsou investicí, nemají být taková aktiva za ni považována. Pro ujasnění je ale třeba říct, že podíly na společnostech, i menšinové, vtěleny do akcií, které nejsou volně obchodovatelné, nejsou portfoliovou investicí, ale spíše přímou zahraniční investicí.<sup>108</sup> U menšinových podílů budou rozhodčí tribunály v takovýchto případech dávat do vztahu ochranu majetku společnosti a ochranu vlastnických podílů v ní. Logickým argumentem pro to je fakt, že jednání státu vůči majetku společnosti ovlivňuje i hodnotu podílu na ni.<sup>109</sup> U společností, které jsou více méně prostředkem investice, a investor je jediným podílníkem nebo mu míra jeho podílu dává kontrolu nad ní, musí být tato ochrana rozšířená bezprostředně i na majetek společnosti. Jiný výklad by omezoval účinek toho, co bylo v první řadě zahrnutím podílů do pojmu investice sledováno, tedy překlenutí problému státní příslušnosti domácího podniku.

Je možné dodat, že objektivistické názory na to, která cizincova aktiva ve státě jsou investicí, nesvědčí výkladu zahrnujícímu portfoliovou investici a subjektivistické názory, které nechtějí jít za text smlouvy a které jsou pro ochranu portfoliové investice „výhodné“. Otázka je, jak je vidět, relevantní i v aktuálním sporu Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic (ICSID Case No. ARB/13/8), kde slovenský bankovní dům žaluje Řecko na základě příslušné BIT kvůli ztrátě, kterou utrpěl nucenou výměnou státních dluhopisů v souvislosti s řeckou dluhovou krizí.

---

trvající účast na podniku a podstatný vliv na jeho řízení, taková investice pak zahrnuje nejen počáteční transakci k nabytí účasti, ale i všechny následné transakce s podnikem související

<sup>107</sup> Šturma, P., Balaš, V.: Mezinárodní ekonomické právo, op. cit., s. 348

<sup>108</sup> Srov. Sornarajah, M., op. cit., s. 196

<sup>109</sup> Příkladem může být spor *GAMI* proti Mexiku. *GAMI* v Mexiko, závěrečné rozhodnutí podle pravidel UNCITRAL, 15. 11. 2004 (americká společnost *GAMI* držela 14,18procentní podíl v mexické společnosti produkující cukr, mlýny, které byly zabráný vyvlastňovacím aktem mexické vlády), tribunál v tomto směru uvedl v odst. 33–35: fakt, že hostitelský stát výslovně nezasahuje do vlastnictví podílů, není rozhodující... *GAMI* se dovolává toho, že jednání Mexika zasáhlo hodnotu jejího podílu takovým způsobem, že musí být považováno za rovnající se vyvlastnění.“ *GAMI*, ale dle tribunálu musela prokázat, že zmiňované vyvlastnění mělo vliv na hodnotu jejího podílu.

Různost užití výrazu investice potvrzuje i krátký náhled do vnitrostátního práva. Zákon 72/2000 Sb. (o investičních pobídkách) mluví v § 1a o investiční akci, kterou je například zavedení nebo rozšíření výroby v oborech zpracovatelského průmyslu. Zákon 256/2004 Sb. (o podnikání na kapitálovém trhu) zase skloňuje investici v souvislosti s investičními nástroji, jakými jsou např. cenné papíry – akcie obchodovatelné na kapitálovém trhu, nebo dluhopisy.

Pro úplnost výkladu je třeba zmínit tzv. *pre-establishment rights*, což budou práva, která má investor ještě předtím, než „založí“ svou investici. Většina BIT pokrývá investice, které jsou již založeny. Avšak např. BIT uzavírané Kanadou a USA jako i některé FTA vztahují standardy zacházení i na stádium vstupu investice a její počáteční fáze, a to včetně národního zacházení.<sup>110</sup> Děje se tak skrz ustanovení definující investora jako osobu, která usiluje o uskutečnění, uskutečňuje nebo uskutečnila investici (*attempts to make, is making or has made an investment*)<sup>111</sup>. Široké definice investic založené na metodě výčtu aktiv mohou mít podobný efekt a posílit argumenty dovolávající se předinvestičních práv. V konkrétním případě tak např. může investor provádějící průzkum a jiné těžební aktivity bez toho, aby došlo k těžbě samotné, začít arbitrážní spor v případě zrušení jeho licence státem a dovolávat se náhrady dosud vynaložených výdajů.<sup>112</sup>

### 2.3. MAJETEK A MEZINÁRODNÍ PRÁVO

Je to vnitrostátní právo, na základě kterého primárně vzniká majetek jako právní pojem. V souvislosti s tím nemá mezinárodní právo jeden daný, ucelený koncept majetku nebo vlastnictví a je vhodné uvést některé ze zdrojů norem či přístupů majících na mezinárodním poli v této věci vliv.

Důležitou roli jistě hraje vnitrostátní právo „kapitál exportujících“ států stojících při vytváření mezinárodního práva (především mezinárodních smluv) v silnější pozici a lze předpokládat, že se jejich představy o majetku odrážejí i v právu, které formují. Je vhodné

---

<sup>110</sup> Subedy, P.S., op. cit., s. 99

<sup>111</sup> Srov. Vzorová BIT USA, 2012 (US Model BIT) čl. 1(c)

<sup>112</sup> Viz např. spor *EuroGas GmbH v. Slovak Republic*, UNCITRAL (záměr započít s arbitráží ze dne 16. 12. 2010 zaslaný orgánům SR)

se tedy podívat na právní pojmosloví *common-law* krajin, jakými jsou především ekonomicky významné Spojené státy nebo Velká Británie. Navíc je angličtina pracovním jazykem zřejmě většiny rozhodčích řízení, ve kterých bude majetek podrobněji rozebírán.

K zjevně důležitému výrazu „*property*“ (překládaný jako majetek, majetkové právo, vlastnictví<sup>113</sup>) je možné najít vícero definic, jedna ze dvou hlavních ho vymezuje jako: „jakoukoliv vnější věc, nad kterou je vykonáváno právo (oprávnění) věc držet, používat a užívat“ nebo taky: „něčí majetek je všechno, co je v právu jeho“.<sup>114</sup> Definice je podobná tomu, jak mluví o majetku a vlastnictví nový občanský zákoník (viz str. 1). O to víc zůstaneme-li u toho, že nové pojetí vlastnictví má stále stejný obsah, který byl v starším občanském zákoníku vymezen skrz oprávnění „předmět vlastnictví držet, užívat, požívat jeho plody a užitky a nakládat s ním“<sup>115</sup> a který je znám již z římského práva.<sup>116</sup>

Dle jiného vymezení znamená ten samý pojem svazek oprávnění (*bundle of rights*) nebo právo (*the right*) určitou věc držet, používat a užívat. V tomto významu je synonymem výrazu „*ownership*“.<sup>117</sup> Obojí, *property* či *ownership*, pak ještě můžeme najít i v dvouslovném vyjádření stejného významu „*rights of ownership*“ nebo „*property rights*“.

Pro vyjasnění je ještě třeba dodat, že „*property right*“ znamená dle Blackova slovníku právo ke konkrétnímu majetku, či již k hmotnému nebo nehmotnému<sup>118</sup> a někdy je možné setkat se s výrazy „*tangible or intangible property right*“. Poněvadž nám naše právní zkušenost říká, že práva jsou vždy nehmotná, je výraz „*intangible property right*“ třeba chápat jako oprávnění držet, používat a užívat nehmotný statek, např. patent (nemá tady ale zřejmě praktický význam rozlišovat mezi oprávněním a jeho předmětem, jelikož nehmotný předmět nebude existovat, pokud k němu nebude existovat oprávnění).

---

<sup>113</sup> Chromá, M.: Anglicko-český právní slovník, LEDA, Praha, 1997, s. 217

<sup>114</sup> Black's Law Dictionary, 9<sup>th</sup> Edition, West, 2009, s. 1335: „*any external thing over which the rights of possession, use and enjoyment are exercised*“ („*use*“ znamená i výkon práva), „*a man's property is all that is his in law*“

<sup>115</sup> § 123 zákon č. 40/1964 Sb.

<sup>116</sup> Tomuto novému přístupu se někdy vyčítá, že vytváří určitý kruh: vlastnictví je právo, jehož předmětem může být právo, takže předmětem vlastnictví může být také vlastnictví

<sup>117</sup> Black's Law Dictionary, op. cit., s. 1215: *the bundle of rights allowing one to use, manage and enjoy property, including the right to convey it to others*

<sup>118</sup> Tamtéž, s. 1437 „*a right to specific property, whether tangible or intangible*“

Dalším často nahlíženým zdrojem je rozhodovací činnost tribunálu pro nároky mezi USA a Iránem. Tribunál byl založen 19. 1. 1981 na základě Alžírských dohod k projednání soukromých podání státních příslušníků USA vůči Iránu a některých žalob mezi těmito státy navzájem. Posuzována měla být přímá vyvlastnění směřující vůči hmotným statkům, jakož i „všechna opatření dotýkající se majetkových práv“ (*all measures affecting property rights*)<sup>119</sup>. Zabýváje se tak různými vyvlastňovacími zásahy<sup>120</sup> rozebral tento soudní orgán dopodrobna zmiňovaná majetková práva (*rights of ownership, ownership, property rights*)<sup>121</sup>. Případy, které se před něj dostaly, se odehrály za výjimečných okolností a jeho mandát byl dosti široký, neboť měl rozhodnout ve věci všech opatření dotýkajících se majetkových práv a ne jenom těch, která se rovnají vyvlastnění. Přesto bývají jeho závěry citovány dnešními arbitrážními rozhodnutími ve věcech týkajících se nepřímého vyvlastnění. Právě „rozpletení“ těchto, můžeme taky říct vlastnických oprávnění (*unbundling of property rights, dissection of ownership rights*), je základem onoho pojmu nepřímého vyvlastnění. Důvod je ten, že státní zásahy u něho směřují jenom proti některým oprávněním a zejména držba ve smyslu „*possession*“ nebo formální vlastnictví (*nominal ownership*) zůstává zachováno.

Ve výkladu o mezinárodním obyčeji byl zmíněn názor některých autorů, že ochrana lidských práv v mezinárodním právu nahradila nejasný a ne všeobecně přijímaný pojem minimálního standardu. Ve vztahu k cizincům – fyzickým osobám asi v tomhle směru nelze co namítat. Užít lidských práv v mezinárodním investičním právu se ale na první pohled zdá být nevhodné. Nicméně je třeba říct, že publikace a arbitrážní rozhodnutí v oblasti MIP přihlíží zejména k judikatuře Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ECHR“), ve kterých vykládá čl. 1 protokolu 1 EÚLP<sup>122</sup> „Ochrana majetku“ (*Protection of Property*). ECHR považuje ve svých rozhodnutích za majetek (*property*) movité věci

---

<sup>119</sup> Čl. 2 odst. 1 Claims Settlement Declaration (19. ledna 1981)

<sup>120</sup> Srov. např. Mouri, A.: *The international law of expropriation as reflected in the work of the Iran-US Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994

<sup>121</sup> Sornarajah, M., *op. cit.*, s. 368–370

<sup>122</sup> Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law...(European Convention on Human rights, Protocol 1, 1952)

a nemovitosti, práva *in rem*, práva *in personam* a práva duševního vlastnictví.<sup>123</sup> Toto pojetí je tradičnější v našem právním prostředí.<sup>124</sup> Právem *in rem* (*right in rem*), které svědčí osobě ve vztahu k určité věci a vyplývají ze smlouvy případně částečně ze zákona, je např. oprávnění nájemníka k věci. Právem *in personam* (*right in personam*), které je spojeno především s určitou osobou, je např. obchodní podíl nebo pohledávka (i vůči státu). ECHR musel často odpovídat na otázku, co tvoří majetek (ve smlouvě vyjádřeno jako „*possessions*“) konkrétní osoby. Investiční smlouvy v tomto směru otázku relativně zjednodušují vymezením aktiv, která jsou investicí. V citované publikaci Rady Evropy analyzující relevantní judikaturu ECHR mluví pak autor o majetkových oprávněních (*rights of ownership, property rights*) jako o vlastnostech majetku či jeho attributech (*characteristics of property*), přičemž je dělí na užívání (*use*) a nakládání (*disposal*). V souvislosti s těmito „charakteristikami“ užívá ECHR pojmu „*de facto expropriation*“, a to poprvé od rozhodnutí ve věci *Papamichalopoulos*, kterého skutková podstata spočívala v tom, že „žalobci nemohli svůj majetek užívat (*make use*) nebo ho prodat, odkázat či darovat“.<sup>125</sup>

Přirozeně je dnes tato oblast v mnohém obohacena „arbitrážní“ judikaturou a některými smlouvami. Budou se ale pohybovat více méně v naznačených pojmech a přístupech, proto bylo před hlubším rozbořením vyvlastňovacího zásahu vhodné je uvést.

---

<sup>123</sup> Sermet, L.: *The European Convention on Human Rights and property rights*, Council of Europe Publishing, Revised Edition, 1998, s. 11–13

<sup>124</sup> Viz např. Jelínek, J. a kol.: *Trestní právo hmotné*, 1. vydání, Leges, Praha, 2009, str. 580: Majetkem se rozumí soubor všech majetkových hodnot, tj. věcí, pohledávek a jiných práv a penězi ocenitelných jiných hodnot

<sup>125</sup> ECHR, *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 24. 6. 1993, Series A no. 260-B, čl. 43

### 3. KAPITOLA

## ZÁSAH STÁTU DO MAJETKOVÝCH PRÁV ZAHRANIČNÍHO INVESTORA

Výklad se dále blíže zabývá vyvlastňovacím zásahem státu do investorova majetku, přičemž je zde výraz vyvlastňovací zásah použit jako překlad anglického pojmu „*taking*“, běžného v americké jurisprudenci, ale i literatuře mezinárodního investičního práva a arbitrážních rozhodnutích (text úžeji souvisí a vychází z toho, co již bylo uvedeno v pojednání o mezinárodních smlouvách). „*Taking*“ je obecný pojem, znamenající „skutečné nebo faktické nabytí soukromého majetku státem odstavením od něho jeho majitele nebo zničením majetku či vážným zhoršením jeho užitečnosti. Vyvlastňovacím zásahem do majetku (*taking of property*) je také, když jednání státu přímo zasahuje nebo podstatně ruší majitelovo užívání nebo požívání majetku“.<sup>126</sup> Můžeme vidět, že na rozdíl od nám známého vyvlastnění, nemusí tady stát nabývat oprávnění k majetku pro sebe. Jak bylo řečeno, investiční smlouvy chrání investora proti nenáležitému vyvlastňovacímu zásahu ze strany státu především skrz pojmy znárodnění, (přímé) vyvlastnění a nepřímé vyvlastnění. Vyvlastňovací zásah pokrývá všechny tyto pojmy. Znárodnění a přímé vyvlastnění, kdy titul k majetku investora přechází na stát, nejsou dnes běžné. Případy znárodnění můžeme v dnešním světě přesto někdy vidět nebo svůj úmysl vyvlastnit zvláště důležité podniky předem sdělují představitelé vlád.<sup>127</sup> Aktuální ve většině investičních sporů dnes je

---

<sup>126</sup> Blackův právní slovník, 9. vydání (Black's Law Dictionary, 9<sup>th</sup> Edition, West, 2009), s. 1591: „The government's actual or effective acquisition of private property either by ousting the owner or by destroying the property or severely impairing its utility. There is a taking of property when government action directly interferes with or substantially disturbs the owner's use and enjoyment of the property.“

<sup>127</sup> Např. mnohá znárodnění firem v zahraničních rukou v Bolívii, Venezuele a Argentině od roku 2006 (Nejnověji: letecká společnost Sabsa provozující tři hlavní letiště v Bolívii vyvlastněna v roce 2013, vlastníkem podílu tady byla španělská společnost Abertis, v roce 2012 znárodnila Argentina ropnou společnost YPF patřící španělskému Repsolu, v roce 2009 Venezuela znárodnila banku Banco de Venezuela v rukách španělské Grupo Santanader). V Evropě sdělil maďarský předseda vlády v předvolebním roce 2013 svůj úmysl znárodnit sedm obchodních společností poskytujících

tvrzení žalobců, že došlo k porušení standardů zacházení. Převážně se, zdá se, jedná o odepření spravedlivého a rovného zacházení (*fair and equitable treatment*). Nejčastěji se přitom dovolávají jak obyčejového práva, tak ochrany specifikované v investičních smlouvách. Kromě toho se obvykle snaží kvalifikovat jistá opatření nebo kombinace opatření, konání či opomenutí jako nějakou formu (nepřímého) vyvlastnění.<sup>128</sup> Význam tohoto druhu vyvlastnění byl již na několika místech této práce naznačen a dále se jím budeme zabývat opomíjeje tak trochu znárodnění a přímé vyvlastnění, nejen kvůli jejich zřídkaému výskytu v dnešním MIP, ale i kvůli jejich lehké identifikaci jako vyvlastňovacího zásahu. Otázky, které v souvislosti s nimi vyvstávají, se týkají kompenzace nebo existence či neexistence obecného zájmu a řádného zákonného postupu. O těch bude pojednáno v průběhu výkladu o vyvlastnění nepřímém.

Bylo zmíněno, že nepopíratelným oprávněním každého státu vyplývajícím z mezinárodního obyčejového práva je vyvlastnit majetek cizince, pokud se tak děje k obecně prospěšnému cíli, na nediskriminačním základě v řádném zákonném procesu a to je doprovázeno náhradou. O nepřímém vyvlastnění je možno taky důvodně tvrdit, že je pojmem mezinárodního obyčejového práva, i když s nejasným obsahem. Již známá rozhodnutí v případech týkajících se některých německých zájmů v Polském Horním Slezsku<sup>129</sup> a nároků norských loďařů<sup>130</sup> se zabývala opatřeními státu, která se mohou rovnat vyvlastnění. Později v roce 1961 Harvardský návrh úmluvy o mezinárodní odpovědnosti států za škody způsobené cizincům<sup>131</sup>, který není nikterak závazný, ale fakticky velmi

---

veřejné služby (volby v roce 2014 se svou stranou vyhrál). Slovenský premiér v roce 2012 proklamoval znárodnění soukromých zdravotních pojišťoven do roku 2014 (k realizaci tohoto záměru ale nejspíš v blízké době nedojde).

<sup>128</sup> Subedy, P.S., op. cit., s. 118

<sup>129</sup> Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits), Germany v. Poland, Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti (PCIJ), rozhodnutí ze dne 25. 5. 1925 (ser. A) No. 7, srov. např. str. 25

<sup>130</sup> Norwegian Shipowners' Claims, Norway v. United States of America, Stálý arbitrážní dvůr (PCA), rozhodnutí ze dne 13. 10. 1922, 1 UNRIAA 307

<sup>131</sup> Sohn, L., B., Baxter, R., R.: Čl. 10 odst. 3 (a) Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, 1961 (návrh byl vypracován na podnět tajemníka Komise pro mezinárodní právo působící při OSN): A „taking of property“ includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or

vlivný dokument, definoval nepřímé vyvlastnění takhle: „Vyvlastňovací zásah zahrnuje nejenom přímý vyvlastňovací zásah do majetku, ale i jakýkoliv nepřiměřený zásah do užívání nebo použití majetku či nakládání s ním, který odůvodňuje závěr o tom, že ani v patřičné době od započetí se zásahem jeho majitel nebude moci upotřebit majetek, užívat ho nebo s ním nakládat.“ Nepřímým vyvlastněním se místem zabýval i Evropský soud pro lidská práva a dnes také rozsáhlá literatura a rozhodčí tribunály v investičních sporech aplikující ustanovení investičních smluv.<sup>132</sup> Ale ještě předtím než přišla vlna investičních sporů, rozebíral tuto oblast mezinárodního práva tribunál pro nároky mezi USA a Íránem. Investiční smlouvy tak nevytvořily novou kategorii vyvlastňovacího zásahu, ale jeho existenci v mezinárodním právu utvrdily a nárůst množství státních zásahů do ekonomiky z něho udělal důležité téma. Je vhodné ukázat některé příklady toho, jak může vyvlastňovací zásah ve formě nepřímého vyvlastnění v dnešní době vypadat.

### 3.1. AKTUÁLNÍ PODOBY VYVLASTŇOVACÍHO ZÁSAHU

Z možností, jakými může být zásah uskutečněn lze uvést: faktické donucení k prodeji majetku nebo prodeji podílů ve společnosti, která je prostředkem investice, opatření přesouvající majetek do domácích rukou, převzetí řízení investice, kroky podněcující jiné jednání, které ničí investici, neposkytnutí ochrany tam, kde dochází k zasahování do majetkových práv investora, správní rozhodnutí, kterými se ruší koncese a povolení nutné pro fungování podniku, vysoké zdanění, jiné další správní akty, nařízení nebo zákony, které zasahují nějakým způsobem do vlastnických oprávnění (např. zákaz vyplácení dividendy, zákaz výroby určitých látek, exportní omezení apod.), vyhoštění zahraničního investora nebo vedoucích pracovníků, různá obtěžování (zmrazení účtů, nabádání ke stávce, zastrasování, neposkytnutí přístupu k infrastruktuře nebo k nutným dodávkám, nesmyslná regulační omezení atd.) vedoucí k tomu, že investor nemůže již dál provozovat činnost,

---

disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.

<sup>132</sup> I když ne každá musí výslovně obsahovat pojem nepřímého vyvlastnění. Je na místě vycházet v těchto případech z toho, že samotný výraz „*expropriation*“ je dostatečně široký na to, aby ho v sobě zahrnoval.

zbavení smluvních práv ať už mezi státem a investorem nebo investorem a třetími osobami, která jsou nutná k výrobě nebo poskytování služeb.<sup>133</sup>

Aby mohlo být každé toto opatření samostatně nebo ve spojení s jinými charakterizováno jako nepřímé vyvlastnění, musí v principu zasahovat do vlastnických oprávnění způsobem, který je srovnatelný s přímým vyvlastněním. Doprovodným objektivním znakem je snížení hodnoty majetku tvořícího investici a trvání takového stavu po dobu delší než jen dočasnou. Žádné z těchto opatření přitom nedoprovází formální projev vůle státu majetek vyvlastnit. Ne jenom teorie, ale i některé smlouvy se dnes snaží podat detailnější charakteristiku nepřímého vyvlastnění a vymezit ho především vůči legitimní státní regulaci (nepřímé vyvlastnění může mít ale až kriminální povahu, jak bylo ukázáno na možnostech, kterými ho lze dosáhnout). Zdá se, jak bylo řečeno, že tento trend bude pokračovat. Kromě výše uvedené smlouvy ASEAN je to např. i CAFTA-DR (2006), která stanoví že „*druhá situace (nepřímé vyvlastnění), o které mluví čl. 10.7.1, je nepřímým vyvlastněním, tam kde úkon nebo série úkonů strany (státu smlouvy) má účinek rovný přímému vyvlastnění bez formálního přechodu titulu nebo přímému zabránění*“ (Annex 10-C, čl. 4). Další příklad je příloha A BIT mezi ČR a Kanadou.<sup>134</sup> Mimo pár uvedených znaků ale zřejmě není možné nepřímé vyvlastnění ještě abstraktněji a detailněji vymezit. Z názorného výčtu možných způsobů vyvlastňovacích zásahů se některá z nich jeví na

---

<sup>133</sup> Srov. např. Sampliner, G., H.: „Arbitration of Expropriation Cases under US Investment Treaties - A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?“ (2003) 18(1) ICSID Review: FLJ 1–43, s. 8–9

<sup>134</sup> Sdělení MZV č. 8/2012 Sb.m.s.: Koncepce „opatření majících podobný účinek jako znárodnění nebo vyvlastnění“ může být také označena jako „nepřímé vyvlastnění“. Nepřímé vyvlastnění vyplývá z opatření nebo řady opatření smluvní strany, která mají účinek podobný přímému vyvlastnění bez formálního převodu vlastnického práva nebo přímého zabavení. Určení, zda opatření nebo řada opatření smluvní strany zakládá nepřímé vyvlastnění, vyžaduje zkoumání skutkového stavu každého jednotlivého případu, které bere v úvahu mezi jinými okolnostmi: (i) ekonomický dopad opatření nebo řady opatření, ačkoli pouhá skutečnost, že opatření nebo řada opatření smluvní strany má nepříznivý účinek na ekonomickou hodnotu investice neznamena, že došlo k nepřímému vyvlastnění (ii) rozsah, ve kterém opatření nebo řada opatření zasahuje do zjevných přiměřených, z povahy investice vyplývajících očekávání a (iii) charakter opatření nebo řady opatření. Kromě výjimečných okolností, například jsou-li opatření nebo řady opatření tak přísná, že ve světle účelu na ně nemůže být rozumně pohlíženo jako na opatření přijatá a použita v dobré víře, nediskriminační opatření smluvní strany, která jsou navržena a používána k ochraně oprávněných zájmů veřejného blaha, jako je zdraví, bezpečnost a životní prostředí, nezakládají nepřímé vyvlastnění.

první pohled vadná z hlediska jakýchkoliv obecných standardů zacházení, např. různá obtěžování jako neposkytnutí přístupu k infrastruktuře či zmražení účtů a zastařování. Jiná bychom s vyvlastněním vůbec nespojovali, protože jsou přirozenou činností státních orgánů, např. udělování a odebrání licencí nebo nucený prodej majetku v insolvenčním řízení. Některé úkony navíc budou mít spíše jednorázový charakter, jiné mohou spočívat v postupných krocích trvajících delší dobu. Z tohoto důvodu můžeme najít v teorii různé obecnější i konkrétnější výrazy týkající se nepřímého vyvlastnění např. „*indirect expropriation*“, „*creeping expropriation*“, „*constructive expropriation*“, „*disguised expropriation*“, „*consequential expropriation*“, „*regulatory expropriation*“ či „*de facto expropriation*“ a další. Některé z nich je vhodné blíže specifikovat.

### 3.2. POVAHA A KATEGORIE NEPŘÍMÉHO VYVLASTNĚNÍ

Mezi vnitrostátním a mezinárodním právem existuje ve vztahu k vyvlastnění rozdíl. České vnitrostátní právo přistupuje k vyvlastnění především jako k právu, které má stát vůči soukromému vlastnictví a které může za stanovených podmínek vykonat. Vyvlastnění je tak limitem vlastnického práva. Mezinárodní investiční právo se rozvinulo, aby chránilo investory z cizích krajin před zabráním jejich majetku, a svůj původ má v mezinárodním právu odpovědnosti států za škody způsobené cizincům. Vyvlastnění je tak více nahlíženo jako negativní jednání státu, které má tendenci být protiprávní, nebo jako něco, co činí stát mezinárodně-právně odpovědným.

Pozorovat to lze i z rozdílu ve formulaci vnitrostátní a mezinárodní normy: „*Ve veřejném zájmu, který nelze uspokojit jinak, a jen na základě zákona lze vlastnické právo omezit nebo věc vyvlastnit*“ (§ 1038 OZ); *Investice investorů jedné smluvní strany nesmějí být na území druhé smluvní strany vyvlastněny, znárodněny nebo podřízeny jakémukoliv jinému potření, jehož výsledek je stejný jako vyvlastnění nebo znárodnění, s výjimkou případů...*“ (čl. 4 BIT ČR–SRN). První dává možnost něco za stanovených podmínek vykonat, druhá určité jednání, až na výjimky, zakazuje.

V souvislosti s tím je třeba uvést, že mezinárodní investiční právo má omezené možnosti toho, jaké hmotněprávní normy aplikovat na všemožné zásahy států do majetkových práv. Zatímco vnitrostátní právo má k dispozici normy práva ústavního, občanského, správního

a i trestního, které by v uvedených situacích přicházely v úvahu, mezinárodní právo má v podstatě jenom „vyvlastnění investice“ a „porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení“. Je pravda, že vnitrostátní předpisy hostitelského státu budou často spolu s BIT (případně dalšími normami podle volby stran či ustanovení investiční smlouvy) rozhodujícím právem pro řešení sporu. V mezinárodním právu je ale to vnitrostátní bráno tradičně jen jako skutková okolnost případu, například pro posouzení toho, jestli stát při svém zacházení s investicí porušil své vlastní zákony.<sup>135</sup> Nelze si ani dost dobře představit, že by tribunál v mezinárodní arbitráži aplikoval například správní či ústavní právo hostitelského státu. I když pokud jde o to, co tvoří obsah investorovy investice, vnitrostátní právo bude mít jednoznačně rozhodující roli. Prof. McLachlan ve své publikaci říká, že zda to je nebo není specifikováno ve smlouvě, implicitně musí být každá investice, která může být potencionálně vyvlastněna, právem nebo aktivem řádně založeným, definovaným, zformovaným a rozeznávaným zákony hostitelského státu, který jí uděluje ochranu mezinárodní investiční smlouvou.<sup>136</sup>

Co se týče podmínek odpovědnosti, přímé vyvlastnění je provedeno formálním aktem státu, vyjadřujícím zjevnou vůli zbavit investora jeho majetku. Protiprávnost se tak následně bude posuzovat tam, kde je především tvrzena neadekvátnost náhrady nebo případně nedostatek obecného zájmu či diskriminační a vadný postup.

Situace je jiná u nepřímého vyvlastnění. V první řadě bude realizováno faktickým jednáním<sup>137</sup> (zastašování, podněcování, nátlak, opomenutí) a ještě častěji využitím různých možností, které mají státy běžně k dispozici, od zákonů přes správní akty až po policejní zásahy, a to bez vyjádření vůle veřejných orgánů majetek vyvlastnit. Otázka

---

<sup>135</sup> Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), (Merits) (1926) PCIJ, ser. A No.7, s. 19: „From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.“

<sup>136</sup> McLachlan, C., et al.: International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 181–183

<sup>137</sup> Jako příklad lze uvést některá jednání orgánů ČR v případě Saluka (i když v tomto případě nebylo shledáno vyvlastnění, nýbrž porušení FET). V osobě náměstka ministerstva financí vyhrožovali investorovi „usmažením“ IPB banky, tzn. jeho investice (což zřejmě značilo hrozbu uvalení nucené správy), pokud nepřistoupí na jejich návrh řešení úpadku a neprodá bankovní podnik za 1,- (čl. 400). Bylo rovněž prokázáno, že úmyslným únikem informací do médií vyvolali „run“ na banku (čl. 471–481), což zhoršilo její kapitálovou přiměřenost.

protiprávnosti jednání státu tady hraje trochu jinou roli. To bude ukázáno na následujících kategoriích nepřímého vyvlastnění, se kterými přišla doktrína.

### 3.2.1. PLÍŽIVÉ VYVLASTNĚNÍ (CREEPING EXPROPRIATION)

**Příklad:** *Italská společnost založila společně s Konžskou republikou podnik na výrobu plastových lahví s tím, že konžská vláda dala příslib k vytvoření zvláštního zvýhodňujícího daňového režimu pro společnost, k financování společnosti a k přijetí ochranných opatření limitujících import toho samého produktu. Kongo se ale v následujícím období ocitlo v prodlení se svými finančními závazky a ty, které mělo splnit ve svém suverénním postavení, nesplnilo. Konžská armáda nakonec obsadila ředitelství společnosti a zároveň bylo zahájeno trestní řízení proti vedoucímu pracovníkovi italské společnosti, což investora ve svém důsledku donutilo opustit krajinu. V následujícím arbitrážním řízení bylo vládou tvrzeno, že se italský investor může kdykoliv vrátit vykonávat svoje práva k podílu v podniku. Tribunál nicméně rozhodl, že konání a opomenutí státu ve svém souhrnu de facto vyvlastnil investorův podíl v podniku.<sup>138</sup>*

Takovýto druh nepřímého vyvlastnění a jedna z mnoha podob vyvlastňovacího zásahu je možno pojmenovat, jak uvádí citovaná publikace, „plíživým“ vyvlastněním (*creeping expropriation*). „Plíživé vyvlastnění“ sestává z několika elementů, žádný z nich přitom sám o sobě není „plíživým“ vyvlastněním. Tyto elementy mohou zahrnovat neplacení, odepření refundace, rušení (závazků), odepření přístupu k soudu, vyloučení, nekonformní zacházení a právní překážky atd.<sup>139</sup> V uvedeném příkladu bude zjevně jednání státu protiprávní, a ne jenom kvůli neposkytnutí náhrady. Připomíná spíše delikt, můžeme říct i skrytou konfiskaci.

Lze si ale představit i jiné případy, kde státy postupně odebírají z vlastnických oprávnění investora, ale děje se tak v podstatě regulérními opatřeními státu (např. zvyšování požadavků na zavedení ochranných prvků do činnosti investora), která jsou relevantní, ale

---

<sup>138</sup> Benvenuti et Bonfant v People's Republic of the Congo, rozhodnutí ICSID na základě investiční smlouvy (v tomto případě nikoliv BIT) ze dne 8. 8. 1980 (shrnutí převzaté z Reisman, M., Sloane, D.: Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, BYIL, 2004, svazek 74, s. 125)

<sup>139</sup> Reisman, M., Sloane, D., op. cit., s. 123

nepřiměřená skutečné nebezpečnosti provozu pro chráněný zájem, komplikují podnikání nad únosnou míru a vedou až k likvidaci podniku. Za těchto okolností bychom mluvili o níže popsaném regulačním vyvlastnění nebo plíživém regulačním vyvlastnění.

### 3.2.2. REGULAČNÍ VYVLASTNĚNÍ A „DŮSLEDKOVÉ“ VYVLASTNĚNÍ

**Příklad:** *Dceřiná společnost zahraničního investora koupila existující skládku nebezpečného odpadu od státních orgánů a následně získala povolení k provozu od orgánu ochrany životního prostředí. Na rozdíl od podmínek platných pro předchozího domácího provozovatele muselo být ale povolení každoročně obnovováno. Již po dvou letech (doprovázených určitými menšími porušeními podmínek provozu) nebylo společnosti povolení obnoveno a bylo nařízeno uzavření skládky. Ještě před tím místní obyvatelstvo protestovalo proti skládce s poukazem na to, že se nachází v mnohem větší blízkosti obce, než povoluje zákon, který byl ale přijat až po zřízení skládky. Společnost výhledově souhlasila s jejím přemístěním. Jako důvod pro své pozdější náhlé likvidační rozhodnutí orgán ochrany životního prostředí uvedl vesměs napravitelná pochybení a nesplnění příslibu skládku přemístit. Mateřská společnost iniciovala arbitrážní spor, ve kterém tvrdila porušení standardů zacházení, mimo jiné FET a povinnosti nepřístupovat k vyvlastnění investice bez zaplacení náležité náhrady. Tribunál rozhodl v její prospěch uznávaje, že stát porušil FET standard a investici vyvlastnil. Tribunál u otázky vyvlastnění posuzoval následek opatření, způsob, jakým se dotýkala legitimních očekávání investora, a vážnost ohrožení veřejného zájmu jako i přiměřenost opatření státu ve vztahu k němu.<sup>140</sup>*

Nelze v zásadě odepírat právo státu zrušit skládku odpadu. Pokud ale k tomu není dán zvláštní důvod spočívající ve vážném ohrožení životního prostředí či zdraví lidí, je na místě se domnívat, že by vlastník skládky měl být za svou ztrátu kompenzován.

V popsaném případě tribunál shledal úkony státních orgánů nepřiměřenými vzhledem k chráněnému zájmu<sup>141</sup> (*proportionality test*), přičemž uvážil i legitimní očekávání

---

<sup>140</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, rozhodnutí ze dne 29. 5. 2003

<sup>141</sup> Tecmed, op. cit., čl. 139, 142, 147

investora<sup>142</sup>. Dle tribunálu, bez ohledu na to, že investor dostal roční povolení k provozu, plnění poskytnuto za nabytí investice prokazovalo, že legitimně předpokládal nabytí dlouhodobé investice.<sup>143</sup> V rozhodnutí bylo řečeno, že i když zjevně legitimní podle vnitrostátního práva, opatření trvale připravilo Tecmed o hodnotu jeho investice, nebylo dostatečně odůvodněno obavami o veřejný zájem a ve svém důsledku vyvlastnilo majetek Tecmed v rozporu s BIT.

Na druhé straně je nutné taky uvést, že tribunál prohlásil postupy příslušných orgánů v řízení za porušující povinnosti jednat vůči investorům konzistentně, transparentně a bez nejasností<sup>144</sup> a že v daném případě byl státní orgán veden zájmy sociopolitickými více než zájmy o ochranu zdraví a životního prostředí.<sup>145</sup> Úřady, podle tribunálu, nevyjádřily jasně svůj postoj k tomu, do jaké míry budou mít nedostatky v provozu vliv na obnovení licence, ani nijak nenaznačily, že by licence měla být odebrána. Tribunál dále poznamenal, že i když se jednání příslušného orgánu jevílo být v souladu s národním právem, to nebrání tomu, aby založilo porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení.<sup>146</sup>

V této souvislosti je možné představit pojem „*regulatory expropriation*“ užívaný v MIP. Zjednodušeně řečeno jde o to, že ve své podstatě legitimní rozhodnutí či jiné opatření státu zbaví osobu vlastnických oprávnění. Rozlišení mezi tím, kdy se jedná o vyvlastnění a kdy o regulaci, která se sice zásadně dotýká vlastnických práv, ale není důvod majitele za ni kompenzovat, může být těžké. I např. územně-plánovací dokumentace ovlivňuje podstatně hodnotu pozemku a náhrada se neposkytuje. U investiční činnosti přidávají různé úvahy o zasažení legitimních očekávání či důvodnosti ochrany veřejného zájmu nebo povaze činnosti, která je regulována, argumenty na jednu nebo na druhou misku pomyslných vah kompenzovat–nekompenzovat. Paradoxem tady je, že zatímco přímé vyvlastnění kousku půdy bude kompenzováno, mnohem citelnější zasažení vlastnických oprávnění regulací často být primárně kompenzováno nemusí.

---

<sup>142</sup> Tamtéž, čl. 122

<sup>143</sup> Tamtéž, čl. 149

<sup>144</sup> Tamtéž, čl. 154–156, čl. 162

<sup>145</sup> Tamtéž, čl. 157

<sup>146</sup> Tamtéž, čl. 120–121, 182

**Příklad:** Slovenská republika otevřela možnost vstupu soukromým investicím do sektoru poskytování zdravotního pojištění. Tato možnost přilákala zahraniční společnost inkorporovanou v Holandsku, která založila v hostitelském státě pojišťovací společnost. Po dvou letech vláda nabyla obav o odliv prostředků ze systému financovaného z velké části odvody vybíraných na základě povinného zdravotního pojištění občanů. Proto se rozhodla změnou v legislativě fakticky zakázat vytváření zisku soukromým pojišťovněm. Pojišťovny měly ze zákona povinnost užít kladného zůstatku hospodaření buď na úhradu zdravotních služeb, nebo na provozní činnost, což znamenalo, že se akcionářům nesměl vyplácet zisk. Společnost se rozhodla řešit spor se státem ohledně zákazu vytváření zisku cestou mezinárodního rozhodcovského řízení. Stát arbitrážní spor prohrál.<sup>147</sup>

V uvedeném případě investor tvrdil porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení (FET) a taky nepřímé vyvlastnění.<sup>148</sup> Tribunál nakonec rozhodl, že k porušení FET standardu došlo mimo jiné kvůli tomu, že by se řízení společnosti nikdy pro investici nerozhodlo, vědělo-li by o opatřeních zamýšlených vládou.<sup>149</sup> Dle něho předmětná opatření zcela evidentně a jednoznačně postavila investici investora do situace, která je neslučitelná s nezákladnějšími pojmy toho, co je investicí.<sup>150</sup> Důvodem pro zamítnutí tvrzení nepřímého vyvlastnění byl především ten fakt, že slovenský Ústavní soud sporná zákonná ustanovení po zhruba 3 letech zrušil.<sup>151</sup> V rozhodnutí bylo uvedeno, že byl-li by spor rozhodován v období před rozhodnutím Ústavního soudu, tribunál by se pravděpodobně usnesl na tom, že došlo k trvalé ztrátě (*deprivation*), která se může rovnat vyvlastnění a být v rozporu s čl. 5 BIT mezi SR a Holandskem.<sup>152</sup> Tribunál zároveň ujistil, že jeho závěry nemají naznačovat negativní vliv aplikované BIT vůči konkrétní politice týkající se poskytování zdravotních služeb. Pozornost je věnována způsobu provedení změn v politice a její implementaci. Předmětné rozhodnutí tribunálu mohlo být dle něho velmi odlišné,

---

<sup>147</sup> Achmea B. V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, jurisdikční rozhodnutí 26. 10. 2010, závěrečné rozhodnutí 7. 12. 2012

<sup>148</sup> Achmea, jurisdikční rozhodnutí (26. 10. 2010), op. cit., odst. 7

<sup>149</sup> Achmea, závěrečné rozhodnutí, odst. 280

<sup>150</sup> Tamtéž, čl. 281

<sup>151</sup> Blíže viz nálezy Ústavního soudu Slovenskej republiky Pl. ÚS 3/09-378

<sup>152</sup> Achmea, závěrečné rozhodnutí, odst. 291

pokud by reformy byly například provedeny ve fázích spolu s poskytnutím kompenzace pro poskytovatele zdravotního pojištění, jimž byla reformami zapříčiněná ztráta.<sup>153</sup>

Pojednejme v této souvislosti o „důsledkovém“ vyvlastnění (*consequential expropriation*). Je podobné regulačnímu vyvlastnění<sup>154</sup>, ale doprovázejí ho závažnější selhání států. Reisman a Sloane ke „*consequential expropriation*“ říkají, že „některé formy regulace, a stejně tak i opomenutí regulovat, mohou dosáhnout úrovně vyvlastňovacího aktu. Konečný vyvlastňovací efekt těchto selhání bude silně viditelný, a alespoň retrospektivně, mohou být identifikovány (konkrétní) příčiny: například neschopná a zkorumpovaná byrokracie, nedostatek politické vůle na úrovni vedení, zanedbání nebo neučinění včasných rozhodnutí, ke kterým je stát příslušen z titulu smlouvy nebo koncesní smlouvy atd.“<sup>155</sup> Citovaný článek dále uvádí, že „*consequential expropriations*“ představují odnětí hospodářské hodnoty zahraniční investice, které v rámci právního režimu založeného BIT musí být shledány vyvlastňovacími kvůli jejich příčinné souvislosti se selháními hostitelského státu plnit své prvořadě závazky založit a udržovat vhodný právní, administrativní a regulační normativní rámec pro zahraniční investici“<sup>156</sup>.

### 3.2.3. SHRNUTÍ

Zatímco u přímého vyvlastnění bude jeho protiprávnost z hlediska výše náhrady, řádnosti postupu, veřejného zájmu či diskriminace poměřována následně potom, co byl přijat formální vyvlastňovací akt. U nepřímého vyvlastnění, tak jak se tento koncept v MIP rozvinul, posuzujeme jednání státu z hlediska protiprávnosti, dá se říct předem, abychom mohli odpovědět na otázku, jestli jde o vyvlastnění nebo ne. Lze ho proto vidět i jako kvazi následek protiprávního činu státu, nebo ho považovat za delikt jako takový. I Reisman a Sloane si ve svém článku k tomuto tématu půjčují pojmosloví trestního práva, přičemž vysvětlují, že u „důsledkového“ vyvlastnění je dána přítomnost protiprávního

---

<sup>153</sup> Tamtéž, odst. 294

<sup>154</sup> Subedy, P.S., op. cit., s. 77: „this form of expropriation (consequential expropriation) is akin to regulatory expropriation“

<sup>155</sup> Reisman, M., Sloane, D., op. cit., s. 129

<sup>156</sup> Tamtéž, s. 130

jednání a následek (*corpus delicti*), ale chybí úmysl vyvlastnit (tedy subjektivní stránka).<sup>157</sup>

Tento vztah reflektují i novější investiční smlouvy, které se blíže vyjadřují k nepřímému vyvlastnění (a snaží se ho především vymezit vůči státní regulaci). Citovaná BIT ČR–Kanada v čl. VI říká, že investice nebudou vyvlastněny, kromě případů provedených ve veřejném zájmu, na základě zákona a nediskriminačním způsobem. K nepřímému vyvlastnění pak uvedený Annex 10-C, čl. 4 (viz pozn. 125) doplňuje, že jedním z kritérií posouzení toho, zda jsou opatření státu nepřímým vyvlastněním, je jejich charakter a míra zasažení investičních očekávání investora. Na závěr pak dodává, že kromě výjimečných okolností, jako je nepřiměřenost či nedostatek dobré víry, nediskriminační opatření k ochraně veřejného zájmu, jako je zdraví, bezpečnost a životní prostředí, nezakládají vyvlastnění. Ustanovení je možné vyložit i tak, že (právně závadný) charakter obecně (včetně zasažení legitimních očekávání) a vážné okolnosti jako například diskriminace či nedostatek dobré víry a další mohou, i v případech vztahujících se k ochraně zdraví či životního prostředí, činit státní opatření nepřímým vyvlastněním.

Je možné tady poukázat na ten fakt, který bude níže probírán podrobněji, a to že diskriminace, vady procesu či nedostatek veřejného zájmu jsou u přímého vyvlastnění důvodem považovat ho za protiprávní a doprovázejí ho tak jako jeho záporné atributy, zatímco u nepřímého, spolu s ostatními přestoupeními, hrají roli příčiny toho, že se jednání státu, navenek legitimní, považuje za vyvlastnění.

Z výše řečeného plyne, že porušení legitimních investičních očekávání investora, pravidel řádného procesu, nedostatek dobré víry, nedostatek veřejného zájmu nebo nepřiměřenost státních opatření ve vztahu k němu a v neposlední řadě diskriminace apod. – to vše může činit i jinak legitimní postup státu vyvlastňovacím zásahem. Tady je však možné položit si otázku, jakým způsobem konkrétně souvisí nepřímé vyvlastnění s těmito aspekty zacházení státu s investorem. Vychází to z toho, že jednání orgánů v jejich suverénní autoritě musí být primárně považováno za řádné, nevyžadující žádná dodatečná plnění vůči investorovi. Různá „přestoupení“ suveréna jednat určitým způsobem vylučují

---

<sup>157</sup> Tamtéž, s. 129

možnost mít jeho postup zasahující vlastnická oprávnění za legitimní. Otevírají tak dveře k tomu hledět na něj jako na vyvlastňovací zásah. To je důležité především u „důsledkového“ a regulačního vyvlastnění, která se vždy zdají být řádným postupem a v dnešní době jsou mnohem častější než vyvlastnění podobná tomu z prvního příkladu (tohoto oddílu). Regulační vyvlastnění navíc vyčnává tím, že až na to, že zůstává bez kompenzace, není toho tolik, co mu „vyčítat“. Na to, ale aby mohlo být identifikováno, mluví se v souvislosti s ním o zásahu do legitimních očekávání investora nebo nepřiměřenosti opatření vzhledem k obecnému zájmu či možná nedostatku dobré víry.

Náhrada se u nepřímého vyvlastnění, tak jako protiprávnost, dostává rovněž do jiné pozice. Lze o ní mluvit až po zodpovězení otázky, jestli je nebo není určité jednání nepřímým vyvlastněním a jelikož stát své jednání za vyvlastnění oficiálně nepovažuje, nebude zpravidla investorovu majetkovou újmu ani zvláště předem kompenzovat. Otázkou je proto, do jaké míry považovat fakt, že nebyla poskytnuta za element protiprávnosti (vyvlastnění bez kompenzace je protiprávní) a jak by měla být vypočtena její výše. Protiprávní akt státu totiž vyžaduje tradičně náhradu škody a vyvlastnění po právu zase náhradu za vyvlastněný majetek. Jejich výše, jak bude ukázáno později, není stejná. Pokud budeme hledět na vyvlastnění jako na delikt (což se například u popsáného plíživého, ale i důsledkového vyvlastnění nabízí), splývá náhrada za vyvlastněný majetek s náhradou škody. U regulačního vyvlastnění se to ale nezdá být vhodné, protože jde ve své podstatě o důvodnou státní regulaci, kterou by nebylo spravedlivé kompenzovat stejným způsobem jako škodu způsobenou deliktem. Problém bude řešen v jiné části této práce.

Na závěr je nutné dodat, že se, jak bude ukázáno, kritéria protiprávnosti u nepřímého vyvlastnění překrývají s těmi, která znamenají porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení (FET). Proto se v rozhodčích žalobách většinou tvrdí obojí pochybení státu a z toho důvodu taky mohou rozhodčí tribunály kvalifikovat podobná jednání jednou jako porušení FET nebo jindy zas jako nepřímé vyvlastnění.

### 3.2.4. POZNÁMKA K REGULAČNÍMU VYVLASTNĚNÍ V PRÁVU SPOJENÝCH STÁTŮ

Spojené státy mají ve své ústavě, stejně jako většina moderních států, zakotvenou ochranu soukromého majetku. Pátý dodatek stanoví, že „žádná osoba nesmí být zbavena života, svobody nebo majetku bez řádného procesu, ani nesmí být zabrán soukromý majetek k veřejnému účelu bez náhrady“. Čtrnáctý dodatek stanoví obdobnou povinnost jednotlivým státům federace (nevzpomíná se ale část o náhradě za zabraný majetek). Nejvyšší soud USA se v návaznosti na tato ustanovení, snažil o vytvoření principiálního právního rozlišení mezi vyvlastňovacími zásahy a regulací. Zároveň existují odborné publikace, které touto cestou vytvořené právo analyzují. Je zajisté vhodné si alespoň načrtnout přístup americké jurisprudence k regulačnímu vyvlastnění i z toho důvodu, že může v praxi ovlivnit diskuse týkající se regulačního vyvlastnění v mezinárodním investičním právu.

V jednom z prvních rozhodnutí týkajících se regulačního vyvlastnění ve věci *Mugler v. Kansas*<sup>158</sup> byla utvrzena autorita vlády užívat „policejní moci“ (*police powers*) při regulaci ve veřejném zájmu. *Police power* je základní, podstatná moc náležející vládě, které se nelze vzdát ani nemůže být neodvolatelně postoupena. Přímo směřuje k tomu zabezpečit veřejný zájem a činí tak skrz omezení nebo donucení. Je omezena požadavkem na řádný proces a dalšími limity. Volně přeložen znamená tento pojem taky moc vlády zasahovat do užívání soukromého majetku a podrobování ho moci, která má přednost (*eminent domain*), a to k účelům veřejného užívání. Limitem tady ale je již zmíněný požadavek na poskytnutí přiměřené náhrady, dochází-li k vyvlastňovacímu zásahu.<sup>159</sup> V tomto případě zakázal stát Kansas produkci, prodej a konzumaci alkoholu, co podstatně snížilo hodnotu pivovarů žalobců. K argumentu, že došlo v daném případě k vyvlastňovacímu zásahu (*taking*), soud uvedl, že „zákaz užití majetku pro účely, které jsou platným právem prohlášeny za škodlivé zdraví, morálce nebo bezpečnosti společnosti, nemůže být v žádném oprávněném významu prohlášeno za vyvlastňovací zásah nebo přivlastnění si majetku státem

---

<sup>158</sup> Peter Mugler v. Kansas 123 U.S. 623 (1887)

<sup>159</sup> Black's Law Dictionary, op. cit., s. 1276

k veřejnému prospěchu“.<sup>160</sup> Tvrzení žalobců, že došlo k vyvlastnění, bylo opřeno o dřívější rozhodnutí uznávající, že vyvlastňovací zásah nevyžaduje formální přechod titulu k majetku. Šlo o případ *Pumpelly v. Green Bay Co.*<sup>161</sup>, ve kterém soud rozhodl o povinnosti vlády zaplatit náhradu za půdu zaplavenou v důsledku jejích aktivit. Počínaje rozhodnutím ve věci *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*<sup>162</sup> se již objevuje pojem regulačního vyvlastnění (*regulatory taking*). Až do tohoto momentu byl pátý dodatek obecně aplikován jen na případy přímého přivlastnění nebo praktického odstavení od držby.<sup>163</sup> V odůvodnění tady bylo uvedeno, že zatímco majetek může být regulován do určité míry, pokud jde regulace příliš daleko, bude uznána za vyvlastňovací zásah.<sup>164</sup> V případě měl pan Mahon a ostatní právní titul k užívání povrchu pozemku, ale společnost *Pennsylvania Coal* měla z toho samého titulu výslovně vyhrazené právo těžby uhlí pod povrchem. Zákonem byla ale později zakázána těžba v hranicích obce, která by způsobovala pokles struktur užívaných jako lidské bydliště. V podstatě tím uvedená společnost ztratila svá „podpovrchová“ práva. Soud ve svém rozhodnutí posuzoval ztrátu hodnoty majetku, otázku toho, jestli účelem zásahu byla ochrana veřejné bezpečnosti a jestli tam byla vyváženost přítěže a prospěchu. Nakonec zkonstatoval, že „policejní moc“ státu nemůže ospravedlnit zničení dříve existujících majetkových práv. V disentu k rozhodnutí bylo naopak zdůrazněno, že omezení k ochraně veřejného zdraví, bezpečnosti nebo morálky nejsou vyvlastňovacími zásahy a že zákon zakazoval škodlivé užívání majetku.<sup>165</sup> Další rozhodnutí, která po tomto následovala, se stala předmětem rozsáhlého akademického rozboru. Zmiňovaným bývá dílo J. L. Saxe „*Takings and the Police Power*“<sup>166</sup>, ve kterém analyzoval přístup Nejvyššího soudu k problematice. Dle něho zaujal soud v dřívější době formalistický přístup, kdy se koncentroval na přivlastnění si majetku státem a regulaci užívání majetku, které bylo

---

<sup>160</sup> Mugler, op. cit., odst. 668

<sup>161</sup> *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 166 (1871)

<sup>162</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922)

<sup>163</sup> Newcombe, A.: *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?*, Faculty of Law, University of Toronto, 1999, diplomová práce

<sup>164</sup> *Pennsylvania Coal Co.*, op. cit., odst. 415

<sup>165</sup> Newcombe, op. cit., s. 12

<sup>166</sup> Sax, J. L.: *Takings and the Police Power*, 74 *Yale Law Journal* 36, 1986

škodlivé. Tento přístup hledí jenom na to, jestli došlo k zásahu do majetku či přivlastnění si majetku (jako ve sporu *Pumpelly*). Regulace škodlivého využívání (*noxious use*) nebyla dle soudu, v tomto období, vyvlastňovacím zásahem. Novější přístup soudu, typově podobný tomu, který se dá vidět v případě *Pennsylvania Coal*, se dle Saxe zaměřuje na to, jestli nešla regulace příliš daleko z hlediska povahy utrpěné ztráty a rozsahu hospodářské škody utržené regulací. Autor přístupům vyčítá např. opomíjení faktu, že státní regulace musí často spíše vyřešit nesoulad dvou samostatně neškodných použití majetku, která nemusí být inherentně škodlivá (vykácení stromů kvůli houbovému onemocnění, které jim samotným neškodí, ale ničí sousední jablečné stromy). Nelze tedy mluvit jenom o regulaci škodlivého užívání. Dále je podle Saxe nevhodné kritérium ztráty na hodnotě (*diminution of value test*), jak je tomu u druhého přístupu, kvůli tomu, že je těžce určitelné, jaká majetková hodnota se ztratila (nebo s kterou majetkovou hodnotou je třeba ztrátu poměřovat). Navrhuje jiný přístup k identifikaci vyvlastňovacího zásahu – tím by bylo rozlišování mezi různými druhy soukromé ekonomické ztráty na základě toho, jakou roli v ní hraje vládní moc. Dle Saxe pokud stát vystupuje v konkrétním případě jako „podnikatel“ při nabývání a zlepšování veřejných statků, potom je akt státu vyvlastňovacím zásahem, ale pokud jde o vyřešení konfliktu různých zájmů, náhrada není ústavně vyžadována. Ve svém článku ale taky uznává, že univerzální pravidlo vyvlastňovacího zásahu není.<sup>167</sup> Ve své pozdější práci revidoval svůj návrh přesunutím pozornosti z povahy jednání státu na povahu užití majetku v případě regulace majetku.<sup>168</sup>

Je zajímavé, že například ve sporu *Penn Central Transportation Co. v. New York City*<sup>169</sup> zaujal soud k regulačnímu vyvlastnění přístup podobný tomu, který můžeme nalézt v nejnovějších investičních smlouvách. Soud potvrdil, že v případech vyvlastňovacích zásahů jde ve své podstatě vždy o jedinečná zkoumání skutkových okolností a že v případech regulačních vyvlastňovacích zásahů bude soud zkoumat několik faktorů.

---

<sup>167</sup> Newcombe, op. cit., s. 13–14

<sup>168</sup> Tamtéž, s. 15, viz Sax, J. L.: Takings, Private Property and Public Rights (1971) 81 Yale L. J. 149, Sax, J.L.: Property Rights and the Economy of Nature: Understanding Lucas v. South Carolina Coastal Council (1993) 45 Stanford Law Rev. 1433, Sax, J.L.: Takings Legislation: Where it Stands and What is Next (1996) 23 Ecology Law Quarterly 496

<sup>169</sup> Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104 (1978)

Kromě jiných povahu a účel státních aktivit, ekonomický dopad regulace a míru zásahu regulace do zjevných investičních očekávání.

V případě *Lucas v. South Carolina Coastal Council*<sup>170</sup> byla v ekologicky citlivé zóně zakázána výstavba, což ve svém důsledku učinilo bezcennými žalobcovy stavební parcely určené k výstavbě rodinných domů. V rozhodnutí bylo krom jiného uvedeno, že vedle požadavku na náhradu tam, kde jde o přivlastnění si majetku státem, existují dvě další kategorie regulačních úkonů, které zasluhují náhradu bez dalšího zkoumání. Jsou to případy, kdy je vlastník donucen trpět fyzický zásah do svého majetku (např. nucené umístění stavby), a případy, kdy je znemožněno ekonomicky výnosné nebo produktivní využití půdy<sup>171</sup>. V druhém případě, kdy má půda zůstat tak, jak je, je pravděpodobné, že soukromý majetek je užíván k nějakému druhu veřejné služby. Když je tedy vlastník nucen obětovat výnos ze svého majetku, má být za to odškodněn.<sup>172</sup> Dále bylo uvedeno, že je těžké určit, kdy jde o výhody přinášející přivlastnění (tj. slovy Saxova návrhu, o zlepšování veřejných statků) a kdy o předcházení škodlivému užití. I omezení v případě *Lucas* může být, dle rozhodnutí, vykládáno jako obojí – předcházení škodám i přisvojování si výhod.<sup>173</sup> Rozhodnutí dále uvádí, že proto, aby mohla být obhájená státní regulace, za kterou není poskytována náhrada a která zároveň připravuje půdu o její hospodářský užitek, musí náhled povahy vlastníkovu statku ukázat, že zakázané užití nebylo součástí (obsahem) počátečního právního titulu (k oné půdě).<sup>174</sup> Navíc, to že by byl právní titul (k půdě) podroben implicitním omezením, dle kterých může stát později vyloučit všechno ekonomicky hodnotné užití, není v souladu s ústavní tradicí, která se rozvinula kolem ustanovení o vyvlastňovacím zásahu (*the takings clause*).<sup>175</sup> Rozhodnutí doporučuje užití principů práva obtěžování (*principles of nuisance law*) a zároveň říká, že je nepravděpodobné, že by aplikace těchto *common law* principů znemožňovala vztyčení

---

<sup>170</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U. S. 1003 (1992)

<sup>171</sup> Tamtéž, s. 1015

<sup>172</sup> Tamtéž, s. 1018–1019

<sup>173</sup> Tamtéž, s. 1024

<sup>174</sup> Tamtéž, s. 1027

<sup>175</sup> Tamtéž, s. 1028

obyvatelných staveb.<sup>176</sup> Mimo hlavní právní názor bylo ještě poznamenáno, že u movitého majetku může stát tradičně vykonávat vyšší stupeň kontroly a vlastník si je více vědom toho, že regulace je s to učinit jeho majetek hospodářsky bezcenným, obzvláště tam kde je jeho užití spojeno s prodejem nebo výrobou za účelem prodeje.<sup>177</sup> Soud nebyl jednotný v tomto názoru a část soudců uvedla v *disentu* opačný názor. Poukazovali přitom na případ *Penn Central*, dle kterého samotné snížení hodnoty nemůže být považováno za vyvlastňovací zásah a že vycházet z *common law* principů obtěžování (*nuisance*) neposkytuje o nic víc objektivnější hodnotově-neutrální základ pro odůvodnění regulace než legislativní určení toho, co je škodlivé (*harm, harmful*). Dle *disentu* existuje nenapadnutelná premise, že stát má moc zakázat užívání majetku, které je škodlivé jeho občanům, a legislativa požívá presumpce ústavnosti. Tříbodový „*Penn Central*“ test byl zmiňován taky v dalších pozdějších rozhodnutích Nejvyššího soudu.<sup>178</sup>

Jak v MIP, tak i v jurisprudenci Nejvyššího soudu USA byl v dřívějším období vyvlastňovací zásah jasným pojmem kvůli tomu, že měl zjevné atributy přímého si přivlastnění majetku. Regulační vyvlastnění je problém dnešní doby, jinak řečeno otázka toho, kdy má stát kompenzovat majitele za ztrátu hodnoty jeho majetku způsobenou regulací. Řešení problematiky se pohybuje v rámci známých bodů: co stát regulací sleduje, jestli regulací dochází k zlepšování stavu veřejných statků nebo omezení škodlivého užívání, jak vypadá škodlivé, obtěžující užívání majetku, jaká mohou být důvodná očekávání majitele vzhledem k povaze jeho statků (jiná jsou u vlastníka půdy a jiná u výrobce látek potenciálně zdraví škodlivých) a ekonomický dopad regulace.

### 3.3. SUBJEKT PROVÁDĚJÍCÍ VYVLASTŇOVACÍ ZÁSAH (PŘÍČITATELNOST)

Následující výklad se bude věnovat především v současnosti nejběžnějším formám nepřímého vyvlastnění, které bychom teoreticky zařadili někam mezi regulační a důsledkové vyvlastnění.

---

<sup>176</sup> Tamtéž, s. 1031

<sup>177</sup> Tamtéž, s. 1027

<sup>178</sup> Blíž viz Newcombe, op. cit., s. 19

Jak bylo řečeno, v MIP jde u vyvlastnění především o porušení mezinárodních závazků nevyvlastňovat bez náhrady, či již přímo nebo nepřímo. Uvedli jsme rovněž názor, že nepřímé vyvlastnění je koncipováno předně jako výsledek protiprávního jednání. A bylo také uvedeno, že MIP má svůj původ v mezinárodním právu o odpovědnosti států za škody způsobené cizincům. Lze proto taky říct, že co rozebírají tribunály v mezinárodní investiční arbitráži, je mezinárodní odpovědnostní vztah svého druhu. Jeho výjimečnost bude spočívat v tom, že žalující stranou je soukromá osoba. Obecná úprava mezinárodních odpovědnostních vztahů, která by se tady mohla uplatnit jako zdroj norem, není doposud obsažena ve vícestranné mezinárodní smlouvě, ale často se v souvislosti s ní odkazuje na Návrh článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování přijatých Komisí pro mezinárodní právo v roce 2001<sup>179</sup> (dále jen „ILC články“). Subjekt odpovědnosti tady představují z principu vždy státy, které jsou ale veřejnoprávními korporacemi a tak tady jako u každé jiné korporace vyvstává otázka, kdo jménem korporace jedná. Konkrétněji, protiprávní jednání kterých osob a orgánů je přiřítelné státu. Tento problém řeší ILC v kapitole II části první. Pravidla této části mluví o tom, *„kdy dochází k porušení mezinárodního závazku a kdy se toto porušení přiřítá státu. A to bez ohledu na typ závazku a to, kdo je jeho beneficiářem. Proto jsou použitelná i v mezinárodní arbitráži, kde jsou poškozenými soukromé osoby“*<sup>180</sup>. Další články upravující následky porušení a uplatňování odpovědnostních nároků jsou naproti tomu použitelné jen u vztahů mezi státy, nikoli u vztahů mezi jednotlivci a státy.<sup>181</sup>

Ve většině případů nebude představovat přiřítelnost velkou komplikaci, protože vyvlastňovací zásahy mívají podobu zákonodárných a jiných formálních aktů a rozhodnutí států. Potíže mohou nastat tam, kde je tvrzeno vyvlastnění smluvních práv nabytých v závazkových vztazích s entitami různého druhu, která jsou zřízená nebo v nich má podíl stát. ILC články přistupují k problematice přiřítelnosti cestou uplatnění třech různých principů: strukturálního, funkčního a principu kontroly. V uvedených případech příslušné

---

<sup>179</sup> K zhlédnutí na stránkách International Law Commission v dokumentech k 53. zasedání pod označením A/CN.4/L.602/Rev.1

<sup>180</sup> Šturma, P., Balaš, V.: Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva, op. cit., s. 78

<sup>181</sup> Tamtéž

osoby (entity) nevystupují dle vnitrostátního práva jako orgány státu (*an organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State*, čl. 4). Přichází proto uplatnit v konkrétních sporech princip funkční<sup>182</sup> (rozhodující je legální zmocnění vykonávat dílčí prvky vládní moci) a princip kontroly<sup>183</sup> (rozhodující je faktické jednání na základě pokynu nebo pod kontrolou státu).

Tato oblast byla relevantní i ve sporu *InterTrade Holding* proti ČR.<sup>184</sup> Německá společnost InterTrade Holding je akcionářem největší české společnosti (v letech 2000 až 2005) CE Wood, a.s. zabývající se lesnickými pracemi a těžbou dřeva. CE Wood představovala hlavního smluvního partnera společnosti Lesy České republiky, s.p., pro které obhospodařovala převážnou většinu lesnických ploch. Kontrakty pro tuto činnost ovšem nikdy neprošly veřejným výběrovým řízením. Lesy České republiky, s.p., zavedly v roce 2005 institut veřejného výběrového řízení pro uzavírání nových smluv na lesnické a těžební práce. Zavedením těchto (dle žalobce zmanipulovaných) tendrů ztratil investor své dominantní postavení na českém trhu a zahájil proto arbitrážní řízení ve věci zmaření své investice. Tribunál konstatoval, že obchodní jednání Lesů ČR není přičitatelné České republice.<sup>185</sup>

### 3.4. PŘEDMĚT VYVLASTŇOVACÍHO ZÁSAHU (ČÁSTEČNÉ VYVLASTNĚNÍ)

Vyvlastňovací zásah se v MIP týká vždy investice. Logickým východiskem proto bude určení okruhu aktiv, která za ni mohou být považována. Ve výkladu o majetku cizince přitom bylo uvedeno, že většina českých BIT a lze se domnívat, že i ostatních kolem 3 000 ve světě uzavřených investičních smluv, vychází z demonstrativního výčtu aktiv. Nicméně

---

<sup>182</sup> The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance. (čl. 5)

<sup>183</sup> The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct (čl. 8)

<sup>184</sup> *InterTrade Holding GmbH v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Permanent Court of Arbitration, rozhodnutí ze dne 7. 6. 2012 (nezveřejněno)

<sup>185</sup> Sdělení Ministerstva Financí z 8. 6. 2012 na stránkách [www.mfcr.cz](http://www.mfcr.cz)

i taxativní výčty bývají značně široké. Eventualit, kdy se dovolávat zásahu do svých vlastnických oprávnění a tvrdit proto vyvlastnění své investice, má tedy investor mnoho. Nezahrnuje-li ale definice některý z prvků investice nebo ho výslovně vylučuje (např. právo na peněžní plnění vůči státu, které mají základ ve veřejném právu), bude to, došlo-li k jejich zasažení, argument ve prospěch státu při popírání existence vyvlastnění (nepřímého). Příliš široké pojmy a výčty jsou zase investorům prospěšné. Problémem je, jak posoudit případy, kdy byla zasažena právě jenom jedna z majetkových hodnot, např. okruh závazkových vztahů a ostatní zůstala nedotčena, jak nahlížet na tuto ztrátu? Tedy jestli je možné částečné vyvlastnění nebo situaci posoudit jinak. O tom, že stát může vyvlastnit přímo jenom některé ze statků investora, což bude v MIP nahlíženo skrz normy upravující vyvlastnění, není zřejmě pochyb. Částečné nepřímé vyvlastnění si zaslouhuje větší pozornost. Samostatnou otázkou je taky, které z velkého množství vypočtených elementů investice jsou způsobilé k tomu, aby se jejich vyvlastnění týkalo samostatně, tj. bez vztahu k ostatním. Nemůžeme ani zapomínat na to, že investice nemusí mít klasickou podobu podniku (ale je jí např. rozsáhlý úvěr poskytnutý státu nebo s ručením státu jako v případě ČSOB v. Slovakia či nákup státních dluhopisů, které nejsou splaceny), tady je taky sporné, přijde-li investor o tuto hodnotu, zda budeme situaci posuzovat jako vyvlastnění.

Pro posledně uvedený případ se použití vyvlastňovacích ustanovení nehodí. Ovšem ještě před tím než se stane tato otázka aktuální, musí být shledáno, že pod definici investice lze na základě příslušné BIT (a jejího výkladu tribunálem) zahrnout i jinou než klasickou přímou zahraniční investici. Pokládat za vyvlastnění fakt, že stát například nesplatil významnou dlouhodobou půjčku bankovnímu domu, se jeví jako přehnaně extenzivní výklad. Spíš je vhodné najít jiné ustanovení, skrz které by mohla být investoru poskytnuta ochrana bez přílišné výkladové kreativity.

Ve sporech, kde investice tvoří kombinaci majetkových hodnot určených k jednotnému cíli, jde o to, jestli budeme hledět na každé jednotlivé aktivum jako na investici nebo za ni budeme považovat jen celkovou ekonomickou aktivitu a jenom na ni vztáhneme ustanovení o vyvlastnění. A pokud bude přijatá první možnost (samostatnost aktiv), které majetkové hodnoty jsou způsobilé k tomu, aby byly vyvlastněny.

Ve sporu *EnCana v. Ecuador*<sup>186</sup> například tribunál z titulu toho, že podle aplikovatelné BIT byly investicí i peněžní nároky, prohlásil právo na vrácení DPH za investici schopnou být samostatným předmětem vyvlastnění, ale jenom co do otázek jurisdikce (tvrzení vyvlastnění bylo na základě specifických okolností případu zamítnuto).<sup>187</sup> Podnik investora jako takový nadále se ziskem působil v hostitelském státě. Jiná rozhodnutí, v tomto směru, nepovažovaly například goodwill nebo trhoví podíl za něco, co může být vyvlastněno, ale jenom za položku, která hraje roli při oceňování investice.<sup>188</sup> Obdobným způsobem například smlouva ASEAN explicitně stanoví zužující kritérium a říká, že akt členského státu nebo série souvisejících aktů nemůže založit vyvlastnění, pokud nezasahuje do hmotných nebo nehmotných majetkových práv a majetkových zájmů v investici (... *unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in a covered investment*)<sup>189</sup>. Vyvlastnění se tak netýká již „investice“ obecně, jak je tomu u mnoha jiných smluv. Dle častého výkladu tohoto druhu ustanovení, se skrz ně vylučuje z rozsahu vyvlastnění např. goodwill, zákaznická základna nebo trhoví podíl, a zřejmě i licence, povolení a jiné vládní autorizace a administrativní práva a tzv. předinvestiční práva („*pre-establishment rights*“), protože nejsou majetkovými právy.<sup>190</sup> Důvodem, proč je nepovažovat za majetková práva, je v první řadě to, že s nimi nelze za normálních okolností disponovat.

Zvláštní otázkou je vyvlastnění smluvních práv, která nabyl investor v závazkových vztazích se státem a která jsou rozhodujícím podkladem pro realizaci jeho investice. Příkladem může být i prvně uvedený spor v předcházející části *Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo* nebo spor *Siemens v. Argentina*<sup>191</sup>. V případě *Siemens* vyhrála dceřiná společnost německé společnosti tender na dodání informačních systémů (za účelem účasti v tendru byla založena). Z tendru vzešla smlouva byl schválená správním rozhodnutím státu. V závěrečné fázi projektu, kterou doprovázely jisté obstrukce

---

<sup>186</sup> *EnCana v. Ecuador*, The London Court of International Arbitration (LCIA) Case No. 3481, UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 6. 2. 2006, odst. 182–183

<sup>187</sup> Tamtéž, odst. 179–183

<sup>188</sup> *Methanex v. USA*, UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 3. 8. 2005 Part IV, Chapter D, odst. 17

<sup>189</sup> Asean Comprehensive Investment Treaty, op. cit., Annex 2, čl. 1

<sup>190</sup> UNCTAD: Expropriation, op. cit., st. 20

<sup>191</sup> *Siemens A.G. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, rozhodnutí z 6. 2. 2007

a komplikace, chtěl ale stát vyjednat změnu podmínek smlouvy. Dojednán byl návrh její úpravy, který měl být na základě nového zákona o stavu nouze (přijátého v souvislosti s hospodářskou krizí) schválen rozhodnutím prezidenta. Namísto schválení ale na základě toho samého zákona vydala hlava státu rozhodnutí o ukončení celého kontraktu. V arbitráži, která následovala, vyslovil tribunál názor, že ne každé porušení smlouvy je vyvlastněním a proto, aby stát byl mezinárodněprávně odpovědný, musí užít jeho veřejné autority, tj. musí zasáhnout smluvní práva používající své „nadřazené vládní moci“.<sup>192</sup> V tomto případě shledal tribunál Argentinu odpovědnou za vyvlastnění bez náhrady.<sup>193</sup> Podobný názor vyjádřili ve svých rozhodnutích i další rozhodčí soudy. Například ten v případě *Waste Management* proti Mexiku uvedl, že „pouhé neplnění smluvních povinností nemůže být přirovnáno k vyvlastňovacímu zásahu ani (pokud není doprovázeno dalšími aspekty) se nerovná vyvlastnění“.<sup>194</sup> Samotné prodlení státu s plněním smluvních povinností jako soukromé osoby tedy nemá být zásahem s pohledu MIP, ale jak bylo naznačeno (a dále nerozvedeno), za určitých okolností jím být může. To souhlasí s tím, co bylo uvedeno v části o povaze a podobách nepřímého vyvlastnění, konkrétně s tím, že vyvlastnění může být dosaženo jak faktickými, tak formálními postupy státu. Zejména u zásahů podobných plíživému vyvlastnění může neplnění si smluvních závazků spolu s ostatními přestoupeními svědčit o zlé víře státu apod.

Dávaje stranou otázku toho, která aktiva mohou být vyvlastněna, je nutno říct, že se několik tribunálů v minulosti rozhodlo hledět na celý podnik jako na investici a odmítlo existenci vyvlastnění v případech, kde investor přišel o některá práva, ale zachoval si kontrolu nad celkovou investicí.<sup>195</sup> Připustíme-li částečné nepřímé vyvlastnění, otevírají se dveře k široké škále možností považovat za vyvlastnění například i regulaci dotýkající se jenom části provozu investorova podniku nebo zbavení investora jen některých z jeho administrativních práv apod. Důvodné je se rovněž domnívat, že strany BIT neměly při uzavírání smlouvy v úmyslu chránit primárně jednotlivá aktiva separátně, ale celistvou

---

<sup>192</sup> IISD, Osterwalder, N., Johnson, L.: Key cases from 2000–2010, s. 134

<sup>193</sup> Siemens A. G., op. cit., odst. 273

<sup>194</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, rozhodnutí z 2. 6. 2000, odst. 175

<sup>195</sup> Např.: *Telenor Mobile v. Hungary*, CSID Case No. ARB/04/15, rozhodnutí ze dne 13. 9. 2006

hospodářskou aktivitu (*enterprise*). Na druhé straně, je nutné poskytnout investorovi ochranu i v takovýchto případech tam, kde se postup státu jeví být protiprávní, např. vážně zasahuje investorova legitimní očekávání nebo je svévolné či nepřiměřené. Vhodnější ale v zájmu zachování racionality celého systému ochrany zahraničních investic je použít jiných ustanovení, zejména standardu spravedlivého a rovného zacházení (FET). Vyloučena však možnost částečného nepřímého vyvlastnění v MIP není. I v literatuře bylo navrženo několik kritérií odůvodňujících částečné vyvlastnění: a) celkový investiční projekt může být rozebrán na několik oddělených oprávnění, b) stát připravil investora o právo pokryto definicí investice v příslušné smlouvě, c) oprávnění jsou způsobilá k samotnému hospodářskému užití nezávisle na zbytku investice.<sup>196</sup> V podobném duchu považoval tribunál ve sporu *Waste Management* proti Mexiku za vhodné rozlišovat mezi celkovým vyvlastněním podniku a vyvlastněním určitého aktiva, v tomto případě šlo o smluvní práva.<sup>197</sup>

U přímého částečného vyvlastnění, jako je například to ve sporu *GAMI* (viz poznámka č. 101), většina předešlých otázek odpadá. Zjevně neobstojí argumentace, že na případy vyvlastnění jenom části podniku, půdy nebo budov investora nelze vztáhnout ustanovení o „vyvlastnění investice“, protože se musí týkat investice jako celku. To by popřelo smysl a základ MIP, které má v případech konfiskací hmotných statků cizince svůj původ a ochrana proti nim je jeho cílem. Otázkou tady spíše je, kdy má zahraniční osoba – menšinový nebo většinový akcionář v domácí společnosti aktivní legitimaci vystupovat jako investor v obdobném arbitrážním sporu. Tedy v takovém sporu, který se týká přímého vyvlastnění části majetku držení touto domácí společností. Ve sporu *AAPL* proti Srí Lance se tribunál vyjádřil v tom smyslu, že vhodně formulovaná BIT dává ochranu menšinovým společníkům ve společném podniku se zahraniční účastí (*joint venture*). Taková smlouva bude chránit podíly a jiné majetkové zájmy v podniku společnosti, ale pravděpodobně ne samotná aktiva společnosti.<sup>198</sup> V případě *GAMI* vyžadoval tribunál po

---

<sup>196</sup> UNCTAD: Expropriation, op. cit., s. 24

<sup>197</sup> *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, rozhodnutí ze dne 30. 4. 2004, odst. 141 a 155

<sup>198</sup> *Yearbook of Commercial Arbitration*, 7. svazek, Kluwer Law International, 1992, s. 106

menšinovém akcionáři prokázání vlivu vyvlastnění mlýnů na hodnotu jeho podílu. Proto aby obstálo jeho tvrzení, že došlo k vyvlastnění, musel tento vliv na hodnotu úrovně vyvlastnění dosahovat. Ve vztahu k domácí společnosti samotné by bylo vyvlastněním zabavení i jenom jednoho mlýnu. Podání bylo zamítnuto. U většinových akcionářů bude situace, jak bylo výše navrženo, zřejmě jiná. Profesor Sornarajah uvádí, že ochrana aktiv samotné společnosti je pravděpodobně právě jejich úkolem.<sup>199</sup> Tzn. mohou uplatňovat ochranu nejen svých podílů, ale i statků společnosti.

Akcionář společnosti G a.s. z prvního příkladu této práce by podle výše uvedeného mohl, pokud by se pro to rozhodl, uplatňovat svá práva v arbitrážním řízení, pokud by byl většinovým akcionářem. BIT SRN–ČR ale vychází z toho, že investorem je ten, kdo má ve smluvním státě trvalý pobyt (občanství není rozhodující), což by v tomto případě nebylo splněno. Navíc tady náhrada byla poskytnuta, investor jenom nebyl zcela spokojen s její výší. Nebyla-li tato výše zcela nepřiměřená skutečné hodnotě pozemku, je asi málo pravděpodobné, že by se tribunál v mezinárodní arbitráži pouštěl do dohadů o tom, jestli má být o 5 % či 10 % vyšší. Pro takové otázky není zřejmě mezinárodní arbitráž vhodným fórem.

### 3.5. NÁSLEDEK JEDNÁNÍ STÁTU

Jak bylo ukázáno na příkladu ASEAN IS a BIT Kanada–ČR, novější smlouvy začínají uvádět relevantní faktory pro identifikaci nepřímého vyvlastnění. Lze rovněž říct, že se většina takovýchto progresivních smluv shodne na jedinečnosti každého případu nepřímého vyvlastnění a neexistenci univerzálního přístupu či posouzení. Logickým východiskem, jak potvrzují i tyto smlouvy, je hledět na objektivní následek jednání státu<sup>200</sup> a pak na další aspekty spojené s jeho charakterem. Vzorová BIT USA z roku 2012 uvádí v Annex B čl. 4 (a) (i): *určení, zda jednání nebo řada jednání strany (smlouvy) zakládá, za specifických skutkových okolností, nepřímé vyvlastnění, vyžaduje případ od případu, na faktech založené šetření, které posuzuj, mezi jinými faktory ekonomický dopad vládních jednání. Avšak fakt,*

---

<sup>199</sup> Sornarajah, op. cit., s. 200

<sup>200</sup> Sekanina, O.: Nepřímé vyvlastnění v praxi mezinárodních investičních arbitráží, Jurisprudence 2009, číslo 8, str. 10

že jednání nebo řada jednání strany měly nepříznivý efekt na hospodářskou hodnotu investice, sám o sobě nezakládá to, že by nastalo nepřímé vyvlastnění. I když jsou tato a podobná ustanovení obsažena jenom v některých smlouvách, vykryštovala z rozhodčí činnosti tribunálů a dokládají rostoucí praxi a názor států mezinárodního společenství. Je proto důvod domnívat se, že se jimi rozhodčí soudy ve svých úvahách nechají vést.

U následku jednání nebo ekonomického dopadu či efektu na investici byla již víckrát zdůrazněna nutnost podobnosti s přímým vyvlastněním, která však nikdy nejde tak daleko, aby investor přicházel o titul k investici jako celku nebo jinak řečeno o oprávnění ji držet. Z teoretického hlediska ztrácí investor u tohoto druhu vyvlastňovacího zásahu jiná vlastnická oprávnění. Příklad od případu to mohou být ta, která bychom obecně spojili s právem věc užívat, jako je provoz, řízení, údržba, rozšiřování, nakládání apod.<sup>201</sup> Ve velké většině případů bude připraven o užitek nebo dá se říct o požívání plodů a užitků investice. Tribunál ve sporu *CME* proti České republice uvedl, že k vyvlastňovacímu zásahu dochází, kdykoliv stát podstupuje kroky, které fakticky neutralizují užitek majetku pro jeho vlastníka (*effectively neutralize the benefit of the property for the foreign owner*).<sup>202</sup> Je nutno zmínit, že tohoto následku lze docílit i zbavením investora skupiny nehmotných prvků investice, např. administrativních nebo smluvních práv. Může být avšak nejasné, jaká míra zásahu je již vyvlastňovacím zásahem a jaká ještě ne. Flexibilita v stanovení prahu pro vyvlastnění umožňuje poskytovat ochranu zasažené investici i tam, kde ztráta oprávnění k ní nedosahuje míry tak zásadní, abychom ji považovali za zcela ztracenou. V rámci výkladu o mezinárodních smlouvách bylo navíc uvedeno, že některé IS, jako např. NAFTA, mluví o nepřímém vyvlastnění (*indirect expropriation*) a zároveň o opatřeních rovnajících se vyvlastnění (*measure tantamount to expropriation*). To je vhodný argument k tomu považovat i ne tak podstatné zásahy do užívacího práva a práva k užitkům investice za vyvlastňovací zásahy. Státy této smlouvy ale v konkrétním případě uvedly, že ono sporné ustanovení k pojmu vyvlastnění nic nepřidává (viz s. 24). Tzn., nezůstává než prokázat blízkou podobnost mezi zásahem a přímým vyvlastněním. Obecná

---

<sup>201</sup> ...the operation, management, maintenance, use, enjoyment, or disposal of investments... (čl. IV 1.2 návrh MAI z roku 1998, viz poznámka 43)

<sup>202</sup> *CME v. Czech Republic*, částečné rozhodnutí ze dne 13. 9. 2001, odst. 150

praxe zdá se být taky nakloněna důslednému přístupu k této otázce. Svědčí o tom dosud použité výrazy popisující požadovaný typ zásahu: zásah má dle nich „připravit vlastníka o základní vlastnická práva“ (*interference deprives the owner of fundamental rights of ownership*), „činí práva prakticky nepoužitelná“ (*makes rights practically useless*), „zbavuje, v celku nebo z podstatné části, užívání nebo důvodně očekávaného hospodářského užítku z majetku“ (*deprives, in whole or in significant part, the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of the property*), „výrazně připravuje o hospodářskou užitečnost a upotřebitelnost investice, jako kdyby oprávnění vztahující se k ní přestala existovat“ (*radically deprives the economical use and enjoyment of an investment, as if the rights related thereto had ceased to exist*), způsobuje vymizení jakékoliv formy využívání majetku (*makes any form of exploitation of the property disappear*), „majetek nemůže být víc náležitě užit“ (*the property can no longer be put to reasonable use*).<sup>203</sup>

Konkrétním doprovodným projevem výše uvedeného bude ztráta hodnoty investice, která by logicky taky měla být podstatná. Do úvahy je přitom třeba vzít fakt, že investor stále má především hmotná aktiva tvořící investici. V případě *Glamis Gold, Ltd.* proti USA investor tvrdil, že opatřeními na federální a regionální úrovni k ochraně území původních obyvatel byla vyvlastněna těžební práva společnosti. V rozhodnutí jsou na cca 80 stranách rozebrány různé sporné aspekty odhadu hodnoty projektu po přijatých opatřeních. Šlo o úvahy nad náklady na zásyp těžebních prostorů, náklady spojené s poskytnutím povinné finanční jistoty na rekultivaci, úvahy nad hodnotou zbylých těžebních prostor, která byla ovlivněna předmětnými opatřeními, hodnotou zlata a sazbou, kterou měly být diskontovány (pře počítány) budoucí peněžní toky na současnou hodnotu (*discount rate*). Tribunál rozhodl, že si projekt po údajných vyvlastňovacích opatřeních zachoval hodnotu 20 milionů USD, přičemž žalobcem tvrzená hodnota projektu před „vyvlastněním“ byla 49,1 milionů USD. Tribunál nakonec zamítl investorův návrh z toho důvodu, že napadená opatření neměla

---

<sup>203</sup> Fortier, Y., Drymer, S.: Indirect expropriation in the law of international investment: I know when I see it, or caveat investor, *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, Fall 2004, 19(2), s. 305

dostatečné hospodářské následky na projekt na to, aby způsobila vyvlastnění žalobcovy investice.<sup>204</sup>

Přímé vyvlastnění je trvalé, a tak i další z rozhodujících kritérií k posouzení toho, jestli jednání státu je či není vyvlastňovacím zásahem, bude délka trvání následků jednání státu. Jak stanoví Harvardský návrh (viz pozn. 123): vyvlastňovací zásah zahrnuje ... i jakýkoliv nepřiměřený zásah do užívání nebo upotřebitelnosti majetku či nakládání s ním, který odůvodňuje závěr o tom, že ani v patřičné době od započetí se zásahem jeho majitel nebude moci upotřebit majetek, užívat ho nebo s ním nakládat (*will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time*). Dočasná ztráta vlastnických oprávnění na přiměřenou dobu, případně dočasná ztráta hodnoty tedy nemá být nazírána jako vyvlastnění. Tady lze uvést případ *LG & E* proti Argentině<sup>205</sup>, ve kterém šlo o nároky třech amerických investorů držících podíl v místních distribučních společnostech obchodujících s plynem. S cílem nalákat zahraniční investory přijala Argentina, vedle jiných garancí, garance tarifních cen, které měly být půlročně přizpůsobovány v závislosti na jistém americkém cenovém indexu a vyměřovány v dolarech. V souvislosti s krizí na konci 90. let stát tyto garance zrušil, což vedlo k velkému snížení výnosnosti zmiňovaného byznysu. Tribunál uvedl, že „je třeba zvážit délku trvání opatření, jelikož se vztahuje k míře zásahu do vlastnických oprávnění investora. Obecně musí být vyvlastnění trvalé, to znamená, že nemůže mít dočasnou povahu, s výjimkou kdy úspěšný rozvoj investice závisí na realizaci jistých aktivit v určitém konkrétním momentu, které nesnesou odklad“.<sup>206</sup> Na konec bylo rozhodnuto, že vliv jednání státu na hodnotu podílů žalobců nebyl trvalý, a žalobcova investice nepřestala existovat. Bez trvalé, vážné ztráty oprávnění *LG & G* k jejich investici, nebo téměř úplné ztráty hodnoty investice *LG & G*, tribunál usoudil, že dané okolnosti nepředstavují vyvlastnění.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, rozhodnutí 8. 6. 2009, odst. 536

<sup>205</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, rozhodnutí ve věci odpovědnosti 3. 10. 2006

<sup>206</sup> Tamtéž, odst. 193

<sup>207</sup> Tamtéž, odst. 200

Za důležité kritérium posouzení následku se považuje kontrola nad investicí, což je v podstatě jeden z elementů širšího oprávnění majetek užívat. Kontrola samotná má taky mnoho podob. Tribunál rozhodující ve věci *Pope & Talbot* proti Kanadě<sup>208</sup> uvedl seznam příkladů nepřijatelného rušení kontroly nad podnikem: zasahování do každodenního provozu, zadržení zaměstnanců nebo vedení či dohlížení na jejich práci, rušení správy a činnosti společníků, bránění společnosti vyplácet dividendy a zasahování do obsazování představenstva nebo správy společnosti.<sup>209</sup> V současnosti zůstává investorům kontrola nad investicí spíše zachována, i když některé z výše uvedených projevů mohou vymizet. Z toho důvodu bylo několik tvrzení vyvlastnění zamítnuto<sup>210</sup>, což ale neznamená, že investor neuspěl ani z jiných důvodů. Tribunál se spíše v konkrétní věci rozhodl posoudit věc jako porušení standardu spravedlivého a rovného nebo národního zacházení. Takovým příkladem je i zmiňovaný *LG & E* spor, ve kterém stát porušil podmínky koncese na dodávky plynu a byl uznán odpovědným z porušení FET standardu. Co se týče vyvlastnění, tribunál uvedl, že „vlastnictví nebo užitek je, můžeme říct, „neutralizováno“ tam, kde strana nemá víc kontrolu nad investicí nebo tam, kde nemůže řídit každodenní provoz investice... Zásah do schopností investice pokračovat v podnikání není naplněn tam, kde je investice nadále v provozu, i když se snížil výnos“<sup>211</sup>.

Jak správně konstatují profesori Dolzer a Schreuer, kontrola je zjevně důležitým aspektem při analýze vyvlastňovacího zásahu. Avšak pokračující výkon kontroly investora není nutně jediným kritériem. Důležitý je test zahrnující další kritéria, jako je hospodářský užitek a prospěch.<sup>212</sup>

Je přirozené, že pokud stát profitoval ze svého postupu zasahujícího majetková práva investora tím, že např. nabyl plody z majetku, kontrolu nad ním nebo jiná oprávnění, je to relevantní argument prohlásit tento postup za vyvlastnění. Tento fakt ale není nutnou podmínkou nepřímého vyvlastnění.

---

<sup>208</sup> Pope & Talbot, UNCITRAL

<sup>209</sup> Pope & Talbot, Interim Award, UNCITRAL, 26. 6. 2000, odst. 100

<sup>210</sup> UNCTAD, Expropriation, op. cit., s. 68

<sup>211</sup> LG&E, op. cit., odst. 188, 191

<sup>212</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch., op. cit., s. 118

### 3.6. KRITÉRIA PROTIPRÁVNOSTI VYVLASTNĚNÍ JAKO PŘÍČINY VYVLASTNĚNÍ

Velká většina investičních smluv, a je možné s velkou mírou jistoty říct, že i mezinárodní obyčejové právo, má v základních požadavcích řádného vyvlastnění (jakéhokoliv druhu) tato kritéria: veřejný zájem, nediskriminační způsob provedení, řádný zákonný postup a zaplacení náhrady. Vyvlastnění, které by nesplňovalo uvedené podmínky, by bylo protiprávní (*unlawful*). Teoreticky „by měl tribunál před analyzováním podmínek, které determinují zákonnost vyvlastnění, zodpovědět otázku, jestli k vyvlastnění vůbec došlo. Až potom co tribunál usoudí, že vyvlastňovací zásah nastal, měl by přistoupit ke zkoumání toho, jestli byly uvedené čtyři podmínky splněny“<sup>213</sup>.

V úvodních částech kapitoly byl ale vysloven názor, že u nepřímého vyvlastnění jsou tato kritéria příčinou nebo důvodem k tomu, považovat jednání státu za vyvlastňovací zásah, a to jak u nepřímého vyvlastnění obecně (ve všech jeho formách), tak v případech, dnes asi nejběžnějších, kdy je státní regulace napadena v mezinárodní arbitráži jako vyvlastnění. Tato kritéria protiprávnosti tak vstupují do úvahy nejen následně, jak navrhuje zmíněná publikace, ale tak říkajíc i předem.

#### 3.6.1. DISKRIMINACE

Profesor Subedy například k otázkám týkajícím se vyvlastnění jako důsledku státní regulace uvádí, že „*proto, aby takovéto opatření (regulační) zakládalo vyvlastnění, mělo by být toto opatření diskriminační*“.<sup>214</sup> Na tom, že může být diskriminace měřítkem vyvlastňovací povahy státních opatření se shodnou i novější investiční smlouvy, které byly výše citovány. Vyjádřeno je to ale skrz klauzuli vylučující nediskriminační postupy z úvah o vyvlastnění. *A contrario* přítomnost diskriminace do úvahy zase vrací.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> UNCTAD, Expropriation, op. cit., s. 27

<sup>214</sup> Subedy, op. cit., s. 76

<sup>215</sup> ASEAN Comprehensive Agreement Annex 2 čl. 4: Non-discriminatory measures of a Member State that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation; US Model BIT (2012) Annex B (b): Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions.....; Kanada-ČR BIT

V případě *Eureko* proti Polsku<sup>216</sup> řešil tribunál spor, který vyvstal v souvislosti s privatizací zdravotní pojišťovny (nešlo tedy toliko o uplatnění regulačních pravomocí státu jako spíš o obchodní transakci v citlivé oblasti zdravotního pojištění). V roce 1999 uzavřel ministr financí kupní smlouvu o prodeji 30 % akcií hlavní polské zdravotní pojišťovny konsorciu holandské společnosti *Eureko* a polské banky (20 % + 10 %). Investice se rovnala téměř 700 milionům eur. V roce 2001, kvůli politickým sporům kolem privatizace a s tím souvisejícím problémovým řízením společnosti, byl uzavřen dodatek ke smlouvě. Ten měl urovnat vzájemné neshody a obsahoval taky závazek ministerstva financí k prodeji dalších 21 % akcií *Eureka* v IPO (*the Initial Public Offering*), k jehož provedení se polská strana zavázala již ve smlouvě. Druhý dodatek ke smlouvě, který upravoval postup provedení IPO, nebyl realizován do konce roku 2001, jak bylo původně plánováno, a to kvůli obstrukcím iniciovaných polským vedením společnosti. Tento fakt umožnil polské straně (vládě) odstoupit od dodatku a IPO nebylo provedeno. Tribunál rozhodl, že co se týče podílu *Eureka* v pojišťovně, který nabyt v počátečních fázích privatizace, nebyl o něj připraven a nadále je mu vyplácená dividenda. Avšak shledal, že na základě prvního dodatku nabyt smluvní práva ve vztahu k realizaci zmiňovaného IPO a tato práva jsou podle tribunálu aktivy (*assets*). Dle rozhodnutí „existuje množství pramenů, které uvádí, že pokud stát zbaví smluvní práva investora jejich užitku, může se to rovnat odnětí v rozporu s ustanoveními obsaženými v čl. 5 BIT Polsko–Nizozemí (ustanovení k vyvlastnění investice). Odnětí smluvních práv může být vyvlastňující co do své podstaty a následku. Navíc, opatření přijatá Polskou republikou, kterými odmítla provést IPO, jsou zjevně diskriminační. Tribunál dříve poznamenal, že jak prohlásilo několik ministrů financí po sobě, přijímání těchto opatření sledovalo cíl udržení pojišťovny pod většinovou polskou kontrolou a vyloučení zahraniční kontroly jako například *Eureka*. Z výše uvedených důvodů usoudil tribunál, že Polská republika porušila článek 5 Smlouvy“<sup>217</sup>. Článek 5 BIT (Smlouvy) uvádí již klasicky, že stát nepřijme opatření, kterými by zbavil investora, přímo

---

Příloha A čl. 4 c): nediskriminační opatření smluvní strany, která jsou navržena a používána k ochraně oprávněných zájmů veřejného blaha...

<sup>216</sup> *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, 19. 8. 2005

<sup>217</sup> *Eureko B. V. v. Republic of Poland*, odst. 238–243

nebo nepřímo, jeho investice, pokud nebudou splněny podmínky poskytnutí spravedlivé náhrady, nediskriminačního postupu a další.

U *Eureka* nešlo zřejmě o regulaci nebo regulační vyvlastnění tak, jak onen pojem používá tato práce, ale spíše o vyvlastnění „důsledkové“, snažit se však roztrždit jednotlivé případy striktně do konkrétních kategorií se nezdá být nutné. Z objektivního hlediska přišel investor o svá smluvní práva (*contractual rights*), čímž mu bylo znemožněno nabýt většinový podíl a rozhodující vliv ve společnosti obhospodařující prostředky veřejného zdravotního pojištění. Postup státu, resp. vlády a ministerstva financí, jakkoliv se mohl zdát být formálně právně nezávadný, byl prokazatelně diskriminační, veden motivem zajistit domácí a vyloučit zahraniční kontrolu. Nezdá se, že by tribunál posuzoval diskriminaci následně potom, co prohlásil zásah státu za vyvlastnění, ale slovy „navíc, mimoto“ (*furthermore*) dává najevo, že ji zvažuje jako jeden z faktorů při posuzování vyvlastňovacího zásahu. Zároveň je ale diskriminace spolu s faktem, že nebyla poskytnuta náhrada, důvodem považovat tento vyvlastňovací zásah ve formě nepřímého vyvlastnění za protiprávní.

### 3.6.2. VEŘEJNÝ ZÁJEM

Co se týče veřejného zájmu, není asi sporu o tom, že je tento pojem těžce definovatelný a že dnes státní orgány zřídka zasahují do majetkových práv bez toho, aby sledovaly nějaký veřejný zájem. Zároveň je jistě těžké pro jakýkoliv mezinárodní soudní orgán posoudit, co je ve specifických vnitrostátních podmínkách ve veřejném zájmu a co nikoliv. V této souvislosti bývá citováno rozhodnutí Evropské soudu pro lidská práva ve věci *James and others v. United Kingdom*: „Soud, shledávajíc přirozeným, že by volnost úvahy k dispozici zákonodárci při realizaci společenské a hospodářské politiky měla být široká, bude respektovat úsudek zákonodárce ve věci toho, co je ve veřejném zájmu, jestliže tento úsudek není zjevně bez rozumného základu.“<sup>218</sup> Tzn. úsudek státu, není-li zjevně nesprávný, má být primárně v této věci respektován. Takový je zřejmě i obecný přístup mezinárodního

---

<sup>218</sup> *James and others v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, rozhodnutí z 21. 2. 1986, odst. 46

práva k této otázce, MIP nevyjímaje. To ale neznamená, že je tento koncept v MIP nepoužitelný.

V zmiňovaném sporu *Siemens* byl, jak výše uvedeno, ukončen smluvní vztah s investorem, a to cestou prezidentského dekretu. Předmětem vztahu bylo dodání produktu nacházejícího se v závěrečné fázi vyhotovení. I když tady tribunál přiznal státu volnost v úvaze o potřebnosti přijetí nouzového zákona, dekret na jeho základě vydaný a opatření ho předcházející postrádaly dle tribunálu veřejný zájem. Uvedl, že „... neexistuje důkaz nějakého veřejného zájmu na opatřeních předcházejících vydání dekretu 669/01...“ a že „... zatímco je veřejný zájem na Nouzovém zákoně z roku 2000 zjevný, jeho aplikace skrz Dekret 669/01 na konkrétní případ investice (společnosti) Siemens a jeho veřejný účel jsou pochybné“.<sup>219</sup> Jak bylo výše napsáno, tribunál rozhodl o tom, že Argentina vyvlastnila investici investora bez náhrady.

Nejen existence nebo neexistence veřejného zájmu na státních opatřeních může být důvodem, proč je prohlásit za vyvlastnění, ale i jeho „síla“ může sloužit k identifikaci vyvlastňovacího zásahu.<sup>220</sup> K případu *Tecmed* bylo řečeno, že jednou z úvah, kterou byl tribunál veden, byla přiměřenost opatření vzhledem k chráněnému zájmu<sup>221</sup> (*proportionality test*) a legitimním očekáváním investora. Co se týče testu přiměřenosti, tribunál usoudil, že skutkové okolnosti případu a odůvodnění poskytnutá k rozhodnutí zmiňovaného úřadu svědčí o tom, že porušení podmínek povolení a předpisů ochrany životního prostředí ze strany *Tecmed* byly obecně menší závažnosti a neohrožily, dokonce ani podle příslušných mexických orgánů, veřejné zdraví nebo ekologickou rovnováhu nebo ochranu životního prostředí.<sup>222</sup> Proto tam nebyly podle tribunálu žádné zásadní zdravotní nebo ekologické hrozby odůvodňující rozhodnutí odepřít obnovení povolení nebo vyžadovat uzavření skládky. Tribunál taky zvážil, jestli odpor veřejnosti vůči skládce vytvořil skutečnou společenskou krizi nebo stav nouze odůvodňující neobnovení

---

<sup>219</sup> Siemens, op. cit., odst. 273

<sup>220</sup> Sornarajah, op. cit., 407

<sup>221</sup> Tecmed, op. cit., odst. 139, 142, 147

<sup>222</sup> Tamtéž, odst. 124, 127, 130–132

povolení.<sup>223</sup> Zjišťuje, že odpor nedosahoval úrovně „nouzového stavu“ a že tento odpor, který existoval, směřoval spíše proti umístění skládky než proti vadnému jednání *Tecmed*, tribunál shledal sociopolitické zájmy Mexika za ne tak závažné, aby odůvodňovaly ono rozhodnutí orgánu ochrany životního prostředí.<sup>224</sup> I když tribunál uzavřel případ s tím, že rozhodnutí příslušného orgánu bylo legitimní podle vnitrostátního práva, opatření natrvalo připravilo *Tecmed* o hodnotu jeho investice, nebylo dostatečně odůvodněno veřejným zájmem (nebo obavami o něj) a ve svém důsledku nepřímou vyvlastnilo majetek společnosti *Tecmed* v rozporu s bilaterální smlouvou. Výsledek můžeme teoreticky vyjádřit i tak, že státní orgány mohou obecně zrušit jakoukoliv skládku odpadu aplikující platné zákony. Tady ale byly vedeny více politickými a společenskými motivy (uspokojovaly požadavek obyvatelstva po tom, aby se skládka nadále nenacházela v blízkosti jejich obydlí) než že by šlo o řádné vyřešení konfliktu zájmů na ochraně zdraví a životního prostředí na jedné straně a zájmu na užívání majetku, který vytváří externalitu na druhé straně. Když takto stát uspokojil své vlastní zájmy na úkor majetkových práv investora, má ho za to kompenzovat. Takhle přetransformovaný náhled na problém se podobá tomu, s čím přišla americká jurisprudenc a doktrína.

Na závěr je možné uvést i několik poznámek z české doktríny k veřejnému zájmu. Podle doc. Vopálky není veřejný zájem abstraktní hodnota, ale výsledek rozsouzení mezi různými zájmy. Je to kategorie, která má u každého rozhodnutí svůj konkrétní obsah, jenž je spojen i s okolnostmi řešeného případu. Každá svěřená pravomoc směřuje k naplnění veřejného zájmu a k tomu, aby mohlo být prokázáno zneužití pravomoci v konkrétní věci, je vhodné dát rozhodování pod zorný úhel principu proporcionality.<sup>225</sup> V souvislosti s veřejným zájmem pak v rámci výkladu k Správnímu řádu profesor Hendrych cituje ustanovení § 5 tohoto zákona, které stanoví povinnost státních orgánů pokusit se v případě střetu různých zájmů o smírné odstranění rozporů. Může jít o zájem soukromý a veřejný nebo i o vícero zájmů veřejných. Vnitrostátní právo k tomuto cíli upravuje některé instituty, jakými je například uzavření veřejnoprávní smlouvy. K posouzení legitimacy zásahu do

---

<sup>223</sup> Tamtéž, odst. 124–133

<sup>224</sup> Tamtéž, odst. 139, 142, 147

<sup>225</sup> Hendrych, D. a kolektiv: Správní právo, op. cit., s. 83–84

práv osob dále popisuje test proporcionality. Ten vychází ze tří základních kritérií: 1) je-li prostředek zvolen správním orgánem vhodný k dosažení účelu (vhodnost) 2) jde-li o prostředek, který co nejméně poškozuje dotčené a ještě vede k cíli (potřebnost) 3) otázka toho, zda není újma na právech nepřiměřená ve vztahu k cíli (přiměřenost v užším smyslu). Toto poslední kritérium znamená, že negativní důsledky pro osobu nesmí přesahovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na takovém opatření.<sup>226</sup>

Publikace *Expropriation* konstatuje, že národní soudy (nebo Evropský soud pro lidská práva) se zdají mít větší legitimitu k provádění celkové analýzy proporcionality v protikladu k *ad hoc* ustanoveným tribunálům. Výjimkou budou případy, kde provedení takové analýzy požaduje samotná investiční smlouva.<sup>227</sup> Zřejmě tak jako u otázky existence nebo neexistence veřejného zájmu na opatření musí se i k testu proporcionality přistupovat spíše tam, kde jde o zjevnou nepřiměřenost.

### 3.6.3. ŘÁDNÝ PROCES (SVÉVOLNOST, NETRSPARENTNOST, ODEPŘENÍ SPRAVEDLNOSTI ATD.)

Řádnost procesu vyvlastnění znamená v první řadě jeho provedení v souladu s vnitrostátními zákony. Některé smlouvy navíc výslovně stanoví právo investora na okamžitý přezkum rozhodnutí soudem nebo jiným nezávislým orgánem. Příkladem může být čl. 4 odst. 2 BIT Mongolsko–ČR: „*Dotčený investor má právo na neodkladné přezkoumání svého případu a ohodnocení své investice soudním nebo jiným nezávislým orgánem smluvní strany v souladu s principy obsaženými v tomto článku.*“<sup>228</sup> Vnitrostátní zákony musí samozřejmě splňovat určité obecné standardy spravedlnosti, což zřejmě ve většině hostitelských států nebude problém. Problém bude spíše uvedený soulad postupu státu s nimi, resp. jejich aplikace. Potíže v praxi mohou rovněž působit neurčité právní pojmy a výkon diskreční pravomoci. Tedy prostor k úvaze státních orgánů, který jim vytváří právní úprava. Pokud má být rozhodnutí a jiné formy činnosti orgánů skutečně zákonné, zůstává tato úvaha limitována veřejným zájmem, tzn. že se rozhodnutí o něj musí

---

<sup>226</sup> Hendrych, D. a kolektiv: Správní právo, op. cit., s. 358–359

<sup>227</sup> *Expropriation*, op. cit., s. 100

<sup>228</sup> Sdělení MZV 104/1999 Sb.

snažit a zásahy do oprávněných zájmů jiných osob na základě rozhodnutí musí být přiměřené ochraně veřejného zájmu (s těmito požadavky se orgány obvykle vypořádají v odůvodnění rozhodnutí). Pokud není podkladem rozhodnutí veřejný zájem, vyplývající z konkrétních faktů případu, budou podkladem jiné motivy, jako např. předsudek, preference apod. Postupy států zasahující do práv a zájmů, které by v rámci uvážení poskytnutého právem nesplňovala výše uvedené, by byla svévolná (*arbitrary*) a netransparentní pro logickou nemožnost vidět skutečné motivy v procesu rozhodování, jejichž projevem budou překvapivá, nepřesvědčivě odůvodněná rozhodnutí, jakož i nedostatečná komunikace s dotčeným investorem. Svévolnými budou rovněž postupy postrádající jakýkoliv právní základ. Transparentnost postupu státních orgánů úzce souvisí s legitimními očekáváními investora.

Další z aspektů řádného procesu, který je vcelku předvídatelný, zmiňuje Vzorová BIT USA z roku 2012 v čl. 5 (2)(a): „Spravedlivé a rovné zacházení zahrnuje povinnost neodepřít spravedlnost (*not to deny justice*) v trestním, občanskoprávním nebo správním procesu rozhodování v souladu s principy řádného procesu zakotvenými v hlavních světových právních systémech...“ Sem lze zařadit nedostatky v procesu v podobě odepření práva být slyšen, chybějícího předchozího vyrozumění, nepřiměřené délky řízení, odepření práva hájit své zájmy v procesu sám nebo prostřednictvím zástupce atd.

Ve vícekrát zmiňovaném případě *Tecmed* orgán ochrany životního prostředí nesdělil jasně a výslovně svůj postoj co do vlivu přestoupení společnosti (vůči povolení a zákonům) na rozhodnutí o obnově povolení (k provozu skládky) a nedal jasný signál o svých záměrech zamítnout obnovení povolení.<sup>229</sup> Dle tribunálu tento nedostatek v postupu znamenal porušení FET standardu, který podle něho vyžaduje od státu postupovat konzistentně, transparentně a bez nejasností vůči zahraničním investorům a jejich investicím.<sup>230</sup> Navíc byla správní úvaha orgánu v zásadě vedena jinými motivy než ochranou životního prostředí,<sup>231</sup> s čímž se tribunál vypořádal spíše v rámci otázek týkajících se veřejného zájmu a postup státu prohlásil z tohoto důvodu za vyvlastnění.

---

<sup>229</sup> *Tecmed*, op. cit., odst. 162

<sup>230</sup> *Tamtéž*, odst. 154–156

<sup>231</sup> *Tamtéž*, odst. 157

V případě *Saluka* tribunál uvedl, že s návrhy investora nebylo zacházeno objektivně, transparentně, nezaujatě a nestranně<sup>232</sup> (i když tady šlo více o faktický postup než právem upravený proces). Z tohoto a jiných obdobných důvodů prohlásil, že Česká republika porušila FET standard. Je možné vyslovit domněnku, že v případech obdobných pochybení v procesu nebo postupu státu se budou tribunály klonit spíše k prohlášení porušení FET standardu, kterému se budeme věnovat níže. Zvláště tam, kde tyto postupy zasáhly, ale zcela nepřipravily investora o jeho investici. Ty samé důvody ale stále mohou působit protiprávnost formálního přímého vyvlastnění.<sup>233</sup>

### 3.7. JINÉ PŘÍČINY VYVLASTŇOVACÍHO CHARAKTERU STÁTNÍCH OPATŘENÍ

#### 3.7.1. LEGITIMNÍ OČEKÁVÁNÍ

Legitimní očekávání investora hrají klíčovou roli při interpretaci FET standardu, ale vstoupila taky do práva, kterým se řídí nepřímé vyvlastnění.<sup>234</sup> Smlouva ASEAN, z které v této práci často vycházíme, ale i další novější IS zmiňují legitimní očekávání jako jeden z faktorů, které musí být uváženy tam, kde je tvrzeno nepřímé vyvlastnění. Smlouva stanoví, že je mezi jinými faktory třeba zvážit, „jestli jednání vlády porušují předchozí písemný závazek vlády vůči investorovi či již ve smlouvě, licenci nebo jiném právním dokumentu“.<sup>235</sup> Je logické, že tak jak naznačuje i smlouva, musí být tato očekávání na něčem založena a identifikace tohoto základu bude předmětem dokazování v arbitrážním řízení. Tribunály obecně při posuzování tvrzení toho, že došlo k vyvlastnění, užily vysokou laťku ve vztahu k očekáváním investora. To znamená, že legitimní očekávání vyvstávají

---

<sup>232</sup> *Saluka*, op.cit., odst. 499

<sup>233</sup> Srov. např. *ADC v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16, z 2. 10. 2006) – kyperské společnosti tady podepsaly smlouvu s maďarským státním orgánem o renovaci, rekonstrukci a provozu dvou letištních terminálů, které pak byly rozhodnutím příslušného ministerstva autoritativně převzaty po třech letech provozu od dokončení rekonstrukce. Tribunál rozhodl, že došlo k porušení požadavku na řádný proces kvůli, zjednodušeně řečeno, neposkytnutí investorům právního postupu takové povahy, který by jim dal přiměřenou možnost nárokovat si, v přiměřeném časovém období, jejich legitimní práva a možnost slyšení jejich nároků (odst. 435).

<sup>234</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch., op. cit., s. 115

<sup>235</sup> Asean Comprehensive Investment Treaty, op. cit., Annex 2, čl. 3 (b)

primárně z explicitních závazků a ujištění daných investorovi ze strany státu.<sup>236</sup> Za nimi co do relevance následuje platná legislativa, mezinárodní smlouvy a autoritativní prohlášení moci výkonné, jakými jsou například licence a koncese. Investor se nemá spoléhat (a MIP tomu neslouží), že právní a regulační prostředí státu zůstane nezměněno.<sup>237</sup> Na druhé straně musí „právní a podnikatelské prostředí dostát požadavkům mezinárodního práva na stabilitu a předvídatelnost“<sup>238</sup>. Obezřetný investor by tedy měl důsledně zkoumat zákony předtím, než investuje, zatímco si hostitelský stát musí být v každém čase vědom, že jeho právní řád tvoří základ legitimních očekávání, která musí být vzata v úvahu při budoucích reformách.<sup>239</sup> V konkrétních případech půjde o to, jestli opatření nepřekračují běžné regulační pravomoci a zásadně nemodifikují regulační rámec pro investici za nějakou přijatelnou hranici změny.<sup>240</sup>

Úvahy týkající se vztahu právní úpravy a legitimních očekávání se mohou ubírat i podobným směrem jako ty, které nalzáme v rozhodnutí *Lucas v. South Carolina Coastal Council*. Bylo tady poukázáno na fakt, že při testu legitimacy státní regulace připravující majetek (v tomto případě půdu) o jeho hospodářský užitek, je nutné, aby náhled do povahy vlastníkova statku ukázal to, že zakázané užití nebylo obsahem počátečního právního titulu a odůvodňovalo proto následný zásah. Mimo hlavní názor ještě bylo doplněno, že u movitého majetku vykonává stát tradičně vyšší stupeň kontroly a vlastník si je více vědom toho, že regulace je s to učinit jeho majetek hospodářsky bezcenným. Toto rozhodnutí navíc doporučuje hledět na to, jestli užívání majetku obtěžuje nebo slovy zmiňovaného díla J. L. Saxe vytváří externality. Podobně i v MIP bude rozhodující typ investice a právní (regulační) prostředí, do kterého vstupuje.

---

<sup>236</sup> Reinisch, A.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, Oxford, 2008, s. 448

<sup>237</sup> Srov. např. *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, rozhodnutí z 5. 9. 2008, odst. 258

<sup>238</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, rozhodnutí z 1. 7. 2004, odst. 191

<sup>239</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch., op. cit., s. 146

<sup>240</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, rozhodnutí z 31. 10. 2011, odst. 402

V případě *Tecmed* například tribunál jistě správně usoudil, že nikdo nenabývá skládku proto, aby ji po 2 letech musel zavřít, ale „při uskutečňování investice měl žalobce legitimní důvody věřit, že provoz skládky bude trvat po delší dobu...“<sup>241</sup>. Navíc skládka, jak již bylo řečeno, v podstatě neprodukovala nic, co by reálně ohrožovalo nebo omezovalo veřejný zájem.

### 3.7.2. CHARAKTER A CÍL OPATŘENÍ A DOBRÁ VÍRA PŘI JEJICH PROVÁDĚNÍ

Vzorová smlouva USA (US Model BIT 2012) spolu s dalšími moderními investičními smlouvami uvádí za třetí bod „testu vyvlastnění“ charakter vládní akce.<sup>242</sup> ASEAN Smlouva přidává ještě cíl (*objective*) opatření a BIT Kanada–ČR zmiňuje i dobrou víru státu. Otázka dobré víry státu má zřejmě dopadat na ty případy, ve kterých stát jedná navenek standardním postupem, který ale zastírá skutečný motiv. Poukázat na nedostatek dobré víry může i výsledek testu proporcionality<sup>243</sup>, do úvahy přicházejí ale i různá faktická prohlášení úředních osob či jejich postupy apod.

Synonymem nebo souvisejícím kritériem bude cíl (*objective*) opatření, který se bude ptát potom, jestli opatření sleduje legitimní veřejnou politiku.

Charakter jako nejobecnější, svým způsobem, zbytková kategorie, může zahrnovat vše prvně uvedené a zároveň předešlá kritéria „protiprávnosti“, tedy diskriminaci, řádný proces a veřejný zájem včetně proporcionality opatření.

### 3.8. PRÁVO STÁTU REGULOVAT VS. REGULAČNÍ VYVLASTNĚNÍ

V této části bude zmíněna obrácená strana mince nepřímého vyvlastnění (především regulačního), kterou jsou zmiňované „policejní moci“ (*police powers, regulatory powers*) a s nimi související tzv. *non-compensable regulatory taking* (regulační vyvlastňovací zásah, za který se neposkytuje náhrada). Lze připomenout, že *taking* znamená nejenom celkové zbavení všech majetkových oprávnění, ale i zásadní zásah do nich nebo odebrání jen některých.

---

<sup>241</sup> *Tecmed*, op. cit., odst. 149

<sup>242</sup> Annex B, odst. 4 (a) (iii)

<sup>243</sup> *Expropriation*, op. cit. 100

V mezinárodním právu je akceptováno, že se tvrzení nepřímého vyvlastnění nemohou zakládat na jednáních směřujících k ochraně legitimních obecněprospěšných cílů. Nemusí být však jasné, které cíle to jsou.<sup>244</sup> Tento fakt můžeme vyjádřit i tezí, že mezinárodní právo zná pojem policejní moci (*police power*), který se dá nalézt v právu Spojených států. Jak bylo výše vysvětleno, jde o moc náležející vládě, které se nelze vzdát ani nemůže být neodvolatelně postoupena. Přímo směřuje k tomu zabezpečit veřejný zájem a činí tak skrz omezení nebo donucení. Volně přeložen znamená tento pojem taky moc vlády zasahovat do užívání soukromého majetku. O tom, že „*police powers*“ existují i v MIP, svědčí množství příkladů pocházejících z různých zdrojů. Z doktríny lze uvést např.: „*opatření státu, prima facie zákonný výkon moci vlád, může značně ovlivnit cizí majetkové zájmy bez toho, aby se rovnaly vyvlastnění*“ (Brownlie, I.: *Principles of Public International Law*, vyd. 7., OUP, Oxford, 2008, s. 532) nebo „*mezinárodní autority (mezinárodní právní věda) obvykle konstatují, že žádné právo na náhradu nevystává za přiměřenou nutnou regulaci přijatou k ochraně veřejného zdraví, bezpečnosti, morálky nebo blaha*“ (Newcombe, A.: *The boundaries of regulatory expropriation in international law*, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 20(1): 1-57, 2005, s. 23). Z rozhodnutí se k této věci vyjadřuje např. *Saluka*: „*V mezinárodním právu se teď uznává, že státy nejsou povinny k placení náhrady zahraničnímu investorovi, pokud při běžném výkonu jejich regulačních pravomocí přijmou nediskriminačním způsobem a v dobré víře opatření zaměřená na obecné blaho.*“<sup>245</sup> Co se týče mezinárodních smluv, jsou tu vícekrát zmiňované novější investiční smlouvy vylučující z úvah o nepřímém vyvlastnění „*opatření smluvní strany, která jsou navržena a používána k ochraně zájmů veřejného blaha, jako je zdraví, bezpečnost a životní prostředí.*“<sup>246</sup> Policejní (regulační) moc státu, která je tu takhle implicitně vyjádřená, má ve skutečnosti ještě obecnější obsah a znamená právo zasahovat do majetkové sféry i v oblastech zdaňování, ukládání trestněprávních a jiných sankcí, kontroly vývozu, ochrany hospodářské soutěže, ochrany spotřebitele, územního plánování, insolvenčního řízení apod. Mezinárodní smlouvy mohou jít i konkrétnější cestou a vyloučit

---

<sup>244</sup> Subedy, op. cit., s. 157

<sup>245</sup> *Saluka*, op. cit., odst. 255

<sup>246</sup> BIT Kanada–ČR, op. cit.

některé oblasti z působnosti ustanovení o vyvlastnění nebo pro ně stanovit zvláštní postup. Pro oblast daní upravuje např. Vzorová BIT USA (2012) v čl. 21 zvláštní režim posouzení toho, jestli došlo daňovými opatřeními k vyvlastnění. Příslušnými k rozhodnutí „v prvním stupni“ jsou orgány správy daní smluvních stran, které musí v stanovené době dojít k dohodě o tom, jak posoudit předmětná opatření. Nedohodnou-li se, je možné přistoupit k mezinárodní arbitráži.

Úzce souvisejícím pojmem je *non-compensable regulatory taking*. Mluví o něm např. Harvardský návrh smlouvy o odpovědnosti: „*Nekompenzovaný vyvlastňovací zásah do majetku cizince nebo zbavení cizince užívání či požitku majetku, které je důsledkem výkonu daňových zákonů, obecných změn v hodnotě měny, akcí příslušných orgánů státu k udržení veřejného pořádku, zdraví nebo morálky, nebo výkonu válečných práv nebo jinak doprovází běžné fungování zákonů státu, nemá být považován za protiprávní...*“<sup>247</sup> I když není zcela jasné, jestli se tento pojem zásadněji prosadil na mezinárodní úrovni, zmiňované investiční smlouvy nového typu mu svým vymezením oblastí (daně, ochrana zdraví, životního prostředí, bezpečnosti a jiná srovnatelná odvětví veřejného práva), kde lze o vyvlastnění mluvit jen za zcela výjimečných okolností, dávají kontury i v MIP.

V zásadě asi nezáleží na tom, jestli budeme mluvit o regulační moci nebo nekompenzovatelném vyvlastňovacím zásahu. Zásadní je spíše určit hranici mezi těmito pojmy a regulačním vyvlastněním, které je kompenzovatelné. Různé formy zásahů bez poskytnutí náhrady za ně jsou pro normální fungování státu nutné, především k ukládání sankcí a přijímání opatření tam, kde vzniká společnosti škoda (*harm*). Problém, jak bylo ukázáno na příkladech z americké jurisprudence, souvisí i s obecnějšími otázkami, jak nahlížet na majetek a jeho roli ve společnosti.

Různost náhledu je možné vidět na následujících příkladech. V případě *Santa Elena v. Costa Rica*<sup>248</sup> tribunál uvedl: „*Vyvlastňující environmentální opatření, jedno jak chvályhodná a užitečná pro společnost jako celek jsou v tomto ohledu, podobná jakýmkoliv*

---

<sup>247</sup> Harvard Draft Convention on International Responsibility of States for Injuries to Aliens, čl. 10 odst. 5

<sup>248</sup> *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, rozhodnutí ze dne 17. 2. 2000, odst. 72

*jiným vyvlastňujícím opatřením, které může stát přijmout k provedení své politiky: tam kde je vyvlastňován majetek, dokonce i pro účely ochrany životního prostředí, či již domácí nebo mezinárodní úrovně, povinnost státu zaplatit náhradu zůstává.“* Na druhé straně, tribunál ve sporu *Methanex*<sup>249</sup> se vyslovil, podobně jako ten v *Saluce*: „*Nediskriminační regulace k veřejnému účelu, která je přijata v řádném procesu a která ovlivňuje, mimo jiné, zahraničního investora nebo investici, není považována za vyvlastňovací a kompenzovatelnou, nebyly-li vládou poskytnuty speciální závazky o tom, že se zdrží takové regulace.*“ První tvrzení opomíjí například fakt, že některé způsoby užití majetku mohou být principiálně škodlivé a tolerované jen do té doby, dokud není rozhodnutím státu takovéto užívání zakázáno, čímž bude majitel připraven o užitek z majetku, který zároveň zásadně ztratí na hodnotě, nicméně se takové rozhodnutí řešící konflikt zájmů jeví jako legitimní, předvídatelné a v zásadě nevyžadující kompenzaci. Druhé tvrzení nemyslí na to, že absolutní většina státních opatření dnes je přijata ve veřejném zájmu, ale některá mohou připravit vlastníka o podstatnou část jeho majetkových oprávnění k přímému prospěchu společnosti a to bez toho, že by byla bezprostředně nezbytná například pro svou škodlivost. Zatímco za kousek půdy pro výstavbu dálnice sloužící všem bude poskytnuta náhrada, za možná ještě závažnější újmu na majetku podle uvedeného tvrzení nic poskytnutého být nemusí a vlastník nese náklady za zlepšení životních podmínek společnosti. Pokud přijmeme názor vyjádřen ve druhém rozhodnutí, regulační vyvlastnění vlastně neexistuje, protože zjednodušeně řečeno nikdy se nic nahrazovat nemusí. Je zjevně nutné najít balanc mezi oběma protipóly.

Dle autora této práce je zásadní hledět na to, které faktory podmiňující vyvlastňovací charakter postupu státu přicházejí v konkrétním případě do úvahy, a to nejen tam, kde se jedná o výkon nějakých se suverenitou úzce spojených regulačních pravomocí (např. ochrana životního prostředí), ale obecně (např. i státní zakázky). Jedna skupina faktorů (diskriminace, odepření spravedlnosti atd.) posouvá jednání státu do roviny deliktu a deliktní povahu bude mít i nepřímé vyvlastnění, které z něho vzejde. Některé faktory rovněž patřící do této skupiny (legitimní očekávání a veřejný zájem) mohou sloužit

---

<sup>249</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 3. 8. 2005, Part IV, Chapter D, 3(6)

vymezení nejasné hranice mezi regulačním kompenzovatelným vyvlastněním a legitimní státní regulací bez kompenzace. Tuto rozdílnou roli, kterou faktory hrají, je navíc vhodné dát do souvislosti se standardem spravedlivého a rovného zacházení, který bude probírán níže.

### 3.9. STANDARD SPRAVEDLIVÉHO A ROVNÉHO ZACHÁZENÍ

*Každá smluvní strana bude, v souladu s ustanoveními této smlouvy, podporovat a vytvářet stabilní, rovné, příznivé a transparentní podmínky pro investory druhé smluvní strany pro uskutečňování investic v jejich oblasti. Takové podmínky budou zahrnovat závazek neustále poskytovat investicím investora druhé smluvní strany spravedlivé a rovné zacházení (fair and equitable treatment).<sup>250</sup>*

*Každý Smluvní stát bude po celou dobu zajišťovat spravedlivé a rovnoprávné zacházení s investicemi investorů druhého Smluvního státu.<sup>251</sup>*

*Investicím investorů každé ze smluvních stran bude v každé době poskytováno řádné a spravedlivé zacházení a budou požívat plné ochrany a bezpečnosti na území druhé smluvní strany.<sup>252</sup>*

*Každá strana bude poskytovat investicím investora druhé strany zacházení v souladu s mezinárodním právem, včetně spravedlivého a rovného zacházení (fair and equitable treatment) a plnou ochranu a bezpečnost.<sup>253</sup>*

*Investicím nebo výnosům investorů kterékoli smluvní strany bude vždy poskytováno zacházení v souladu s minimálním standardem mezinárodního práva obyčejového pro zacházení s cizinci, včetně spravedlivého a rovného zacházení a plné ochrany a bezpečnosti.<sup>254</sup>*

---

<sup>250</sup> The Energy Charter Treaty (Energetická charta), čl. 10 (1)

<sup>251</sup> Sdělení MZV 69/ 1996 Sb., BIT ČR – Spojené arabské emiráty, čl. 2 odst. 3

<sup>252</sup> Sdělení MZV 89/ 2006 Sbms., BIT ČR–Čína, čl. 2 odst. 2

<sup>253</sup> NAFTA, čl. 1105 odst. 1

<sup>254</sup> BIT Kanada–ČR, op. cit., čl. III (1.)(a)

Ustanovení podobná výše uvedeným se dají nalézt ve většině mezinárodních investičních smluv, proto není pochyb o tom, že povinnost spravedlivého a rovného zacházení s investorem má pevné místo v MIP.

Pojem samotný má svůj původ v mezinárodních smlouvách o přátelství, obchodu a navigaci, které mezi sebou uzavíraly rozvinuté státy a jsou určitým předchůdcem BIT. Jak bylo řečeno, většina žalob v mezinárodní arbitráži dnes tvrdí porušení FET standardu zacházení spolu s nějakou formou nepřímého vyvlastnění. FET standard a nepřímé vyvlastnění jsou si podobné i co do obsahu. Na tento vzájemný vztah chce práce poukázat a předvídat budoucí trend v rozhodování sporů. Některé tribunály se snažily v minulosti vykládat tento pojem z historického hlediska a zasadit ho do mezinárodního obyčejového práva, argumentem proto byly jistě i některé investiční smlouvy, které o FET jako normě obyčejového práva či součásti mezinárodního minimálního standardu mluví. Jiné tribunály spíše vycházely z toho, že jde o normu vyplývající čistě z mezinárodní smlouvy, v které je obsažena.<sup>255</sup> V současnosti se od otázek, jestli a jak souvisí FET standard s obyčejovým právem, upouští a spíše se věnuje pozornost jeho hmotněprávnímu obsahu, tak jak ho dotvořila mezinárodní arbitráž. Mnoho rozhodčích tribunálů poukázalo v první řadě na to, že z FET standardu nevyplývá možnost posoudit věc *ex aequo at bono*, ale reprezentuje právní normu se specifickým obsahem. Dotváření elementů tohoto obsahu je stále pokračující proces, ve kterém hrají tribunály zásadní roli.<sup>256</sup>

V tomto bodě vývoje je možné určit jisté druhy nevhodného a nečestného jednání státu, které zakládají porušení FET standardu. Mezi ně patří: (a) zásah legitimních očekávání investora, (b) odepření spravedlnosti a řádný proces, (c) zjevná svévolnost v rozhodování, (d) diskriminace, (e) bezprostřední hrubé jednání.<sup>257</sup>

Uvedené elementy FET, které přinesla rozhodovací praxe a které byly posléze popsány doktrínou, jsou obdobné (ne-li identické) těm uvedeným u nepřímého vyvlastnění.

---

<sup>255</sup> Dolzer, R., von Walter, A.: *Fair and Equitable Treatment and Customary Law – Lines of Jurisprudence*, Investment Treaty Law: Current Issues (2007), s. 99

<sup>256</sup> UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements II, Fair and Equitable Treatment*, New York, Geneva, 2012, s. 61

<sup>257</sup> Tamtéž, s. 62

Bezprostřední hrubé jednání (*outright abusive treatment*) nebo donucení a obtěžování (*coercion and harassment*)<sup>258</sup> nejsou explicitně v nových investičních smlouvách jako kritérium u nepřímého vyvlastnění zmiňovány, v minulosti, která neznala tolik státních zásahů do ekonomiky, to byl zřejmě právě takovýto druh jednání státu, který odstavil investora od jeho majetku (tento druh jednání bylo v souvislosti s nepřímým vyvlastněním možno vidět v případě *Benvenuti et Bonfant*). Obsah FET standardu, jak se zdá, se tak kryje s podobami vyvlastňovacího jednání státu.

Připomeňme ještě terminologii, kterou práce ve vztahu k vyvlastnění užívá. Pojem *taking* jako nejobecnější z pojmů zahrnující veškeré možné zásahy do majetkových oprávnění státu je v práci přeložen jako „vyvlastňovací zásah“ nebo „zásah“. Dále se v práci často opakuje pojem „nepřímé vyvlastnění“, který pojmenovává v současnosti nejdiskutovanější druh „vyvlastňovacího zásahu“ (otázky přímého vyvlastnění, konfiskace či znárodnění nechává práce trochu stranou). „Nepřímé vyvlastnění“ samo o sobě může mít různé podoby. Jak bezprostřední hrubé jednání vůči investorovi, které ho například přinutí opustit hostitelský stát, tak zdánlivě legitimní státní regulace v oblasti životního prostředí spadají pod tento pojem. Dále byly zmíněny tři subkategorie nepřímého vyvlastnění: plíživé, důsledkové a regulační, ale nemá smysl snažit se konkrétní případy důsledně kategorizovat nebo tvrdit, že uvedené podskupiny zahrnují celou škálu nepřímého vyvlastnění. Pozornost je přesto věnovaná „regulačnímu vyvlastnění“, kterému je v práci připisován stejný obsah, jaký má „*regulatory taking*“ v právu Spojených států.

Výklad nepřímého vyvlastnění si navíc v této práci tak trochu půjčil terminologii pojmových znaků trestního činu, a to z toho důvodu, že nepřímé vyvlastnění má primárně, i jak vyplývá z dikce investičních smluv, povahu deliktu.

Co do protiprávnosti jako jednoho z těchto znaků, smysl má o ní mluvit především v souvislosti s okolnostmi protiprávnost vylučující, ve vnitrostátním právu je tomu konec konců taky tak. Arbitrážní praxe zná případy, kde se státy dovolávaly „stavu nouze“ jako

---

<sup>258</sup> Dolzer, R., Schreuer, Ch., op. cit., s. 159

důvodu toho, proč nedodržely své mezinárodní závazky související s investicí<sup>259</sup>. Článek 23 ILC článků mluví například i o *force majeure* (tedy vyšší moci) jako důvodu vyvázat se ze svých mezinárodních povinností.

Subjektem tady bude stát, který se zavázal investiční smlouvou (o přičitatelnosti aktů fyzických osob státu bylo pojednáno výše). Subjektivní stránka tady nemá zásadní význam. To již ale bylo uvedeno ve výkladu o kategoriích nepřímého vyvlastnění. Pokud však existuje důkaz o úmyslu relevantních osob připravit investora o investici, má tato okolnost jistě význam a může se objevit například v úvahách o dobré víře.

Co do objektivní stránky, konkrétní jednání mají, jak bylo řečeno, mnohé formy (viz 3.1. Aktuální podoby vyvlastňovacího zásahu). Jejich atributy nebo dá se říct znaky, které byly vytvořeny abstrakcí z konkrétních případů, jsou rozebírány v oddílech 3.6. a 3.7. (diskriminace, nedostatek veřejného zájmu, vady procesu atd.). Jednání musí být přirozeně v příčinné souvislosti s následkem, tedy ztrátou majetkových oprávnění obecně doprovázených především snížením hodnoty investice, jako důležité kritérium byla uvedena taky ztráta kontroly, což je ale vlastně jedno z vlastnických oprávnění (viz oddíl 3.5.). Následek a také předmět vyvlastňovacího zásahu jsou podle názoru autora práce to, co odlišuje porušení FET standardu od nepřímého vyvlastnění. To, že došlo k nepřímému vyvlastnění, může investor teoreticky tvrdit i v případech, kdy přichází jen o některá aktiva tvořící investici, např. dlouhodobé smluvní vztahy, některá administrativní práva, některé peněžní pohledávky vůči státu, exportní možnosti apod. Tyto okolnosti vyvlastnění byly probírány v části o předmětu vyvlastňovacího zásahu (viz oddíl 3.4.), přičemž bylo uvedeno, že v MIP není otázka částečného nepřímého vyvlastnění jasně zodpovězena. Posouzení takovýchto případů jako FET standardu se zdá být racionálnější než mluvit za těchto okolností o nepřímém vyvlastnění. U následku (viz oddíl 3.5.) bylo uvedeno, že proto abychom mohli mluvit o nepřímém vyvlastnění, musí zásah tradičně připravit vlastník o základní vlastnická práva (*interference deprives the owner of fundamental*

---

<sup>259</sup> Viz např. *LG & E v. Argentina*, op. cit.; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3

*rights of ownership*) nebo že musí „činit práva prakticky nepoužitelná“ (*makes rights practically useless*) a ztráta vlastnických oprávnění by měla být trvalá. Konkrétním doprovodným projevem toho bude ztráta hodnoty investice, která jak bylo napsáno, má být podstatná. Jistě se ale vyskytnou spory, u kterých tato podobnost přímého vyvlastnění není přítomná, ať už proto, že zásah do oprávnění nebyl tak zásadní, trval jenom po určitou dobu a hodnota investice neklesla podstatně. Pokud jednání má znaky oddílu 3.6. a 3.7., ale následek či předmět zásahu nespĺňují právě uvedené, bude ho možno kvalifikovat jako porušení FET standardu.

V tomto bodě by bylo vhodné do této delikt ní struktury zapracovat informace uvedené v předcházejícím oddílu 3.8., tedy oblast uplatnění regulační, policejní moci státu směřující k zabezpečení veřejného zájmu skrz nařízení, omezení a donucení (v MIP jsou zmiňovány i regulační pravomoci státu). Jak bylo uvedeno, volně přeložen znamená tento pojem také moc vlády zasahovat do užívání soukromého majetku. V případech z americké jurisprudence byl onen koncept skloňován především v souvislosti s ochranou životního prostředí, ale zahrnuje i oblasti ochrany bezpečnosti, pořádku, zdraví, morálky, spravedlnosti<sup>260</sup> a taky veřejného blaha obecně<sup>261</sup>. Tzn. že se v konkrétním případě může jednat i o ochranu národního hospodářství, stability vnitřních systémů přerozdělování, infrastruktury apod., pokud do těchto vztahů vstupuje stát vrchnostensky. Pokud je výkon těchto pravomocí doprovázen popsány mi nedostatky, tzn. je-li diskriminační, postrádá veřejný zájem, doprovází ho vážné procesní vady nebo znamená odepření spravedlnosti, je natolik tíživý pro investora, že na straně státu musí zjevně chybět dobrá víra, hrubě zasahuje legitimní očekávání investora atd., nemůže být považován za řádný a zákonný, ale je porušením mezinárodního závazku státu. V závislosti na tom, který okruh aktiv zasahuje a jaký je jeho následek, může být zásah kvalifikován jako porušení FET standardu nebo nepřímé vyvlastnění, které má v tomto případě delikt ní charakter. Jiný přístup zasluhuje, dle názoru autora, tenká hranice, v rámci oblasti regulačních pravomocí státu, mezi vyvlastněním a nekompensovatelným zásahem. Onu otázku je vhodné postavit mimo tuto delikt ní strukturu a soustředit se na to, co by mohlo tvořit dělicí hranici mezi dvěma zásahy,

---

<sup>260</sup> Black's Law Dictionary, op. cit., s. 1276

<sup>261</sup> Srov. Saluka, op. cit., čl 255

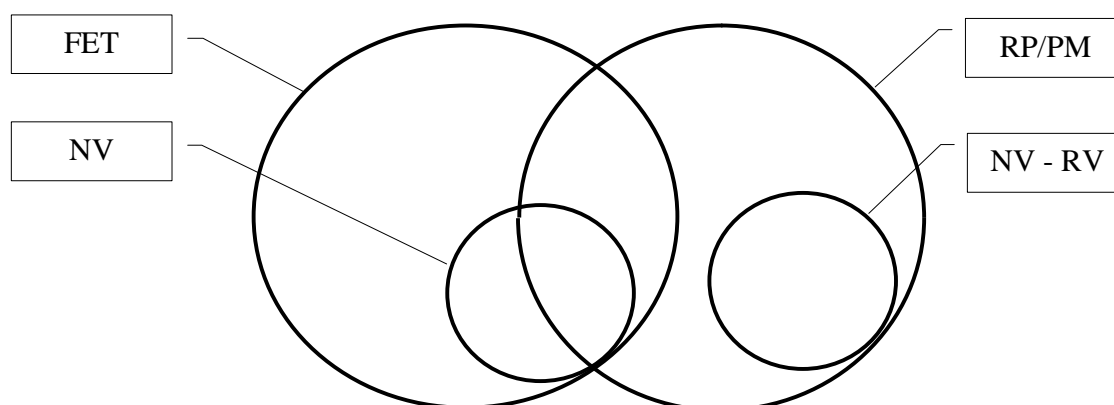
tedy kompenzovatelným a nekompenzovatelným. Autor práce považuje za vhodné inspirovat se americkou jurisprudencí, tedy hledět na to i) jestli jde o zlepšování veřejných statků či řešení konfliktu zájmů veřejného a soukromého a ii) dále hledět na právní povahu majetku. První kritérium znamená otázku toho, jestli jde o výhody přinášející regulaci nebo omezování činnosti škodlivé veřejnému zájmu. Jinými slovy, jestli stát jedná více jako „podnikatel“ při zlepšování veřejných statků nebo řeší konflikt různých zájmů, což nemusí být z okolností případu hned tak zjevné. Druhé kritérium je naznačeno v díle J. L. Saxe. U majetku vytvářejícího externalitu je dle něho regulace výkonem veřejného práva a náhrada nepřísluší, ale kde tomu tak není, měla by být zaplacená náhrada. Ještě obecněji je to vyjádřeno v odůvodnění rozhodnutí *Lucas v. South Carolina Coastal Council*. Dle něho, aby regulace obstála jako legitimní i bez kompenzace, musí náhled právního titulu k statku v čase jeho nabývání ukázat, že v případě určitého druhu užívání je možné očekávat zásah státu. V uvedeném případě byla zakoupena půda k stavbě pozemku (co je zcela běžné užití půdy), ale v oblasti byla pak zakázána výstavba kvůli ochraně pobřeží, i když obyvatelné budovy byly dříve konstruovány na vedlejších parcelách.

Aby bylo použito pojmosloví, které se v MIP zformovalo, mohou být podle názoru autora práce ty samé principy vyjádřeny skrz přiměřenost opatření veřejnému zájmu a legitimní očekávání investora. Lze připomenout, že u přiměřenosti naše doktrína přišla s těmito body posouzení: 1) je-li prostředek zvolen správním orgánem vhodný k dosažení účelu (vhodnost) 2) jde-li o prostředek, který co nejméně poškozuje dotčené a ještě vede k cíli (potřebnost) 3) otázka toho, zda není újma na právech nepřiměřená ve vztahu k cíli (přiměřenost v užším smyslu).

Co se týče testu přiměřenosti opatření veřejnému zájmu, ten vycházel z předpokladu, že stát uplatňuje své regulační pravomoci sledujíc veřejné blaho. Teoreticky by mohlo jít i o uplatňování regulačních pravomocí, které je diskriminační a snaží se zabránit například hospodářskému prospěchu zahraniční společnosti apod. Pokud opatření netrpí podobnými vadami, pak jejich výsledek bude vždy určitý společenský prospěch. Otázkou jenom je, jestli se tomu tak neděje na účet investora. Jistě je třeba posoudit cíl, který se sleduje, jestli prostředek k jeho dosažení je vhodný a co nejméně zatěžující ve vztahu k majetku investora. Musíme, dá se říct, odpovědět na otázku jestli „cíl světí za daných okolností prostředky“.

O regulační vyvlastnění by šlo taky tam, kde objektivní zhodnocení právního titulu investora k jeho investici v čase, kdy ji investor nabýval, nedávalo seznat možnost, že by za běžných okolností a provozu mohl v budoucnu přijít o svá majetková oprávnění. Je ale důležité připomenout, že se pohybujeme v oblasti regulačních pravomocí státu, a proto je určitá forma zásahu vždy inherentně přítomná. Zásah legitimních očekávání by tady měl být analogický zásahům u přímého vyvlastnění. Vlastník nemovitosti ji nabývá k účelům, kterým normálně slouží, přitom ale se sebou ono vlastnictví vždy nese i možnost vyvlastnění k veřejnému prospěchu, jehož přirozenou podmínkou je ale náhrada. Hrubé porušení legitimních očekávání, jako například faktický zákaz vyplácení zisku v případě slovenských zdravotních pojišťoven, který je zcela zjevně nepřiměřený, bude mít deliktní charakter, i kdyby šlo o oblast policejních mocí.

Dosud uvedené se dá vyjádřit následujícím **nákresem**:



Hranicí mezi FET standardem a NV (nepřímým vyvlastněním) je následek a předmět zásahu. Oba mají deliktní charakter. Výkon policejních, resp. regulačních pravomocí (RP/PM) státu může spadat do deliktní části, pokud jsou přítomny některé z faktorů z oddílu 3.6. a 3.7., v závislosti od následku a předmětu vyvlastnění zásah bude posouzen jako porušení FET standardu nebo NV. Výkon RP/PM může být nepřímým regulačním vyvlastněním (NV – RV) v závislosti na faktorech legitimních očekávání a přiměřenosti veřejnému zájmu. Takovýto zásah není deliktní a potom co je vysloveno, že jde o vyvlastnění, zasluhuje kompenzaci (deliktní nepřímé vyvlastnění vyžaduje reparaci). Vycházejíce z toho, že regulační vyvlastnění je analogií klasického přímého vyvlastnění nemovitostí nebo znárodnění podniku, můžeme tady teoreticky mluvit i o částečném

vyvlastnění tam, kde není ztracena celá investice nebo se zásah týká jenom části aktiv investice. Dokázat to, ale nemusí být v praxi lehké.

Autor práce se rovněž domnívá, že oblast zdaňování, která je bezpochyby regulační pravomocí státu, by neměla být nikdy uvažována jako regulační vyvlastnění, tzn. neměla by spadat do kategorie NV – RV, i když patří do RP/PM. Důvody pro to jsou teoretické i praktické. Nedostatkem nepřímého regulačního vyvlastnění, který je třeba cestou arbitrážního řízení odstranit, je to, že nebyla poskytnuta kompenzace a jak správně uvádí profesor Newcombe ve své diplomové práci, kompenzovat za ztráty způsobené přerozdělováním (zdaňováním) je neslučitelné s politikou přerozdělování.<sup>262</sup> Jednoduše řečeno není zcela logické vracet to, co bylo státem vybráno jako daň, a mluvit přitom o kompenzaci za vyvlastnění. Daňové zatížení může být nespravedlivé a nerovné. V takovém případě je tento stav třeba zvrátit změnou legislativy a náhradou nespravedlivě vybrané daně, případně dalších škod takhle způsobených. Došlo-li by v období účinnosti takové daňové legislativy jejím přičiněním k „zničení“ investice, bylo by možné uvažovat o nepřímém deliktním vyvlastnění. Praktický pohled na problém ukazuje, že státy bývají, především v čase hospodářských krizí, velmi kreativní, co se týče daní. Zaváděné mohou být různé „solidární“ daně zatěžující banky, milionáře, velké podniky nebo jsou známy i tzv. *windfall profits tax* (zdanění náhle „privátých“ zisků podniku speciální sazbou). Takovéto postupy bývají respektovány. Proto aby mohly být daně, které jsou pro povinného vždy ztrátou bez jasné protihodnoty, účinně napadeny před arbitrážním soudem, je třeba zjevně požadovat vysokou, dá se říct deliktní, laťku „závadnosti“ předmětné legislativy. Z toho důvodu autor navrhuje uvažovat o danění jen v rámci deliktní části schématu.

Na závěr je třeba dodat, že tribunály mohou ze všech kroků státu napadených investorem posoudit některé jako porušení FET standardu, jiné jako nepřímé vyvlastnění či nekompensovatelný legitimní státní zásah. Příkladem může být *Saluka*, kde uvalení nucené správy na banku bylo shledáno za legitimní výkon regulačních pravomocí, postupy státu, které přispěly k zhoršení kapitálové přiměřenosti banky, porušily dle tribunálu standard

---

<sup>262</sup> Newcombe, op. cit., s. 9

spravedlivého a rovného zacházení. V případě *Tecmed* bylo rozhodnutí neobnovit licenci prohlášeno za nepřímé vyvlastnění (dle principu rozebraných v této části by šlo o regulační vyvlastnění implikující povinnost státu zaplatit kompenzaci za vyvlastněný majetek), ale řízení, které mu předcházelo, bylo uznáno porušením FET standardu.

### 3.10. KOMPENZACE ZA VYVLASTNĚNÍ A NÁHRADA ŠKODY (REPARACE)

Levá část nákresu, která byla nazvána deliktní, je porušením mezinárodního závazku státu, který převzal uzavřením nějaké investiční smlouvy. Bylo navrženo, že ty samé skutkové okolnosti mohou být posouzeny jako porušení standardu spravedlivého a rovného zacházení anebo jako nepřímé vyvlastnění. Toto nepřímé vyvlastnění by pak bylo protiprávní (*unlawful*) nejenom proto, že nebyla poskytnuta náhrada, což je důvod, který se nabízí jako prvořadý z díkce většiny investičních smluv, ale taky kvůli způsobu, jakým bylo dosaženo, tzn. postupy státu, které byly diskriminační, postrádaly veřejný zájem, byly doprovázeny porušeními principů spravedlivého procesu, bez dobré víry na straně státu apod. nebo v neposlední řadě jsou výsledkem donucení obtěžování či jiného hrubého jednání.

V obecném, resp. obyčejovém mezinárodním právu je, pokud se mluví o následku protiprávního jednání, vždy citováno rozhodnutí ve věci *Chorzowské továrny*<sup>263</sup>. Dle tohoto dobře známého rozhodnutí vzniká státu důsledkem jeho protiprávního jednání (jakéhokoliv) povinnost, vyplývající pro něj z mezinárodního práva, odstranit všechny důsledky jeho činu a nastolit stav, který by pravděpodobně existoval, nedošlo-li by k protiprávnímu činu. Z toho vyplývá primární povinnost k tzv. naturální restituci. Není-li možná, potom má být místo ní poskytnuta monetární náhrada ve výši, která by odpovídala hodnotě této restituce, k tomu je třeba uložit zaplacení náhrady za ztrátu, která není krytá naturální restitucí nebo peněžní částkou vyplacenou místo ní (např. satisfakce za imateriální újmu).<sup>264</sup> Jde tedy o reparaci, nápravu protiprávního stavu. V uvedeném rozhodnutí bylo

---

<sup>263</sup> *The Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland*, Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti, rozhodnutí ze dne 13. 9. 1928, Sbírká rozhodnutí ser. A čís. 17

<sup>264</sup> Tamtéž, s. 47, „Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est

rovněž řečeno, že vyvlastnění (protože ono bylo předmětem sporu), které je po právu, vyžaduje zaplacení hodnoty podniku, kterou měl v době vyvlastnění, a úrok až do dne zaplacení (*la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement*) či jinak řečeno, zaplacení spravedlivé hodnoty vyvlastněných věcí (*le juste prix des choses expropriées*).<sup>265</sup>

Mezinárodní investiční smlouvy, jak bylo napsáno v části o pramenech MIP, uvádějí principy náhrady (kompenzace) za řádné vyvlastnění, přičemž mluví obvykle o okamžité, adekvátní a účinné náhradě (*prompt, adequate and effective compensation*), plné náhradě (*full compensation*), tržní hodnotě (*fair market value*) nebo skutečné hodnotě (*genuine value*). Spolu s tím tam povětšinou najdeme více či méně konkrétní způsob stanovení úrokové sazby. O reparaci za protiprávní akty, včetně protiprávního vyvlastnění, investiční smlouvy nemluví. Proto přicházejí do úvahy výše uvedené principy mezinárodního obyčejového práva.

Kromě přímého vyvlastnění či znárodnění se ale podle názoru autora této práce uvedená ustanovení smluv o kompenzaci za vyvlastnění (řádne, zákonné) týkají rovněž nepřímého regulačního vyvlastnění (NV – RV) z pravé strany nákresu. Tento koncept byl přirovnán k americkému *regulatory taking* a nazván analogií klasického přímého vyvlastnění. Z těchto důvodů, i když je předmětem arbitrážního sporu, není spravedlivé ani logické mít ho za protiprávní kvůli tomu, že za něj nebyla poskytnuta náhrada nebo kvůli argumentům uvedeným v předcházející části (legitimní očekávání, veřejný zájem), které mu dávají povahu kompenzovatelného zásahu.

Následně je nutné podívat se na konkrétní rozdíl ve výši reparace a kompenzace, protože když mezi nimi rozdíl není, není nutné ani rozlišovat mezi jednotlivými druhy nepřímého vyvlastnění. Naturální restituce je zřídka proveditelná a ve skutečnosti půjde ve většině

---

que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.“

<sup>265</sup> Tamtéž

případů o náhradu škody v penězích (tedy alternativu k restituci), která jak ve vnitrostátním, tak mezinárodním právu zahrnuje jak utrpěnou škodu, tak ušlý zisk. To potvrzují i ILC články, které obecná pravidla odpovědnosti nezávazně kodifikují, čl. 36 odst. 1, 2 říká: *The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.* Obecně by tedy reparace měla být vyšší než kompenzace za vyvlastnění, protože zahrnuje dodatečné elementy k hodnotě investice. Arbitrážní praxe rovněž ukazuje, že reparace může být rovná nebo přesahovat výši kompenzace, ale nikdy nebude nižší.<sup>266</sup> To je důvod, proč je nutno rozlišovat mezi nepřímým vyvlastněním deliktním a nepřímým vyvlastněním regulačním. Na druhé straně způsob určení kompenzace za řádné vyvlastnění (i regulační), tak jak je vyjádřen ve většině investičních smluv, požaduje zaplacení spravedlivé tržní hodnoty či skutečné hodnoty investice. Tzn. nejenom hodnota jednotlivých položek tvořících investici, ale možné budoucí výnosy musí být zohledněny taktéž. Ve výsledku tak nemusí být výše kompenzace a reparace tak rozdílná. Tímto způsobem stanovená výše kompenzace se nezdá být v případech nepřímého regulačního vyvlastnění vždy vhodná, jelikož zde alespoň částečně jde o legitimní vládní opatření sledující nějaký veřejný prospěch bez toho, aby stát nabýval konkrétní statky pro sebe. Je těžce ospravedlnitelné požadovat za daných okolností po státu sumy vyplácené při koupi fungujícího podniku v běžných obchodních transakcích.

Nastíněná otázka adekvátní výše kompenzace má v mezinárodním právu širší rozsah a týká se i přímého vyvlastnění. V části pojednávající o pramenech bylo zmíněno, že v mezinárodním právu, minimálně od doby postkolonialismu, existuje přesvědčení, že znárodnění neimplikuje nutně povinnost státu poskytnout plnou kompenzaci za vyvlastněný majetek, ale spíše částku přiměřenou cíli, který se znárodněním sleduje.

S uvedeným více méně souhlasí i to, co napsal ve své práci profesor Brownlie. Dle něho existuje v mezinárodním právu takovýto standard kompenzace: i) vyvlastnění k jistým veřejným účelům, např. výkon policejní moci a obranná opatření za válečného stavu jsou

---

<sup>266</sup> UNCTAD: Expropriation, op. cit., s. 114

zákonná, i když není zaplácena žádná kompenzace ii) vyvlastnění jistých položek majetku je nezákonné, pokud není poskytnutá účinná kompenzace iii) znárodnění, tj. vyvlastnění zásadního průmyslného odvětví nebo zdroje je protiprávní, jenom pokud neexistuje žádné opatření směřující k poskytnutí kompenzace vyplácené na základě slučitelném s ekonomickými cíli znárodnění.<sup>267</sup> Tvrzení nepřímého vyvlastnění, které se dostane před arbitrážní tribunál, bude zřídka předem kompenzováno a cílem řízení je ho v první řadě identifikovat. U NV (deliktního) bude fakt, že nebyla poskytnuta náhrada jenom jedním z důvodů, proč ho mít za protiprávní a následně aplikovat pravidla o reparaci. U NV – RV nemůže fakt, že nebyla poskytnuta náhrada činit toto vyvlastnění protiprávním, pokud má být systém racionálním a spravedlivým. Proto tak jak bylo navrženo na začátku této kapitoly, náhrada za vyvlastnění je u nepřímého vyvlastnění v jiné pozici než u přímého. Citovaná publikace profesora Brownlieho se týká především vztahu „přímé vyvlastnění – náhrada – protiprávnost“, ale princip je relevantní i pro vyvlastnění nepřímé. Vycházejíce z toho, že NV – RV je obdobné řádnému přímému vyvlastnění, pak z jeho forem ho lze připodobnit zřejmě právě znárodnění, jelikož jde o dosažení nějakého obecnějšího společenského cíle, kde stát nejedná zcela jako podnikatel nabývající statky pro realizaci svého projektu. Není tomu tak ale bez výjimky, lze si představit i situace, kdy stát odebere povolení k specifickému užití pozemku, aby ho využil pro svůj projekt, např. zřízení rezervace nebo stavbu kanalizace apod. Za takových a obdobných okolností půjde o spíše o podobnost s klasickým přímým vyvlastněním.

Profesor Subedy tento princip nastíněný profesorem Brownliem vyjádřil ve čtyřech různých kategoriích vztahu „vyvlastnění – náhrada“: i) nekompensovatelné formy vyvlastnění, které jsou výsledkem výkonu tradičních „policejních mocí“ států, ii) regulační vyvlastnění dovolená rozvíjejícím se a existujícím mezinárodním právem, která mohou vyžadovat nižší než plnou kompenzaci, iii) dovolené a kompenzovatelné formy vyvlastnění odůvodňující plnou kompenzaci podle Hullovy formule a iv) protiprávní a konfiskační formy vyvlastnění vyžadující restituci nebo mnohem vyšší úroveň kompenzace.<sup>268</sup> Pohled

---

<sup>267</sup> Brownlie, I.: *Principles of Public International Law*, 6. Vydání, Oxford University Press, 2003, s. 514

<sup>268</sup> Subedy, op. cit., s. 152

na tyto možnosti dává tušit, že úprava náhrady v mezinárodních investičních smlouvách, kde zabírá průměrně dvě nebo tři věty, jako vodítko pro rozhodnutí příliš nestačí. Situace v normách MIP jako celku se nezdá být lepší. Profesor Subedy v této souvislosti píše: „Mezinárodní investiční právo neposkytuje jasné vodítko k vymezení rovnováhy mezi protiprávním vyvlastněním a regulačním vyvlastněním. Žádná smlouva ani jurisprudencce mezinárodních investičních tribunálů nerozvinuly nějaký odsouhlasený standard kompenzace ani nenačrtly jasné rozlišení mezi [výše uvedenými kategoriemi].“<sup>269</sup> Zjednodušeně řečeno pravá strana nákresu (tj. RM/PM spolu s NV – RV) spadá někam do prvních tří kategorií. Levá strana – deliktní, tedy porušení FET a NV (protiprávní), do poslední kategorie.

Publikace UNCTAD Expropriation uvádí, že i přes teoretický rozdíl mezi reparací a kompenzací, typický přístup je přiřknout trhovou hodnotu investice. Státy si můžou, podle autorů textu, přát přehodnocení nebo vyjasnění aplikovatelných smluvních pravidel, aby předešly nadměrným kompenzacím při zákonném vyvlastnění.<sup>270</sup> S tím je možné souhlasit.

Kromě vypořádání se s teoretickými právními otázkami náhrady je nutné investici taky ocenit. Hodnota investice by měla být objektivní fakt nezávislý na právním základu náhrady. Prakticky ale vybraná metoda ocenění ovlivní výslednou hodnotu celé investice a koresponduje s některou formou náhrady (reparace, plná kompenzace, nižší míra kompenzace). Určit trhovou hodnotu nějakého hmotného statku, který je přímo vyvlastněn, nebude problém, existuje-li pro něj trh. Složitější je situace, s kterou se setkává MIP nejčastěji, a to když je investicí fungující podnik v širokém slova smyslu (*enterprise, going concern*). Často se v této souvislosti zmiňují metody oceňování vyjmenované ve *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (1992).<sup>271</sup> Metoda účetní hodnoty (*book value*) tam uvedená vychází z rozdílu mezi hodnotami aktiv a pasiv v účetních záznamech a je vhodná v některých případech nepřímého regulačního vyvlastnění (NV – RV), především těch spadajících do druhé kategorie tj. ii) „regulační

---

<sup>269</sup> Tamtéž

<sup>270</sup> UNCTAD, Expropriation, s. 116

<sup>271</sup> Pozn. pod čarou č. 50

vyvlastnění dovolená rozvíjejícím se a existujícím mezinárodním právem, která mohou vyžadovat nižší než plnou kompenzaci“. Nebere do úvahy ušlý zisk a nevychází nutně z tržové hodnoty podniku jako celku. Metoda likvidační hodnoty (*liquidation value*) je založená na hodnotě jednotlivých aktiv nebo všech aktiv podniku jako celku, za kterou by mohla být prodaná ochotnému kupci. Počítá tedy s tržovou hodnotou všech aktiv podniku jako celku, i když v jeho likvidační fázi. Hodí se, zdá se, pro případy NV – RV nepodobných ve své podstatě znárodnění a spadajících do třetí kategorie tj. iii) „dovolené a kompenzovatelné formy vyvlastnění odůvodňující plnou kompenzaci podle Hullovy formule“. Metoda *discounted cash flow value* je nejdiskutabilnější, protože se snaží předvídat budoucí výnosy po dobu životnosti investice a upravit je o výdaje, inflaci a realistická rizika. Bude-li akceptována v konkrétním řízení, může být použita v případech NV (deliktní), tzn. ve čtvrté kategorii iv) „protiprávní a konfiskační formy vyvlastnění vyžadující restituci nebo mnohem vyšší úroveň kompenzace“. V reálných sporech budou tribunály zvažovat jak principiální právní otázky, tak různá specifická fakta sporu a metody, jak dojít k spravedlivé částce. Důležitá je přitom doba, po kterou přinášela investice výnos nebo byla aktivní a jestli byla v době zásahu fungujícím podnikem (*going concern*). Východiskem úvah budou znalecké posudky stran připravené obvykle auditorskými společnostmi, jejichž výsledné částky se mohou leckdy i několikanásobně lišit, a to i v případech užití stejné metody.<sup>272</sup> Každý tribunál bude muset mezi dvěma proti sobě stojícími tvrzeními najít vhodnou cestu k výsledné částce a odůvodnit své řešení. Výše uvedené právní normy a související metody jsou rámcem, ve kterém se bude rozhodování pohybovat. Náhradě je zřejmě možné věnovat samostatnou práci, o čem svědčí i literatura zaměřená jenom na toto téma<sup>273</sup>, taková práce by ale vyžadovala i hlubší znalost podání stran a důkazních materiálů.

---

<sup>272</sup> V případě Tecmed bylo ocenění žalobce při použití DCF metody 52 mil. USD, znalec žalovaného přišel aplikací té samé metody s výslednou částkou 2,1 mil USD

<sup>273</sup> Viz např.: Knator, M.: *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, Marboe, I.: *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, Ripinski, S., Williams, K.: *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2002

## 4. KAPITOLA

### ČESKÁ REPUBLIKA A MEZINÁRODNÍ INVESTIČNÍ PRÁVO

Česká republika má uzavřeno kolem 80 dvoustranných dohod na ochranu investic<sup>274</sup>, které začala uzavírat již na počátku 90. let ještě jako ČSFR. Zároveň je i signatářem Energetické charty a do budoucna jsou pro ni závazné taky FTA smlouvy mezi Evropskou unií a třetími státy. České vlády v minulosti prohlašovaly, že dohody o ochraně investic budou ve velké míře vypovídat. Zdůvodňovaly to údajnou nadbytečností těchto dohod s členskými státy Evropské unie. Svou roli ale jistě sehrály i prohrané arbitráže.<sup>275</sup> Do roku 2011 jich proti ČR bylo vedených přibližně 16, z toho investor vyhrál v polovině případů.<sup>276</sup> Ve skutečnosti však byly doposud ukončeny jenom BIT se Slovenskem, Itálií, Dánskem, Slovinskem, Maltou, Estonskem a Irskem.<sup>277</sup> V poslední několika letech Česká republika arbitrážní spory spíše vyhrává. Je vhodné zmínit aktuální problém změny legislativní úpravy podpory investic do fotovoltaických elektráren.

#### 4.1. STÁTNÍ PODPORA INVESTIC DO FOTOVOLTAICKÝCH ELEKTRÁREN

Problém načrtnutý již v první kapitole, má svůj původ v právní úpravě podpory výroby elektrické energie z obnovitelných zdrojů. Cílem států Evropské unie upraveným i evropskou legislativou je dosáhnout stále většího podílu obnovitelných zdrojů na tzv. „energetickém mixu“. Rozsáhlému využívání solární energie jako jednoho z obnovitelných zdrojů ale bránily vysoké počáteční náklady spojené s drahou technologií solárních panelů. Při ceně jednotek elektrické energie a množství energie, které dokážou fotovoltaické elektrárny vyrobit, by trvalo velmi dlouhou dobu než by výnosy z jejího prodeje pokryly počáteční náklady a taková investice mohla začít přinášet zisk. Na druhé straně takový provoz nevyžaduje, kromě nákladů na údržbu, žádné další výdaje, protože není závislý na

---

<sup>274</sup> Šturma, P., Balaš, V.: Mezinárodní ekonomické právo, op. cit., s. 352

<sup>275</sup> Dančišin, M., Kališ, R.: Hrozí další arbitráže, týdeník Ekonom, 6.–12. 1. 2011, číslo 1, s. 50

<sup>276</sup> Tamtéž

<sup>277</sup> Kostka, V.: Bulletin Advokacie, 2012, č. 12, str. 31

surovinách, jako je uhlí nebo plyn, ale na slunečním záření. Sluneční záření je zdarma, a tak i výroba elektrické energie z něho je, po pokrytí počátečních nákladů výnosy z prodeje, téměř zdarma. Cestou k podpoře budování těchto ekologicky prospěšných elektráren byla proto garance výkupních cen a tzv. „pětileté daňové prázdniny“. Tyto výkupní ceny nebyly závislé na tržních cenách, ale jejich výše se odvíjela od garance návratnosti investice v 15letém časovém horizontu od uvedení elektrárny do provozu a příslibu zachování výše výnosů za jednotku elektřiny taktéž po dobu 15 let od uvedení do provozu. Tuto garanci dal stát všem potencionálním investorům v § 6 odst. 1 b) 2. dnes již neúčinného zákona 180/2005 Sb. (o podpoře využívání obnovitelných zdrojů, „OZE“). Výkupní ceny dle tohoto zákona stanoví vždy na rok dopředu Energetický regulační úřad (ERÚ), ceny přitom nesmí být nižší než 95 % ceny předchozího roku. V letech 2008 a 2009 prudce klesla cena solárních panelů, a to přibližně o 40 %. ERÚ údajně neměl dostatečné právní prostředky na tuto změnu reagovat. Koncem roku 2010 byly proto přijaty zákony, které zcela zrušily podporu pro zdroje nepřipojené do přenosové nebo distribuční soustavy do 28. února roku 2011, s výjimkou malých zdrojů do 30 kWp (zák. č. 330/2010 Sb.). Dále rušily tzv. daňové prázdniny (zavedené už v roce 2002) pro příjmy z obnovitelných zdrojů a prodloužily dobu odpisů hmotného majetku využívaného k výrobě elektřiny ze slunečního záření (zák. č. 346/2010 Sb.). Zavedly zvláštní odvod z výkupní ceny a tzv. zeleného bonusu postihující výrobce elektřiny ze slunečního záření ve výši 26 % a 28 % (zák. č. 402/2010 Sb.). Tento odvod se dotýkal výrobců elektřiny, kteří uvedli své elektrárny do provozu v období od 1. 1. 2009 do 31. 12. 2010, přičemž tato povinnost měla původně trvat od 1. 1. 2011 do 31. 12. 2013. Zákonem č. 165/2012 Sb. byl tento odvod prodloužen pro výroby uvedené do provozu v roce 2010 i na následující období až do konce doby trvání práva na podporu (výše odvodu byla snížena na 10 %). O něco dříve v roce 2010 byl zákonem č. 137/2010 Sb. ze dne 21. 4. 2010 (s účinností od vyhlášení, tj. 20. 5. 2010) zrušen limit poklesu výkupních cen daný 95 % cen předchozího roku, a to pro investice, u kterých je v roce, v němž se o novém stanovení výkupních cen rozhoduje, dosaženo návratnosti investic kratší než 11 let.

V březnu roku 2011 byl Ústavnímu soudu doručen návrh skupiny senátorů na zrušení těch částí zákonů, která rušila osvobození od daně a zaváděla odvod z výkupné ceny, resp.

zeleného bonusu. Návrh byl zamítnut rozhodnutím z 15. 5. 2012.<sup>278</sup> Navrhovatelé tvrdili především zásah do oprávněných očekávání výrobců a nerovnost v přístupu k jednotlivým producentům. Vláda ve svém vyjádření argumentovala v tom smyslu, že rychlý rozvoj výroby energie z OZE způsobil růst výše nákladů na její financování a z toho plynoucí negativní sociálně-ekonomické dopady. V průběhu roku 2009 došlo v oblasti výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů k takové změně skutkových okolností, že bylo nezbytné ve veřejném zájmu přehodnotit dosavadní postoj státu k veřejné podpoře výroby takové energie. Šlo zejména o výrazné zlevnění technologie fotovoltaických panelů v letech 2008 a 2009, které vedlo k tzv. solárnímu boomu. Dle vlády bylo nutno ve veřejném zájmu využít všech legitimních prostředků k přehodnocení dosavadní míry finanční podpory. Jedním z kroků bylo i využití práva státu ukládat daně, poplatky a jiná podobná plnění. Podle předsedy vlády nebyla přijatá opatření iracionální, ale přijatá ve veřejném zájmu a přiměřená cíli. Opatření byla navíc údajně v souladu s evropskou legislativou, která uvádí, že programy podpory mají být přehodnoceny v závislosti na rozvoji trhu tak, aby v konečném důsledku mohla elektřina z OZE volně soutěžit s elektřinou vyrobenou z neobnovitelných zdrojů (směrnice 2001/77/ES). Systém podpory a principy stanovování regulovaných cen dle vlády investorům i nadále zaručují takové podmínky, aby bylo dosaženo prosté doby návratnosti investice 15 let. V závěru vláda tvrdila, že opatření nemohou působit na výrobce elektrické energie tzv. „rdousícím efektem“ ani nemůže dojít k zmaření samé podstaty majetku dotčených subjektů.<sup>279</sup> I podle vyjádření ministerstva průmyslu a obchodu a ministerstva financí nejsou předmětná opatření, zejména odvod, svévolná ani extrémní a neničí majetkovou základnu investora.<sup>280</sup> ERÚ, na který se Ústavní soud taky obrátil, zaslal soudu vyjádření s doprovodnými grafy a tabulkami, z nichž dovodil, že i po započtení vlivu odvodu na výnosnost investice je dosahované vnitřní výnosové procento nad úrovní vážených průměrných nákladů na kapitál a doba návratnosti je pod úrovní stanovené hranice 15 let, a to bez ohledu na způsob financování u jednotlivých projektů. ERÚ uvedl také, že výnosy jako takové nebyly zavedením odvodu

---

<sup>278</sup> Pl. ÚS 17/11 (220/2012 Sb.)

<sup>279</sup> Pl. ÚS 17/11, odst. 17

<sup>280</sup> Tamtéž, odst. 19–20

dotčeny, neboť oprávněné subjekty stále získávají stejný hrubý výnos, na který mají nárok, i když fiskální opatření z logiky věci zasahují do dispozice s tímto hrubým výnosem. Dle ERÚ byly výkupní ceny na roky 2009 a 2010 stanoveny v době, kdy ještě nebylo o odvodu uvažováno, konkrétně na podzim roku 2008 a 2009. V replice navrhovatelů bylo uvedeno, že z výpočtu používajícího stejnou metodiku jako ERÚ, ale sledujícího diskontovanou návratnost se míra návratnosti dostává na hranici 15 let.<sup>281</sup>

Co se týče námitek zásahu do legitimních očekávání, Ústavní soud se v této souvislosti zabýval především otázkou retroaktivity právní úpravy z hlediska patnáctileté doby trvání garancí. Ústavní soud ve svém rozhodnutí konstatoval nepřímou retroaktivitu, protože zavedením odvodů z prodeje elektřiny se (zák. č. 402/2010) do budoucna snížila podpora garantována a poskytována provozovatelům až do účinnosti předmětného zákona.<sup>282</sup> Pokud právní normy působící nepravou retroaktivitu zasahují do ochrany důvěry v právo, právní jistoty, resp. nabytých práv jsou, dle Ústavního soudu, v rozporu s principem demokratického a právního státu, tedy v rozporu s čl. 1 odst. 1 Ústavy. Jinak je, ale nepravá retroaktivita obecně přípustná.<sup>283</sup> Ústavní soud také připomenul své dřívější závěry o tom, že zrušení staré a přijetí nové právní úpravy je nutně spjato se zásahem do principů rovnosti a ochrany důvěry občana v právo, k němuž však dochází v důsledku ochrany jiného veřejného zájmu či základního práva nebo svobody. Rozhodnutí zákonodárce o způsobu řešení časového střetu staré a nové právní úpravy, ale není z ústavního hlediska věci nahodilou nebo věci libovůle, nýbrž věci zvažování v kolizi stojících hodnot. K závěru o druhu legislativního řešení časového střetu právních úprav by tak mělo vést posuzování uvedeného konfliktu hodnot hlediskem proporcionality s ohledem na intertemporalitu. Ústavní soud neshledal, že by na straně dotčených provozovatelů existoval takový ústavně relevantní zájem, který by odůvodňoval zachování dosavadní podpory a převážil zájem na jejím snížení.<sup>284</sup> Podkladem pro tento závěr byli ekonomické důvody. Prioritní byla podle něho skutečnost, že i po přijetí napadených ustanovení zůstává, dle vyjádření příslušných

---

<sup>281</sup> Tamtéž, odst. 24

<sup>282</sup> Tamtéž, odst. 47-48

<sup>283</sup> Tamtéž, odst. 51

<sup>284</sup> Tamtéž, odst. 55-56

úřadů, zachována podpora využití OZE, a to v míře, která zajistí výrobci elektřiny z OZE zákonem zakotvenou garanci výše výnosů za jednotku elektřiny při podpoře výkupními cenami po dobu 15 let a současně je garantována prostá doba návratnosti investice 15 let od uvedení zařízení do provozu. I z vyjádření navrhovatele a jím předloženého výpočtu odpovídajícího vyhláškám ERÚ vyplývá, že pro typický projekt FVE se návratnost zavedením odvodu přiblížila hranici 15 let. Této skutečnosti dle navrhovatelů odpovídala i obvyklá doba splatnosti bankovních úvěrů čerpaných na výstavbu FVE.<sup>285</sup>

Důležité je ještě uvést, že předpokládaná životnost panelů je 25 let<sup>286</sup> a také, že dle ERÚ neschopnost investice vyprodukovat dostatečný cash flow kvůli splácení úroků a jistiny úvěru v určitém období její existence neznamená, že investice ztratila návratnost.

K námitce diskriminace mezi výrobci solární energie Ústavní soud poukázal na svá předcházející rozhodnutí, z kterých vyplývá, že ústavní princip rovnosti není absolutní hodnotou, ale znamená spíše zákaz neodůvodněných rozdílů. I tady je důležitý vztah přiměřenosti mezi cílem, který se sleduje a prostředky, tedy právní úpravou která zvýhodňuje jednu skupinu a znevýhodňuje druhou.<sup>287</sup> Ústavní soud mněl kritérium rozlišování mezi provozovateli FVE, kterým byla náhlá změna investičních nákladů, za racionální a ústavně souladné.<sup>288</sup> Ve věci zrušení osvobození od daně z příjmů odkázal na závěry, které dovedl při rozboru ústavnosti napadeného odvodu.<sup>289</sup>

V závěru uznal Ústavní soud, jak již bylo napsáno v úvodu práce, že nemůže v abstraktním přezkumu ústavnosti jednoznačně dospět k závěru o naplnění zákonných záruk v každém jednotlivém případě v období po zavedení odvodu a dalších opatření. Dle něho, zjevně nelze vyloučit, že v individuálních případech dolehne některé z napadených ustanovení na výrobce jako likvidační či zasahující samotnou majetkovou podstatu výrobce. Po zákonodárci je možno požadovat zajištění mechanismu, jenž umožní individuální přístup k výrobcům, kteří, i kdyby při zvážení podnikatelského rizika předvídali přijetí určitých restrikcí v budoucnu, nemohli předvídat jejich konkrétní podobu a okamžité

---

<sup>285</sup> Tamtéž, odst. 68

<sup>286</sup> Tamtéž, odst. 71

<sup>287</sup> Tamtéž, odst. 74-75

<sup>288</sup> Tamtéž, odst. 76

<sup>289</sup> Tamtéž, odst. 82-84

účinky. Protože přijaté zákony žádný takový mechanismus neobsahují, doporučil soud vhodným způsobem vykládat zák. č. 280/2009 Sb., daňový řád, který umožňuje posečkání úhrady odvodu nebo jeho rozložení na splátky a zná taky institut prodloužení lhůty.<sup>290</sup>

Následně se desítky solárních firem pokoušely likvidační dopad doložit v řízeních před finančními orgány a v žalobách ve správním soudnictví. Žádná až do konce roku 2013 neuspěla.<sup>291</sup> Dne 17. prosince 2013 ale vydal v rámci řízení o kasační stížnosti rozšířený senát NSS významné usnesení (sp. zn. 1 Afs 76/2013 – 57). Tato kasační stížnost se týkala rozsudku krajského soudu vyneseného v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu. Žalovaným správním orgánem bylo příslušné finanční ředitelství, které rozhodovalo o stížnosti proti postupu plátce daně<sup>292</sup> a žalobcem provozovatel FVE. Po vynesení usnesení se věc vrátila k projednání původně rozhodujícímu prvnímu senátu NSS, který závěry usnesení zopakoval a následně kasační stížnost rozsudkem z 21. ledna 2014 zamítl (sp. zn. 1 Afs 76/2013 – 68). Hlavní otázkou celého řízení byl způsob řešení případů, které předvídal Ústavní soud, tedy takových kde nová opatření v podpoře solární energie likvidují provozovatele FVE.

Dle usnesení: „Pokyn Ústavního soudu zohledňovat likvidační účinky solárního odvodu v individuálních případech je za stávající právní úpravy proveditelný jen prostřednictvím institutu prominutí daně dle § 260 daňového řádu v návaznosti na § 259 daňového řádu“. Institut stížnosti na postup plátce daně není podle názoru rozšířeného senátu NSS nástrojem, který by umožnil správci daně posuzovat věc s přihlédnutím ke konkrétním skutkovým okolnostem a v odůvodněných případech poskytnout poplatníkovi efektivní ochranu, protože se tady jedná o ochranu před nezákonným postupem plátce, o nástroj určený pro „řešení sporu mezi plátcem a poplatníkem“. <sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> Tamtéž, odst. 89-90

<sup>291</sup> Zdroj: [http://byznys.lidovky.cz/stat-by-mel-prominout-solarni-dan-pokud-provozovatele-likviduje-pyp-/energetika.aspx?c=A131221\\_120630\\_energetika\\_kys](http://byznys.lidovky.cz/stat-by-mel-prominout-solarni-dan-pokud-provozovatele-likviduje-pyp-/energetika.aspx?c=A131221_120630_energetika_kys)

<sup>292</sup> Plátcem daně je u sporného odvodu správce přenosové nebo distribuční soustavy, který vyplácí provozovatelům FVE výkupní cenu nebo zelený bonus v závislosti na tom kolik elektrické energie dodají do sítě. Po zavedení odvodu musel dotčeným provozovatelům FVE vyplacené částky náležitě snížit o odvod a odvést ho finančnímu úřadu.

<sup>293</sup> sp. zn. 1 Afs 76/2013 – 68, odst. 19

Jelikož z usnesení rozšířeného senátu vyplynulo, že konkrétní dopady solárního odvodu na výrobce elektrické energie v řízení o stížnosti na postup plátce daně (ani v navazujícím soudním řízení) zohlednit nelze,<sup>294</sup> shledal senát NSS všechny námitky uplatněné stěžovatelem nedůvodnými a zamítl kasační stížnosti. V závěru svého rozsudku se ale ještě věnoval uvedenému institutu prominutí daně, který předpokládá § 259 daňového řádu. Toto ustanovení říká, že prominutí daně primárně musí upravit jednotlivé zákony nebo v detailech přímo daňový řád. Zákon o podpoře OZE však nárok ani pravomoc odpouštět sporný odvod neupravuje a podle senátu je i nadále na zákonodárci aby mezeru, která by umožnila řešení nežádoucí situace, vyplnil.<sup>295</sup> Soudní moc se tady nemůže nijakým způsobem realizovat. Za stavu nečinnosti zákonodárce však přichází v úvahu také aplikace ustanovení § 260 daňového řádu, které zakládá pravomoc promíjet daň či její příslušenství ministru financí a to buď z důvodu nesrovnalostí vyplývajících z uplatňování daňových zákonů, nebo při mimořádných, zejména živelných událostech.<sup>296</sup> Rozhodnutí vydané ministrem financí dle § 260 odst. 1 písm. a) daňového řádu je tedy dle NSS jediným institutem, jehož prostřednictvím může výkonná moc za stávající zákonné úpravy dostat výslovnému pokynu Ústavního soudu.<sup>297</sup> Pokračováním této věci zdá se bude ústavní stížnost č. j. II. ÚS 1273/2014.

Kromě vnitrostátních soudních a správních řízení se ve věci změn podpory FVE vedou i investiční spory kde se aplikuje MIP. Z dosud dostupných informací zahájilo v květnu roku 2013 osm zahraničních investorů arbitráž proti České republice (viz pozn. č. 11). Podle UNCTAD se, ale původně jedno spojené řízení rozpadlo na několik separátních, kvůli tomu, že Česká republika souhlasila se spojením věcí jenom u žalobců, kteří jsou propojenými společnostmi nebo investovali do stejného podniku.<sup>298</sup> To je důvod formálně velkého počtu arbitrážních sporů proti České republice v roce 2013. Vnitrostátně má investiční arbitráž ve své kompetenci ministerstvo financí, které o sporech informuje většinou až po závěrečném

---

<sup>294</sup> Tamtéž, odst. 25

<sup>295</sup> Tamtéž, odst. 27

<sup>296</sup> Tamtéž, odst. 28

<sup>297</sup> Tamtéž, odst. 29

<sup>298</sup> UNCTAD: IIA Issues Notes, Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement, N<sup>o</sup>. 1 April 2014, s. 3

rozhodnutí. Seskupení zahraničních investorů z Německa, Lucemburska a Velké Británie, které avizovalo zahájení uvedené arbitráže z května roku 2013, informuje v tomto období již jenom o arbitráži mezi dvěma německými investory a ČR. Svě služby ustavenému tribunálu poskytuje Stálý arbitrážní dvůr v Haagu.<sup>299</sup>

V čase kdy začal být odvod srážen z výkupních cen a diskuze kolem možnosti investičních arbitráží byla velmi aktuální, zdůrazňovali právníci znalí této oblasti práva nutnost spojení investorů a vedení společného řízení.<sup>300</sup> Důvody proto jsou samozřejmě ekonomické, soudní poplatek samotný v mezinárodní arbitráži se údajně pohybuje kolem 10 milionů korun, co by mělo odpovídat ztrátě spojené se zavedením odvodu u menší FVE o výkonu 1 megawatt za dobu tří let. Většina FVE má přitom výkon od 1 do 5 MW.<sup>301</sup> Instalovaný výkon nad 5 MW mělo a má jenom asi 37 FVE<sup>302</sup> z celkového počtu kolem 10 tisíc FVE k 1. lednu 2011 a 28 tisíc k 1. červenci 2014.<sup>303</sup> Zmiňované sdružení zahraničních investorů přitom informovalo, že veškerý instalovaný výkon FVE patřících jeho členům je 80 MW (při počtu přibližně 8 členů). Z toho plyne, že mezinárodní investoři podnikají v této oblasti spíše v menším rozsahu a bude-li ČR trvat na oddělených arbitrážních řízeních, nebude pro ně arbitráž finančně dostupná nebo z hlediska rozsahu jejich investice zajímavá.

Co se týče hmotně právních aspektů případných sporů, tedy především aplikovatelných investičních smluv, za rozhodující se jeví otázka napadnutelnosti daňových opatření, pro které některé investiční smlouvy mohou stanovit zvláštní režim. Článek 21 Energetické charty, která bude použitelná ve většině případů, například stanoví, že nic ve smlouvě, není-li v tomto článku uvedeno jinak, nevytváří práva ani neukládá povinnosti ve vztahu

---

<sup>299</sup> Antaris Solar GmbH (Germany) and Dr. Michael Göde (Germany) v. The Czech Republic, podle pravidel UNCITRAL

<sup>300</sup> Viz např. Glazová, V.: První žaloba kvůli slunci je otázkou dnů, Lidové noviny ze dne 3. března 2011

<sup>301</sup> Tamtéž

<sup>302</sup> Seznam největších fotovoltaických elektráren v Česku na [cs.wikipedia.org](http://cs.wikipedia.org)

<sup>303</sup> Celkový instalovaný výkon všech FVE v ČR v období mezi polovinou roku 2010 a počátkem roku 2011 se zvýšil o cca 321 %. Po 1. 1. 2011 počet FVE narostl na dnešních 28 tisíc, ale instalovaný výkon se zvýšil jenom o cca 8 %. Tzn. že do provozu bylo uvedeno množství elektráren s malým výkonem. Zdroj: <http://www.eru.cz/cs/licence/informace-o-drzitelich> (navštíveno dne 1. 9. 2014)

k daňovým opatřením smluvní strany. Odstavec 5 pak konkretizuje, že pokud investor smluvní strany tvrdí, že daňová opatření působí vyvlastnění nebo má daň působící vyvlastnění za diskriminační, musí se s tímto tvrzením obrátit nejdříve na příslušné daňové orgány. Tyto orgány, určeny primárně relevantní smlouvou o zamezení dvojího zdanění, mají 6 měsíců na projednání věci a výsledky těchto jednání mají být zohledněny v případném arbitrážním sporu následujícími po tomto období 6 měsíců. Takováto ustanovení nemusí nutně znamenat překážku, tam kde investor tvrdí porušení FET standardu. Bez ohledu na psané normy MIP je, ale obecně těžší napadnout daňová opatření protože zdaňovat je suverénním právem státu a v zásadě neexistuje v mezinárodním právu pravidlo omezující moc státu ukládat daně na svém území.<sup>304</sup> I na vnitrostátní úrovni existuje zdrženlivost při posuzování daňových opatření. V citovaném nálezu Ústavního soudu bylo například uvedeno, že v oblasti daní aplikuje soud méně přísný test proporcionality.<sup>305</sup> Profesor Sornarajah rovněž zastává názor, že plošné zvýšení daní nemůže samo o sobě mít efekt nepřímého vyvlastnění, ale nadměrná a opakovaně vyměřená, případně diskriminační, daň konfiskační efekt mít může. Co do tvrzení nespravedlnosti zdanění (*unfair taxation*), kromě určitých zjevných okolností je dle něho nepravděpodobné, že by takové obvinění mohlo uspět.<sup>306</sup>

Případ zavedení odvodu se do jisté míry podobá danění tzv. „*windfall profits*“. Na mezinárodní scéně to byli krajiny sdružené v Organizaci krajín vyvážejících ropu („OPEC“), které v roce 1974 uzavřeli dohodu o navýšení daně z příjmů ropných společností na 85 procent ve snaze získat od nich zisky „přiváté“ náhlým vzestupem cen ropy.<sup>307</sup> V nedávné době (v letech 2008 – 2011) zavedli „*windfall profits*“ daně v oblasti elektrické energie i Švédsko, Norsko a Finsko.<sup>308</sup> V případě FVE však jde o náhlý pokles vstupních nákladů u nových provozů a ne o náhlý vzestup výnosů již existujících, může to být ale argument přispívající k legitimitě sporného odvodu.

---

<sup>304</sup> Sornarajah, op. cit., s. 405

<sup>305</sup> Pl. ÚS 17/11, odst. 24

<sup>306</sup> Sornarajah, op. cit., s. 405

<sup>307</sup> Kuwait v. American Independent Oil Co. (1982)

<sup>308</sup> Srov. článek Finnish energy companies face windfall tax ambush, 6. 5. 2009, zdroj: <http://www.utilityweek.co.uk/> (navštíveno dne 1. 9. 2014)

Pokud se pokusíme na případ aplikovat výklad a návrhy z předcházející kapitoly můžeme začít konstatováním, že nejspornějším v této věci je odvod z výkupních cen resp. zeleného bonusu. Fakticky jde o snížení státní podpory skupině provozovatelů FVE, formálně o daň zatěžující jejich výnosy tak aby jejich výše nebyla nepřiměřeně vysoká v situaci, ve které stát nemohl reagovat (nebo nereagoval) dostatečně rychle na snížení průměrných nákladů na kapitál (především snížením výkupních cen). Při posuzování ekonomického dopadu tady budou hrát roli i další opatření v oblasti daní (zrušení „daňových prázdnin“, prodloužení doby odpisů hmotného majetku) a konkrétní výkupní ceny na období počínající rokem 2011 stanovených podle nové úpravy rušící hranici 95 %.

V oddílu o FET standardu (viz s. 90) byl vysloven návrh, že danění nemá být uvažováno jako prostředek nepřímého regulačního vyvlastnění i přesto, že je nepochybnou regulační pravomocí státu, ale jistě může za jistých výjimečných okolností znamenat porušení FET standardu případně být nepřímým deliktním vyvlastněním. Pokud tedy chceme analyzovat aktuální spor, musíme ho vidět někde v místě, kde se prolínají regulační pravomoci (RP) s porušením FET standardu (FET) případně s deliktním nepřímým vyvlastněním (NV, viz s. 89). To souhlasí s výše uvedeným konstatováním, které vyjádřil ve své publikaci profesor Sornarajah. Dle názoru autora této práce je vhodné použít tady stejný test, který byl navržen k vymezení hranice mezi regulačními resp. policejními pravomocemi (RP) a regulačním nepřímým vyvlastněním (NV-RV), tedy posoudit věc z hlediska legitimních očekávání a přiměřenosti opatření veřejnému zájmu. Jednak proto, že jiné faktory nepřicházejí moc do úvahy a jednak proto, že jde tady taky o stanovení hranice mezi legitimní regulací a kompenzovatelným zásahem (jelikož se ale pohybujeme ve sféře deliktní a zároveň jde o specifickou oblast daní, je nutno trvat na podstatném porušení těchto kritérií ve spojení se zásadními ekonomickými dopady). Úvahy se budou podobat těm, kterými byl veden při svém rozhodování Ústavní soud. Ten se ptal potom, jestli normy působící nepravou retroaktivitu nezasahují důvěru občana v právo, jeho právní jistotu, resp. nabytá práva a na způsob řešení konfliktu hodnot (vzniklého změnou právní úpravy) z hlediska proporcionality.

Legitimní očekávání investora vycházejí v této práci z náhledu povahy vlastníkovatelského statku v čase, kdy ho nabýval (viz s. 57). Investice do solárních elektráren měla být od

počátku, podle názoru autora práce, bezpečnou dlouhodobou investicí, co bylo dáno garancí návratnosti a vyšší výnosů. Nebyla zjevně tak náročná na pořízení a provoz jako klasické zdroje elektrické energie. Tato investice měla přinést investorům zisk (dle vyjádření ERÚ měl být výnos takové investice kolem 7 %<sup>309</sup>) přiměřený riziku a náročnosti, který mohl být zajímavější než např. výnos ze státních dluhopisů, svou rizikovostí šlo ale podobný druh investice. Spekulace na pokles cen technologií a očekávání státem placených vysokých zisků nemohlo být součástí legitimních očekávání. Protihodnotou, kterou stát dostával za vytvoření této investiční příležitosti, bylo vytvoření trhu se solární energií a zvýšení poptávky po potřebných technologiích, který měl vést k rozvoji výroby a poklesu cen. Protože byl celý projekt závislý od státní podpory, byla možnost regulačních opatření vždy inherentně přítomná. Množství přijatých legislativních změn v krátké době a s krátkou legisvakancí lhůtou je ale nutně silným argumentem pro tvrzení, že byla zasažena legitimní očekávání investora. Navíc v okolitých krajinách zažívajících stejnou změnu okolností, nemá s výjimkou Španělska takovýto postup obdoby. Onen pádný argument je však třeba posoudit s ohledem na ekonomický dopad uvedených změn. V souvislosti s ekonomickým dopadem se někdy mluví o poklesu tržních cen fotovoltaických elektráren<sup>310</sup> jako následku přijatých opatření. Autor práce se ale domnívá, že může být sporné mluvit o tržních cenách tam, kde se nějaký stabilní trh spíše ještě jenom vytváří. Důležitější se zdá být změna ve výše uvedené ekonomické povaze investice. Konkrétně jde především o to, čím se zabýval i Ústavní soud, tedy o zachování garance 15 leté návratnosti investice a stability výnosů po zavedení odvodu s ohledem na všechny další okolnosti jakými je zrušení osvobození od daně z příjmů, změna výkupních cen, změna v pravidlech odpisů hmotného majetku a taky úvěrování projektů (ERÚ tvrdil ve svém podání ÚS, že 15 letá návratnost zůstává zachována bez ohledu na způsob financování, viz s. 99). Co se týče úvěrů a výše úroků, kterých splácení se mohlo stát pro investory v důsledku změn problematické, je dle názoru autora nutno vycházet z běžných modelů úvěrování takovýchto projektů. Stát by neměl nést odpovědnost za případy, kdy investor například

---

<sup>309</sup> Musilová, Z.: Fotovoltaika není zlatý důl, <http://ekonom.ihned.cz/>, 18. 2. 2013

<sup>310</sup> Srov. např. Musilová, Z.: Fotovoltaika není zlatý důl, <http://ekonom.ihned.cz/>, 18. 2. 2013; Glazová, V.: První žaloba kvůli slunci je otázkou dnů, Lidové noviny ze dne 3. 3. 2011

spekuloval s poklesem nákladů a nadměrnými výnosy a vzal si, proto krátkodobé úvěry s vysokými úroky kvůli kterým se pak po změnách v legislativě dostal do finančních potíží. Takovýto vývoj příčinné souvislosti nemusel předvídat jako možný ani stát ani jakákoliv jiná přiměřeně opatrná osoba. Rovněž je nutno poukázat na povinnost toho komu hrozí škoda zakročit k jejímu odvrácení způsobem přiměřeným okolnostem (*duty to mitigate*), která může mít místo i v mezinárodní arbitráži.<sup>311</sup> To by znamenalo povinnost investora snažit se přiměřeným způsobem o změnu úvěrových smluv, které by měl problém plnit kvůli změnám v státní podpoře. Z výše uvedeného vyplývá, že rozhodujícím bude na straně žalovaného státu prokázat původní hospodářská očekávání u investic do FVE a dopad přijatých opatření na ně, který by měl být minimální. Půjde zřejmě o poměrování průměrných nákladů na kapitál, průměrné výše úroků, jistiny a doby splatnosti úvěrů, daňového zatížení (po nové úpravě) na jedné straně a průměrné výkonnosti FVE a výkupních cen na druhé straně. Zohledněna musí být i životnost solárních panelů. Na straně investora nemusí pro výhru v arbitráži prokázání prodloužení doby návratnosti o 2 roky stačit. Bude nutné prokázat podstatnou změnu v ekonomické povahy jejich investice.

Druhé kritérium přiměřenosti opatření cíli který se nimi sleduje bylo vyjádřeno i jako otázka po tom jestli investor neplatí účet za řešení veřejnosti prospěšných záležitostí. Podle názoru autora práce stát nedostatečně přizpůsobil změny v legislativě případům, ve kterých mohou mít opatření rdousící či likvidační efekt, jak se ukázalo i v pozdějších vnitrostátních řízeních. Rovněž tak nelze zcela přijmout jednoduché konstatování ERÚ, že nedostatečný cash flow v určitém období nemusí znamenat, že investice ztratila návratnost. Není důvod k tomu nechat investora snášet takovou, i když dočasnou, situaci kvůli státním opatřením. V obou případech stát nechává investora nést účet za to, že nedostatečně rychle reagoval na změnu podmínek na trhu (jestli vlastní vinou nebo proto, že nebyla jiná možnost, není podstatné). Celkový instalovaný výkon v ČR se po předmětných opatřeních zvýšil jen minimálně a podpora pro některé FVE se zavedením odvodu snížila, tzn. stát ochránil své fiskální zájmy a úspěšně otočil trend v podpoře OZE. V některých případech mohou tyto změny, sledující jinak legitimní cíl, poškozovat investora víc než je nutné pro dosažení cíle.

---

<sup>311</sup> Viz Achmea, závěrečné rozhodnutí, odst. 300

Místo srážkové daně mohl být odvod vybírán formou zálohy na daň a po podání nějaké formy daňového přiznání poskytován rabat, rozhodné skutečnosti by přitom musel prokazovat investor. Stát by měl nést odpovědnost za škody způsobené tímto porušením své povinnosti zacházet s investicí spravedlivě a rovně. Tento následek bude muset být jasně prokazatelný.

V předcházející kapitole byl vysloven názor, že rozdíl mezi porušením FET standardu a nepřímým deliktním vyvlastněním je v následku. Pokud změny v podpoře podstatně narušili užitečnost a upotřebitelnost investice (*substantially disturbed the owner's use and enjoyment*), především pokud se návratnost investice stala nemožnou nebo vysoce nejistou, můžeme mluvit o nepřímém vyvlastnění. Taková situace je představitelná u investic, které byly pro pozdní připojení do sítě připraveny o státní podporu. Jelikož jsou dle dostupných informací FVE schopné konkurovat běžným trhovým cenám zatím jenom v slunečných krajinách,<sup>312</sup> nacházel by se investor připraven o podporu zřejmě právě v takové situaci. Nejde tady přitom o důsledek daňových opatření. Investor, který se uprostřed realizace projektu dozvěděl o tak zásadní změně podmínek svého podnikání, může bezpochyby tvrdit zásah do svých legitimních očekávání a za náhlé, i když důvodné, rozhodnutí státu nesnažit se víc o rozvoj FVE nese vysokou cenu resp. je poškozen víc než je nezbytné. Přitom není jeho odstavení od zvýhodněného režimu, splňuje-li zákonné podmínky pro provoz, nijak důvodné. Vhodnou kompenzací by byla náhrada pořizovacích nákladů na elektrárnu.

V likvidační situaci by se mohli ocitnout i ti investoři, kteří si pořídili velmi nákladné technologie kvůli nákupům ještě před propadem cen. Šlo by asi zejména o FVE uvedené do provozu v roce 2009.<sup>313</sup> Jim může působit ztrátu užitku investice fakt, že po dobu minimálně tří let dostávali o více než čtvrtinu nižší výkupní ceny. Přibližně 75 % investorů z období let 2009 - 2010, ale uvedlo FVE do provozu v roce 2010.<sup>314</sup> U těchto bude následek pravděpodobně ne tak podstatný, aby ztráceli svou investici, a úvahy se budou odvíjet spíše kolem výše rozvedené změny ekonomické podstaty investice a nedostatečného cash flow z důvodu zdanění. Vhodné bude tvrdit porušení standardu

---

<sup>312</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Photovoltaics>

<sup>313</sup> Sekanina, O.: Horší vyhlídky pro stát, Euro, č. 12, 21. 3. 2011, s. 71

<sup>314</sup> Glazová, V.: První žaloba kvůli slunci je otázkou dnů, Lidové noviny ze dne 3. 3. 2011

spravedlivého a rovného zacházení.<sup>315</sup> Důsledné uplatnění principu navrácení v původní stav by implikovalo především povinnost vrátit obnos rovnající se výši sraženého odvodu a náhrady dalších ztrát, které prokazatelně vznikli v příčinné souvislosti se změnou podmínek.

Arbitrážní spory by se z velké míry měly týkat ekonomických výpočtů a nemuseli trvat dlouho. Předpokládat, že ty aktuální skončí závěrečným rozhodnutím do konce roku 2014, není nereálné. Zdržet je mohli spíše procesní otázky než posouzení a rozhodnutí věci.

---

<sup>315</sup> Srov. obdobný názor v Sekanina, O.: Fotovoltaické elektrárny a mezinárodněprávní ochrana investic, časopis All for power, 4/2010, s. 126 - 127

## ZÁVĚR

Snahou práce bylo podat výklad týkající se vyvlastňovacího zásahu státu do práv zahraničního investora takovým způsobem, aby i osoba, která má nanejvýš obecné povědomí o vyvlastnění ve vnitrostátním právu a je zcela bez znalostí mezinárodního investičního práva, získala po přečtení textu široký, mnohostranný náhled do tohoto odvětví práva mezinárodního a do jemu vlastního pojmu vyvlastňovacího zásahu. Proto je velká pozornost věnována taky vyvlastnění v kontextu rozvoje pramenů mezinárodního investičního práva a teoretickým otázkám majetku.

Hlavní oblastí zájmu celé práce pak bylo nepřímé vyvlastnění jako subkategorie vyvlastňovacího zásahu. K vysvětlení nepřímého vyvlastnění přitom autor použil některé z pojmů trestního práva. Inspirací k tomu byl i jeden z výše citovaných článků (viz s. 51). Ukázalo se, že hlavním zdrojem norem jsou tady rozhodnutí soudních orgánů, i přesto že jsou jenom podpůrným pramenem mezinárodního práva a ta, která vzešla z mezinárodních arbitráží, trpí navíc jistým nedostatkem legitimacy, jednotnosti a transparentnosti. Mezinárodní smlouvy reagují na potřeby úpravy vztahů investičního práva pomaleji, je ale možné, jak bylo naznačeno, že tady v budoucnu uvidíme konsolidaci a vyjasňování klíčových pojmů (viz s. 25). I přesto existují již dnes moderní, obsáhlejší investiční smlouvy, ze kterých práce často vychází. Ukazuje se i nenahraditelná sjednocující role doktríny.

Výsledkem rozboru je určitá mapa k orientaci v této oblasti, která zapracovává do jednotného systému nepřímé vyvlastnění, standard spravedlivého a rovného zacházení a pojem policejních resp. regulačních pravomocí státu. Navržen byl rovněž test sloužící k stanovení hranice mezi legitimní regulací a kompenzovatelným vyvlastňovacím zásahem, jako i dělící bod mezi tím kdy budou určité skutkové okolnosti nahlíženy jako porušení FET standardu a kdy jako nepřímé vyvlastnění deliktního charakteru. Je vidět, že je v MIP stále více utvrzováno, především cestou investičních smluv, suverénní právo státu přijímat opatření ve veřejném zájmu (tzn. regulační a policejní moci státu). Zároveň rozhodnutí rozhodčích tribunálů kladou laťku vyvlastňovacího zásahu, co se týče následku, dost vysoko. Jednání státu by tak, má-li obstát tvrzení nepřímého vyvlastnění, mělo investora

podstatným způsobem připravit o základní vlastnická oprávnění jako je obecnější oprávnění investici upotřebit či sklízet její užitky, konkrétněji pak půjde např. o ztrátu kontroly. Tento efekt opatření má být trvalý a doprovázený zásadním poklesem hodnoty investice. Přitom by se údajný zásah měl týkat spíše všech aktiv tvořících investici, tvrzení částečného vyvlastnění nemá pevné místo v MIP. Tyto fakty vedou pravděpodobně k tomu, že při různorodých státních zásazích s ne tak jasným ekonomickým dopadem na investici a snaze tribunálů důsledně trvat na výše uvedených objektivních aspektech zásahu, jako i respektu vůči regulačním pravomocem států, se nepřímé vyvlastnění v jeho deliktivní či regulační formě stane spíše méně častým jevem. Standard spravedlivého a rovného zacházení naproti tomu nabyde na důležitosti. Ze sedmi arbitrážních rozhodnutí roku 2013 vyslovujících odpovědnost žalovaného státu pět shledalo porušení FET standardu a dvě porušení ustanovení o vyvlastnění.<sup>316</sup> V roce 2012 šest rozhodnutí prohlásilo žalovaný stát odpovědným z porušení FET standardu a pět z porušení ustanovení o vyvlastnění.<sup>317</sup> Tento poměr může být výsledkem specifických okolností každého případu, ale na naznačený trend poukazují i někteří autoři publikující v oblasti MIP.<sup>318</sup>

Teoretický výklad byl v poslední kapitole aplikován na aktuální problém změn v podmínkách podpory investic do fotovoltaických elektráren, z kterých vzešlo taky několik arbitrážních sporů. Rekordní počet investic zprostředkovaných v prvním půlroce roku 2014 příslušnou státní organizací svědčí ale o tom, že v rozhodování zahraničních investorů hraje počet investičních sporů na kontě České republiky, malou roli. Bilaterální investiční smlouvy a v nich otevřená možnost arbitráže, se zdají být spíše zvláštní pobídkou zahraničním investorům, kterou čas od času rádi využijí. Tyto smlouvy, které měli původně chránit zahraničního investora před diskriminací vytvářejí svým způsobem situaci obrácenou, kdy jsou diskriminováni horšími podmínkami obrany domácí investoři. Důkazem toho byla i snaha změnami dotčených českých investorů do FVE „vyvést své

---

<sup>316</sup> UNCTAD: IIA Issues Notes, Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement, N<sup>o</sup>. 1 April 2014, s. 10

<sup>317</sup> UNCTAD: IIA Issues Notes, Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement, N<sup>o</sup>. 1 May 2013, s. 5

<sup>318</sup> Sekanina, O.: Fotovoltaické elektrárny a mezinárodněprávní ochrana investic, časopis All for power, 4/2010, s.126

vlastnictví do zahraničí“. Teoreticky, pokud je vnitrostátní prostředí domácího a hostitelské státní na stejné úrovni nemá arbitrážní klauzule v IS velké opodstatnění. Existuje předpoklad, že s každou vyhranou arbitráží na straně ČR klesne počet arbitráží a podobné klauzule budou svým způsobem obsolentní.

## SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY

### Web:

- <http://byznys.lidovky.cz>
- <http://cs.wikipedia.org/wiki/>
- <http://ec.europa.eu/trade/>
- <http://en.wikipedia.org>
- <http://hudoc.echr.coe.int/>
- <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>
- <http://italaw.com/>
- <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>
- <http://unctadstat.unctad.org/>
- <http://www.eru.cz>
- <http://www.icj-cij.org/>
- <http://www.mfcr.cz/>
- <http://www.pca-cpa.org/>
- <http://www.rananasolar.cz/>
- <http://www.un.org/law/ilc/>
- <http://www.utilityweek.co.uk/>
- <http://www.wto.org/index.htm>
- <https://icsid.worldbank.org/ICSID/>
- <https://www.youtube.com/>

### Periodika:

- Christie, C.G.: What constitutes a taking of property under international law? publikován v British Yearbook of International Law roku 1962
- Dančišin, M., Kališ, R.: Hrozí další arbitráže, týdeník Ekonom č. 1, 6.–12. 1. 2011
- Dolzer, R., von Walter, A.: Fair and Equitable Treatment and Customary Law – Lines of Jurisprudence, Investment Treaty Law: Current Issues, 2007
- Fortier, Y., Drymer, S.: Indirect expropriation in the law of international investment: I know when I see it, or caveat investor, ICSID Review: Foreign Investment Journal, Fall 2004, 19(2)
- Garcia-Mora, R.M.: The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law, svazek 33 Marquette Law Review č. 4, 1950
- Glatzová, V., Kolan, E.: Politika squashového míčku, Právo&Byznys, vydání ze dne 28. 2. 2011, s. 26
- Glazová, V.: První žaloba kvůli slunci je otázkou dnů, Lidové noviny ze dne 3. března 2011
- Kališ, R.: Mezinárodní investice jako předmět ochrany poskytované mezinárodním právem investičním, Právní fórum, č. 11, 2008, s. 467

- Kališ, R.: Vývoj mezinárodního investování a právní úpravy mezinárodní ochrany investic, Právní fórum č. 6, 2007
- Kostka, V.: Bulletin Advokacie č. 12, 2012
- Musilová, Z.: Fotovoltaika není zlatý důl, <http://ekonom.ihned.cz/>, 18. 2. 2013
- Newcombe, A.: The boundaries of regulatory expropriation in international law, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, 20(1): 1-57, 2005
- Reisman, M., Sloane, D.: Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, BYIL svazek 74, 2004
- Sampliner, G., H.: 'Arbitration of Expropriation Cases under US Investment Treaties - A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?' 18( 1) ICSID Review: FLJ 1– 43, 2003
- Sax, J.L.: Property Rights and the Economy of Nature: Understanding Lucas v. South Carolina Coastal Council, 45 Stanford Law Rev. 1433, 1993
- Sax, J.L.: Takings and the Police Power, 74 Yale Law Journal 36, 1986
- Sax, J.L.: Takings Legislation: Where it Stands and What is Next, 23 Ecology Law Quarterly 496, 1996
- Sax, J.L.: Takings, Private Property and Public Rights, 81 Yale L.J. 149, 1971
- Sekanina, O.: Fotovoltaické elektrárny a mezinárodněprávní ochrana investic, časopis All for power č. 4, 2010
- Sekanina, O.: Horší vyhlídky pro stát, Euro, č. 12, 21. 3. 2011
- Sekanina, O.: Nepřímé vyvlastnění v praxi mezinárodních investičních arbitráží, Jurisprudence č. 8, 2009
- Sekanina, O.: Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID), Jurisprudence č. 7, 2008
- Vandevelde, K.: The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal, Proceedings of the 86th Annual Meeting of American Society of International Law, 1992

#### **Monografie:**

- Black's Law Dictionary, 9th Edition, West, 2009
- Brochard E.: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims, Banks Law Publishing, New York, 1915
- Brochard, E.: The Minimum Standard of Treatment of Aliens, svazek 38 Michigan Law Review č. 4, 1940 (dokument dostupný na stránkách Yale Law School Legal Scholarship Repository)
- Brownlie, I.: Principles of Public International Law, 6. Vydání, Oxford University Press, 2003
- Brownlie, I.: Principles of Public International Law, vyd. 7., OUP, Oxford, 2008
- Čepelka, Č., Šturma P.: Mezinárodní právo veřejné, 1. vydání, Eurolex Bohemia, Praha, 2003,
- Dolzer, R., Schreuer, Ch.: Principles of international investment law, 2. vydání, Oxford University Press, 2012

- Hendrych, D. a kolektiv: Správní právo, Obecná část, 8. vydání. C.H. Beck, Praha, 2012
- Chromá, M.: Anglicko-Český právní slovník, LEDA, Praha, 1997
- Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné, 1. vydání, Leges, Praha, 2009
- Komentáře Obchodního zákoníku od Wolters Kluwer ČR (2009) Pokorná, J., Kovařík, Z., Čáp, Z., a kolektiv (komentář je součástí softwaru ASPI od uvedené společnosti)
- McLachlan, C., et al.: International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, Oxford, 2007
- Mouri, A.: The international law of expropriation as reflected in the work of the Iran-US Claims Tribunal, Martinus Nijhoff Publishers, 1994
- Reinisch, A.: The Oxford Handbook of International Investment Law, OUP, Oxford, 2008
- Sermet, L.: The European Convention on Human Rights and property rights, Council of Europe Publishing, Revised Edition, 1998, s. 11-13
- Sornarajah, M.: The International Law on Foreign Investment, 3. vydání, Cambridge University Press, New York, 2010
- Subedy, P.S.: International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, 2. vydání, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2012
- Šturma P., Balaš V.: Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva, Studie z mezinárodního práva č. 3, vyd. Univerzita Karlova v Praze, Praha, 2012
- Šturma, P., Balaš, V.: Mezinárodní ekonomické právo, 2. vydání, C.H. Beck, Praha, 2013
- Vattel, E.: Le Droit de Gens, 1758 (anglický překlad Fenwick, C.G.: Classics of International Law, Carnegie Institute, Washington, 1916)
- Communication from the European Commission: Towards a comprehensive European international investment policy, Brussels, 7.7.2010, COM(2010)343 final
- IISD, Osterwalder, N., Johnson, L.: Key cases from 2000–2010
- IMF: Balance of Payments Manual ([www.imf.org](http://www.imf.org))
- Newcombe, A.: Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?, Faculty of Law, University of Toronto, 1999, diplomová práce
- UNCTAD: International Investment Agreements: Key Issues Volume I, 2004
- UNCTAD: Series on Issues in International Investment Agreements II, Fair and Equitable Treatment, 2012
- UNCTAD: Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule Making, 2007
- UNCTAD: Dispute Settlement: Investor State in UNCTAD Series on Issues in IIAs, 2003

- UNCTAD: Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2011
- UNCTAD: IIA Issues Note, International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal, 2013
- UNCTAD: IIA Issues Notes, Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement, No. 1 May 2013
- UNCTAD: IIA Issues Notes, Recent Developments In Investor-State Dispute Settlement, No. 1 April 2014
- UNCTAD: Towards a New Generation of International Investment Policies: Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making, IIA Issues Note, No. 5, 2013
- UNCTAD: World Investment Report 2012

#### **Právní předpisy:**

- nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012
- US Trade Act of 2002
- Ústava USA
- zák. č. 89/2012 Sb. občanský zákoník
- zák. 72/2000 Sb. o investičních pobídkách
- zák. č. 137/2010 Sb. kterým se mění zákon č. 180/2005 Sb.
- zák. č. 165/2012 o podporovaných zdrojích energie a o změně některých zákonů
- zák. č. 180/2005 Sb. zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů
- zák. č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod
- zák. č. 256/2004 Sb. o podnikání na kapitálovém trhu
- zák. č. 280/2009 Sb. daňový řád
- zák. č. 330/2010 Sb. kterým se mění zákon č. 180/2005 Sb.
- zák. č. 346/2010 Sb. kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů
- zák. č. 40/1964 Sb občanský zákoník
- zák. č. 402/2010 Sb. kterým se mění zákon č. 180/2005 Sb.
- zák. č. 513/1991 Sb. obchodní zákoník

#### **Mezinárodní smlouvy a dokumenty *soft law*:**

- Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (ICSID), sdělení FMZV č. 420/1992 Sb.
- Agreement on Promotion and Protection of Investment in ASEAN, 1987
- Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs), 1994-1995
- Asean Comprehensive Investment Treaty, 2012
- BIT Čína - ČR, sdělení MZV 89/ 2006 Sbms.
- BIT ČR - Nizozemské království, sdělení FMZV 569/1992 Sb.
- BIT ČR a Švýcarsko sdělení FMZV 459/1991 Sb.
- BIT Kanada - ČR, Sdělení MZV č. 8/2012 Sb.m.s
- BIT Mongolsko–ČR, sdělení MZV 104/1999 Sb.
- BIT Německo - ČR, sdělení FMZV č. 573/1992 Sb.

- BIT Německo-Singapur, 1973
- BIT Spojené arabské emiráty - ČR, sdělení MZV 69/ 1996 Sb.,
- BIT Ukrajina – Dánsko (1992)
- BIT USA - ČR, sdělení MZV 187/1993 Sb.
- Declaration on the Establishment of the New International Economic Order, A/RES/S-6/3201, 1. 5. 1974
- Energetická charta, sdělení MZV č. 372/1999 Sb.
- FTA Dominican Republic-Central America-United States (CAFTA-DR), 2004
- FTA Chile-USA, 2004
- FTA Kanada - EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), 2014
- Havanská charta, 1948, [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf)
- Charter of Economic Rights and Duties of States, A/RES/29/3281, 12. 12. 1974
- International Law Commission: Návrh článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování přijatých Komisí pro mezinárodní právo, A/CN.4/L.602/Rev.1
- Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie, C 115/47, 2008
- Multilateral Agreement on Investment (MAI), 1998, <http://www.oecd.org/daf/mai>
- North American Free Trade Agreement (NAFTA), 1994
- Sohn, L., B., Baxter, R., R.: Čl. 10 odst. 3 (a) Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, 1961
- Vzorová BIT USA (US Model BIT), 2012
- Vzorová BIT Velké Británie (UK Model BIT), 2005
- World Bank. 1992. Guidelines. Vol. 2 of Legal framework for the treatment of foreign investment

#### **Spory mezinárodní investiční arbitráže:**

- ADC v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, 2. 10. 2006
- AES v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17, jurisdikční rozhodnutí, 26. 4. 2005
- Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, jurisdikční rozhodnutí 26. 10. 2010, závěrečné rozhodnutí 7. 12. 2012
- Antaris Solar GmbH (Germany) and Dr. Michael Göde (Germany) v. The Czech Republic, podle pravidel UNCITRAL, PCA Haag
- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Jun 27, 1990 Jun 27, 1990
- Benvenuti et Bonfant v People's Republic of the Congo, rozhodnutí ICSID na základě investiční smlouvy, 8. 8. 1980
- CME v. Czech Republic, částečné rozhodnutí ze dne 13. 9. 2001
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, 17. 2. 2000
- Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, 5. 9. 2008
- Československá obchodní banka a.s. v. Slovakia, ICSID Case No. ARB/97/4, jurisdikční rozhodnutí ze dne 24. 5. 1999

- El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, 31. 10. 2011
- EnCana v. Ecuador, The London Court of International Arbitration (LCIA) Case No. 3481, UNCITRAL, 6. 2. 2006,
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, 22. 5. 2007
- Eureko B.V. v. Republic of Poland, 19. 8. 2005
- EuroGas GmbH v. Slovak Republic, UNCITRAL
- Feldman v Mexiko, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 6. 12. 2000
- GAMI v. Mexiko, závěrečné rozhodnutí podle pravidel UNCITRAL, 15. 11. 2004
- Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, 8. 6. 2009
- Inmaris v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, jurisdikční rozhodnutí z 8. 3. 2010
- InterTrade Holding GmbH v. The Czech Republic, UNCITRAL, Permanent Court of Arbitration, rozhodnutí ze dne 7. 6. 2012 (nezveřejněno)
- Kuwait v. American Independent Oil Co., 1982
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, rozhodnutí ve věci odpovědnosti 3. 10. 2006
- Metalclad Corp. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30. 8. 2000
- Methanex v. USA, UNCITRAL, rozhodnutí ze dne 3. 8. 2005
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, 1. 7. 2004
- Pope & Talbot, Interim Award, UNCITRAL, 26. 6. 2000
- Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8
- Ronald S. Lauder v. Czech Republic, rozhodnutí z 3. 9. 2001, rozhodováno před arbitrážním soudem v Londýně podle pravidel UNCITRAL
- Saba Fakes v Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, 14. 7. 2010
- Salini v. Kingdom of Morocco, jurisdikční rozhodnutí ze dne 23. 7. 2001, 42 ILM 609, 2003
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, (ad hoc tribunál rozhodující podle pravidel UNCITRAL), rozhodnutí z 17.3.2006
- Siemens A.G. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, 6. 2. 2007
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29. 5. 2003
- Telenor Mobile v. Hungary, CSID Case No. ARB/04/15, 13. 9. 2006
- Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, 2. 6. 2000

### **Jiná rozhodnutí:**

- Barcelona Traction, Light and Power Co, Limited (Belgium v Spain), ICJ Reports 1970,
- Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits), Germany v. Poland, Stály dvůr mezinárodní spravedlnosti (PCIJ), rozhodnutí ze dne 25. 5. 1925 (ser. A) No. 7
- ECHR, Papamichalopoulos and Others v. Greece, 24. 6. 1993, Series A no. 260-B
- ECHR, James and others v. United Kingdom, rozhodnutí z 21. 2. 1986
- Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992)
- Norwegian Shipowners' Claims, Norway v. United States of America, Stály arbitrážní dvůr (PCA), rozhodnutí ze dne 13. 10. 1922, 1 UNRIAA 307
- Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978)
- Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922)
- Peter Mugler v. Kansas 123 U.S. 623 (1887)
- Pl. ÚS 17/11 ze dne 15. 5. 2012
- Pumpelly v. Green Bay Co., 80 U.S. 166 (1871)
- rozhodnutí č. 3/2008 Sb. NSS
- senát NSS sp. zn. 1 Afs 76/2013 – 57
- senát NSS sp. zn. 1 Afs 76/2013 – 68
- The Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland, Stály dvůr mezinárodní spravedlnosti, rozhodnutí ze dne 13. 9. 1928, Sbírka rozhodnutí ser. A č. 17
- rozhodnutí Ústavného súdu Slovenskej republiky Pl. ÚS 3/09-378

## SUMMARY

### **EXPROPRIATING INTERVENTION OF THE STATE IN THE RIGHTS OF A FOREIGN INVESTOR (TAKING OF THE FOREIGN INVESTOR'S PROPERTY)**

The aim of the thesis is to provide a commentary on the topic of taking of foreign investor's property in such a manner, that a person, with only a fair knowledge of the term "expropriation" and no knowledge of the international investment law, would by reading the paper alone acquire a broad insight into this branch of international law and into its specific concept of taking. For this reason, there is a great attention paid to the evolution of the term in the different sources of international investment law rules, as well as to the theoretical aspects of property in the international law.

The focus of the thesis is on the indirect expropriation, which is understood therein as one of the categories of the wider term: "taking". In order to explain the intricacies of the notion of indirect expropriation the author is using the terminology of criminal law. The inspiration for that was one of the articles cited in the text. The study shows that judicial decisions, although being only a subsidiary source of legal rules, are in fact principal means of determination of rules of law in this area. International agreements are slow to react to the needs of the changing relationships of international investment law. Nonetheless it is also suggested in the thesis that we may see more unification and clarification of some key concepts in the future. There are already some modern, elaborate treaties, which are often referred to throughout the text. The indispensable role of the teachings of publicist in consolidation of possible rules from a wide range of sources is pointed out as well.

The outcome of the analysis is a map of some kind that serves the purpose of navigation in this area. It tries to process indirect expropriation, the standard of fair and equitable treatment and the notion of regulatory (police) powers into one solid system. Furthermore, author proposes a test, which he finds appropriate for the drawing of the borderline between legitimate state regulation and compensable regulatory taking. He also puts forward an element that could decide the question of when shall particular circumstances of a case be seen as a breach of the fair and equitable treatment standard and when as a wrongful

indirect expropriation. The impact of the proposed system of relations on the matters of compensation is discussed in the end of the relevant chapter.

The last chapter applies the theoretical analysis to the facts of the current issue of amendments to the system of state support for the solar power plants, the problem that gave rise to arbitral proceedings against the Czech Republic.

**Klíčová slova:**

nepřímé vyvlastnění, investice, vyvlastňovací zásah

**Key terms:**

indirect expropriation, investment, taking