

Univerzita Karlova v Praze  
Právnická fakulta

Mgr. Margarita Kukharchuk

VYBRANÉ OTÁZKY MEZINÁRODNĚPŘÁVNÍ OCHRANY INVESTIC V  
BILATERÁLNÍCH INVESTIČNÍCH DOHODÁCH V ROZHODOVACÍ PRAXI  
MEZINÁRODNÍCH INVESTIČNÍCH ROZHODČÍCH TRIBUNÁLŮ PODLE  
PRAVIDEL ICSID

Rigorózní práce

Vedoucí rigorózní práce: prof. JUDr. Monika Pauknerová, DSc.

Právo mezinárodních investic

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 10. dubna 2015

Prohlašuji, že předloženou rigorózní práci jsem vypracovala samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

---

Mgr. Margarita Kukharchuk

Na tomto místě bych ráda poděkovala prof. JUDr. Monice Pauknerové, DSc., vedoucí mé rigorózní práce, za její cenné připomínky a odborné rady, kterými přispěla k vypracování této práce.

Chtěla bych také poděkovat své rodině a snoubenci za veškerou podporu během psaní rigorózní práce.

## Obsah

ABSTRAKT.....	iii
ABSTRACT.....	iv
Seznam použitých zkratk.....	vi
Úvod.....	1
1. Řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem.....	4
1.1 Mezinárodní investiční instrumenty určené k ochraně investic. ....	4
1.2 Modely řešení investičních sporů.....	6
1.3 Systém precedentů v rozhodovací praxi ICSID tribunálů.....	9
2. Pojem investice v bilaterálních investičních dohodách a Washingtonské úmluvě.....	14
2.1 Investice podle BIT.....	14
2.1.1 Obecné znaky investice podle BIT.....	14
2.1.2 Definice investice podle BIT uzavřených Českou republikou.....	17
2.2 Investice podle ICSID Úmluvy.....	18
2.3 Vztah mezi definicí investice podle BIT a ICSID.....	20
3. Vymezení investice v judikatuře ICSID tribunálů.....	23
3.1 Historicky první rozhodnutí. Případ „ <i>Fedax</i> “.....	23
3.2 Salini test.....	25
3.2.1 Sřet doktrín v pojetí investice v době rozhodování tribunálu ve věci <i>Salini</i> a samotný případ.....	26
3.2.2 Vynaložení prostředků (příspěvek).....	28
3.2.3 Delší doba trvání projektu.....	30
3.2.4 Riziko.....	32
3.2.5 Přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu.....	35
3.3 Revize <i>Salini</i> testu.....	37
3.3.1 Třísložková varianta Salini testu – příspěvek, riziko, doba trvání.....	37
3.3.2 Čtyřsložková zpřísněná varianta Salini testu – příspěvek, riziko, doba trvání, pozitivní a značný přínos do ekonomického rozvoje hostitelského státu.....	38
3.3.3 Pětisložkový test - páté kritérium regulérnosti výnosu a návratnosti investice.....	40
3.3.4 Nové kritérium <i>bona fide</i> investice.....	41
3.4 Kritika Salini testu a alternativní řešení.....	42
3.4.1 Zpochybnění kritérií Salini testu.....	42
3.4.2 Široká interpretace pojmu investice.....	44

3.5	Příklady činností investorů, kterým byl uznán status investice.....	47
3.6	Nezpůsobilý předmět investice.....	50
3.7	Nerealizované projekty jako investice.....	55
3.8	Původ investice.....	57
3.9	Racione locus.....	59
4.	Pojem investora.....	62
4.1	Investor jako fyzická osoba.....	63
4.1.1	Státní příslušnost investora podle tradičního obecného mezinárodního práva.....	63
4.1.2	Určení státní příslušnosti podle Úmluvy a BIT.....	65
4.1.3	Dvojí státní občanství.....	69
4.1.4	Dohoda o státní příslušnosti.....	72
4.1.5	Změny státní příslušnosti investora v čase a zachování práva podání žaloby.....	73
4.2	Investor jako právnická osoba.....	76
4.2.1	Soukromý charakter investora.....	76
4.2.2	Státní příslušnost investora podle tradičního (obecného) mezinárodního práva.....	78
4.2.3	Státní příslušnost investora právnické osoby podle ICSID a BIT.....	80
4.2.4	Lokální společnost jako investor.....	82
4.2.5	Doktrína “piercing the corporate veil”.....	87
4.2.6	Většinoví společníci jako investoři.....	89
4.2.7	Minoritní společníci jako investoři.....	90
4.2.8	Nepřímí společníci.....	91
4.3	Aktivní legitimace investora podat žalobu za poškození investice, kterou již nevlastní.....	94
	Závěr.....	96
	PRAMENY A LITERATURA.....	98
	RÉSUMÉ.....	108
	KLÍČOVÁ SLOVA.....	110

## **ABSTRAKT**

Mezi základní a zároveň stěžejní otázky práva ochrany investic bezpochyby patří prokázání existence chráněné investice. Tato práce se zaměřuje na zkoumání těchto otázek podle bilaterálních dohod o ochraně investic a ICSID Úmluvy. Vzhledem k tomu, že určení existence investice a investora záleží nejenom na tom, jak jsou tyto pojmy vymezené v konkrétní BIT, ale také na interpretaci použití těchto pojmů v ICSID Úmluvě, zdrojem odpovědí na tuto a související otázky je zveřejněná judikatura ICSID tribunálů.

V rozhodnutích investičních tribunálů není jediný přístup ohledně definování investice, lze vyčlenit několik různých přístupů: (i) pojem investice musí splňovat kritéria podle příslušné BIT a zároveň kritéria Úmluvy, která jsou vypracována judikaturou, (ii) pojem investice podle Úmluvy (resp. související judikatury) má přednost před definicí podle BIT, (iii) existuje pouze definice podle BIT, (iv) pojem investice musí splňovat kritéria podle příslušné BIT a zároveň se vejít do rámce Úmluvy, který je však chápán velice široce.

Při definování pojmu investor vzniká rovněž množství otázek. U žalobce, který je fyzickou osobou, musí rozhodčí tribunály nejčastěji řešit otázku státní příslušnosti, občanství nebo trvalého pobytu, otázku dvojího občanství. U žalobce, který je právnickou osobou, může vzniknout ještě širší škála otázek, na které musí odpovědět rozhodce: od charakteru právnické osoby, který je žalobcem, do oprávněnosti podat žalobu někým, kdo je na vrcholu korporátní struktury a který pouze zprostředkovaně vlastní místní společnost (tzv. koneční beneficianti).

Právo ochrany investic s mezinárodním prvkem podle dohod o podpoře a ochraně investic je velmi dynamické a vzhledem k absenci precedenčního práva je do značné míry roztržštěné co do postupů zkoumání existence investora a investice. Vše s sebou přináší to, že žádný závěr rozhodčího tribunálu není nepřekonatelný pro budoucí řízení.

## **ABSTRACT**

Proving the existence of a qualified investor and an investment undoubtedly belongs to the basic and core issues in the law of investment protection. These thesis focuses on examining of the very issues pursuant to the bilateral investment treaties and ICSID Convention. Due to the fact that ascertaining the existence of an investor and its investment depends not only how these terms are being defined in the relevant BIT, but also on interpretation of them in the ICSID Convention, published decisions of ICSID tribunals become the main source of information, how arbitral tribunals deal with the issue.

Decisions of arbitral tribunal reveal that there is no single attitude in defining of an investment. Several approaches can be seen: (i) the investment shall pass the critetia of an investment pursuant to the relevant BIT and the criteria of an investment of ICSID Convention which have been elaborated by the case-law (Salini test and its modifications), (ii) the investment shall fulfil criteria of an investment of ICSID Convention which have been elaborated by the case-law, while the criteria provided in the relevant BIT are not so important, (iii) the only relevant definition of an invesment is provided in the relevant BIT, as there is no explicit definition of an investment in the ICSID Convention, (iv) the investment shall fulfill the criteria of an investment pursuant to the relevant BIT, but at the same time shall be within the framework of a notion of investment pursuant to the ICSID Convention, whether the latter is interpreted very broadly.

When defining an investor many questions arise. When claimants are natural persons arbitral tribunals often deal with an issue of nationality or double nationality or permanent residence. When claimants are entities the range of potential issues can be even wider: from the nature of the claimant up to issues of possibility to file a claim by someone who is on the top of the corporate structure of group of companies and who owns the local company indirectly (the so called ultimate beneficiary).

The law of protection of investment with international element pursuant to the treaties on encouragement and protection of investment is very dynamic. Due to the absence of the rule of precedens it is largely fragmented with regard to the methods of defining of

an investor and its investment. This entails that all conclusions of arbitral tribunals can be overcome in future proceedings with regard to other or the same matter.



## Seznam použitých zkratk

ICSID Středisko nebo Středisko	Mezinárodní středisko pro řešení investičních sporů
Úmluva ICISD nebo Úmluva	Washingtonská Úmluva pro řešení investičních sporů při Mezinárodním středisku pro řešení investičních sporů

## Úvod

Prudký nárůst objemu mezinárodního obchodu po druhé světové válce vyvolal ostrou potřebu v ochraně investic prováděných v zahraničí. Bylo to zapříčiněno jevem, kdy mezinárodní obchod postupně pronikal do rozvojových zemí přilákán novými trhy, avšak vzhledem k tam panující nestabilní politické situaci potřebovali obchodníci záruky, že o svůj investovaný kapitál nepřijdou. Tak vznikaly první dohody o ochraně investic, většinou z iniciativy vyspělé země, která do rozvojové země kapitál dovážela.<sup>1</sup> Ochrana zahraničních investic se tak stala jedním z dominujících témat mezinárodního obchodu současnosti.

Téma ochrany zahraničních investic je velice široké a zahrnuje v sobě široké spektrum otázek: od základních otázek posuzování existence investora a jeho investice přes výklad o standardech zacházení s investicí, výklad o procesních postupech obrany investorů v mezinárodních investičních arbitrážích až po výklad o fungování jednotlivých institucí poskytujících služby nezávislých rozhodců nebo ad hoc tribunálů.

Rozsah této práce však neposkytuje prostor pro tak komplexní rozbor ochrany mezinárodních investic. Z toho důvodu se zaměřím na otázky posuzování existence investora a jeho investice ve smyslu příslušných dohod o ochraně investic. Důvodem pro tuto volbu je skutečnost, že podle mého názoru se jedná o stěžejní a jednu z nejdůležitějších otázek pro žalobce a také pro žalovaný hostitelský stát. Dovolila bych si konstatovat, že česká odborná literatura věnuje větší pozornost jiným otázkám, např. standardům zacházení s investorem, nežli tomuto tématu. To je pro mne dalším důvodem pro návrat k tzv. základům celého mezinárodního investičního práva.

Tato otázka je stále aktuální a osmělím se tvrdit, že zůstane aktuální po celou dobu, co bude existovat mezinárodní investiční právo samotné. Důkazem je, že s námitkami hostitelských států ohledně neexistence chráněného investora nebo chráněné investice se setkáváme skoro v každém dosud zveřejněném případě. Důvodem je to, že vývoj

---

<sup>1</sup> Studie UNCTAD: Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999. Dostupné z: <http://unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>

národních právních řádů, integrace států a migrace fyzických a právnických osob způsobují, že v mezinárodním investičním právu vznikají nové otázky a nuance. Ale v prvé řadě je to samozřejmě dáno tím, že ještě dříve, než se bude probírat meritum věci, má hostitelský stát možnost uspět ve sporu na základě toho, že prokáže neexistenci chráněné investice nebo investora dle příslušných mezinárodních a národních předpisů.

Odpovědi na otázky, kdo je investorem a co je investicí, hledám primárně v analýze prvozdojů, totiž v rozhodnutích investičních tribunálů, samozřejmě s přihlédnutím k již existující české a zahraniční literatuře v této oblasti. Vzhledem k tomu, že každý mnou vybraný náleží poskytuje pouze dílčí odpověď, která je aplikovatelná v plné míře jenom na daný konkrétní případ, zabývám se pro účely zobecnění některých pravidel aplikovatelných na zmíněné pojmy ještě i analýzou obecné aplikovatelnosti závěrů jednotlivých tribunálů na další podobné případy neboli analýzou vzájemného působení rozhodčích nálezů.

Vzhledem k různorodosti institucí, poskytujících služby arbitrů, a odlišnosti pravidel, podle kterých jsou vedena řízení o mezinárodněprávní ochraně investic, kdy je fakticky nemožné pojmout látku takového rozsahu do jedné práce, zaměřím se pouze na rozhodnutí Mezinárodního střediska pro řešení investičních sporů (ICSID Středisko nebo Středisko). Nemalou výhodou rozhodnutí investičních tribunálů právě tohoto Střediska je právě to, že velké množství z nálezů již bylo zveřejněno.

Tím se dostávám ke struktuře této práce, která je rozdělena do čtyř kapitol. První se zabývá mezinárodními investičními instrumenty a mezinárodními fóry dostupnými investorům pro řešení sporů vyplývajících z investic. Do této kapitoly je také zahrnuta analýza vzájemného působení rozhodčích nálezů. Podle mého názoru se jedná o klíč k pochopení fungování celého systému mezinárodních rozhodčích nálezů, který poskytuje odpověď na hlavní otázku - do jaké míry lze ze závěrů jednotlivých nálezů dovozovat obecné závěry a jestli je možné použití závěrů investičních tribunálů v pozdějších případech. Další kapitoly jsou věnovány pojmům investice a investor. V této práci jsem si dovolila probrat nejdříve otázku předmětu (investice) a až následně

otázky související se subjektem (investor). Byť by subjekty měly být probírány spíše před předmětem, ani mnou zvolený přístup není v odborné literatuře ojedinělý, viz např. monografie od Ch. Dugana a N. Rubinse.<sup>2</sup> K tomuto uspořádání mne vedla především snaha neopakovat některý výklad, který je oběma okruhům společný. Zároveň jsem chtěla umístěním výkladu o investici před výkladem o investorovi upozornit, že právě námitka neexistence chráněné investice je více používána hostitelskými státy, jelikož poskytuje větší prostor pro argumentaci. Z důvodů rozsáhlosti materie jsou pojmu investice věnovány hned dvě kapitoly. První seznamuje čtenáře, jak je tento pojem nadefinován v mezinárodních právních předpisech, tj. v bilaterálních dohodách o ochraně investic a podle Washingtonské Úmluvy pro řešení investičních sporů při Mezinárodním středisku pro řešení investičních sporů (Úmluva ICSID nebo Úmluva). Druhá kapitola se zaměřuje výhradně na interpretaci a analýzu pojmu investice v roztržité a nesourodé judikatuře rozhodnutích tribunálů Mezinárodního střediska pro řešení investičních sporů. Poslední kapitola je věnována rozmanitým otázkám souvisejícím se zjištěním, jestli má žalobce aktivní legitimaci k podání žaloby v roli investora.

Cílem této práce není provést analýzu pojetí investice a investora podle všech existujících bilaterálních dohod na základě sporů, které byly předloženy Mezinárodním středisku pro řešení investičních sporů, nýbrž cílem a hlavním přínosem je pokusit se zjistit společné tendence a zákonitosti v definování těchto dvou klíčových pojmů celé arbitráže v praxi ICSID tribunálů a vedle toho vyjevit rozhodující faktory, které ovlivňují rozhodování tribunálů a nutí je k odklonu od předchozích rozhodnutí.

---

<sup>2</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str xi-xii.

## 1. Řešení sporů mezi investorem a hostitelským státem

### 1.1 Mezinárodní investiční instrumenty určené k ochraně investic.

Dodnes neexistuje žádná komplexní mnohostranná investiční dohoda. Poslední pokus připravit mnohostrannou dohodu o investicích (*Multilateral Agreement on Investment*, dále jen „MAI“) byl podniknut na půdě Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) v roce 1994. Vyjednávání podmínek dohody se tehdy zúčastnila i Česká republika zastoupená Ministerstvem financí, které spolupracovalo s dalšími ministerstvy.

Představa tvůrců MAI byla taková, že MAI bude podepsána vyspělými státy a poté k ní budou přistupovat i státy rozvojové. Členské státy OECD však samy nedokázaly dospět ke konsensu dokonce ani ohledně základních zásad, na kterých měla MAI spočívat.

Vyjednávání MAI se zúčastňovaly i rozvojové státy. Ty větší z nich se však postavily proti přijetí jakéhokoliv investičního instrumentu určeného k ochraně investic, pokud v něm nezazní otázka odpovědnosti nadnárodních korporací a investorů obecně za škody způsobené hostitelskému státu. Ve stejnou dobu v roce 1997, kdy byl návrh představen veřejnosti, zahájily nevládní organizace, sdružení a aktivisté bojující za ochranu životního prostředí a lidská práva protesty proti přijetí MAI. Upozorňovaly na to, že návrh MAI se zabývá pouze ochranou investic, nicméně úplně ignoruje potřebu chránit životní prostředí a lidská práva. MAI byla kritizována za to, že svou podstatou sleduje cíl rozšiřování ekonomické síly rozvinutých států, a proto poskytuje velkorysý systém ochrany pro nadnárodní společnost, avšak nesleduje cíl hospodářského rozvoje rozvojových zemí.<sup>3</sup> Byla vyslovena obava, že rozvojové země budou za účelem přilákání cizího kapitálu snižovat standardy ochrany životního prostředí a odměňování pracovníků, což je ve svém důsledku cesta do pekla. Poté, co byla rozvinuta globální kampaň kritizující MAI, oznámila v roce 1998 Francie, že MAI nepodpoří, a tak efektivně zablokovala její přijetí.

---

<sup>3</sup> KALIŠ, Roman. Vývoj mezinárodního investování a právní úpravy mezinárodní ochrany investic. *Právní fórum*. roč. 2007, č. 6.

Vzhledem k neexistenci jediné mnohostranné dohody o investicích je proto úprava ochrany investic roztržena na velké množství mnohostranných nebo dvoustranných instrumentů.

K těm mnohostranným patří např. dohody uzavřené v rámci WTO (např. Všeobecná dohoda o obchodu službami, Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření, Dohoda o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví, Dohoda o subvencích a vyrovnávacích opatřeních) nebo mezinárodní kodexy v oblasti pohybu kapitálu. Mezi ty nevýznamnější patří Kodex liberalizace kapitálových pohybů OECD, Kodex liberalizace běžných neviditelných operací a Články Dohody o Mezinárodním měnovém fondu. Kodexy OECD jsou namířeny na minimalizaci překážek týkajících se pohybu kapitálu a současných tzv. neviditelných transakcí<sup>4</sup> (např. služeb). Ochrana investic v energetice je obsažena v mnohostranné Dohodě k energetické chartě (dále jen „ECT“).

Ochrana investic na mezinárodní úrovni je primárně upravena bilaterálními a regionálními dohodami. Další úprava týkající se ochrany investic je obsažena ve smlouvách o zamezení dvojího zdanění a smlouvách o platebním styku, které jsou uzavírány také na bilaterální bázi.<sup>5</sup>

Vzhledem k rozmanitosti instrumentů k ochraně investic a tomu, že rozsah práce neposkytuje příliš prostoru provést analýzu problematiky pojmu investora a investice podle všech těchto instrumentů, zaměřím se dále pouze na vybranou problematiku podle nejfrekventovanějšího typu nástrojů, a to podle bilaterálních investičních dohod (dále jen „BIT“).

První dohodou o podpoře a ochraně investic uzavřenou Českou republikou (tehdy Československem) byla dohoda s Belgií a Lucemburskem (tehdy v rámci Hospodářské

---

<sup>4</sup> Jde o transakce, s nimiž není spojen pohyb žádného hmotného statku.

<sup>5</sup> BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2010, str. 18.

belgicko-lucemburské unie) ze dne 24. dubna 1989.<sup>6</sup> Pro zajímavost je nutno dodat, že historicky první BIT předcházela první české BIT o 30 let a byla podepsaná v roce 1959 mezi Německem a Pákistánem. Dnes je Česká republika vázána 79 BIT, k nimž po ukončení procesu ratifikace přibude ještě BIT se Srí Lankou.<sup>7</sup>

Je zde na místě poukázat také na to, že ustanovení mezinárodních dohod, včetně bilaterálních, mají vždy přednost před ustanoveními českého devizového zákona, který na vnitrostátní úrovni mimo jiné stanoví záruky ochrany zahraničních investic.<sup>8</sup>

## 1.2 Modely řešení investičních sporů

V předchozí podkapitole bylo pojednáno o rozmanitosti mezinárodních investičních instrumentů zabývajících se ochranou zahraničních investic. Těžiště právní úpravy v dohodách o ochraně investic leží ve vymezení práv a povinností investorů a hostitelských států. Samotná realizace ochrany investorů, tj. řešení konkrétního sporu mezi stranami, probíhá na půdě stranami zvoleného fóra. Ta lze rozdělit na (i) stálé instituce pro řešení sporů z investic, (ii) rozhodčí soudy / panely založené „*ad hoc*“ a (iii) soudy hostitelského státu, tj. soudy státu, v němž je investice umístěná.

Ve většině případů jsou způsoby řešení sporů z investic koncipovány bilaterálními dohodami alternativně, přičemž se vychází z toho, že volba fóra je na žalobci (investorovi). V případě předložení sporu stálé instituci nebo *ad hoc* založenému panelu rozhodců lze dále rozlišovat, jestli se rozhoduje podle již existujících pravidel této instituce, podle modelových pravidel nebo podle pravidel „*ad hoc*“ na základě konkrétní dohody stran.

---

<sup>6</sup> Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č.574/1992 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Belgií a Lucemburskem o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>7</sup> Ministerstvo financí České republiky: Přehled platných dohod o podpoře a vzájemné ochraně investic, kterými je Česká republika vázána - rok 2014. Dostupné z: <http://www.mfcr.cz/cs/legislativa/dohody-o-podpore-a-ochrane-investic/prehled-platnych-dohod-o-podpore-a-ochra>

<sup>8</sup> § 31 zákona č. 219/1995 Sb., devizový zákon.

Ze všech vyjmenovaných modelů řešení investičních sporů je pro investora většinou nejméně přijatelná třetí varianta, tj. řešení sporu před soudem hostitelského soudu. I taková možnost se však v bilaterálních dohodách objevuje. Příkladem může být dohoda o podpoře a ochraně investic uzavřená mezi Českou republikou a Ruskou federací<sup>9</sup>, kde je řešení sporu před národním soudem hostitelského státu jednou z nabízených variant.

Ad (i) Nejfrekventovanější stálou rozhodčí institucí v dohodách o podpoře a ochraně investic je Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic, zřízené na základě Úmluvy o řešení sporu z investic mezi státy a občany jiných států ze dne 18. března 1965<sup>10</sup>. Dále následují Rozhodčí soud při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži (ICC), Rozhodčí soud Stockholmské obchodní komory ve Stockholmu anebo Mezinárodní rozhodčí soud při Hospodářské komoře Rakouska<sup>11</sup>.

Ad (ii). Řešení sporů v rozhodčím řízení „*ad hoc*“ znamená, že řízení nebude probíhat u žádného stálého rozhodčího soudu nebo střediska. Rozhodčí panel se vytváří „*ad hoc*“ na základě dohody stran. Pro případ komplikací s ustanovením rozhodce obsahují mnohé BIT ustanovení o tzv. „*appointing authority*“. Jedná se o osobu, která je pověřena jmenovat chybějící členy rozhodčího senátu. Touto osobou bývá často předseda některého ze stálých rozhodčích soudů nebo předseda Mezinárodního soudního dvora nebo dokonce generální tajemník OSN. Takový způsob řešení sporů z investic předpokládá např. dohoda o podpoře a ochraně investic s Belgií a Lucemburskem.<sup>12</sup>

Obsah procesních pravidel pro řešení sporů rozhodčím soudem „*ad hoc*“ může být určen buď na základě dohody stran, nebo čerpán z již existujících modelových pravidel,

---

<sup>9</sup> čl. 8, Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 201/1996 Sb., o sjednání Dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a Ruskou federací o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>10</sup> POHL, Joachim, Kekeletso MASHIGO a Alexis NOHEN. Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey. *OECD WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT*. roč. 2012, č. 2. Dostupné z: [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf), str. 7; Úmluva byla publikována ve Sbírce zákonů pod číslem 420/1992.

<sup>11</sup> BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. *Právní rozhledy*. roč. 2006, č. 2., str. 56.

<sup>12</sup> Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 574/1992 Sb., Dohoda mezi Československou socialistickou republikou a Hospodářskou unií belgicko-lucemburskou o vzájemné podpoře a ochraně investic.



např. Rozhodčích pravidel Komise OSN pro mezinárodní právo obchodní UNCITRAL<sup>13</sup>, nebo je určí sám rozhodčí soud<sup>14</sup>.

Drtivá většina všech investičních sporů, které byly kdy zahájeny, byla rozhodována buď podle ICSID Úmluvy u Střediska ICSID, nebo Arbitrážních pravidel ICC, či podle pravidel UNCITRAL<sup>15</sup>. Historicky byly mnohé zahraniční investiční spory řešeny arbitrážními tribunály ICC, nicméně tato instituce je spíše známá jako arbitrážní fórum pro řešení sporů vyplývajících z mezinárodních obchodních transakcí.

Arbitrážní institucí, která se specializuje na mezinárodní investiční spory, je Středisko ICSID. Nicméně skutečnosti, že právě na toto středisko se investoři obracejí častěji než na jakoukoli jinou instituci, Středisko vděčí nejenom své specializaci, ale také svým zakladatelům. Středisko bylo totiž založeno při Světové bance. Autorita jedné z předních bankovních institucí musela mít samozřejmě vliv na autoritu i popularitu Střediska ihned po jeho zrodu.

Úmluva ICSID stanoví výlučnou působnost Střediska ICSID ve sporech, které k němu byly předloženy.<sup>16</sup> Podle Úmluvy nelze napadnout nález tribunálů ICSID u národního soudu, nicméně se lze odvolat k tzv. *ad hoc* výboru Střediska. Finální nález ICSID tribunálu je vynutitelný v každém smluvním státě Úmluvy a má se s ním zacházet stejně jako s rozhodnutím národního soudu v té zemi, kde se žádá o jeho vykonatelnost.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Čl. 8 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 115/2002 Sb. m. s., o Dohodě mezi Českou republikou a Kyprskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>14</sup> Čl. 8, Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb., o Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>15</sup> BISHOP, R. Doak, James CRAWFORD et al. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 11.

<sup>16</sup> Čl. 26 ICSID Úmluvy.

<sup>17</sup> Kapitola IV, oddíl V, VI ICSID Úmluvy.

### 1.3 System precedentů v rozhodovací praxi ICSID tribunálů.

Mezinárodní investiční právo je ve své podstatě kazuistické, a to z toho důvodu, že kromě písemných pramenů práva je dovytvářeno množstvím rozhodnutí investičních tribunálů a rozhodců. Klíčem k interpretaci jejich vzájemného propojení a odvozování obecných pravidel je podle mého přesvědčení právě pochopení principu vzájemného působení předchozích rozhodnutí ICSID tribunálů. Proto si této otázce si dovoluji věnovat celou podkapitolu.

Není pochybnosti o tom, že je v zájmu právní jistoty adresátů každé právní normy, aby podobné případy byly rozhodovány stejně a aby výklad právní normy byl konzistentní. Praxe rozhodčích tribunálů je ve své většině taková, že se snaží svůj výklad a celé svoje rozhodování pokud možno opřít o předchozí rozhodnutí tribunálů. Tato praxe však není totéž co precedenční právo, jak je známo angloamerickému právu. Jinými slovy, rozhodčí tribunály sice aplikují závěry a úvahy předchozích tribunálů, nemají ale žádnou takovou povinnost a činí tak dobrovolně.<sup>18</sup>

Článek 53 odst. 1 ICSID Úmluvy říká, že „*nález je závazný pro strany*“. Profesor mezinárodního práva na Vídeňské univerzitě Christoph Schreuer z toho dovozuje, že tímto samotná Úmluva vylučuje aplikaci principu závazného precedentu pro následující případy u Střediska. Na podporu svého argumentu uvádí, že nic z *travaux préparatoires*<sup>19</sup> Úmluvy nenaznačuje, že by byl princip *stare decisis* aplikován v ICSID arbitrážích<sup>20</sup>.

Tribunály, které rozhodovaly podle pravidel ICSID, opakovaně poukazovaly na to, že nejsou vázány předešlými ICSID nálezy. V řízení o zrušení nálezu *Amco v Indonesia*<sup>21</sup> *ad hoc* tribunál uvedl:

---

<sup>18</sup> SCHREUER, Christoph a Matthew WEINIGER. Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration. 2007, 5 January. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89\\_conv\\_across\\_90.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89_conv_across_90.pdf), str. 1.

<sup>19</sup> Přípravné práce (překlad autora z francouzštiny).

<sup>20</sup> SCHREUER, Christoph a Matthew WEINIGER. Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration. 2007, 5 January. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89\\_conv\\_across\\_90.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89_conv_across_90.pdf), str. 2.

<sup>21</sup> *Amco v Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509, bod 44.

*„Samotný fakt, že v systému ICSID arbitráži neexistuje pravidlo stare decisis ještě neznamená, že tato ad hoc Komise nemůže sdílet stejné závěry ohledně interpretace čl. 52 odst. 1 písm. e ad hoc Komise ve věci Klöckner... Navíc tato ad hoc Komise není nucena striktně rozlišovat mezi ratio decidendi a obiter dicta ve zmíněném nálezu“.*

Obdobně tribunál ve věci *LETCO v. Liberia* ještě před tím, než se opřel o předchozí rozhodnutí, pocítil nezbytnost vyjádřit se k závaznosti předchozích případů. Doslova uvedl:

*„Nehledě na to, že tribunál není vázaný precedenty zavedenými jinými ICSID tribunály, je poučné zvážit jejich interpretaci“.*<sup>22</sup>

Poněkud kuriózní je případ ve věci *Vivendi v. Argentina*. Proti Argentině bylo zahájeno více než 18 případů ohledně poškození investic zahraničních investorů v místních společnostech. V každém z těchto případů se Argentina hájila tím, že vznášela námitku neexistence investice. Tribunálu již devatenáctého podobného případu nejspíše došla trpělivost, a proto nejenom že odmítl námitku Argentiny, ale připojil ke svému rozhodnutí přílohu, ve které vyjmenoval všechna skutkově obdobná rozhodnutí, kde stejná námitka byla rovněž odmítnuta, a poznamenal, že tato námitka byla Argentinou vznesena již mnohokrát, nicméně ani jednou nebyla úspěšná.<sup>23</sup>

Nejdetailněji probíral tribunál otázku precedentů ve věci *AES Corp. v. Argentina*.<sup>24</sup> Investor argumentoval, že jeho případ je identický těm, ve kterých již byly zamítnuty stejné námitky Argentiny. Argentina nesouhlasila a poukázala na to, že se každý případ liší po faktické a právní stránce. Tribunál potvrdil předchozí judikatorní praxi tribunálů o neexistenci precedenčního práva v rámci rozhodování ICSID tribunálů, ale pak šel ještě dál a uvedl, že

---

<sup>22</sup> *LETCO v Liberia*, Award, 31 March 1986, 2 ICSID reports 346, str. 352.

<sup>23</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal v Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/3, 14 November 2005, bod 94 cituje *Gas Natural SDG, S.A. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Question on Jurisdiction, 17 June 2005.

<sup>24</sup> *AES Corporation v Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, bod 17-33.

*„neexistuje závazné precedenční právo v rámci dilčního ICSID systému pro řešení sporů mezi určitým státem, který je členem Úmluvy, a příslušníkem jiného určitého státu. Důkazem slouží dvě rozhodnutí ICSID tribunálů, které analyzovaly shodné ustanovení dvou různých BIT a dospěly k protichůdným názorům“.*<sup>25</sup>

Na druhé straně ale tribunál odmítl extrémní názor, že vzhledem k specifikům každého případu jsou veškeré předchozí nálezy a rozhodnutí irelevantní:

*„Konkrétně, pokud předložený právní spor vykazuje vysoký stupeň podobnosti nebo pokud se dokonce jedná o totožný spor, tribunál se nedomnívá, že by principiálně nemohl zvážit pozici zaujatou předchozím tribunálem“.*<sup>26</sup>

Závěr tribunálu je ale určitým kompromisem mezi dodržováním principu *stare decisis* a odmítnutím tohoto principu.

*„Každý tribunál je svrchovaný a může se, jak to bylo již potvrzeno praxí ICSID, uchýlit k jinému řešení stejného problému. Nicméně rozhodnutí o jurisdikci tribunálu v nálezech, které se zabývaly podobnými otázkami, mohou aspoň naznačit směr uvažování a tribunál tak může uvažovat o těchto nálezech, aby porovnal svůj vlastní postoj s těmi, které zaujaly jeho předchůdci, a pokud sdílí názor, který byl již ohledně určité otázky práva vyjádřen, má tento tribunál právo přijmout stejný názor“.*<sup>27</sup> *„Precedenty mohou být po právu považovány přinejmenším aspoň za předmět k porovnání nebo, jestli si to tak myslí tribunál, jako zdroj inspirace“.*<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> *AES Corporation v Argentina*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, bod 23

<sup>26</sup> *AES Corporation v Argentina*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, bod 28

<sup>27</sup> *AES Corporation v Argentina*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, bod 30

<sup>28</sup> *AES Corporation v Argentina*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17, bod 31

Stejně tak v případě *Bayindir v. Pakistan* tribunál prohlásil, že není vázán předchozími rozhodnutími, ale pečlivě taková rozhodnutí zváží, bude-li to považovat za vhodné.<sup>29</sup>

V poslední době se k této otázce měl příležitost vyjádřit rozhodčí tribunál ve věci *Burlington Resources*. Tribunál jednohlasně prohlásil, že se nepovažuje být vázán předchozími rozhodnutími. Názory členů tribunálu však nebyly jednotné ohledně toho, jestli má tribunál aspoň přihlédnout k předchozím nálezům. Dva rozhodci ze tří se přiklonili k názoru, že tribunál musí následovat to řešení otázky, které již bylo přijato v řadě podobných případů. Dle jejich názoru musí tribunál ve svém řešení zohlednit specifika konkrétní BIT a okolnosti případu, zároveň však má povinnost snažit se přispět k harmonickému vývoji investičního práva a rozhodovat v souladu s legitimním očekáváním společenství států a investorů a právní jistotou. Třetí rozhodce zmíněného tribunálu však vyjádřil názor, že úlohou rozhodce je posuzovat každý případ individuálně, nezávisle na jakémkoliv zjevném jurisprudenčním trendu.<sup>30</sup>

Lze uzavřít, že praxe použití předchozích rozhodnutí skutečně existuje, avšak precedenční právo, lze-li vůbec jako o takovém mluvit, není identické právu v zemích *common law*. Stejně tak tady neexistuje hierarchie tribunálů, a proto neexistuje ani pravidlo, že by pro nějaký tribunál byl závazný nález jiného tribunálu<sup>31</sup>. Tím spíše, že to neukládá ani Úmluva. Proto se jakési quasi precedenční právo vytváří cestou přesvědčivosti argumentace a v nemalé míře k tomu přispívá i autorita jednotlivých rozhodců.

V důsledku toho, že neexistuje ani hierarchie tribunálů, ani striktní precedenční právo, se objevují nálezy, které podobné situace řeší jinak než nálezy předchozí. Často se překvapivý nález tváří, jako by podobné rozhodnutí vůbec neexistovalo. Prof. Schreuer nicméně poukazuje na to, že novým trendem v rozhodovací praxi tribunálů pravděpodobně je, že tribunál, který se chce odchýlit od předchozí rozhodovací praxe,

---

<sup>29</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A Ş v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29; 14 November 2005, bod 76

<sup>30</sup> *Burlington Resources Inc v Ecuador*, Decision on liability, ICSID Case No ARB/08/5; 14 December 2012, bod 187.

<sup>31</sup> SCHREUER, Christoph a Matthew WEINIGER. *Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration*. 2007, 5 January. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89\\_conv\\_across\\_90.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89_conv_across_90.pdf) str. 9.

odkáže na předchozí rozhodnutí a učiní závěr, že nebyl o správnosti tohoto nálezu přesvědčen.<sup>32</sup>

Co tento závěr znamená pro určení existence investice a investora tribunálem ve smyslu příslušné BIT a Úmluvy? Jak jsem již výše uváděla, otázka toho, co je investice a kdo se může kvalifikovat jako investor, patří v rozhodčím řízení k otázkám jurisdikce, tj. jedná se o jednu z nejdůležitějších otázek pro žalobce. Podle mého názoru takový quasi systém precedentů vytváří pro žalobce stav nejistoty, i když před jeho případem bylo již několik podobných případů rozhodnuto konzistentním způsobem. Za takových podmínek, kdy tribunály ve svém rozhodování nejsou v podstatě ničím vázány, je velký zájem na tom, aby bylo co nejvíce nálezů zveřejněno. Je ovšem na stranách, jestli ke zveřejnění nálezu dají souhlas. V případech, kdy strany nedají souhlas ke zveřejnění celého rozhodnutí, zveřejňuje ICSID Středisko právní argumentace tribunálů<sup>33</sup>, což má za účel přispívat k jednotnějšímu výkladu stejných ustanovení BIT nebo Úmluvy.

---

<sup>32</sup> SCHREUER, Christoph a Matthew WEINIGER. *Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration*. 2007, 5 January. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89\\_conv\\_across\\_90.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89_conv_across_90.pdf) str. 9.

<sup>33</sup> Pravidlo 48 odst. 4, ICSID Rules of Procedure for Arbitration proceedings (Arbitration rules).

## 2. Pojem investice v bilaterálních investičních dohodách a Washingtonské úmluvě.

Dodnes neexistuje jediná definice pojmu „investice“, proto se obsah tohoto pojmu v různých investičních dohodách liší. Nepanuje ani plná shoda v tom, jestli je investice věc nebo činnost.<sup>34</sup> Definice investice v bilaterálních dohodách odráží vůli smluvních států poskytnout určitým hodnotám dodatečnou ochranu vedle té, která již existuje na národní úrovni. Pro stát, který dováží kapitál, představuje investice cizí kapitál, který si přeje přilákat. Pro stát, který kapitál vyváží, představuje naproti tomu investice ty transakce, které si přeje chránit prostřednictvím dohody. Z hlediska investora je definice investice důležitá proto, že pouze z té jeho činnosti, která spadá pod definici investice příslušné mezistátní investiční dohody, vzejde právo na ochranu této činnosti jako investice a právo domoci se ochrany resp. odškodnění.<sup>35</sup>

### 2.1 Investice podle BIT

#### 2.1.1 Obecné znaky investice podle BIT

Bilaterální investiční dohody se podobají v tom, jak definují pojem „investice“. Většina z nich obsahuje širokou obecnou definici investice (syntetická formulace<sup>36</sup>), která je vyjádřena výrazem „všechny druhy majetkových hodnot“. Po takto široce vymezené definici zpravidla následuje demonstrativní výčet těch majetkových hodnot, které příslušná BIT považuje za investici, přičemž ve většině případů jsou vyjmenované majetkové hodnoty vymezeny druhově. Tento přístup reflektuje uznání toho, že s vývojem společnosti se vyvíjí v čase i formy investice. Široká definice investice činí příslušnou BIT flexibilní.

---

<sup>34</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 247.

<sup>35</sup> YANNACA-SMALL, Catherine. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. In: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008. Dostupné z <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf> str.9.

<sup>36</sup> ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 1. vyd. Praha: LINDE Praha, 2001, str. 18.

Demonstrativní výčet majetkových hodnot uvedených v BIT, které mohou být považovány za investice, typicky obsahuje:

- věci movité a nemovité;
- účasti na společnostech;
- pohledávky;
- průmyslová práva a ostatní práva z oblasti duševního vlastnictví;
- koncese podle veřejného práva, které zahrnují práva koncese na výzkum, užití a těžby přírodních zdrojů.<sup>37</sup>

Obdobná ustanovení obsahují např. modelové BIT Francie<sup>38</sup> nebo Německa<sup>39</sup>. Některé BIT obsahují netypické majetkové hodnoty, např. modelová BIT Spojených států amerických vyjmenovává futures, opce, jiné deriváty, stavební práce na klíč a jiné podobné smlouvy.<sup>40</sup>

Vedle BIT, které obsahují širokou definici investice s demonstrativním výčtem majetkových hodnot, se vyskytují BIT, které poskytují ještě i negativní definici investice. Tak např. v BIT, které sjednalo Mexiko s Francií, jsou z pojmu investice výslovně vyloučeny ty peněžité pohledávky, které vzešly výhradně ze smluv o prodeji zboží a poskytnutí služeb, a stejně tak poskytnutí úvěrů v souvislosti s takovými smlouvami.<sup>41</sup> BIT mezi Mexikem a Švýcarskem neuznává jako investici poskytnutí úvěru hostitelskému státu nebo státnímu podniku.<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> YANNACA-SMALL, Catherine. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. In: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008, Dostupné z <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf> str. 50.

<sup>38</sup> Draft Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of (...) on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Dostupné z <http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>

<sup>39</sup> German Model Treaty – 2008. Dostupné z <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>

<sup>40</sup> 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Dostupné z <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>

<sup>41</sup> Čl. 1, Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the United Mexican States on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.

<sup>42</sup> Čl. 1 odst. 3, Agreement between the Swiss Confederation and the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments.



Některé definice nemají charakter obecných definic, ale obsahují pouze seznam majetkových hodnot, které jsou pro účely této BIT považovány za investici. Seznam může být jak demonstrativní, tak taxativní. Např. Kanadská modelová dohoda o podpoře a ochraně zahraničních investic obsahuje taxativní výčet majetkových hodnot.<sup>43</sup>

Je možno se setkat i s takovými BIT, kde definice investice obsahuje velice detailní kritéria. Takový přístup můžeme spatřit v modelové BIT Spojených států amerických, kde je pojem investice definován následovně: „*investice označuje jakýkoli druh investice, která je vlastněna nebo je přímo či nepřímo kontrolována investorem a která má rysy investice, včetně vkladu kapitálu nebo jiných zdrojů, očekávání výnosu nebo zisku a předpokládání rizika*“.<sup>44</sup> Zajímavostí této definice je to, že přestože neodkazuje na žádný judikát, jí vyjmenovaná kritéria investice (závazek přinést zdroje, očekávání zisku, riziko) jsou v podstatě stejná, jaká použil tribunál v případě *Fedax*.<sup>45</sup>

Nehledě na to, že široká definice investice ve smyslu „jakýkoliv druh majetkových hodnot“ je hodně často používána v BIT, praxe ukázala, že tribunály nejsou ochotné potvrdit existenci investice opírající se pouze o takto široce formulovanou definici. Z jednotlivých nálezů vyplývá, že pro tribunály je důležité, aby činnost investora bylo možno podřadit jak pod obecnou širokou definici, tak pod některou položku z demonstrativního vyčtu majetkových hodnot a aktivit, který obvykle následuje po široké definici investice.<sup>46</sup> Typickým příkladem je uvažování rozhodčího tribunálu v případě *Jan de Nul v. Egypt*, kde se tribunál nejprve ujistil, že předmětná činnost žalobce spadá pod obecnou definici investice, a následně že je také na seznamu aktivit, které Belgicko-lucemburská BIT považuje za investici.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Canadian FIPA 2004, Cl. 1. Dostupné z <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>

<sup>44</sup> § 1, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Dostupné z <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>

<sup>45</sup> *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, bod 43.

<sup>46</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, str. 172.

<sup>47</sup> *Jan de Nul NV & Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 ICSID, 16 June 2006, bod 98n.

### 2.1.2 Definice investice podle BIT uzavřených Českou republikou.

V okamžiku dokončení této práce měla Česká republika uzavřených a zároveň platných 79 bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic.

Pro BIT uzavřených Českou republikou je charakteristické použití obecných definic, které jsou doplněny o demonstrativní výčet majetkových hodnot, které mohou být považovány za investici. Zde jsou příklady některých syntetických formulací bilaterálních dohod uzavřených Českou republikou z různých období:

- „Pojem *"investice"* označuje každou majetkovou hodnotu investovanou v souladu s hospodářskými aktivitami investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu s právním řádem druhé smluvní strany a zahrnuje zejména, nikoli však výlučně...“ (BIT s Albánií<sup>48</sup>, BIT s Argentinou<sup>49</sup>, BIT s Čínou<sup>50</sup>);
- „*"Investicí"* se rozumějí všechny druhy majetkových hodnot, které vlastní nebo ovládají investoři jedné smluvní strany a které jsou umožněny druhou stranou podle jejích právních předpisů a politiky v oblasti investic tak, jak se čas od času vykonává, včetně činností s investicemi spojených. Investice zahrnuje zejména...“ (BIT s Austrálií<sup>51</sup>);
- „Pojem *"investice"* označuje jakoukoli majetkovou hodnotu patřící nebo investovanou buď přímo, nebo nepřímo prostřednictvím investora z třetího státu investorem jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu s jejím právním řádem a zahrnuje zejména, nikoli však výlučně...“ (BIT s Kanadou<sup>52</sup>).

---

<sup>48</sup> Čl. 1 odst. 1 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 83/1995 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Albánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>49</sup> Čl. 1 odst. 1 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 297/1998 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Argentinou o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>50</sup> Čl. 1 odst. 1 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 89/2006 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou o podpoře a ochraně investic.

<sup>51</sup> Čl. 1 písm. a Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 162/1994 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Austrálií o vzájemné podpoře a ochraně investic.

<sup>52</sup> Čl. 1 písm. d Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 8/2012 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a ochraně investic.

Široce formulovaná definice investice je charakteristickým rysem pro BIT uzavřené Českou republikou. Nenajdeme ani jednu, která by ji neobsahovala. Ve všech BIT (až na jednu) uzavřených Českou republikou následuje po obecné definici demonstrativní výčet majetkových hodnot, které mohou být považovány za investici. Ve většině případů je tento otevřený seznam uveden výrazem „zejména; nikoli však výlučně“.

Onou výše zmíněnou výjimkou je BIT s USA, která po obecné definici obsahuje naopak taxativní výčet toho, co je investicí.<sup>53</sup>

Pouze jedna BIT uzavřená Českou republikou obsahuje i tzv. negativní definici pojmu „investice“. Jenom pro zajímavost uvádím, že tato BIT za investici nepovažuje „závazek smluvní strany nebo státního podniku na splacení nebo poskytnutí úvěru smluvní straně nebo státnímu podniku“.<sup>54</sup>

## 2.2 Investice podle ICSID Úmluvy

Prof. Ch. Schreuer považuje pojetí „investice“ za centrální bod pro pochopení celé Úmluvy ICSID.<sup>55</sup> Samotná Úmluva, přestože pojem „investice“ používá, však neposkytuje žádnou definici ani vodítko pro určení toho, co by mohlo být považováno za investici.

ICSID Úmluva hovoří o investici v souvislosti se založením pravomoci a příslušnosti Střediska v čl. 25 odst. 1 ICSID Úmluvy:

*Pravomoc (příslušnost) Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu, u kterého strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku.*

<sup>53</sup> Čl. 1 odst. 1, písm. a) Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb. m. s., Dohoda mezi Spojenými státy americkými a Českou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic.

<sup>54</sup> Čl. 1 odst. 2, písm. c) Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 45/2004 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Spojenými státy mexickými o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>55</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 114.

Zpráva výkonných ředitelů Světové banky, která umožňuje nahlédnout do zákulisí příprav Úmluvy, konstatuje: „*Nebyl učiněn žádný pokus definovat pojetí „investice“, a to vzhledem k základnímu požadavku souhlasu stran a existenci mechanismu, skrz nějž smluvní státy mohou, pokud tak chtějí, sdělit s předstihem, jaké druhy sporů předloží nebo nepředloží Středisku*“.<sup>56</sup> Tato věta je však poněkud zavádějící. Ve skutečnosti je absence definice investice v Úmluvě výsledkem toho, že během přípravy Úmluvy byly předloženy různé návrhy definic, nicméně ani jeden neztvrdil.<sup>57</sup> Podle generálního poradce Světové banky a zároveň generálního tajemníka ICSID Střediska Arona Brochese by měla absence definice přispívat k tomu, aby větší váhu měla tvrzení stran, že jejich spor je investičním sporem, konečné rozhodnutí je však na samotném tribunálu.<sup>58</sup>

Absence definice investice v Úmluvě svádí k logickému závěru, že to je cesta k širokému výkladu pojmu. Otázkou je, jestli jsou v Úmluvě zakomponována nějaká omezení a limity. Nelze si nevšimnout, že preambule Úmluvy zdůrazňuje „*nezbytnost mezinárodní kooperace pro ekonomický rozvoj*“. Zpráva výkonných ředitelů Světové banky uvádí, že Úmluva „*vznikla v důsledku snahy posílit partnerství mezi zeměmi v důsledku ekonomického rozvoje*“. Citovaná část preambule a zpráva výkonných ředitelů jsou někdy vykládány tak, že aktivita investora je investicí pouze tehdy, pokud má pozitivní vliv na rozvoj hostitelského státu. Prof. Ch. Schreuer však varuje, že z tohoto výkladu nevyplývá, že pokud transakce investora nepřispívá k ekonomickému rozvoji hostitelského státu, tak nemůže být automaticky považována za investici.<sup>59</sup> Výklad toho, co je investicí ve smyslu Úmluvy, je tak ponechán na tribunálech.

---

<sup>56</sup> World Bank. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. ICSID, 1965. bod. 27.

<sup>57</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, str. 164.

<sup>58</sup> YANNACA-SMALL, Catherine. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. In: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008. Dostupné z <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>

<sup>59</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. str. 117.

## 2.3 Vztah mezi definicí investice podle BIT a ICSID

U BIT, které obsahují ustanovení o příslušnosti Střediska k řešení sporů, nastává zajímavá, ale zároveň komplikovaná situace. Oba dva mezinárodní investiční instrumenty (Úmluva ICSID a příslušná BIT) obsahují pojem investice. Logicky vyvstává otázka, jaký je jejich vzájemný vztah.

Ani Úmluva, ani žádná z existujících BIT neposkytuje odpověď na tuto otázku. Odpověď lze hledat především v rozhodnutích investičních tribunálů. Vždy však je třeba pamatovat na to, že klasické precedenční právo v této oblasti neexistuje. Z rozhodnutí investičních tribunálů lze nicméně učinit jednoznačný závěr, že odpověď na tuto otázku je nerozlučně spojena s přístupem tribunálu k otázce, co tvoří investici podle Úmluvy, a od toho se i odvíjí. Podle mého názoru by se daly vyčlenit určité trendy.

K této otázce se, jako jeden z prvních, detailně vyjádřil tribunál ve věci *Sallini Construttori v. Morocco*.<sup>60</sup> Poznamenal doslova, že k založení příslušnosti tribunálu je zapotřebí existence investice ve smyslu BIT, stejně tak jako existence investice podle Úmluvy v souladu s rozhodnutími tribunálů (existence investice je zkoumaná podle tzv. *Sallini testu*).<sup>61</sup> Jinými slovy, tribunál řekl, že investice zahraničního investora musí být investicí podle příslušné BIT a zároveň splňovat celkem přísná kritéria investice podle Úmluvy, která jsou vypracovaná judikaturou.<sup>62</sup>

Ve stejném duchu rozhodnul posléze i tribunál ve věci *Joy Mining v. Egypt*. Tribunál podtrhnul, že „strany sporu nemohou prostřednictvím smlouvy nebo dohody [pozn. autora: BIT] pro účely založení ICSID příslušnosti definovat jako investici něco, co nesplňuje objektivní požadavky čl. 25 Úmluvy. V opačném případě by se stal čl. 25 s

---

<sup>60</sup> *Salini Construttori Sp.A & Italstrade Sp.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ARB/00/4, 23 July 2001.

<sup>61</sup> *Salini Construttori Sp.A & Italstrade Sp.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ARB/00/4, 23 July 2001, bod 44.

<sup>62</sup> YANNACA-SMALL, Catherine. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. In: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008.

Dostupné z <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>, str. 59.

jeho chápáním investice, i pokud ta není zvlášť definována, bezvýznamným ustanovením.“<sup>63</sup>

Obrázek doplňuje rozhodnutí z r. 1985, kde sekretariát Střediska odmítnul zaregistrovat žalobu, která se týkala sporu ohledně prodeje zboží, s odůvodněním, že předmětná činnost není investicí podle Úmluvy. Zajímavostí tohoto rozhodnutí je, že BIT, na základě které se spor předkládal, výslovně umožňovala předložit takový spor k ICSID Středisku.<sup>64</sup> Vedoucí odborník na mezinárodní veřejné a soukromé právo profesor Zachary Douglas ve své monografii „The International Law of Investment Claims“ výstižně shrnuje, že ustanovení v bilaterální dohodě nemůže založit účinky pro mnohostrannou smlouvu (ICSID Úmluvu), proto v případě, že se předmětný spor týká předmětu, který spadá pod definici investice podle příslušné BIT, ale již nikoliv podle ICSID, bude tribunál nucen prohlásit, že nemá příslušnost.<sup>65</sup>

Druhý proud představují rozhodnutí z pozdější doby. Charakteristickými pro tento proud jsou zejména závěry rozhodnutí *MCI Power Group v. Ecuador* a *Parkerings - Compagniet v. Lithuania*.

V rozhodnutí *MCI Power Group v. Ecuador* tribunál upozornil, že Úmluva nedefinuje pojem investice a zpráva výkonných ředitelů tento fakt vysvětluje tím, že záměrem bylo ponechat na stranách, který druh sporu předloží Středisku. Dále řekl, že pouze v BIT je definována chráněná investice. Proto dle jeho názoru definice investice v BIT vyplňuje absenci definice v čl. 25 Úmluvy pro účely určení příslušnosti tribunálu.<sup>66</sup> Jinými slovy tribunál řekl, že předmětná činnost investora se musí vejít pouze do definice investice podle BIT. Stejným způsobem postupoval tribunál ve věci *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> *Joy Mining Machinery Ltd. v. The Arab republic of Egypt*, Award on Jurisdiction ICSID Case No ARB/03/11, 6 August 2004, bod 49.

<sup>64</sup> SHIHATA, I a A PARRA. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1999, 14 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 299, 308.

<sup>65</sup> DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. 1. vyd. New York: Cambridge University Press, 2009. str. 165.

<sup>66</sup> *MCI Power Group LC and New Turbine Inc v Ecuador*, Award, ICSID Case No ARB/03/6, 2007, body 159 - 160.

<sup>67</sup> *Parkerings-Compagniet AS v Lithuania*, Award on jurisdiction and merits, ICSID Case No ARB/05/8, 2007, body 249-254.

Podřazení chráněné investice tribunálem pod pojem investice pouze podle BIT, nikoli již Úmluvy ICSID, má i svůj praktický význam např. v těch případech, kde příslušná BIT nabízí pouze Středisko jako jediné fórum pro řešení sporů z investic. To je právě případ např. Německo-ukrajinské BIT. Ve věci *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine* žalobce namítal, že v BIT (Německo/Ukrajina) není možnost vybrat fórum, tj. BIT výslovně stanoví, že spory z ní se řeší pouze u Střediska. Žalobce argumentoval, že pokud by se stalo, že jeho předmětná aktivita splňuje požadavky investice podle BIT, avšak již nikoliv podle Úmluvy, tak by ustanovení BIT o způsobu řešení sporů postrádalo smysl, což je v rozporu s principy interpretací smluv.<sup>68</sup> Ustanovený tribunál se však s argumentací žalobce neztotožnil.

Třetí proud je relativně čerstvý, jelikož reprezentuje rozhodnutí posledních několika let a kombinuje výše zmíněné dva proudy. Východiskem je to, že pojem investice podle Úmluvy existuje nezávisle na pojmu investice podle BIT a předmětná investice by se tak měla vejít jak do rámce investice podle Úmluvy, tak podle příslušné BIT. Zastánci tohoto proudu však chápají investici podle Úmluvy velice široce, a to tak, že jediným limitem jsou případné výhrady států činěné podle čl. 25 odst. 4 Úmluvy. Uvedený článek umožňuje smluvnímu státu kdykoli sdělit Středisku, že si nepřeje, aby určité druhy sporů (tj. aktivity, činnosti investorů) byly řešeny Střediskem.<sup>69</sup> Nebyla-li však příslušným státem výhrada učiněna, není široké pojetí investice podle Úmluvy zúženo, a proto nelze namítat, že určitá činnost/majetek není investicí podle Úmluvy<sup>70</sup>, což znamená, že jediná definice, která platí, je definice podle příslušné BIT.

Rozmanitost názorů rozhodčích tribunálů jen potvrzuje, že otázka vztahu pojmů investice podle BIT a podle Úmluvy zůstává i nadále otevřenou. V následujících kapitolách se soustředím na to, co je v praxi ICSID tribunálů považováno za investici.

---

<sup>68</sup> *GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/08/16; 31 March 2011, bod 128.

<sup>69</sup> *Ambiente Ufficio SpA and ors v Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/08/9, 2013, bod 438-439.

<sup>70</sup> *Ambiente Ufficio SpA and ors v Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/08/9, 2013, body 448-455.

### 3. Vymezení investice v judikatuře ICSID tribunálů

#### 3.1 Historicky první rozhodnutí. Příklad „*Fedax*“.

*Fedax NV v. Venezuela* je historicky prvním případem, který se detailně zabýval definicí investice.

*“Pojem “investice” je v praxi ICSID tribunálů a také rozhodnutích jiných tribunálů chápán široce, totéž platí o doktríně... Je to první ICSID případ, kde byla vznesena námitka nedostatku jurisdikce Střediska na základě toho, že předmětná transakce nespĺňuje kritéria investice podle Úmluvy. V předchozích případech ICSID tribunály zkoumaly z vlastní iniciativy otázku, zda šlo o investici, a v každém případě dospěly k závěru, že transakci lze podřadit pod investici v rámci Úmluvy”.*<sup>71</sup>

Skutkový příběh případu *Fedax* je následující. Na nizozemskou společnost *Fedax* byla rubopisována směnka, kterou vystavila Venezuela. Venezuela vznesla námitku nedostatku jurisdikce Střediska ICSID na základě toho, že směnka nemůže být považována za investici podle Úmluvy, avšak neuspěla.

*Fedax* tribunál začal zkoumat existenci investice analýzou čl. 25 Úmluvy. Tribunál připomněl, že koncepce investice je Úmluvou pojata široce, jelikož veškeré pokusy vtělit do Úmluvy legální definici ztroskotaly. Dále tribunál citoval významné autority, které zastávají názor, že je na vůli stran, jaký spor předloží ke Středisku a co budou považovat za investici.<sup>72</sup> Následně tribunál prozkoumal BIT mezi Nizozemskem a Venezuelou a dospěl k závěru, že příslušná BIT používá standardní širokou definici investice, charakterizujíc ji jako „*jakýkoli druh majetkové hodnoty*“. To vše přimělo tribunál k závěru, že nejen Úmluva, ale i BIT zahrnují pod pojem investice půjčky a různé podoby úvěrů. Tento závěr navíc tribunál podložil kritérii investice od prof. Schreuera<sup>73</sup> z roku 1996<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> *Fedax NV v Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3; 11 July 1997, bod 25.

<sup>72</sup> *Fedax NV v Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3; 11 July 1997, bod 22.

<sup>73</sup> *Fedax NV v Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3; 11 July 1997, bod 43.



Základními rysy investice podle tribunálu ve věci *Fedax* je:

- určité trvání (projektu)
- určitá pravidelnost zisku a návratnost investice
- předpoklad rizika
- podstatný příspěvek (neboli vklad) a
- význam pro rozvoj hostitelského státu.

Rozhodnutí ve věci *Fedax* mělo velký význam pro další vývoj judikatury. Bylo prvním, které se pokusilo o definici investice a v teorii čerpalo inspiraci pro kritéria, protože potřebovalo něco, o co by se mohlo opřít. Zároveň však kritéria nejsou pro tribunál *Fedaxu* dogmatem nebo podmínkou *sine qua non*. Jsou to pouhé typické znaky investice, které mohou, ale nemusí být všechny přítomny zároveň. Tribunál tak otevřel prostor pro širokou interpretaci pojmu investice, zároveň však upozornil na tenkou hranici mezi investicí a obyčejnou obchodní transakcí.<sup>75</sup>

Následně bylo toto rozhodnutí hodně kritizováno právě kvůli takovému rozšíření definice investice, že skoro každá finanční transakce může být považována za investici.<sup>76</sup>

Po roce 1997, kdy bylo rozhodnuto ve věci *Fedax*, následovala vlna námitek hostitelských států o neexistenci investice. Mezi nejčastěji citovanými rozhodnutími tribunálů, které se opíraly o kritéria *Fedax*, byly *CSOB v. Slovakia*, *Joy Mining Machinery Ltd v. the Arab Republic of Egypt*, *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco a Salini Costruttori SPA v. Kingdom of Morocco*. Avšak pouze poslední z vyjmenovaných rozhodnutí podrobilo pojetí investice detailní analýze a odstartovalo nový přísnější výklad Úmluvy.

---

<sup>74</sup> SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence*. 2008, č. 7., str. 11.

<sup>75</sup> *Fedax NV v Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3; 11 July 1997, bod 23.

<sup>76</sup> SASSON, Monique.. *Substantive law in investment treaty arbitration: The unsettled relationship between international law and municipal law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, str. 39.

### 3.2 Salini test

Nález ve věci *Fedax* byl historicky prvním pokusem definovat pojem investice rozhodčími tribunály (tj. nejenom v rámci praxe ICSID Střediska), ale čtyřsložkový test existence investice zformulovaný arbitrážním tribunálem se objevil až o čtyři roky později v nálezu *Salini v. Morocco*.<sup>77</sup> Do případu *Salini v. Morocco* neměly tribunály skoro žádný problém s definováním investice: buď vůbec nebyla vznesena žádná námitka ohledně existence investice, anebo rozhodčí tribunály konstatovaly její existenci s odkazem na nálezu *Fedax* bez jakékoli další podrobné analýzy.<sup>78</sup>

Nález vyhlášený dne 23. července 2001 rozhodčím tribunálem ve věci *Salini v. Morocco* se stal mezníkem ve vývoji otázky pojetí investice. Kritériím, která použil tribunál pro určení existence investice, se začalo vzápětí říkat Salini test.<sup>79</sup> Na první pohled se zdá, že se znovu jedná o opakování kritérií prof. Schreuera stejně jako v případě *Fedax*, nicméně rozdíl je v jejich aplikaci. Příklad *Fedax* a prof. Schreuer mluví o těchto kritériích jako o typických znacích, které mohou, ale nemusí být vždy naplněny<sup>80</sup>, kdyžto rozhodčí tribunál ve věci *Salini v. Morocco* vykládá tato kritéria jako podstatné znaky investice, které musí být splněny kumulativně.

I nyní, po více než jednom desetiletí, je Salini test stále hodně používán. Domnívám se, že obliba Salini testu spočívá v tom, že jako jeden z mála poskytuje relativně jasné vodítko, jaké parametry má činnost investora splňovat, aby byla považována za investici podle Úmluvy, což zaručuje určitou prediktabilitu rozhodování rozhodčích tribunálů. Na druhou stranu je však nutno dodat, že za zjevnou jednoduchostí aplikace testu se ve skutečnosti skrývají interpretační nuance jednotlivých složek testu a jak

---

<sup>77</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001.

<sup>78</sup> GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009, str. 404.

<sup>79</sup> SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence*. 2008, č. 7, str. 12.

<sup>80</sup> SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 128.

ukážu dále, lze jen stěží tvrdit, že Salini test poskytuje jasnou a jednoznačnou definici pojmu investice.

### **3.2.1 Střet doktrín v pojetí investice v době rozhodování tribunálu ve věci *Salini* a samotný případ.**

V době rozhodování tribunálu ve věci *Salini v. Morocco* existovaly dva hlavní fundamentálně se lišící postoje k definování investice.

První postoj je reprezentován uznávanými odborníky Dominique Carreau, Thiébaultem Flory, Patrickem Juillardem a Emmanuelem Gaillardem. Tento postoj výstižně shrnul D. Carreau:

*„Tato kritéria jsou založena na třech myšlenkách. Za prvé, investice nemůže existovat, aniž by neexistovalo vynaložení prostředků. Za druhé, investice nemůže existovat tam, kde se jedná o krátký časový úsek: investiční transakce se charakterizuje především jejím „dlouhým trváním“, což může být jenom v případě střednědobého nebo dlouhodobého vynakládání prostředků. Za třetí, investice nemůže existovat bez rizika, což znamená, že v čase odložená kompenzace investora musí záviset na ztrátě a zisku jeho riskantního podniku. Tato tři kritéria se musí aplikovat kumulativně“.*<sup>81</sup>

Alternativní přístup k definování investice byl prosazován bývalým starším právním poradcem Světové banky Georgesem Delaumem. Kritéria vynaložení prostředků, určitou dobu trvání investice a existenci rizika považoval za hodně restriktivní. Navrhnul proto flexibilnější test, vycházející z Preambule Úmluvy ICSID, která prohlašuje „nezbytnost mezinárodní kooperace pro ekonomický rozvoj“. G. Delaume říká, že existuje

*„další přístup, který je zásadně ekonomického charakteru a právně flexibilní v jeho formulaci a není založen na pojetí příspěvku ve formě vlastnictví, ale naopak na*

---

<sup>81</sup> GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009, str. 405

*očekávaném nebo dokonce vždy existujícím skutečném přínosu investice do ekonomického rozvoje předmětné země“.*<sup>82</sup>

Tyto uvedené dva postoje se diametrálně rozcházejí: první pro potvrzení existence investice vyžaduje kumulativní aplikace tří kritérií, druhému stačí existence přínosu pro ekonomický rozvoj hostitelského státu.

Tribunál v nálezu *Salini v. Morocco* tyto dva přístupy sloučil. Nevystačil se samotným kumulativním splněním tří kritérií a dodal požadavek existence přínosu pro ekonomický rozvoj hostitelského státu. Toto zdánlivě nevinné sloučení dvou přístupů dalo zrod rozporům v pozdějším vývoji rozhodovací praxi tribunálů.

V případě *Salini v. Morocco* byla pro ochranu investice italských společností stěžejní otázka, jestli vůbec lze považovat za investici smlouvu o výstavbě dálnice.

Tribunál uznal, že definice investice v ICSID Úmluvě neexistuje. Tento fakt však nedává stranám právo předložit libovolný spor k Středisku ICSID. Existence investice je tak podle tribunálu objektivní podmínkou.<sup>83</sup>

Dále tribunál upozornil na to, že neexistuje předchozí praxe v definování investice a jediným rozhodnutím, které se zabývalo definicí investice, byl nález *Fedax*, který dovodil kritéria investice z předchozích případů arbitrážních tribunálů, kde byly transakce *a priori* považovány za investice, aniž by se vedla nějaká diskuse v tomto ohledu.

Tribunál ve věci *Salini v. Morocco* se opřel o tři kritéria investice od Gaillarda a dodal čtvrté, opírající se o preambuli Úmluvy ICSID:

---

<sup>82</sup> GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009, str. 406

<sup>83</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 52.

*„Doktrína obecně uvádí, že investice vyžaduje vynaložení prostředků, určité trvání smlouvy a účast na rizicích transakce (výše citovaný komentář E. Gaillarda JDI (1999), 278 et seq.), str. 292). S ohledem na preambuli Úmluvy se dá doplnit jako dodatečná podmínka přínos do ekonomického rozvoje hostitelského státu”.*<sup>84</sup>

Takto zkombinovaným čtyřem kritériím s důrazem na nikoli jakýkoliv, nýbrž pouze na ekonomický přínos, se následně začalo říkat Salini test. Podstatným rysem Salini testu je, že individuální kritéria jsou na sobě vzájemně závislá:

*„Tak rizika transakce mohou být závislá na vynaložení prostředků a délce plnění smlouvy. Jako výsledek musí být tato kritéria posuzována globálně...”*<sup>85</sup>

Následující podkapitoly jsou věnovány podrobnějšímu rozboru každému z těchto čtyř kritérií v rámci samotného rozhodnutí ve věci *Salini v. Morocco* a následných rozhodnutí, která tento test použila.

### **3.2.2 Vynaložení prostředků (příspěvek).**

První složkou v čtyřsložkovém Salini testu je požadavek vynaložení prostředků investorem.

Tribunál v případě *Salini v. Morocco* vyjmenoval veškerou aktivitu, kterou považoval za příspěvek nebo která byla důsledkem vynaložení prostředků, ale nepodrobil ji detailně analýze. Podle tribunálu je přínosem v případě výstavby dálnice know-how, nezbytné vybavení, kvalifikovaný personál pro dokončení prací, půjčky na financování výstavby a vystavení bankovních záruk. Po tomto vyjmenování aktivit dospěl tribunál

---

<sup>84</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 52.

<sup>85</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 52.

k závěru, že příspěvek byl učiněn ve finanční podobě, v hmotné podobě (v naturáliích) a do průmyslu.<sup>86</sup>

Tribunály, které aplikují Salini test, se shodují na tom, že bez přínosu nebo prvotního vkladu (v jakékoliv podobě) nemůže investice ani existovat. Pozoruhodným je však fakt, že ani jeden tribunál se nepokusil o zobecnění toho, co může být příspěvkem, a ve většině případů tribunály ani nijak nevysvětlují, na základě jaké úvahy dospěly k závěru, že se jedná o příspěvek.<sup>87</sup>

.Z rozhodnutí tribunálů plyne, že příspěvek není omezen pouze na finanční prostředky, ale může být v podobě know-how (*Patrick Mitchell v. Congo II*<sup>88</sup>, *Bayindir v. Pakistan*<sup>89</sup>), zařízení, personálu (*Salini v. Morocco*<sup>90</sup>), prací, a to různého druhu, např. manuální práce (*Salini v. Morocco*<sup>91</sup>, *RFCC v. Morocco*<sup>92</sup>) a právního poradenství (*Patrick Mitchell v. Congo II*<sup>93</sup>). V případě *L.E.S.I. S.p.A. v. Algeria* tribunál poznamenal, že příspěvek může spočívat v úvěrech, materiálech, pracích a službách, pokud mají ekonomickou hodnotu.<sup>94</sup>

---

<sup>86</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 53

<sup>87</sup> MANCIAUX, Sébastien. The Notion of Investment: New Controversies. *Journal of World Investment & Trade*. 2008, roč. 9, č. 6. str. 8-10.

<sup>88</sup> *Patrick Mitchell v. Congo*, Decision of the ad hoc Committee, ICSID Case No. ARB/99/7, 1 November 2006, bod 27

<sup>89</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/29, 14 November 2005, bod 131.

<sup>90</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, bod 53

<sup>91</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, bod 53

<sup>92</sup> *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/616 July 2001, bod 61.

<sup>93</sup> *Patrick Mitchell v. Congo*, Decision of the ad hoc Committee, ICSID Case No. ARB/99/7, 1 November 2006, bod 27

<sup>94</sup> *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/3, 12 July 2006, bod 73.

### 3.2.3 Delší doba trvání projektu.

V době rozhodování tribunálu ve věci *Salini v. Morocco* se doktrína shodla na tom, že pro to, aby transakce mohla být považována za investici, musí trvat dva až pět let.<sup>95</sup> Salini tribunál se přiklonil k nižší hranici a výslovně prohlásil, že dvouletá doba je minimální na to, aby vyhovovala tomuto testu. Vyjádřeno slovy Gaillarda, „tribunál tak proměnil v právně-závaznou podmínku to, co bylo podáváno doktrínou jako typické trvání střednědobé investice“.<sup>96</sup>

Požadavek delší doby trvání projektu (investice) nepochybně vyjadřuje zájem státu podpořit dlouhodobý přítok zahraničního kapitálu, který přispěje k ekonomickému rozvoji státu. Kapitálové infuze krátkodobého charakteru jsou v očích státu nepředvídatelné, ve svém důsledku přispívají k finanční nestabilitě ve státě, a to z toho důvodu, že jsou náchylné k ukončení v okamžiku, kdy se podmínky pro tuto investici zhoršily.<sup>97</sup>

Společným pro rozhodnutí ICSID tribunálů v otázce délky investice je to, že vyžadují aspoň dvouletou dobu pro trvání projektu investora. V některých případech investování trvalo hodně let, a proto tribunály neměly žádné potíže se splněním této podmínky. Je to případ *Helnan v. Egypt*<sup>98</sup>, kde investování, spočívající v provozování hotelu, trvalo po dobu 26 let. V jiných případech bylo splnění časového kritéria spornou otázkou, zejména proto, že se názory hostitelského státu a investora rozcházel ohledně toho, co lze započítávat do doby trvání projektu.

V případě *Jan de Nul v. Egypt* tribunál navzdory námitce hostitelského státu rozhodl, že i doba trvání projektu, která jen o něco málo nedosahuje dvou let (konkrétně šlo o měsíc), je dostačující pro to, aby byl projekt považován za investici ve smyslu čl. 25

---

<sup>95</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 54

<sup>96</sup> GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009, str. 404.

<sup>97</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 266.

<sup>98</sup> *Helnan International Hotels A.S. v Egypt*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/19, 17 October 2006.

Úmluvy.<sup>99</sup> Nutno dodat, že v tomto případě investice spočívala v rozšíření východní části Suezského kanálu. Tato činnost žalobce na základě veřejné zakázky byla nepochybně v zájmu státu<sup>100</sup>, proto doslovná aplikace kritéria dvou let by byla přepjatým formalizmem. Tribunál se však vyhnul vyjádření se k tvrzení investora, že do doby trvání projektu se započítává i doba předcházející samotnému provedení prací, tj. doba přípravy na veřejnou zakázku.

Ve věci *Bayindir v. Pákistán* tribunál do doby trvání projektu započtl nejenom původní dobu, po kterou měla trvat smlouva, ale také i dodatečnou lhůtu, poskytnutou státem pro dokončení výstavby dálnice.<sup>101</sup>

Pokus jiného hostitelského státu vznést námitku neexistence investice vzhledem k tomu, že stavební práce, konkrétně výstavba 409 km dlouhého plynovodu, trvaly jenom rok, skončil fiaskem. Hostitelský stát totiž do doby trvání projektu nezapočetl dobu prostojů a dobu, po kterou bylo investorovi znemožněno provádět práci v terénu. Rozhodnutí tribunálu vyznělo jednoznačně tak, že doba, po kterou jsou práce na projektu přerušeny, se započítává do doby trvání projektu, jelikož každý prostoj v sobě nese ještě více rizika pro celý projekt, než pokud probíhají realizační práce.<sup>102</sup>

Společným pro všechna tato klíčová rozhodnutí ICSID tribunálů je to, že na dobu trvání projektu jsou ochotny nahlížet jako na dobu trvání smlouvy investora s hostitelským státem, jelikož logicky doba trvání realizace celého projektu je většinou mnohem kratší než doba trvání smlouvy.

Určitý korektiv do tohoto tvrzení vnáší rozhodnutí *Joy Mining v. Egypt*. Od zmíněných rozhodnutí se liší tím, že zde byla v rané fázi existence smlouvy uhrazena žalobci cena za část jeho projektu. Tribunál dovedl, že doba trvání projektu je v tom případě

---

<sup>99</sup> *Jan de Nul NV & Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 ICSID, 16 June 2006, bod 95.

<sup>100</sup> *Jan de Nul NV & Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 ICSID, 16 June 2006, bod 92.

<sup>101</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanaci A S v Pákistán*, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, ICSID Case No. ARB/03/29, bod 132-133.

<sup>102</sup> *Saipem SpA v Bangladesh*, Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21 March 2007, bod 101, 102.



irelevantní, protože investor přestal nést riziko v okamžiku, kdy mu byla uhrazena cena za zařízení.<sup>103</sup>

Rozhodnutí z posledních několika let zacházejí s kritériem doby trvání investice mnohem volněji. V *Deutsche Bank v. Sri Lanka* tribunál poznamenal, že doba trvání projektu je velice flexibilní pojem a může zahrnovat jakoukoli dobu od několika měsíců po řadu let.<sup>104</sup> Tribunál se opřel o rozhodnutí (nález) Stálého rozhodčího soudu v Haagu *Romak SA v. Republic of Uzbekistan*<sup>105</sup> a souhlasil s tím, že krátkodobé projekty nemají být zbaveny statutu „investice“ jenom kvůli jejich omezené době trvání. Podobně bylo též v případě *MCI v. Ecuador* judikováno, že určitá délka trvání projektu není nezbytnou podmínkou existence investice, nýbrž je pouhým příkladem typické vlastnosti investice.<sup>106</sup>

Můžeme shrnout, že používá-li tribunál dobu trvání projektu jako jeden ze znaků investice, ve většině případů bývá referenční doba trvání projektu kolem dvou let, avšak nemusí. Do této doby se započítává skutečná doba trvání aktivity, doba prostoje a přerušení prací, doba renegociací smlouvy a její prodloužení.

### 3.2.4 Riziko.

Dlouhodobé trvání investice logicky předpokládá existenci rizika pro projekt investora.

Rizika vyjmenovaná v případě *Salini v. Morocco* byla následující: rizika související s právem smluvní strany investora předčasně ukončit smlouvu; práva smluvní strany investora prosadit některé odchylky ve smlouvě, aniž by to přivedilo změnu ceny, která

---

<sup>103</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v The Arab Republic of Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, bod 62.

<sup>104</sup> *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*, Final award, ICSID Case No ARB/09/02, 31 October 2012, bod 303. Je zde na místě však dodat, že v uvedeném rozhodnutí tribunál použil pouze tři ze čtyř kritérií ze Salini testu.

<sup>105</sup> *Romak SA v. Republic of Uzbekistan*, Award, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, 26 November 2009, bod. 225.

<sup>106</sup> *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/6, 31 July 2007, bod. 165.

bude zaplacená investoru za výstavbu; rizika související s potenciálním růstem nákladů na pracovní sílu v souvislosti se změnou marokánských zákonů; potenciální nehoda nebo škoda na majetku investora během prací; rizika týkající se koordinace se současně probíhajícími jinými projekty; rizika nepředvídaných nehod, která nemohou být podřazena pod vyšší moc a která tak nezakládají právo investora na odškodnění; rizika spojená s neposkytnutím kompenzace v případě změny objemu objednaných prací.<sup>107</sup>

Bohužel z textu rozhodnutí není jasno, jakou relevanci dává tribunál každému z těchto rizik. Není jasno, jestli stačí prokázat existenci aspoň jednoho rizika nebo zda jich musí být více. Pozoruhodným je, že sám tribunál konstatuje existenci rizika nikoliv na základě vyjmenovaných rizik, nýbrž na základě vztahu mezi délkou trvání investiční smlouvy a nemožností přesného odhadu celkových nákladů. Uvedl, že kombinace dlouhodobého trvání projektu a celkových nákladů, jejichž přesnou výši nelze odhadnout předem, je samo o sobě dostačující pro existenci rizika pro investora.<sup>108</sup>

Z rozhodnutí tribunálů dále vyplývá, že za riziko se mimo jiné považuje změna v nákladech projektu<sup>109</sup>, změna v podmínkách poskytnutí záruky a doba trvání takové záruky<sup>110</sup> nebo zastavení práce na projektu<sup>111</sup>.

Budeme-li chtít zobecnit a vymezit rámec pro hodnocení rizika, nenajdeme žádné jednoznačné vodítko, protože judikatura tribunálů je rozporuplná. Lze se setkat i s hodně přísným posouzením přítomnosti rizika, jak je tomu ve věci *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, tak i s mnohem benevolentnějším přístupem, jako např. ve věci *Deutsche Bank v. Sri Lanka*.

---

<sup>107</sup> *Salini Costruttori Sp.A & Italstrade Sp.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 55n.

<sup>108</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 July 2001, bod 56.

<sup>109</sup> *Consortium R.F.C.C. v Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/6, July 16 2001, bod 63.

<sup>110</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A Ş v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/29, 14 November 2005, bod 136.

<sup>111</sup> *Saipem SpA v Bangladesh*, Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21 March 2007, bod 109.

Jediný rozhodce ve věci *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia I* zastával názor, že podmínka existence rizika musí být splněna z hlediska kvalitativního, nikoliv jenom kvantitativního, což znamená, že riziko v případě existence investice musí být vyšší nežli běžné obchodní riziko. Podle rozhodce riziko v případě nezachránění žádné věci z mořského dna a následného nezaplacení investorovi bylo běžným obchodním rizikem pro tento typ služeb (*pozn. autora: záchrana vraku*), nikoliv zvláštností smlouvy, která měla vliv na rozhodování investora ohledně investování. Rozhodce také poukázal i na to, že to, že projekt je spojen s rizikem, ještě neznamena, že toto riziko je charakteristické pro investiční riziko.<sup>112 113</sup>

V již zmíněném rozhodnutí *Deutsche Bank v. Sri Lanka* se rozhodčí tribunál přiklonil k názoru prof. Schreuera, že již samotný fakt existence sporu je indikátorem splnění podmínky přítomnosti rizika.<sup>114</sup> Toto rozhodnutí je tak příkladem velkorysého výkladu podmínky naplnění existence rizika pro projekt investora.

Uvedené dvě rozhodnutí jsou protipóly nahlížení na stejnou otázku. Akceptovatelným řešením by však podle mého názoru mělo být něco mezi nimi.

Na čem se ale shodují všechny tribunály aplikující test Salini, je to, že element rizika pro investici musí být vždy přítomný.<sup>115</sup> Proto tam, kde investorovi bylo uhrazeno ještě před provedením samotné investice, investor žádné riziko nenese, naopak riziko projektu je na bedrech hostitelského státu.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17 May 2007, bod 112.

<sup>113</sup> Pro úplnost je nutno dodat, že rozhodnutí *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia* již bylo zrušeno rozhodnutím Ad hoc výboru Střediska ze dne 16. dubna 2009. Tříčlenný výbor podrobil kritice příliš tvrdý výklad čtvrtého parametru Salini testu, tj. podmínku přínosu do ekonomického rozvoje hostitelského státu. Výklad jediného rozhodce ohledně existence a hodnocení rizika pro investice však výborem zkritizován nebyl. *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Decision on the application for annulment, ICSID Case No ARB/05/10, 16 April 2009, bod 80 (*Malaysian Historical Salvors v Malaysia II*).

<sup>114</sup> *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*, Final award, ICSID Case No ARB/09/02, 31. října 2012, bod 301

<sup>115</sup> MANCIAUX, Sébastien. The Notion of Investment: New Controversies. *Journal of World Investment & Trade*. 2008, roč. 9, č. 6, str. 13.

<sup>116</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v The Arab Republic of Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 6. srpna 2004, bod 57.

### 3.2.5 Přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu.

Přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu je čtvrtým a zároveň posledním kritériem Salini testu.

Tribunál ve věci *Salini v. Morocco* konstatoval, že přínos pro ekonomický rozvoj Maroka je nepochybný. Pro tribunál bylo důležitým to, že činnost, kterou vykonával investor, tj. výstavba dálnic, spadá pod úkoly, které vykonávají státní orgány a je jako taková ve veřejném zájmu, a přínosem pro ekonomický rozvoj hostitelského státu. Neméně důležitým z hlediska tribunálu bylo i to, že zahraniční společnosti (společnosti skupiny Salini) přinesly know-how v oblasti výstavby dálnic.<sup>117</sup>

Dodání obligatorního kritéria přínosu pro ekonomický rozvoj hostitelského státu je považováno za hodně kontroverzní. Toto kritérium se svou podstatou liší od tří ostatních. Doba trvání projektu, riziko a příspěvek jsou prvky, které charakterizují angažovanost investora, kdežto kritérium přínosu pro ekonomický rozvoj zkoumá investici s ohledem na motivaci státu přijmout ji a chránit. Z toho logicky plyne, že stát bude za investici považovat jenom projekty, které přispívají k jeho rozvoji.<sup>118</sup> E. Gaillard zdůrazňuje, že pokud by se test ohledně existence investice aplikoval kumulativně, dodání čtvrtého elementů může vést k potenciální diskvalifikaci některých transakcí jako investic a tak odmítnutí poskytnutí ochrany transakcím, které mohou být potenciálně investicemi. „*Každé dodání nových prvků k tradiční třísložkové definici investice tak vyústí v další omezení, což posouvá definici investice dál od ducha liberalismu zamýšleného navrhovateli Úmluvy*”.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23. července 2001, bod 57.

<sup>118</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 272.

<sup>119</sup> GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009, str. 413.

Vedle kritiky zaznívá i pozitivní hodnocení tohoto kritéria. Tak G. R. Delaume navrhnul, že názor hostitelského státu při hodnocení přínosu pro jeho ekonomický rozvoj musí být rozhodující pro účely definice investice.<sup>120</sup>

Mezi těmi nejznámějšími a zároveň nejkontroverzněšími rozhodnutími, kde byla žaloba zamítnuta z důvodu, že investice podle tribunálů nespĺňovala kritérium ekonomického přínosu, patří případy *Patrick Mitchell v. Congo II*<sup>121</sup> a *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia I*<sup>122</sup>.

První z uvedených případů se týkal poskytování právních služeb. Nálezem z r. 2004 ve věci *Patrick Mitchell v. Congo I* dospěl tribunál k závěru, že majetek žalobce a také jeho aktivita v Kongu, tj. poskytování právních služeb, je investicí ve smyslu BIT a ICSID Úmluvy.<sup>123</sup> Dva roky poté byl odvolacím výborem Střediska vydán nález *Patrick Mitchell v. Congo II*, který zrušil nález *Patrick Mitchell v. Congo I* z důvodu, že poskytování právních služeb neuznal za investici. Podle názoru odvolacího výboru je pouze majetek společnosti tím, co může být potenciálně zařazeno pod pojem investice, kdežto samotné poskytování právních služeb nikoli. Výborem podaný výklad zužuje seznam potenciálních transakcí, které mohou být považovány za investici. Odvolací výbor shledal, že poskytování právních služeb nemá přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu. Pouze v případě, pokud by služby byly poskytovány hostitelskému státu, mohly by být považovány za investici.<sup>124</sup> Tento výklad ekonomického přínosu je však také extrémní.<sup>125</sup>

*Malaysian Historical Salvors v. Malaysia I* je dalším případem, kde nebylo uznáno, že činnost investora měla přínos pro ekonomický rozvoj hostitelského státu. Příklad se

---

<sup>120</sup> Citováno v DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 272.

<sup>121</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Annulment Proceedings Regarding the Award Rendered on February 9, 2004, ICSID Case No. ARB/99/7, 1. listopadu 2006, bod 34n.

<sup>122</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17. května 2007.

<sup>123</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 9. února 2004, bod 57.

<sup>124</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Annulment Proceedings Regarding the Award Rendered on February 9, 2004, ICSID Case No. ARB/99/7, November 1, 2006, bod 39.

<sup>125</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 274.

týkal záchrany potopených předmětů z mořského dna. Žalobce zdůvodnil svůj přínos do ekonomického rozvoje státu tím, že zaměstnal čtyřicet místních lidí, podělil se o svoje know-how v oblasti záchrany předmětů z mořského dna s malajskými muzei a přispěl do malajské státní pokladny více než 1 milionem amerických dolarů. Jediný rozhodce nicméně odmítnul veškeré argumenty investora s odůvodněním, že „*přínos v daném případě nebyl stejné kvality a kvantity jako v předchozích ICSID případech*“. Arbitr neshledal, že by benefit ze smlouvy s investorem trval i po ukončení činnosti investora a byl značným. Na základě těchto úvah arbitr uzavřel, že činnost MHS nebyla investicí ve smyslu Washingtonské Úmluvy.<sup>126</sup> Jak jsem již výše uvedla, tento nález se dočkal zrušení a nový nález odsoudil neuznání menšího přínosu a přínosu kulturní a historické povahy.<sup>127</sup>

### **3.3 Revize Salini testu.**

Vedle samotné doslovné aplikace čtyřsložkového Salini testu se vyskytují i jeho modifikace: např. jako tří- nebo pětisložkový test nebo dokonce čtyřsložková zpřísněná varianta. Uvedeným modifikacím jsou věnovány následující podkapitoly.

#### **3.3.1 Třísložková varianta Salini testu – příspěvek, riziko, doba trvání.**

Jak jsem již výše zmiňovala, čtvrtý element v testu Salini, tj. přínos k ekonomickému rozvoji hostitelského státu, je ze všech čtyř kritérií nejvíce kontroverzní. Proto byl některými tribunály odmítnut. Je to např. případ *LESI-Dipenta v. Algeria*, kde tribunál uznal nezbytným splnění podmínky příspěvku, rizika a určité doby trvání projektu, odmítl však aplikovat kritérium přínosu k ekonomickému rozvoji hostitelského státu.

---

<sup>126</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17. května 2007, bod 143.

<sup>127</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Decision on the application for annulment, ICSID Case No ARB/05/10, 16. dubna 2009, bod 80 písm.b) (*Malaysian Historical Salvors v Malaysia II*).

Odůvodnil to tím, že tuto podmínku je hodně složité prokázat a že v podstatě plyne ze splnění tří předchozích.<sup>128</sup>

Stejně tak toto kritérium odmítnul použít tribunál v případě *Pey Casado v. Chile* v r. 2008:

*„Tribunál zastává názor, že definice investice neobsahuje více než tři elementy. Požadavek přínosu do ekonomického rozvoje hostitelského státu, který je sám o sobě složitý k prokázání, se vztahuje nikoli k jurisdikci Střediska, ale spíše k podstatě sporu. Investice se může prokázat jako užitečná nebo nikoliv pro hostitelský stát, aniž by ztrácela na kvalitě. Je sice pravdou, že Preambule k ICSID Úmluvě zmiňuje ekonomický přínos k rozvoji hostitelského státu, ale taková zmínka je důsledkem, nikoliv podmínkou investice: ochraňujíc investici, Úmluva usnadňuje rozvoj hostitelského státu. Ale toto neznamena, že přínos do ekonomického rozvoje hostitelského státu je základním elementem pojetí investice. A právě proto, jak bylo poznamenáno již několika tribunály, je tato čtvrtá podmínka ve skutečnosti obsažena ve třech předchozích“.*<sup>129</sup>

### **3.3.2 Čtyřsložková zpřísněná varianta Salini testu – příspěvek, riziko, doba trvání, pozitivní a značný přínos do ekonomického rozvoje hostitelského státu.**

Lpění na důležitosti přínosu potenciální investice do ekonomického rozvoje hostitelského států vyústilo ve zpřísnění aplikace testu Salini některými tribunály. Fakticky to znamená další zúžení koncepce investice podle Úmluvy.

---

<sup>128</sup> *Consortium Groupement LESI-Dipenta v People's Democratic Republic of Algeria*, Award, ICSID Case No. ARB/03/8, 10 January 2005, In GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009, str. 413-414.

<sup>129</sup> *Victor Pey Casado and President Allene Foundation v Republic of Chile*, Award, ICSID Case No. ARB/98/2, 8. května 2008, bod 232.

Nejznámějším případem je již několikrát zmiňované rozhodnutí *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia I*. Rozhodce v této věci použil Salini test a konstatoval splnění (i když s výhradami) tří ze čtyř kritérií Salini – příspěvku, rizika a doby trvání projektu. Rozhodce však odmítl uznat existenci přínosu do ekonomického rozvoje hostitelského státu. Opřel se především o vyjádření prof. Scheuera, dovodil, že investice musí mít kladný a značný vliv na rozvoj hostitelského státu a uzavřel, že podobný přínos v daném případě nebyl spatřen.<sup>130</sup> Kromě požadavku, že přínos investice k ekonomickému rozvoji musí být kladný a značný, tribunál požadoval i významnost přínosu, který charakterizoval jako značný a trvající, jako např. vybudování infrastruktury.<sup>131</sup>

Nález *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia I* nebyl prvním, ve kterém bylo upřesněno, jaký musí být přínos k ekonomickému rozvoji hostitelského státu. Před ním v nálezu *Joy Mining v. Egypt* zaznělo, že přínos k ekonomickému rozvoji hostitelského státu musí být značný.<sup>132</sup> Ke stejnému závěru dospěl tribunál v *Bayindir v. Pakistan* v roce 2005, aniž by upřesnil, jak je třeba takto přísněji formulované kritérium vykládat.<sup>133</sup> V následujícím roce tribunál ve věci *Jan de Nul v. Egypt* aplikujíc Salini test popsal přínos společnosti k rozvoji hostitelského státu jako ten, který má zásadní význam.<sup>134</sup>

Takový výklad pojmu investice ve své podstatě znamená, že přestože nic takového nenajdeme v žádné z dohod o ochraně investic, bude-li arbitrážní tribunál aplikovat zpřísněnou variantu Salini testu, ochrany se dostane pouze úzké skupině velkých investorů, jejichž činnost bude mít kvalifikovaný přínos do vývoje hostitelského státu.

---

<sup>130</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17. května 2007, bod 144, 146.

<sup>131</sup> *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17. května 2007, bod 144.

<sup>132</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 30. července 2004, bod 53.

<sup>133</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A Ş v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29, 14. listopadu 2005, bod 137.

<sup>134</sup> *Jan de Nul NV & Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 ICSID, 16. června 2006, bod 92.



### 3.3.3 Pětisložkový test - páté kritérium regulérnosti výnosu a návratnosti investice.

Je logické, že investice je činěna pro generaci zisku nebo se přinejmenším očekává její návratnost. Někteří arbitři považují proto tuto vlastnost investice za natolik typickou, že ji zahrnují do testu existence investice.

V judikatuře se hodně často objevuje test, kterému se sice říká test Salini, ale který se od původního Salini testu liší tím, že má navíc páté kritérium regulérnosti výnosu a návratnosti investic. Zajímavostí je, že tribunály, které aplikují takový „rozšířený test Salini“ odkazují na rozhodnutí Salini a dokonce i uvádí, že toto poslední kritérium v tomto nálezu je. Opak je však pravdou – v rozhodnutí *Salini v. Morocco* toto kritérium není. Pro rozlišení ale budu říkat tomu pátému kritériu quasi Salini kritérium.

Quasi Salini kritérium regulérnosti výnosu a návratnosti investice se objevuje např. v nálezu *Biwater Gauff v. Tanzania*.<sup>135</sup>

U tohoto kritéria jsou důležité dva aspekty. Za prvé se musí jednat o návratnost investice a její výnosnost. A za druhé výnosy musí být regulérní. V již zmíněném rozhodnutí *Joy Mining v. Egypt* tribunál neuznal existenci investice mimo jiné z důvodu, že investorovi bylo hrazeno jenom jednou, kdežto investice předpokládá regulérní návratnost.<sup>136</sup>

V dalším případě *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia I* také neexistovala regulérnost výnosů, neboť investorovi bylo hrazeno jednou.<sup>137</sup> Tribunál však dospěl k opačnému závěru a uzavřel, že sice byla provedena jedna platba, ale ta se vztahovala k většímu množství zachráněných předmětů. Navíc podle názoru tribunálu kritérium

---

<sup>135</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, 24. července 2008, bod 310.

<sup>136</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 30. července 2004, bod 57.

<sup>137</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17. května 2007, bod 108.

regulérnosti výnosu a návratnosti investice není rozhodující pro posouzení otázky existence investice.<sup>138</sup>

Uvedená rozhodnutí poukazují na nejednotnost hodnocení relevance kritéria regulérnosti výnosu a návratnosti investice.

### 3.3.4 Nové kritérium *bona fide* investice

Salini test je ve své podstatě seznamem formálních požadavků, jejichž naplnění musí vést tribunál k závěru, že se jedná o investici. „Šitý na míru“ pro případ *Salini v. Morocco* tento test pochopitelně nemůže pamatovat na veškeré nuance a formy investic. Proto se hned po testu Salini objevily jeho modifikace v podobě tří- až pětisložkových testů. Případ z roku 2009 *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*<sup>139</sup> dodal nový aspekt v chápání investice, a to činění investice v souladu s dobrými mravy.

Phoenix Action Ltd byla izraelská společnost, vlastněná ze sta procent českým občanem p. Vladimírem Beňo a založená krátce poté, co se jeho české společnosti dostaly do potíží s finančními orgány a sám p. Beňo byl zadržen a následně uprchl policejní eskortě do Izraele. Společnost Phoenix Action odkoupila od p. Beňo stoprocentní podíly na jeho společnostech a zažalovala Český stát podle Česko-Izraelské BIT.

Z kauzy je očividné, že účelem založení Phoenix Action bylo vtažení ryze vnitrostátního sporu mezi českým podnikatelem a českým státem na mezinárodní úroveň, aby byl spor rozhodován nikoliv českým soudem, nýbrž mezinárodním tribunálem se všemi z toho vyplývajícími výhodami.

Tribunál poznamenal, že ochrana investic v podobě přístupu k mezinárodním investičním tribunálům nemůže být poskytnuta, pokud by takové poskytnutí bylo v

---

<sup>138</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17. května 2007, bod 108.

<sup>139</sup> *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, Award, ICSID Case No ARB/06/5, 9. dubna 2009.

rozporu se základními principy mezinárodního práva, mezi nimiž tím nejdůležitějším je princip dobrých mravů. Tento princip vyžaduje, aby strany jednaly poctivě a čestně, aby prosazovaly své cíle pravdivě a zdržely se těžení z neférového jednání. Tento princip platí nejenom ve vztazích mezi státy, ale také v případě práv a povinností těch, kdo uplatňují mezinárodní žalobu na základě dohody. Nikdo nesmí zneužívat práva poskytnutého dohodami a obecně, každé pravidlo a ustanovení implicitně obsahuje klauzuli, že nesmí být zneužito.<sup>140</sup>

Tribunál tvrdě odsoudil manévr žalobce a konstatoval, že „*musí zamezit zneužití systému mezinárodní ochrany investic v rámci Úmluvy, a to tak, že zajistí, že pouze investice, které byly učiněny v souladu s mezinárodním principem dobrých mravů a které se nepokouší o zneužití systému, budou chráněny*“.<sup>141</sup>

### **3.4 Kritika Salini testu a alternativní řešení.**

Salini test, který vyžaduje kumulativní splnění všech elementů testu, je mnohými tribunály často kritizován.<sup>142</sup> Terčem kritiky není jen příliš velká přísnost testu, ale také i to, že test je ve své podstatě uměle vykonstruován, jelikož Úmluva nic podobného výslovně neříká. Argumentaci a odůvodnění některých tribunálů jsem již částečně zmínila v části 2.3 své práce, která se zabývá vztahem mezi definicí investice podle BIT a Úmluvy. Nyní je na místě rozebrat tento jiný proud podrobněji.

#### **3.4.1 Zpochybnění kritérií Salini testu.**

Dříve, než přejdu k rozhodnutím, která zásadně odmítají aplikovat Salini test, pozastavím se ještě nad jednou skupinou rozhodnutí. Jedná se o rozhodnutí, která

---

<sup>140</sup> *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, Award, ICSID Case No ARB/06/5, 9. dubna 2009, bod 106, 107.

<sup>141</sup> *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, Award, ICSID Case No ARB/06/5, 9. dubna 2009, bod 113.

<sup>142</sup> MARTIN, Antoine. "Definition of "Investment": Could a Persistent Objector to the Salini Tests be Found in ICSID Arbitral Practice?. *Global Jurist*. 2011, Vol.11: Iss.2.

zpochybňují autoritu Salini testu. Netvoří však homogenní skupinu co do způsobu, na základě kterého určují existenci investice.

K této skupině patří nález *MCI v. Ecuador* z roku 2007. Hostitelský stát opírajíc se o Salini test zpochybnil existenci rizika a také namítal, že nebyla splněna podmínka delšího trvání projektu. Tribunál poznamenal, že kritéria, podle kterých se určuje existence investice a která zohledňují některé tribunály [pozn. autora: *Salini kritéria*], musí být považována za pouhý příklad, ale nikoliv jako elementy investice nezbytné k prokázání její existence.<sup>143</sup> Tribunál potom pouze letmo konstatoval, že i když tato kritéria nejsou závazná, předmětný projekt je splňuje a je podle tribunálu investicí. Z tohoto rozhodnutí se však nedozvíme, co by se stalo, pokud by projekt nesplňoval aspoň jedno z kritérií.

Za povšimnutí stojí nález ve věci *Biwater Gauff v. Tanzania*, ve kterém tribunál podrobně rozebral důvody, proč nepovažuje za nutné naplnění kritérií Salini testu. Opět připomněl, že po neúspěšné inkorporaci definice investice do ICSID Úmluvy byl tento pojem záměrně vynechán nedefinován s očekáváním, že jeho definice bude výsledkem dohody mezi smluvními státy v rámci jednotlivých BIT.

Tribunál podtrhnul, že Salini test je sám o sobě hodně problematický, protože, jak na to poukazují i jiné rozhodčí tribunály, „typické rysy“ investice podle Salini tribunálu jsou povýšeny na úroveň pevného a rigidního testu. Aplikace těchto kritérií kumulativně, jak to vyžaduje Salini test, znamená, že některé typy transakcí budou vyloučeny z jurisdikce ICSID Střediska. Stejně tak se může stát, že takto testem Salini zavedená definice investice se může dostat do rozporu s definicí investice podle BIT. Tribunál dále nadhodil rétorickou otázku, proč číst ICSID Úmluvy zužujícím způsobem, pokud podstatný počet bilaterálních smluv ve světě nabízí širší definice investice. Proto tribunál zastal názor, že při definování investice je zapotřebí více pružný a pragmatický

---

<sup>143</sup> *MCI Power Group LC and New Turbine Inc v Ecuador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/6, 31. července 2007, bod 165

přístup, který by zohlednil zároveň jak test Salini, tak ostatní okolnosti případu, včetně textu BIT.<sup>144</sup>

Z novějších rozhodnutí stojí za zmínku rozhodnutí ve věci *Deutsche Bank v. Sri Lanka* z roku 2012, kde tribunál prohlásil, že kritéria Salini nejsou pevně stanovena ani nejsou obligatorní a také nejsou uvedena v Úmluvě. Stejně tak jako i v předchozím případě však některá Salini kritéria tribunál použil, a to konkrétně příspěvek, riziko a délku trvání projektu.<sup>145</sup>

V této podkapitole zmíněná a jim podobná rozhodnutí považuji za nesmírně důležitá, a to právě kvůli tomu, že otevírají cestu k širší interpretaci pojmu investice a odbourávají aplikaci podle mého názoru příliš tvrdého Salini testu.

### 3.4.2 Široká interpretace pojmu investice.

Určitou zajímavostí je, že první případ, kde byl pojem investice pojat široce, pochází ještě z doby před vydáním nálezu *Salini*. Tribunály, které se vzápětí vydávaly cestou neaplikace testu Salini, se velice často opíraly právě o toto rozhodnutí. Jedná se o nálezn *CSOB v. Slovakia* z r. 1999, kde tribunál upozornil na komentář Výkonných ředitelů Světové banky ohledně absence definice investice a řekl:

“... investice jako pojem musí být vykládána široce, protože navrhovatelé Úmluvy nezavedli žádné omezení jejího významu“.

Tribunál dále odkázal na Preambuli k ICSID Úmluvě a dovodil, že jazyk Preambule umožňuje usuzovat, že „mezinárodní transakce, která přispívá ke spolupráci, jež

---

<sup>144</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania*, Award and Concurring and Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22, 18. července 2008, bod 310n.

<sup>145</sup> *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, 31. října 2012, bod 294.

*zamýšlí ekonomický rozvoj smluvního státu, může být považována za investici tak, jak je tento pojem chápán Úmluvou“.*<sup>146</sup>

K dalším rozhodnutím z této skupiny patří již mnou zmíněný nálezn ve věci *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, kde tribunál absenci definice v Úmluvě vyložil následujícím způsobem. Konstatoval, že čl. 25 Úmluvy nečinil pokus definovat pojem investice a že tento úkol byl ponechán bilaterálním investičním dohodám či jiným mezinárodním instrumentům.<sup>147</sup> Dále tribunál posuzoval existenci investice pouze podle příslušné BIT. Jinými slovy absenci definice v Úmluvě tribunál vyložil tak, že tuto mezeru má vyplnit definice podle BIT.

Dalším příkladem širokého chápání pojmu investice je nálezn ve věci *Alpha Projektholding v. Ukraine*. Žalobce a hostitelský stát argumentovali Salini testem. Tribunál v této souvislosti sarkasticky poznamenal, že bude-li zapotřebí ověřit, jestli transakce nezapadá do rozumného pojetí „investice“, Salini kritéria se zdají, že plně poslouží tomuto účelu. Kritérium přínosu do ekonomického rozvoje hostitelského státu navíc nutí tribunál posuzovat *post hoc* správnost podnikatelského, ekonomického a finančního rozhodnutí podnikatelského subjektu. Tribunál uznává, že elementy v Salini testu mohou být nějak užitečné, pokud by byla definice investice v příslušné BIT natolik široká, že by za investici považovala i transakce, které by zjevně nebyly investicemi v rámci žádné přijatelné definice podle ICSID.<sup>148</sup>

Podle názoru tribunálu, pokud státy uzavírají mezi sebou dohodu o ochraně investic, ve které se dohodnou, že spory z této dohody budou předkládány Středisku, tak tím de facto sdělují, že považují jimi definovanou investici v BIT za investici podle Úmluvy. Investiční tribunál musí mít proto velice pádné důvody, aby odmítnul definici, na které

---

<sup>146</sup> *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. The Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, 24. května 1999, bod 64.

<sup>147</sup> *CMS Gas Transmssion Copany v Argentine*, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment, ICSID Case No. ARB/01/8, 25. září 2007, bod 71.

<sup>148</sup> *Alpha Projektholding GMBH v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16, 20. října 2010, bod 311-313.

se shodly svrchované státy. Tribunál letmo dodává, že ve většině případů, stejně tak jako i v daném, se stačí ujistit, že se jedná o investici podle BIT.<sup>149</sup>

Na tomto rozhodnutí je zajímavým to, že tribunál na závěr přece aplikoval Salini test s odůvodněním, že musí adresovat námitky hostitelského státu a žalobce. Následně pak konstatoval existenci investice. Z rozhodnutí tak není úplně jasné, na základě čeho učinil tento závěr: jestli na základě předchozích úvah nebo na základě splnění Salini testu.<sup>150</sup>

Z nejnovějších nálezů stojí za zmínku rozhodnutí z r. 2013 ve věci *Ambiente v. Argentina*, kde tribunál zastal názor, že pojem investice podle Úmluvy musí být interpretován v souladu s jejím jazykovým vyjádřením, ale zároveň ve světle účelu Úmluvy. Takový přístup vede k široké definici pojmu investice. Existují tady však dvě omezení. Prvním je, že investice musí být ekonomickou aktivitou. Tribunál ale opatrně poznamenává, že kupní smlouvy, přestože jsou ekonomickou aktivitou, nejsou investicí.

Druhým omezením je případná výhrada podle čl. 25 odst. 4 Úmluvy neboli prohlášení hostitelského státu, že si nepřeje, aby určité druhy sporů byly řešeny Střediskem.<sup>151</sup> Absence definice investice v Úmluvě totiž není náhodná, ale je kompromisem mezi názory dvou táborů států. Na jednu stranu Úmluva, v souladu s požadavkem rozvinutých zemí, neobsahuje definici, což implikuje pouze minimální restriktce pro založení existence investice podle Úmluvy. Na druhou stranu je tento liberální přístup k pojetí investice vyvážen mechanismem příznivým pro rozvojové země, kde stát má právo odepřít přístup určitých druhů sporů ke Středisku. Stát může před nebo po ratifikaci Úmluvy sdělit Středisku, které druhy sporů si nepřeje, aby byly posouzeny v rámci arbitráží podle pravidel ICSID. Jinými slovy samotná Úmluva umožňuje zúžit široké pojetí investice. Právě vzhledem k tomuto dohodnutému kompromisu

---

<sup>149</sup> *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16), 20. října 2010, bod 314.

<sup>150</sup> *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16), 20. října 2010, bod 317-332.

<sup>151</sup> *Ambiente Ufficio SpA and ors v Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/08/9, 8. února 2013, bod 438-439.

rozvojových a rozvinutých zemí je pochybné, že čl. 25 Úmluvy v sobě obsahuje kritéria Salini testu. Pokud by Úmluva v sobě obsahovala Salini kritéria, investice musí projít nejen sítím BIT a pak obecnými požadavky samotné Úmluvy, ale také tvrdou zkouškou podle Salini-testu.<sup>152</sup> Ve svém důsledku by to vedlo k tomu, že některé aktivity, které by jinak byly chráněné Úmluvou, by nebyly uznány jako investice a investorovi by byla odmítnuta ochrana.

Společným pro tato rozhodnutí je, že se snaží zcela oprostít od aplikace Salini testu. Rozdíl je v jejich přístupu k absenci definice investice v Úmluvě. Zatímco některé tribunály se snaží naplnit tento pojem obsahem pouze podle BIT, většina z nich uvažuje o existenci limitů v samotné Úmluvě.

### **3.5 Příklady činností investorů, kterým byl uznán status investice.**

Předchozí kapitoly byly věnovány teoretickým úvahám rozhodčích tribunálů ohledně definování investice, aniž bych soustředila pozornost na to, v čem konkrétně spočívala investiční činnost. Proto bych chtěla zvláštní podkapitolu věnovat příkladům aktivit, kterým byl přiznán status investice podle Úmluvy. Pro přehlednost uvádím činnosti investorů seřazené podle skupin.

**Stavební inženýrství a developerské projekty.** Velkou skupinu případů tvoří stavební inženýrství a developerské projekty. Na seznamu uznaných investic je např. výstavba plynovodu (*Saipem v. Bangladesh*<sup>153</sup>), vybudování vodní elektrárny, hráze a technických kanálů pro odvod vody (*Salini v. Jordán*<sup>154</sup>), výstavba dálnic (*Consortium RFCC v. Morocco*<sup>155</sup>, *Bayindir Insaat Turizm v. Pákistán*<sup>156</sup>), rozšíření a prodloužení

---

<sup>152</sup> *Ambiente Ufficio SpA and ors v Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/08/9; 8. února 2013, bod 478.

<sup>153</sup> *Saipem SpA v Bangladesh*, Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21. března 2007, bod 9, 90-111.

<sup>154</sup> *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Jordan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/13, 15. listopadu 2004, bod 14, 67, 92.

<sup>155</sup> *Consortium RFCC v Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/6, 16. července 2001, bod 50-60.



Suezského kanálu (*Jan de Nul v. Egypt*<sup>157</sup>), projekt rekonstrukce hotelu včetně obnovy nábytku a zařízení hotelu (*Alpha Projektholding v. Ukraine*<sup>158</sup>), provozování hotelu s částečnou rekonstrukcí a modernizací (*Wena Hotels v. Egypt*<sup>159</sup>, *Helnan International Hotels v. Egypt*<sup>160</sup>), vybudování a následné provozování duty-free obchodů na letišti (*Arif v. Moldova*<sup>161</sup>).

**Zemědělství.** Na rozdíl od stavebního inženýrství z oblasti zemědělství máme k dispozici jen pár zveřejněných případů. Ve věci *Tradex Hellas v. Albania* byla bez dalšího a bez námitek akceptována jako investice výstavba zemědělské infrastruktury, pěstování rostlin, ovoce, zeleniny a skotu.<sup>162</sup>

**Služby.** V některých případech byly služby uznány jako investice, v jiných nikoliv. V této podkapitole se budu zabývat výhradně službami, které byly za investici uznány.

*SGS v. Philippines* a *SGS v. Pákistán* jsou dva identické případy, kdy se investor zavázal k poskytování služeb inspekce zboží, které mělo být následně importováno do Filipín a Pákistánu. Cílem této inspekce bylo zajistit, aby bylo zboží správně klasifikováno pro celní účely, a také zvýšit efektivitu vybírání cla a tím pádem i přispět k doplnění státní pokladny. Závěr tribunálů byl stejný: tato služba, tj. inspekce zboží před jeho importem do zemí, je investicí. Zajímavým na těch případech je však to, že argumentace dvou tribunálů byla různá. Ve věci *SGS v. Pákistán* se tribunál opřel o to, že ICSID Úmluva sama neposkytuje definice investice, proto je podstatným, jestli lze činnost SGS podřadit pod pojem investice v rámci BIT.<sup>163</sup> Ve věci *SGS v. Philippines*

---

<sup>156</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A Ş v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID, Case No ARB/03/29, 14. listopadu 2005, bod 122n.

<sup>157</sup> *Jan de Nul NV & Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13, 16. června 2006, bod 9, 90-106.

<sup>158</sup> *Alpha Projektholding GMBH v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16, 20. října 2010, bod 43, 332.

<sup>159</sup> *Wena Hotels Ltd v Egypt*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/98/4, 29. června 1999, bod 24.

<sup>160</sup> *Helnan International Hotels A.S v Egypt*, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/19, 17. října 2006, bod 77.

<sup>161</sup> *Arif v Moldova*, Award, ICSID Case No ARB/11/23, 8. dubna 2013, bod 331n.

<sup>162</sup> *Tradex Hellas SA v Albania*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/94/, 24. prosince 1996, bod 15.

<sup>163</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/13, 6. srpna 2003, bod 133-135.

tribunál konstatoval, že do definice investice je možné podle ICSID Úmluvy zařadit i ryze smluvní vztahy.<sup>164</sup>

Podobnou faktickou situaci musel řešit tribunál v případě *BIVAC v. Paraguay*. Služba poskytovaná státu se také týkala inspekce zboží, které mělo být následně importováno na území Paraguaye, konkrétně kontrola daňové a celní povinnosti před dovozem do zemí. Tribunál shledal existenci investice a podpůrně odkázal na předchozí rozhodnutí *SGS v. Philippines* a *SGS v. Pákistán*. Zajímavým na tomto případě je to, že tribunál argumentoval jinak, než ve dvou předchozích zmíněných případech, a to konkrétně tím, že se nejednalo o pouhý smluvní vztah, nýbrž o pověření soukromé osoby funkcí, kterou obvykle vykonávají státní orgány, a to inspekcí importovaného zboží.<sup>165</sup>

**Půjčky.** Prvním zveřejněným sporem o to, jestli půjčka může být kvalifikována jako investice, je již několikrát zmiňovaný případ *Fedax* z r. 1997.<sup>166</sup> Tento závěr byl následně potvrzen i v nálezu ve věci *CSOB*.<sup>167</sup> V říjnu r. 2010 tribunál ve věci *Alpha Projektholding v. Ukraine* konstatoval, že mu není znám ani jeden případ, ve kterém by rozhodčí tribunál odmítl uznat půjčku za investici.<sup>168</sup>

**Dluhopisy.** Obhajitelnost státních dluhopisů jako zahraniční investice uznal tribunál např. ve věci *Ambiente v. Argentina*.<sup>169</sup>

**Akcie a podíly.** Jedním z nejrozšířených typů investic jsou akcie nebo podíly na společnostech založených podle práva hostitelského státu.<sup>170</sup> Tribunály bylo judikováno, že investicí jsou sice držené akcie v místní společnosti, nicméně ochrana

---

<sup>164</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29. ledna 2004, bod 112.

<sup>165</sup> *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v Paraguay*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/07/9, 29. května 2009, bod 96, 82.

<sup>166</sup> *Fedax N.V. v The Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, 11. července 1997, bod 19.

<sup>167</sup> *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. The Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, 24. května 1999, bod 76- 91.

<sup>168</sup> *Alpha Projektholding GMBH v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16, 20. října 2010, bod 273.

<sup>169</sup> *Ambiente Ufficio SpA and ors v Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/08/9, 8. října 2013, bod 471.

<sup>170</sup> SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 126-127.

poskytovaná investici, tj. akciím, se vztahuje i na majetek společnosti<sup>171</sup> a na její činnost<sup>172</sup>. Podrobněji se problematice akcií a podílů budu věnovat v podkapitolách věnovaných akcionářům jakožto investorům.

**Portfolia.** Zvláštní skupinu investic v podobě akcií tvoří tzv. portfolia. Vyjádřeno slovy tribunálu ve věci *Continental Casualty v. Argentina*, portfolia jsou finanční instrumenty, které zaručují investorovi určitý výnos, nicméně nedávají možnost kontroly nad společností.<sup>173</sup> Typická podoba takových finančních instrumentů je akcie, dluhopisy, deriváty aj. Vzhledem k tomu, že tato otázka je hodně kontroverzní, tribunály se jí snaží vyhnout, a proto na ni jasnou odpověď nenajdeme. Domnívám se však, že budeme-li chtít obhájit portfolia jako způsobilou investici, budeme muset nějakým způsobem překlenout protiargument, který nejspíš bude použit hostitelským státem, že u portfolií se často nejedná ani o značný přínos, ani o dlouhodobou činnost, ani o regulérnost výnosů a zisku, tj. portfolia zřejmě Salini testem neprojdou. Protiargumentem by mohlo být tvrzení, že bilaterální smlouvy ani Úmluva neuvádějí žádný minimální podíl na základním kapitálu společnosti, který musí investor dosáhnout a překročit, aby jeho akcie byly považovány za investici. Striktně vzato, nic nebrání takovému akcionáři, aby uplatňoval své právo u Střediska. Podlé mého názoru lze argumentovat také zásadou rovného zacházení a nediskriminace mezi jednotlivými investory (tj. majoritní v. minoritní akcionáři) obsaženou v bilaterálních investičních dohodách.

### 3.6 Nezpůsobilý předmět investice.

Zvláštní prostor bych ráda věnovala nezpůsobilému předmětu investice. Právě na těchto rozhodnutích je dobře vidět, jak daleko zachází tribunály při výkladu pojmu investice a kde je ona mez, za kterou již aktivita nebo věc investicí není. Zde je důležité si

---

<sup>171</sup> *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Award, ICSID Case No ARB/11/23, 8. dubna 2013, bod 380.

<sup>172</sup> *Continental Casualty Company v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/9, 22. února 2006, bod 79.

<sup>173</sup> *Continental Casualty Company v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/9, 22. února 2006, bod 81.

uvědomit, že ona přísnost rozhodnutí pramení právě z toho, že většina z těchto případů byla rozhodována s použitím Salini testu.

Učebnicovým příkladem odmítnutí sporu Střediskem ICSID se stal případ *Joy Mining Machinery v. Egypt*.<sup>174</sup> V tomto případě šlo zároveň o dva typy investice podle investora, ale žádná z nich nebyla za investici uznána.

**Bankovní záruky.** Anglická společnost Joy Mining Machinery se zavázala k poskytnutí důlních systémů a další podpůrné techniky pro následné dobytí fosfátu v egyptské západní poušti. Smlouva předpokládala odstranění starších důlních systémů a jejich nahrazení novými. Zároveň Joy Mining Machinery poskytla záruční listinu (letter of guarantee), která pokrývala 97 % ceny celého projektu. Po zahájení instalace zařízení se objevily problémy. Joy Mining požádala o vrácení vystavené bankovní záruky, Egypt však odmítl. Společnost se obrátila na ICSID Středisko s argumentací, že bankovní záruka, poskytnutá její bankou, je chráněnou investicí ve smyslu ICSID Úmluvy. Tribunál však odmítl uznat bankovní záruku za investici. Odlišil případ *Joy Mining Machinery* od případu *Fedax*, kde stát využil dluhopisy k financování své státní pokladny. Ve věci *Joy Mining Machinery* stát nedostal podle tribunálu žádnou hmotnou výhodu z bankovní záruky. Jen mimochodem tribunál poznamenává, že bankovní záruka nemůže naplnit kritéria Salini testu.<sup>175</sup>

**Instalace zařízení k dobytí zemních nerostu.** Jak již bylo výše naznačeno, v případě *Joy Mining Machinery* měl tribunál posoudit i další otázku, jestli již samotné poskytnutí důlních systémů a podpůrné techniky pro následné těžení fosfátu netvoří investici. Tribunál poznamenal, že výměna starého důlního systému za nový naplňuje znaky obyčejné smlouvy o prodeji zboží. Dále souhlasil, že předmětná smlouva vyžadovala také inženýrskou činnost, výrobu některých detailů na míru a následný servis. Ale veškeré tyto aktivity jsou charakteristickými rysy všech takových smluv, které zahrnují dodávku složitěho zařízení. Nicméně ani ve svém souhrnu nemohou být

---

<sup>174</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 30. července 2004, bod 42-62.

<sup>175</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 30. července 2004, bod 60-62.

podobné aktivity v rámci takové smlouvy povýšeny na úroveň investice. Dále tribunál prošel jednotlivé položky testu Salini, aniž by na něj konkrétně odkazoval. Tribunál poznamenal, že sice celý projekt trval čtyři roky, tato doba ale není v daném případě relevantní, protože cena za projekt byla státem uhrazena již v raném stadiu projektu. Riziko tady sice je, ale ničím se neliší od rizika v obchodních smlouvách, k němuž patří i riziko předčasného ukončení smlouvy. Hodnota projektu je významná a je možná přínosem do rozvoje těžebního průmyslu, ale podle názoru tribunálu tvoří jen nepatrnou část projektu.<sup>176</sup> Tento poslední argument tribunálu se mi zdá jako nepřesvědčivý, protože z okolností případu není jasné, co by mohlo podle tribunálu tvořit onu větší část smlouvy.

**Opce.** Nález ve věci *PSEG v. Turkey*<sup>177</sup> se mimo jiné týká posouzení, zda opce k obchodnímu podílu ve společnosti může být investicí. Tribunál souhlasil s argumentací Turecka, že opce je jenom předběžná smlouva o obchodu, který se ve skutečnosti nikdy neuskutečnil. Nehledě na to, že pojem investice v ICSID Úmluvě je obecně vykládán široce, existuje určitá mez, která odděluje od investice ty transakce, které už za investice považovány být nemohou.<sup>178</sup>

**Právní služby.** Posouzení, jestli poskytování právních služeb spadá pod investici či nikoliv, patří k těm kontroverznějším případům. Tomuto případu si v rámci své práce dovoluji věnovat větší pozornost, neboť se logicky jedná o případ mně blízký. Původní nález ve věci *Patrick Mitchell v. Congo I*, kde tribunál rozhodl ve prospěch žalobce<sup>179</sup>, nebyl dodnes kompletně zveřejněn, ale naopak byl zveřejněn nález *ad hoc* komise, kterým byl tento původní nález zrušen. Díky zveřejněným výňatkům zrušeného nálezu a tomu, že zrušovací nález rozsáhle citoval nález předchozí, se lze dostat k právní argumentaci původního tribunálu. Fakta případu byla následující. Partner americké advokátní kanceláře v Kongu Patrick Mitchell zažaloval Demokratickou republiku

---

<sup>176</sup> *Joy Mining Machinery Ltd v Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 30. července 2004, bod 41-63.

<sup>177</sup> *PSEG Global Inc and ors v Turkey*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/5, 4. června 2004.

<sup>178</sup> *PSEG Global Inc and ors v Turkey*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/5, 4 June 2004, bod 175-177, 189.

<sup>179</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 9. února 2004, bod 102.

Kongo poté, co byly prostory, kde sídlila advokátní kancelář, zapečetěny a dokumenty a materiály odebrány, zaměstnanci byli nuceni opustit budovu a dva advokáti skončili ve vězení. Tribunál uznal, že se pan Mitchell stal obětí vyvlastnění ze strany Konga a že došlo k porušení americko-konžské BIT. Kongo nesouhlasilo s rozhodnutím a podalo k ICSID Středisku podnět ke zrušení nálezu, namítajíc, že činnost advokátní kanceláře nepřispěla k ekonomickému a sociálnímu vývoji státu.<sup>180</sup>

*Ad hoc* komise se opřela o některá rozhodnutí tribunálů, kde byl zohledněn ekonomický přínos do rozvoje státu, o preambuli k ICSID Úmluvě a o Salini test, aby se přiklonila k názoru, že tento prvek tvoří podstatnou složku v investici. Po celkem rozsáhlé analýze *ad hoc* komise zrušila předchozí nález, když dospěla k závěru, že v případě poskytování právních služeb se nejedná o investici.<sup>181</sup>

Rozhodnutí *Mitchell v. Congo II* se tváří, že nemíní navždy zavřít dveře ICSID Střediska před žalobci, kteří jsou advokátními kanceláři. Služby advokátní kanceláře z pohledu *ad hoc* komise sice nemohou splnit kritéria ekonomického přínosu do rozvoje státu, nicméně podle komise by stačilo prokázat, že advokátní kancelář reprezentovala zájmy hostitelského státu, např. poskytovala právní služby státu nebo přivedla investory.<sup>182</sup>

Ve svém důsledku toto rozhodnutí znamená, že činnost advokátních kanceláří může být považována za investici, jen pokud advokátní kancelář poskytuje právní služby státu nebo poskytuje právní služby nikoli domácím klientům. Z mého pohledu toto rozhodnutí naprosto vybočuje z praxe rozhodčích tribunálů a přičí se smyslu Washingtonské úmluvy. Souhlasím s tím, že vedle výstavby dálnic a elektráren není přínos advokátních kanceláří na první pohled tak patrný, protože po sobě nezanechává žádný materiální výsledek. Nespátřuji ale rozdíl mezi výstavbou dálnice, kterou využívají ti, kdo se nachází na území hostitelského státu, a právními službami, které

---

<sup>180</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1. listopadu 2006, bod 1, 3, 23.

<sup>181</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1. listopadu 2006, bod 40, 41.

<sup>182</sup> *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1. listopadu 2006, bod 39.

mohou využívat stejné osoby. Přínos advokátních kanceláří naopak tkví v tom, že reprezentuje zájmy svých klientů, přispívá k budování právního státu a rozvíjí právní kulturu státu.

**Služby po vyzvednutí potopené lodi.** V roce 2007 jediný rozhodce, p. Michael Hwang, S.C., posuzoval, jestli lze považovat za investici služby společnosti po vyzvednutí britské nákladní lodi, která se potopila u břehu Malajsii v r. 1817. Na základě smlouvy měla společnost nejenom najít přesné místo potopené lodi a tuto vyzvednout, ale rovněž také restaurovat veškeré zachráněné věci z lodi, zajistit pojištění těchto věcí a následně zajistit jejich aukci v Evropě. Jediný rozhodce usoudil, že tyto služby nejsou investicí, jelikož nepřinášejí žádný materiální prospěch malajskému veřejnému zájmu. Ani přínos do rozvoje ekonomiky Malajsie není tak značný, jak je to obvyklé v případech řešených ICSID Střediskem.<sup>183</sup>

Nutno dodat, že tento nálezný rozhodčího tribunálu byl zrušen *ad hoc* komisi ICSID Střediska v r. 2009, která mimo jiné upozornila na to, že toto rozhodnutí příliš tvrdě vyložilo podmínku z testu Salini ohledně přínosu do ekonomického vývoje hostitelského státu tak, že tím vyloučila malé přínosy a přínosy kulturního a historického rázu.<sup>184</sup> Není nutno dodávat, že toto rozhodnutí bylo hodně očekáváno a vítáno.

Jaký lze z uvedených rozhodnutí udělat závěr? Nezpůsobilost jakékoliv aktivity nebo činnosti či věci být investicí je nutno chápat jako nezpůsobilost relativní. Bude-li znovu rozhodován podobný případ tribunál s jiným pohledem na pojetí investice, je možné, že dospěje k opačnému závěru. Nálezy ve věci *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia II* nebo *Patrick Mitchell v. Kongo I* jsou toho příkladem.

---

<sup>183</sup> *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v The Government of Malaysia*, Award on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 10. května 2007, bod 131.

<sup>184</sup> *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v The Government of Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No ARB/05/10, 28. února 2009, bod 80 písm. b.

### 3.7 Nerealizované projekty jako investice.

Vedle případů, kdy tribunály posuzují existence investice ve vztahu k již dokončeným nebo rozestaveným projektům, se v rozhodovací praxi tribunálů objevily i takové případy, kdy investor vynaložil po uzavření smlouvy s hostitelským státem úsilí, ale nikdy nezahájil samotné investování. Vzhledem k tomu, že takoví investoři sice nikdy nerealizovali zamýšlenou investici, ale vynaložili prostředky na rozpracovávání projektů, vyjednávání apod., bylo zapotřebí zodpovědět otázku, jestli se přesto může jednat o investici.

Jedním z prvních případů, kde vyvstala tato otázka, byl případ *Mihaly v. Sri Lanka*.<sup>185</sup> Strany skoro dva roky jednaly ohledně výstavby a provozování elektrárny. Došlo k podpisu několika dokumentů o záměru, nicméně podpis finální smlouvy nikdy nenastal. Žalobce požadoval náhradu nákladů, vzniklých v souvislosti s vypracováním projektové dokumentace a jednáním. Tribunál však žalobu zamítnul a konstatoval, že v daném případě se nejednalo o investici, jelikož nedošlo k podpisu závazné smlouvy. Odůvodnil to tím, že žalobce nepodpořil své tvrzení tím, že náklady vzniklé před podpisem smlouvy jsou investicí, ani interpretací BIT, ani doloženou praxí států.<sup>186</sup> Nicméně pro úplnost je nutno dodat, že tribunál připustil, že pokud by došlo k podpisu smlouvy, náklady na přípravu projektu by mohly být považovány za náklady projektu a v tomto případě by investor mohl být odškodněn.<sup>187</sup>

Dva roky po případu *Mihaly v. Sri Lanka* se jinému tribunálu naskytlá příležitost vyjádřit se k naznačené úvaze svého předchůdce. Položená otázka ve věci *PSEG v. Turkey* zněla, jestli lze náklady na přípravu projektu považovat za investici v případě, že došlo k podpisu smlouvy. Případ se týkal koncesní smlouvy na výstavbu elektrárny spalující černé uhlí a následného dlouholetého prodeje vyrobené elektřiny státu. Koncesní smlouva nebyla navzdory své existenci realizována kvůli rozporům mezi

---

<sup>185</sup> *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No ARB/00/2, 15. března 2002.

<sup>186</sup> *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No ARB/00/2, 15. března 2002, bod 47, 49, 60, 61.

<sup>187</sup> *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No ARB/00/2, 15. března 2002, bod 50.



stranami. Turecko namítalo, že projekt výstavby se nikdy neposunul dál od svého návrhu na papíře a samotné vyjednávání není investicí. V rozhodnutí o příslušnosti tribunál uvedl, že samotná platně uzavřená koncesní smlouva je existující investicí.<sup>188</sup> O tři roky později byla do finálního nálezu začleněna věta:

*„Investice může mít hodně forem ještě před tím, než dojde k fázi realizace. Konkrétně se jedná o náklady na vyjednávání a jinou přípravnou práci, která vede k materializaci projektu, a to i v souvislosti s předinvestičními náklady, v situaci, kdy již došlo k uzavření smlouvy mezi stranami“.*<sup>189</sup>

Tento a další podobné případy<sup>190</sup> nasvědčují závěru, že náklady, vzniklé investorovi v průběhu přípravy projektu, se nestávají bez dalšího investicí. Jestliže se projekt již začal realizovat, náklady na jeho přípravu se mohou stát součástí nákladů celé investice. Rozhodným okamžikem je tedy uzavření závazné smlouvy. Jak je vidět z případu *PSEG v. Turkey*, i samotná smlouva může být také považována za investici.

Logicky vyvstává otázka, kde je rozhodující okamžik u těch investic, kde nebyly uzavřeny vůbec žádné smlouvy s hostitelským státem. Prof. Schreuer zastává názor, že by v takovém případě bylo rozhodujícím okamžikem uzavření smlouvy s obchodními partnery, dodavateli nebo subdodavateli nebo kterýkoliv jiný obdobný právní úkon.<sup>191</sup>

Z rozhodnutí ICSID tribunálů je patrné, že za investici podle Úmluvy považují reálnou investici nebo investici, která by měla být realizována, jelikož se investor k tomu zavázal smlouvou. Na tomto závěru nic nemění případná ochrana před smluvní investice poskytována BIT: u ICSID tribunálu žaloba ohledně takové investice nebude úspěšná.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> *PSEG Global Inc and ors v Turkey*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/5, 4. června 2004, bod 104.

<sup>189</sup> *PSEG Global Inc and ors v Turkey*, Award, ICSID Case No ARB/02/5, 19. ledna 2007, bod 304

<sup>190</sup> Např. *Generation Ukraine Inc. v Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB00/9, 16. září 2003, bod 8.6., 18.5-18.9.

<sup>191</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 135.

<sup>192</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str.284-285.

### 3.8 Původ investice.

Otázka původu investice je jednou z nejkontroverznějších otázek, které kdy zazněly u rozhodčího Střediska. Hostitelské státy namítají, že tam, kde činnost investora je ve své podstatě financována prostředky pocházejícími z území hostitelského státu, nejde o zahraniční investici.

Tato otázka byla předmětem velkých diskusí během přípravy textu Úmluvy. Bylo namítáno, že „národnost investice“ hraje větší roli než národnost investora. Cílem Úmluvy bylo totiž podporovat mezinárodní tok kapitálu, a proto se Úmluva musí vztahovat na případy, kdy kapitál pochází z území jiného než hostitelského státu. Aron Broches, generální rádce Světové banky, následně její viceprezident a jeden z tvůrců Úmluvy, se připojil k odpůrcům takového rozlišování, jelikož není reálně proveditelné. Do finálního textu Úmluvy se rozlišování podle původu investice nakonec neprosadilo.<sup>193</sup>

V souladu se směrem, který naznačil Broches, se ubírá i praxe tribunálů. Ale existují i výjimky. Tak některé tribunály vyžadují alespoň částečné financování investice cizím kapitálem. Zajímavým v tomto ohledu je rozhodnutí *Bayindir Insaat v. Pákistán*, kdy hostitelský stát vznesl námitku, že žádný finanční přínos do Pákistánu nebyl učiněn, protože jedna třetina ceny celého projektu, výstavby dálnice, byla financována ze záloh placených Pákistánem. Tribunál se s argumentem Pákistánu neztotožnil a poznamenal, že tento fakt sám o sobě ještě nevypovídá o tom, jestli byl investorem učiněn finanční příspěvek v rámci investice. Za „čerstvý“ kapitál tribunál považoval bankovní záruky investora v hodnotě ceny projektu a bankovní poplatky, které tvořily velkou částku vynaloženou investorem.<sup>194</sup>

Do všech důsledků názoru p. Broches o irelevantnosti původu investice šel tribunál ve věci *Tokios Tokelés v. Ukraine*. V této kauze byl celý kapitál, vložený do investice,

---

<sup>193</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 136.

<sup>194</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A Ş v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29, 14. listopadu 2005, bod 118-120.

původem z hostitelského státu. Tribunál poznamenal, že podmínka zahraničního původu investice není jako taková obsažena v Úmluvě. „Žalobce poskytnul investici ve smyslu Úmluvy, když se rozhodl použít kapitál, který měl pod svou kontrolou, na území Ukrajiny místo toho, aby ho použil jinde. Původ investice je irelevantní ve vztahu k otázce existence investice“.<sup>195</sup>

Přestože tribunály nejsou obecně příliš ochotny zkoumat původ investice, neznamená to ještě, že původ investice zkoumán nebude. Argumentace některých tribunálů otevírá prostor pro případné zkoumání původu investice. Ve věci *Saipem v. Bangladesh* financoval investor projekt výstavby plynovodu částečně prostřednictvím prostředků poskytnutých Světovou banku a částečně prostřednictvím záloh poskytnutých na výstavbu plynovodu přímo hostitelským státem. Tribunál řekl, že původ investice není rozhodující a s prostředky na investování projektu, které jsou místního původu (tj. z místních zdrojů, jako např. vnitrostátní půjčky), bude zacházeno stejně jako s importovaným kapitálem. Podle tribunálu to ale platí jenom za podmínky, že hostitelský stát nezavedl požadavek, že kapitál investora musí pocházet ze zahraničí. Hostitelský stát je totiž oprávněn požadovat, aby určité procento „čerstvého“ kapitálu v cizí měně bylo dovezeno do země jako součást investice. Pokud v hostitelském státě neexistuje takový požadavek, mohou být prostředky na projekt investora místního původu.<sup>196</sup> Tento limitující prvek může vyplývat ze samotné BIT nebo vnitrostátního práva. Text Úmluvy takový požadavek neobsahuje.

Nehledě na to, že většina tribunálů akceptuje, že původ investice je irelevantní, domnívám se, že je ještě předčasné považovat tuto otázku za vyřešenou. Ponecháme-li stranou možnost zkoumat původ investice v případech nastíněných tribunálem ve věci *Saipem v. Bangladesh*, podle některých rozhodců to již samotná Úmluva nejen umožňuje, ale dokonce i vyžaduje, jinak by se to přičilo duchu investice. Mezi zastánce tohoto názoru patří mimo jiné francouzský právník a zasloužilý profesor, člen Stálého rozhodčího soudu a bývalý prezident správního tribunálu Světové banky Prosper Weil,

---

<sup>195</sup> *Tokios Tokelés v Ukraine*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18, 29. dubna 2004, bod 80.

<sup>196</sup> *Saipem SpA v Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21. března 2007, bod 106.

který připojil k rozhodnutí *Tokios Tokelés v. Ukraine* nesouhlasné stanovisko a vyjádřil se k relevantnosti původu investice. Doslova řekl:

*„Mechanismus a náprava situace podle pravidel ICSID nejsou určeny investicím, které jsou vloženy do hostitelského státu jeho vlastními občany z vnitrostátních zdrojů, byť protunelované prostřednictvím zahraniční korporáční entity, která již existovala anebo byla založena za tímto účelem. Závěr, že původ investice je irelevantní..., je v rozporu s cílem a účelem celého ICSID systému... Když se zjišťuje mezinárodní charakter investice, původ investice je nejenom relevantní, nýbrž rozhodující“.*<sup>197</sup>

### **3.9 Racione locus.**

Další otázkou, která vyvstává v souvislosti s definicí investice, je, jestli je nutno, aby se investice fyzicky nacházela na území hostitelského státu. Úmluva na tuto otázku neposkytuje žádnou odpověď. Zpráva výkonných ředitelů nicméně mluví o velkém toku soukromých zahraničních investic na území států signatářů Úmluvy jako o primárním cíli Úmluvy. Některé BIT, jako např. BIT mezi Argentinou a Spojenými státy, obsahují požadavek, že investice má být na území hostitelského státu. Nicméně ve většině BIT tato otázka není vůbec upravena a vzhledem k tomu, že i Úmluva mlčí, otevírá to prostor pro různou interpretaci.

Zajímavostí je, že poprvé se tato otázka řešila již v případě, kde byla poprvé namítána neexistence investice, tj. ve věci *Fedax v. Venezuela*. Protože v této věci nebylo možno určit, na kterém území bylo investováno vzhledem k tomu, že investice spočívala v nákupu státních dluhopisů, tribunál musel otázku *ratione locus*, jestli je irelevantní nebo nikoliv, řešit globálně. *„Pravdou je, že u některých typů investic, jako např. u nabytí podílu na nemovitosti, společnosti apod. bude investice vždy učiněna na území hostitelského státu, nemusí však tomu být u celé řady jiných investic, zejména u těch,*

---

<sup>197</sup> *Tokios Tokelés v Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29. dubna 2004, Odlišné stanovisko, prof. Prosper Weil, bod 19, 20.

*... které jsou finančního typu... Důležitou otázkou je, jestli prostředky, které byly uhrazeny za dotyčný finanční instrument, byly použity beneficentem, tj. Venezuelou, na financování potřeb státu“.*<sup>198</sup> Ve své podstatě tribunál říká, že není tak podstatné, jestli investice byla na území hostitelského státu či nikoliv, ale jestli byla přínosná pro hostitelský stát a ten z ní mohl něco vytěžit. Na podobné logice je založeno i rozhodnutí *CSOB v. Slovakia*, kde tribunál rozhodl, že bankovní půjčka je investicí dokonce i tehdy, pokud nedošlo k fyzickému přemístění finančních prostředků na území hostitelského státu.<sup>199</sup>

O něco jiný je přístup k této otázce v nálezu *SGS v. Philippines*. Rozhodnutí se liší od svých předchůdců tím, že není tak kategorické ohledně irelevantnosti umístění investice, a to především kvůli tomu, že Švýcarsko-filipínská BIT výslovně mluvila o investicích na území hostitelského státu. Na námitku Filipín, že investice nebyla učiněna na území státu, protože spočívala v poskytování celních služeb, které se neprováděly na území Filipín, tribunál reagoval takto:

*„V souladu s obecnými principy interpretace dohody (pozn. autora, BIT) investice, které byly učiněny mimo území žalovaného státu, i přesto, že jsou státu prospěšné, nebudou pokryty BIT“.* Ale *„Ohniskem činnosti SGS bylo poskytovat Filipínám spolehlivý certifikát o inspekci, ..., na základě kterého se vydávalo povolení k importu zboží a mohlo být stanoveno příslušné clo.“*<sup>200</sup>

Podle tribunálu tento fakt spolu s tím, že SGS měl kancelář na území Filipín, bylo dostačující pro to, aby bylo prokázáno, že investice byla učiněna na území hostitelského státu.<sup>201</sup> Nicméně tribunál upozornil, že situace by mohla být jiná, pokud by SGS poskytoval své osvědčení a zároveň je vyhotovoval v zahraničí.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> *Fedax NV v Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, 11. července 1997, bod 41.

<sup>199</sup> *Ceskoslovenska obchodní banka, a.s. v. The Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, 24. května 1999, bod 78-79.

<sup>200</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. ledna 2004, bod 101.

<sup>201</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. ledna 2004, bod 103

<sup>202</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. ledna 2004, bod 102

V jiných případech se touto otázkou zabývaly tribunály jenom okrajově. V *Conorzio Groupement LESI and ASTALDI v. Algeria* tribunál poznamenal, že investice je sice obvykle činěna na území hostitelského státu, ale není to nezbytnou podmínkou.<sup>203</sup>

Prof. Schreuer poznamenává, že ze současných nálezů rozhodčích tribunálů nelze získat jasný obraz ohledně požadavku umístění investice na území hostitelského státu. Podle jeho názoru nelze z Úmluvy vyčíst dodatečný požadavek na umístění investice. Ale i pokud takovýto požadavek plyne z dohody o ochraně investic, je určitá míra flexibility nezbytná. Ne všechny investice lze umístit na území hostitelského státu, proto je nerealistické vznášet na ně tento požadavek. Platí to zejména pro finanční instrumenty a duševní vlastnictví. Proto interpretace toho, jestli lze spravedlivě požadovat, aby investice byla učiněna na území, bude záležet v každém konkrétním případě na investici samotné. Teritoriální spojení lze požadovat u investic do movitých a nemovitých věcí. U investic spočívajících v držení akcií v společnosti bude zapotřebí, aby společnost byla registrována anebo měla skutečné sídlo na území hostitelského státu. U služeb lze považovat, že jsou poskytovány na území hostitelského státu, pokud je jejich hlavní část prováděna právě v rámci území hostitelského státu.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> *Conorzio Groupement LESI and ASTALDI v Algeria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/3, 12. července 2006, bod 73 (i).

<sup>204</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 140

#### 4. Pojem investora.

Režim ochrany investic je založen na principu, že je poskytován pouze osobám-investorům, kteří jsou občany jiného státu, než ve kterém umisťují investici. Z toho vyplývá, že právě občanství investora je tím, co určuje, jestli investor může využít výhod poskytovaných Úmluvou a příslušnou BIT. Stejně tak je to určující faktor pro založení aktivní legitimace investora, a tak i příslušnosti tribunálu. Sice se tento princip zdá být pochopitelným, praxe ale ukázala, že při určení občanství investora vzniká velké množství otázek a nejasností. Velmi často nejasnosti vznikají při určení občanství právnických osob, a to z důvodu komplikovaných struktur skupin společností, využívaných investorem pro těžení výhod z jím vybrané BIT. Nuance ale vznikají i u fyzických osob, obzvlášť pokud se jedná o osobu s několika státními občanstvími.

V průběhu přípravy Úmluvy se diskutovala otázka, jestli investoři, jejichž domovské státy nejsou stranami této Úmluvy, mohou také žalovat podle pravidel ICSID. Tato myšlenka nakonec nebyla podpořena, a to mimo jiné vzhledem ke komplikacím následné vynutitelnosti nálezu ICSID tribunály.

Poté, co je určena státní příslušnost investora, zbývá se pouze ujistit, že žalovaný stát je stranou Úmluvy, což se zjišťuje na základě seznamu smluvních stran, který je veden sekretariátem ICSID. Článek 70 Úmluvy stanoví, že se Úmluva aplikuje i na území, za které je smluvní stát zodpovědný, pokud smluvní stát nezaložil u sekretariátu vyjádření o opaku. Proto společnosti, které mají sídlo nebo jsou registrovány na takovýchto územích, budou pro účely Úmluvy považovány za příslušníky smluvního státu.<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 164.

## 4.1 Investor jako fyzická osoba.

### 4.1.1 Státní příslušnost investora podle tradičního obecného mezinárodního práva.

Centrální myšlenkou všech dohod a úmluv o ochraně investic je to, že ochrana proti zásahu hostitelského státu je poskytována přímo jednotlivci. Tento mechanismus, kde jednatel může přímo uplatnit svá práva proti cizímu státu v mezinárodních vztazích, je celkem unikátní. Vyvinul se z mechanismu poskytování ochrany jednotlivci diplomatickou cestou. V tomto smyslu bylo občanství předpokladem, aby stát mohl poskytnout ochranu. Využití tohoto mechanismu mělo a má i v současnosti své limity. Na jeden z nich poukázal Mezinárodní soudní dvůr ve věci *Barcelona Traction*. Omezenost tohoto mechanismu je právě v tom, že je na vůli suverénního státu, jestli využije diplomatickou cestu pro ochranu svého občana. „*Pokud se ale fyzická nebo právnická osoba, jejíž práva hájil stát, domnívá, že její práva nebyla dostatečně ochráněna, nemá žádný prostředek k nápravě v rámci mezinárodního práva*“.<sup>206</sup>

Klíčovou otázkou pro poskytnutí diplomatické ochrany bylo určení občanství osoby, jejíž zájmy pak stát hájil. V době před existencí prvních BIT v mezinárodním právu nebylo konsenzu ohledně nejsložitějších otázek určení občanství. Nehledě ale na nedostatek konsenzu, judikatura mezinárodních soudů a tribunálů inklinovala ke stanovení spíše přísných než měkčích požadavků k prokázání tzv. pouta osoby ke státu.<sup>207</sup>

V případě *Nottebohm* Mezinárodní soudní dvůr učinil následující závěr ohledně občanství fyzické osoby v kontextu diplomatické ochrany:

„*V souladu s praxí států, arbitrážních stanovisek, stanovisek soudů a doktríny občanství je právní pouto, které má svůj základ v sociálním poutu, skutečném spojení<sup>208</sup>, zájmech a pocitech, společně s existencí vzájemných práv a*

<sup>206</sup> *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v Spain)*, Second Phase, Judgement, 5. února 1970, I.C.J. Reports 1970, p.3, bod 78.

<sup>207</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, str. 133-134.

<sup>208</sup> V orig. – „*genuine connection*“.



*povinností. Lze říct, že občanství je právní vyjádření toho, že osoba ... je ve skutečnosti více spojena s národem státu, který ji občanství udělil, než s jiným libovolným státem. Tento fakt poskytuje státu, který občanství udělil, právo na ochranu takového občana vůči jinému státu...*<sup>209</sup>

Test skutečného spojení je velice přísný, proto logicky krátce po *Nottebohm* se mezinárodní praxe uchýlila k interpretaci „skutečného spojení“ nikoliv jako obecného pravidla, ale jako faktoru, na který se bere ohled. Stejně tak v návrhu Článků o diplomatické ochraně s komentářem bylo od pravidla „skutečného spojení“ upuštěno.<sup>210</sup> Nicméně třicet let po *Nottenbohm* investiční tribunál, který rozhodoval iransko-americký spor, založil svou argumentaci v otázce občanství právě na případu *Nottenbohm*.

Od konce padesátých let 20. století se vyvíjí unikátní mechanismus ochrany investorů, který zakládá „*přímou legitimaci soukromoprávních subjektů (investorů) vůči státům jako nositelům suverénní veřejné moci*“, a to na základě mezinárodněprávních instrumentů (většinou BIT) sjednaných mezi státy jako suverény. „*Jde tedy o systém, který by z hlediska mezinárodního práva veřejného a jeho novodobé geneze byl třeba ještě před II. světovou válkou v podstatě nemyslitelný*“.<sup>211</sup> Myšlenka Úmluvy poskytnout přístup k mezinárodnímu fóru účastníkovi, který není státem, byla jedna z jejích nejvíce uznávaných cílů. Tomu odpovídalo i rostoucí uznání osoby jako subjektu mezinárodního práva. Dohody o ochraně investic, na rozdíl od tradičního mezinárodního práva nabízejícího jenom potenciální diplomatickou ochranu, přinesly investorům větší možnosti.

Dnes tyto dva nástroje ochrany investora existují vedle sebe. Některé investiční tribunály a komentátoři se již vyjádřili, že principy a pravidla vypracované v oblasti

---

<sup>209</sup> *Nottebohm Case* (Liechtenstein v Guatemala), Second Phase, Judgement, 6. dubna 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 4, str. 23.

<sup>210</sup> Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006. Dostupné z [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_8\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf)

<sup>211</sup> BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2010, str. 72.

diplomatické ochrany nemusejí být aplikovány v rámci řízení podle pravidel ICSID. Ve věci *Olguín v. Paraguay* tribunál v *obiter dictum* uvedl:

*„mezinárodní pravidla tohoto charakteru, týkající se udělení diplomatické ochrany osobám, t.j. toho, co se uděluje v rámci mezinárodního práva, je výsadou domovského státu, a tak nemůže být cestou analogie aplikováno na případy u Střediska ICSID. Právě jedním z nejdůležitějších a jedinečných cílů Střediska spočívá v účinném poskytnutí práva osobě žalovat, vylučujíc tak možnost domovského státu investora schválit jeho žalobu anebo jiné podněty. Jediným požadavkem je být [pozn. autor: pro domovský stát investora a žalovaný stát] stranou Úmluvy z r. 1965 a příslušné BIT.“<sup>212</sup>*

#### **4.1.2 Určení státní příslušnosti podle Úmluvy a BIT.**

Úmluva nepoužívá pojem investor, ale hovoří o státním příslušníkovi jiného smluvního státu. Její článek 25 odst. 2 písm. a) říká, že „*státním příslušníkem jiného smluvního státu je kterákoliv fyzická osoba, která měla státní příslušnost smluvního státu, který je odlišný od státu účastníku sporu, ke dni, kdy se strany dohodly na předložení svého sporu k arbitrážnímu tribunálu a také ke dni, ke kterému byla žádost o rozhodčí řízení zaregistrována..., vyjma osoby, která k některému z uvedených dní měla také příslušnost státu účastníka sporu*“.<sup>213</sup> Vyjádříme-li pojem „investora“ prostřednictvím negativní definice, dostaneme se ke zjednodušené definici: investorem je osoba, která nesmí mít ke dni podání žádosti o arbitráž a ke dni registrace takové žádosti státní příslušnost státu, který žaluje. Z definice státního příslušníka jiného smluvního státu vyplývá ještě jeden závěr, a sice že osoby bez státní příslušnosti jsou vyloučeny z ochrany Úmluvy.

---

<sup>212</sup> *Olguín v. Paraguay*, Award, 26 July 2001, bod 62 (neoficiální překlad) v SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 267.

<sup>213</sup> Pozn.: překlad autora.

Jak je patrné z definice „státního příslušníka jiného smluvního státu“, Úmluva neposkytuje vodítko, jakým způsobem se určuje státní příslušnost osoby. Takové znění bylo ponecháno záměrně, a to z toho důvodu, že během přípravy Úmluvy bylo dohodnuto, že státní příslušnost osoby bude určována národním právem státu, k němuž se hlásí investor, anebo aplikovatelnými pravidly mezinárodního práva.<sup>214</sup>

Bilaterální investiční dohody na rozdíl od Úmluvy pracují s pojmem „investor“, kterého většinou definují jako státního příslušníka jiného smluvního státu dohody. V otázce určení státní příslušnosti investora odkazuje značné množství bilaterálních dohod na vnitrostátní právo každého ze smluvních států. Např. Česko-mexická BIT stanoví, že „pojem „investor smluvní strany“ znamená fyzickou osobu mající státní občanství smluvní strany v souladu s jejím právním řádem“.<sup>215</sup> BIT mezi Českou republikou a Královstvím Saúdské Arábie stanoví pro každou zemi zvlášť definici investora (ale s totožným významem) – „pojem „investor“ znamená ve vztahu k České republice fyzickou osobu mající státní občanství České republiky v souladu s jejími platnými zákony; ve vztahu ke Království Saúdské Arábie fyzické osoby mající státní občanství Království Saúdské Arábie v souladu s právem Království Saúdské Arábie“.<sup>216</sup>

Některé BIT vyžadují, aby měl investor nejenom občanství podle svého národního vnitrostátního práva, ale také i další spojení se zemí. Tak např. Německo-izraelská BIT ve vztahu k izraelským investorům vyžaduje navíc trvalý pobyt v Izraeli, aby byli kvalifikováni jako investoři podle BIT.<sup>217</sup> Tak přísná pravidla izraelských BIT čelí a chce předejít případům, kdy osoba má sice ještě izraelské občanství, nicméně již v zemi nežije a není tak s ní skutečně spojena.

---

<sup>214</sup> SCHREUER, Christoph. The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 265.

<sup>215</sup> Čl. 1 odst. 1 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 45/2004 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Spojenými státy mexickými o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>216</sup> Čl. 1, odst. 3 Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 15/2011 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Královstvím Saúdské Arábie o podpoře a vzájemné ochraně investic.

<sup>217</sup> Čl. 1 odst. 3 písm. b) Dohody mezi Spolkovou republikou Německo a Státem Izrael o podpoře a vzájemné ochraně investic. Tato BIT byla podepsána, však dosud nevstoupila v účinnost. Dostupné z: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/78#iiaInnerMenu>

Mnohé BIT odráží dynamičnost pohybu a přemístění potenciálních investorů z jedné země do druhé a požadují prokázání aspoň trvalého pobytu, který většinou osoba může dostat relativně rychle ve srovnání s nabytím občanství. Tak Česko-kanadská BIT uvádí, že investorem je „fyzická osoba, která je občanem smluvní strany nebo má trvalý pobyt na území smluvní strany v souladu s jejím právním řádem“.<sup>218</sup> Podobné ustanovení najdeme i např. v Kanadsko-argentinské BIT.<sup>219</sup>

S určením státní příslušnosti těsně souvisí otázka, jakými úvahami se řídí ICSID tribunál při určení občanství, bude-li mezi investorem a hostitelským státem sporné, jaké občanství má investor.

V návrhu Úmluvy se původně předpokládalo, že ministr zahraničních věcí domovského státu investora vyhotoví písemné potvrzení občanství investora. Toto potvrzení by mělo mít status nevyvratitelného důkazu. Návrh našel jen málo příznivců, neboť vyvolal řadu otázek: zda ministr zahraničních věcí bude tou správnou osobou, která by potvrzení mohla vyhotovit; jestli taková situace nepovede k tomu, že investoři budou vybírat to „nejpohodlnější“ občanství; jestli investor bude schopen toto potvrzení obdržet. Většina se shodla na tom, že s potvrzením nesmí být zacházeno jako s nevyvratitelným důkazem, ale jako s *prima facie* důkazem. Návrh vyhotovení potvrzení se proto nikdy neobjevil ve finálním textu Úmluvy.<sup>220</sup>

V této souvislosti se nabízí otázka, jak investor může prokázat svoje občanství a jestli tribunál bude zkoumat oficiální listiny vystavené místními úřady státu a potvrzující jeho státní příslušnost.

Příležitost odpovědět na tyto otázky se naskytlá tribunálu ve věci *Soufraki v. United Arab Emirates*, kde tribunál musel posoudit, jestli certifikáty předložené žalobcem a

---

<sup>218</sup> Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a ochraně investic Dohoda mezi Českou Republikou a Kanadou o podpoře a ochraně investic č.8/2012 Sb. m.s.

<sup>219</sup> Čl. 1 písm. b) Dohody mezi vládou Kanady a vládou Argentinské republiky o podpoře a ochraně investic.

<sup>220</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 267-268.

jiné listiny prokazovaly jeho italské občanství, když Spojené arabské emiráty tvrdily opak:

*„V mezinárodním právu je obecně přijímáno, že otázka občanství spadá pod jurisdikci státu, který určuje svou vlastní legislativou pravidla pro nabytí (ztrátu) jeho občanství. Článek 1 odst. 3 BIT toto pravidlo reflektuje, ale stejně tak je obecně akceptováno, že pokud je v mezinárodním arbitrážním či soudním řízení občanství osoby zpochybňováno, je tribunál oprávněn tuto otázku posoudit. Ve svém posuzování musí dát velkou váhu národnímu právu týkajícímu se občanství a interpretaci a aplikaci tohoto právo jeho orgány. V konečném důsledku se ale musí rozhodnout sám na základě předložených faktů a zákonů, jestli osoba, o jejíž občanství jde, byla nebo nebyla občanem příslušného státu a kdy a co vyplývá z tohoto závěru. V těchto případech je otázka občanství osoby otázkou pro založení jurisdikce tribunálu, proto je mezinárodní tribunál nejen oprávněn, ale dokonce povinen této otázce rozhodnout.“<sup>221</sup>*

V návaznosti na výše uvedené se tribunál opřel o fakta poskytnutá stranami a dospěl k závěru, že úředníky vydaná osvědčení nemají vypovídající hodnotu, jelikož při jejich vyhotovení p. Soufraki zamlčel podstatné okolnosti. Důsledkem takového závěru bylo zamítnutí žaloby.

V navazujícím řízení před *ad hoc* komisí o žalobě p. Soufraki na zrušení předchozího rozhodnutí tribunálu komise uvedla, že zkoumání osvědčení, pasu, potvrzení a certifikátů vydaných domovským státem je běžnou praxí ICSID tribunálů. Žaloba byla také zamítnuta.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, Award, ICSID Case No ARB/02/7, 7. července 2004, bod 55.

<sup>222</sup> *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, Award, ICSID Case No ARB/02/7, 7. července 2004, bod 49, 64, 70, 71.

Stejně tak v případě *Pey Casado v. Chile* tribunál sám interpretoval chilské právo, aby určil, jestli p. Pey Casado pozbyl chilské občanství.<sup>223</sup>

Shrneme-li, Úmluva a BIT odkazují na příslušné národní právo investora v otázce určení jeho státní příslušnosti. Tribunál má přitom právo zkoumat, jestli podle tohoto národního práva je investor státním příslušníkem tohoto státu.

Jak jsem již uvedla výše, některé BIT nevyžadují občanství, ale pouze trvalý pobyt. V tomto případě je zajímavá otázka vztahu takového ustanovení BIT, které uvádí ICSID Středisko jako jediné fórum pro řešení sporů z investic, a Úmluvy, která mluví pouze o občanství. Bohužel zveřejněná judikatura ICSID tribunálů tuto otázku neřeší.

Domnívám se, že pokud Úmluva požaduje občanství, avšak příslušná BIT např. pouze trvalý pobyt, logicky by se otázka státní příslušnosti investora měla řídit BIT. Pokud by tomu bylo jinak, nešlo by *a priori* založit jurisdikci ICSID tribunálu podle takové BIT v těch případech, kdy by měl investor pouze trvalý pobyt, což zajisté nebylo úmyslem smluvních států BIT. Jak se k této otázce postaví praxe, ukáže čas.

### 4.1.3 Dvojití státní občanství.

V případě dvojího státního příslušnosti se dají rozlišovat v zásadě dva typy případů: buďto má osoba dvě občanství, ale ani jedno z nich není občanstvím hostitelského státu, nebo má osoba dvě občanství, z nichž jedno je občanstvím hostitelského státu.

Úmluva výslovně vylučuje z ochrany osoby, které mají občanství i hostitelského státu.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, 8. května 2008, bod 219/20 v SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 269.

<sup>224</sup> Čl. 25 odst. 2 písm.a) poslední větvi Úmluvy.

Na toto jasné pravidlo Úmluvy poukázal tribunál ve věci *Champion Trading v. Egypt*.<sup>225</sup> Žalobci, akcionáři egyptské společnosti, měli občanství Egyptu a Spojených států. Namítali, že podle mezinárodního práva veřejného je nutno u osoby, která, formálně vzato, má dvě občanství, zkoumat skutečné a účinné občanství.<sup>226 227</sup> Tribunál tento argument razantně odmítl s odkazem na Úmluvu, ale zároveň stanovil hranice její aplikace. Řekl, že toto pravidlo vylučující osoby s dvojitým občanstvím z aktivní legitimace nebude platit v případech, kdy by jeho aplikace vedla ke zjevně absurdnímu či nesmyslnému výsledku. Taková situace může nastat, např. pokud stát aplikuje pravidlo *ius sanguinis* i na osoby, které již několik generací nežijí na území, odkud pocházejí jejich předkové, a nemají žádné pouto k tomuto území. V takových případech by proto bylo rozumně aplikovat pravidlo skutečného a účinného občanství.<sup>228</sup>

Další případ dvojího občanství byl ve věci *Siag and Vecchi v. Egypt*, který byl rozhodován na základě Italsko-egyptské BIT. Na rozdíl od případu *Champion Trading v. Egypt* žalobce tvrdil, že egyptské občanství pozbyl. Egypt namítal, že p. Siag je stále egyptským občanem. Tribunál prozkoumal egyptské zákony a dospěl k závěru, že p. Siag již občanem Egyptu není. Odmítl tak argument Egypta o účinném a efektivním občanství p. Siaga, které údajně trvalo vzhledem k tomu, že p. Siag pro své obchodní účely používal egyptský pas. Stejně tak tribunál podrobil přezkumu otázku, jestli má dvojí občanství druhý ze žalobců, matka p. Siaga, která se narodila jako Italka. V jejím případě odpověděl, že ano.<sup>229</sup>

Co se týká případů, kdy má osoba dvě občanství, ale zároveň není občanem hostitelského státu, je tak analýza této problematiky poněkud omezena. Souvisí to

---

<sup>225</sup> *Champion Trading Company and ors v Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/9, 21. října 2003, bod 58 (neoficiální překlad).

<sup>226</sup> V orig. – „effective nationality“.

<sup>227</sup> *Champion Trading Company and ors v Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/9, 21. října 2003, bod 38.

<sup>228</sup> *Champion Trading Company and ors v Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/9, 21. října 2003, bod 60.

<sup>229</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction and Partial Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/15, 11. dubna 2007, bod 142-194.

s tím, že dodnes bylo zveřejněno jenom několik případů, kde se rozhodovalo podle Úmluvy.

V prvním z nich, *Eudoro A. Olguín v. Paraguay*, p. Olguín, občan Peru a Spojených států, žaloval u rozhodčího tribunálu Paraguay podle Peruánsko-paraguajské BIT. Tribunál zamítl námitku Paraguaje, že žalobce má dvě občanství, a spokojil se se zjištěním, že peruánské občanství p. Olguína bylo platným, což podle tribunálu stačilo pro účely BIT a Úmluvy.<sup>230</sup>

Další případ se týkal osoby, která měla Kanadsko-italské občanství a provozovala koncesi v přístavu ve Spojených arabských emirátech. Pan Soufraki podal žalobu podle Italsko-SAE BIT. Nemohl tak učinit podle žádné další dohody, protože mezi Kanadou a SAE neexistuje BIT a Kanada není členským státem Úmluvy. SAE poukázalo na to, že podle italských zákonů p. Soufraki následným nabytím kanadského občanství automaticky přišel o italské občanství. Italské zákony však umožňují znovu nabýt italské občanství dočasným, minimálně ročním pobytem na území Itálie. Pan Soufraki poukázal na to, že měl kancelář na území Itálie, dva svědkové potvrdili, že skutečně bydlel v Itálii. A tak znovu nabyl (pokud vůbec kdy ztratil) italské občanství. Na důkaz toho, že je ještě stále občanem Itálie, doložil potvrzení od italských úřadů.<sup>231</sup>

Po přezkumu ostatních důkazů, které se vztahovaly k případnému znovunabytí občanství na základě faktického pobytu v Itálii, dospěl tribunál k závěru, že předložené důkazy neprokazují, že p. Soufraki pobýval většinu času na území Itálie. Závěrem tribunálu bylo, že p. Soufraki nemůže být kvalifikovaným investorem, protože neprokázal, že má italské občanství.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/98/5, 8. srpna 2000 v YANNACA-SMALL, Catherine. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. In: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008. Dostupné z <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf> str. 15.

<sup>231</sup> *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, Award, ICSID Case No ARB/02/7, 7. července 2004, bod 25-46.

<sup>232</sup> *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, Award, ICSID Case No ARB/02/7, 7. července 2004, bod 82-84.



V případech, které rozhodovaly ICSID tribunály, investoři zkoušeli argumentovat, že v případech dvojího občanství, z nichž jedno je občanství hostitelského státu, je nutno zkoumat účinné občanství (skutečné občanství), aby nedocházelo ke zbytečnému formalizmu tam, kde neexistuje skutečné spojení mezi státem a osobou. Prozatím mezi zveřejněnými ICSID rozhodnutími nenajdeme takové, které by zastalo uvedenou argumentaci investora a uplatnilo ji na investora, nikoliv jen jako hypotetickou úvahu.<sup>233</sup>

Řada těchto rozhodnutí potvrzuje, že ICSID tribunály v podstatě částečně prolomily pravidlo Úmluvy o tom, že národnost investora se určuje právem státu, jehož občanství investor má nebo měl. A to tím, že nenechávají spolehnout na prohlášení a potvrzení vydaná úřady státu, nýbrž zkoumají zákon a jeho interpretaci podanou národní jurisprudencí a literaturou. Právě v tomto směru vidím určitý prostor pro „koketování“ se závěry o občanství investora, a to vzhledem k tomu, že v každé více méně sporné právní otázce se dají nalézt protichůdné názory, a pak bude na tribunálu, ke kterému z nich se přikloní.

#### 4.1.4 Dohoda o státní příslušnosti.

Kromě dohod o ochraně investic a Úmluvy mohou určitá pravidla určení občanství plynout z případných dohod uzavřených mezi hostitelským státem a investorem. Existují tzv. modelová ustanovení, která byla vypracována ICSID pro inspiraci státům, které podobné dohody hodlají s investory uzavřít. Tato modelová ustanovení např. v čl. 5 výslovně uvádějí, že investor nesmí mít občanství hostitelského státu.<sup>234</sup> Dohoda tohoto typu ale nemůže dát vznik neexistujícímu občanství. Jestli podle zákonů příslušného státu a podle objektivně existujících faktorů investor není občanem některého státu, dohoda nemůže tuto skutečnost zhojit. Co je ale dohoda schopna

---

<sup>233</sup> SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 266.

<sup>234</sup> ICSID Model Clauses. [cit. 2013-10-08]. Dostupné z <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?actionVal=ModelClauses&requestType=ICSIDDocRH>

založit, je domněnka existence tvrzeného občanství. Uvedené samozřejmě nebude platit, jestliže na straně investora došlo k podvodnému jednání ohledně jeho skutečného občanství.

#### **4.1.5 Změny státní příslušnosti investora v čase a zachování práva podání žaloby.**

Komplikovanou otázkou pro investiční tribunály je otázka změny státní příslušnosti investora v průběhu investování anebo dokonce v průběhu samotné arbitráže. Změna státní příslušnosti je klíčová otázka pro posuzování příslušnosti tribunálu rozhodovat daný případ. Tuto otázku dále rozeberu z hlediska bilaterálních dohod a Washingtonské úmluvy zvlášť.

Bilaterální dohody zpravidla nestanoví, k jakému datu se posuzuje státní příslušnost investora, aby byl legitimován k podání arbitrážní žaloby podle příslušné BIT. Stejně tak většina BIT nedává odpověď na otázku, jak postupovat v případě změny státní příslušnosti.

Úmluva stanoví dvě data pro investory fyzické osoby a jedno pro investory právnické osoby, ke kterým se posuzuje státní příslušnost investora. V případě fyzických osob Úmluva ve svém čl. 25 odst. 2 písm. a) určuje rozhodná data jako i) den, kdy strany souhlasily s předložením sporu ke konciliaci nebo arbitráži a ii) den, kdy žádost o vyřešení sporu byla zaregistrována Střediskem. Na rozdíl od investorů fyzických osob je v případě investorů právnických osob podle Úmluvy určující státní příslušnost v den, kdy strany souhlasily s předložením sporu ke konciliaci nebo arbitráži.<sup>235</sup>

Kromě určitých kritických dat, ke kterým se posuzuje státní příslušnost investora, se nabízí otázka, jestli tuto státní příslušnost musí mít i v mezidobí. Z textu Úmluvy je zřejmé, že tato otázka je relevantní pouze pro fyzické osoby, u nichž jsou rozhodná obě data.

---

<sup>235</sup> čl. 25 odst. 2 písm. a) Úmluvy.

Prof. Schreuer vykládá Úmluvu tak, že vzhledem k tomu, že Úmluva mluví pouze o datech, k nimž se určuje státní příslušnost investora fyzické osoby, nelze vykládat Úmluvu tak, že investor musí státní příslušnost zachovat po celou dobu mezi rozhodnými daty.<sup>236</sup>

Nelze si nepovšimnout, že přestože text Úmluvy je jednoznačný, tribunály a komentátoři kladou důraz na to, že se nejedná o požadavek trvání stejné státní příslušnosti mezi rozhodnými daty. Je to spojeno jednak s tím, že Úmluva se v tomto liší od obecného mezinárodního práva veřejného, kde existuje právě opačné pravidlo, a jednak s tím, že jeden tribunál se pokusil toto pravidlo vztáhnout na právo ochrany zahraničních investic.

Pravidlo trvajících státní příslušnosti („*continuous nationality rule*“) podle obecného mezinárodního práva veřejného stanoví, že poškozená osoba musí mít státní příslušnost státu, který obhájí její zájmy, od okamžiku utrpění újmy („*dies a quo*“) do okamžiku, kdy je podána žaloba („*dies ad quem*“). Navíc poškozená osoba nesmí mít během této doby státní příslušnost toho státu, jímž byla poškozena. Existuje však i názor, že okamžikem *dies ad quem* musí být pozdější datum než okamžik podání žaloby, např. okamžik vydání rozhodnutí.<sup>237</sup>

Tím tribunálem, který se pokusil aplikovat mezinárodní právo veřejné v mezinárodním právu ochrany investic, byl tribunál ve věci *Loewen*<sup>238</sup>. Tento spor byl sice rozhodován podle NAFTA, ale dovoluji si ho zde zmínit, neboť byl následně hodně diskutován. Za *dies ad quem* tribunál považoval okamžik vynesení rozhodnutí. Poznamenal, že NAFTA stanoví podmínku státní příslušnosti jenom pro okamžik podání žaloby, nicméně mlčí, jestli má být tato státní příslušnost zachována do doby rozhodnutí případu. Mlčení NAFTA podle názoru tribunálu umožňuje aplikaci obecného

---

<sup>236</sup> SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 276.

<sup>237</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAH. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 340.

<sup>238</sup> *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award, 26. června 2003, bod 235.

mezinárodního práva veřejného. Tribunál ospravedlnil použití obecného mezinárodního práva veřejného také tím, že požadavek trvání státní příslušnosti je tématem příliš málo diskutovaným odbornou veřejností a rozhodčími tribunály. Tribunál rozhodl ve prospěch použití pravidla trvání státní příslušnosti a následně žalobu zamítl.<sup>239</sup>

Rozhodnutí *Loewen* bylo následně hodně kritizováno praktiky a akademickou obcí za přímé vztazení pravidla obecného mezinárodního práva veřejného do oblasti ochrany investic, a to i navzdory tomu, že takový přístup nemá oporu v textech jiných dohod o ochraně investic. Jeden z nejuznávanějších interpretátorů Úmluvy, McLachlan, považuje takovou pozici za příliš striktní a neodůvodněnou.<sup>240</sup>

Je vhodné dodat, i když tato práce nezkoumá rozhodnutí vynesena jinde než na půdě ICSID Střediska, že pozice zaujatá tribunálem ve věci *Loewen* byla několikrát „oficiálně“ zpochybněna. Stalo se tak nejdříve na základě ILC Návrhu článků o diplomatické ochraně, kde v čl. 5 a 10 bylo výslovně uvedeno, že trvání státní příslušnosti se vyžaduje jenom po dobu od utrpění újmy do okamžiku podání žaloby.<sup>241</sup> Tím byla postavena najisto pozice praxe a akademické obce v oblasti mezinárodního práva veřejného. Ale byl to Londýnský soud mezinárodní arbitráže<sup>242</sup>, který rozhodujíc ve věci *EnCana v Ecuador* podle pravidel UNCITRAL spojil dohromady výklad NAFTY a ILC Návrhu článků o diplomatické ochraně a výslovně uvedl, že trvání státní příslušnosti je zapotřebí jenom po dobu od utrpění újmy do okamžiku podání žaloby.<sup>243</sup> Tím byla pozice zaujatá v rozhodnutí *Loewen* pro následnou praxi investičních tribunálů vážně zpochybněna.

---

<sup>239</sup> *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award, 26. června 2003, bod 235.

<sup>240</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, odst. 5.70.

<sup>241</sup> ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries.

<sup>242</sup> The London Court of International Arbitration.

<sup>243</sup> *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, 3. února 2006 bod 128.

## 4.2 Investor jako právnická osoba.

Washingtonská Úmluva definuje investora, který je právnickou osobou, jako jakoukoliv právnickou osobu, která má státní příslušnost jiného smluvního státu, než je stát smluvní strany ve sporu, v den, kdy se strany dohodly předložit takový spor ke smírčímu nebo rozhodčímu řízení, a jakoukoliv právnickou osobu, která měla příslušnost strany smluvního státu ve sporu k tomuto datu a která na základě zahraniční kontroly, na níž se strany dohodly, by měla být pro účely této Úmluvy považována za subjekt jiného smluvního státu.<sup>244</sup> Bilaterální dohody o ochraně investic obsahují zpravidla široké definice těchto subjektů, které mohou být považovány za právnickou osobu, a také demonstrativní výčet právních forem takových subjektů, např. společnosti, společenství, skupin společností, partnerství. Definice jsou většinou dostatečně široké na to, aby zahrnuly i obchodní i neziskové subjekty.

### 4.2.1 Soukromý charakter investora.

Preambule Úmluvy mluví o roli soukromé mezinárodní investice. To by mělo naznačovat, že investor musí být soukromou právnickou osobou, což znamená, že stát v roli investora se nemůže domáhat ochrany u Střediska. Otázka umožnění státům být stranou sporu v roli investora byla probírána, avšak nakonec od ní bylo upuštěno. Stejně tak se neprosadil návrh umožnit mezinárodním organizacím v roli investora domáhat se ochrany před ICSID tribunály.<sup>245</sup>

Jestli je v případě států a mezinárodních organizací situace jasná, není tomu tak tak v případě společností částečně nebo stoprocentně vlastněných státem, fondů založených k plnění veřejně prospěšných účelů a podobných útvarů.

Komentář k návrhu Úmluvy říká:

---

<sup>244</sup> BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011, str. 118, pozn. pod čarou č. 259.

<sup>245</sup> SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 161.

*„Nutno poznamenat, že pojem „občan“ není omezen jenom na společnosti vlastněné soukromými investory, proto entity částečně nebo stoprocentně kontrolované státem mohou být stranou sporu v žalobě proti cizímu hostitelskému státu“.*<sup>246</sup>

Tato věta nikdy nebyla rozporována v průběhu přípravy Úmluvy, nicméně do Zprávy výkonných ředitelů nebyla převzata. Dodatečná kritéria pro přiznání statusu investora v případě takových entit se navrhovala jako různé testy. Nejlepším vodítkem je dodnes ten, který poskytl p. Broches:

*„V dnešním světě již klasické rozdělení na soukromou a veřejnou investici na základě zdrojů kapitálu postrádá smysl, pokud není dokonce archaické. Existuje velké množství společností, které v sobě slučují kapitál ze soukromých a státních zdrojů, přičemž všechny jejich akcie jsou vlastněny státem, ale takové společnosti jsou po právní stránce a podle jejich aktivity skoro k nerozeznání od ryze soukromých společností. Zdá se, že pro účely Úmluvy společnost, která má smíšený původ kapitálu nebo která je vlastněna státem, nesmí být diskvalifikována jako „občan jiného smluvního státu“ pokud nejedná jako státní agent anebo nevykonává nepostradatelnou státní funkci“.*<sup>247</sup>

Uvedený přístup k podobným entitám podporuje i řada rozhodnutí ICSID tribunálů.

V případě *CSOB v. Slovakia* stát namítal, že ČSOB je spíš agentem České Republiky, který vykonává státní funkce, nežli nezávislou obchodní entitou. Tribunál odmítl tento argument a s odkazem na výše citované vodítko pana Broches uvedl, že není podstatné, jestli je společnost vlastněna státem, ale podstatným je, jestli vykonává pro stát veřejnou funkci. Činnost ČSOB spočívající v provedení bankovních transakcí pod

---

<sup>246</sup> History, Vol. II, str.230 SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 161.

<sup>247</sup> Broches, *The Convention*, str.354-355 v SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 161.

kontrolou státu musí být zkoumána podle svého charakteru. Co se týče činnosti ČSOB v kontextu privatizace a restrukturalizace, tribunál konstatoval, že to byly obchodní transakce, nikoli postupy mocenského charakteru.<sup>248</sup>

V dalším případě, *CDC v. Seychelles*, byl žalobce společností stoprocentně vlastněnou státem. Seychelská republika původně vznesla, ale vzápětí vzala zpět námitku, že se žalobce nemůže kvalifikovat jako soukromý investor.<sup>249</sup> Námitka byla zřejmě stažena vzhledem k tomu, že by se jen těžko prokazovalo, že půjčka z ryze obchodní transakce je výkon veřejné funkce.

Ve věci *Telenor v. Hungary* byl žalobce ze 75 % vlastněn státem, nicméně námitka ve vztahu k investorovi vznesena nebyla.<sup>250</sup> V dalším případě, *Rumeli Telekom v. Kazakhstan*, námitka sice vznesena byla, ale tribunál ji kategoricky odmítl. Kazachstán neuspěl s argumentem, že skutečnou stranou sporu byl nikoliv žalobce, ale Turecko. Tribunál v souladu s předchozí judikaturou ICSID tribunálů rozhodl, že otázka kontroly není sama o sobě rozhodující.<sup>251</sup>

Tato rozhodnutí tribunálů potvrzují, že i pokud bude žalobce-investor kontrolován nebo vlastněn státem, bude přesto kvalifikován jako investor pro účely Úmluvy.

#### **4.2.2 Státní příslušnost investora podle tradičního (obecného) mezinárodního práva.**

Podle mezinárodního práva veřejného se právnická osoba považuje za příslušníka toho státu, kde byla inkorporována. Ve většině případů se neurčuje státní příslušnost podle místa skutečného sídla. Stejně tak je obecné mezinárodní právo velice neochotno k tzv.

---

<sup>248</sup> *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. The Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, 24. května 1999, bod 20.

<sup>249</sup> *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles*, Award, ICSID Case No. ARB/02/14, 17. prosince 2003, bod 6, 19, 34.

<sup>250</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, ICSID Case No. ARB/04/15, 13. září 2006, bod 16, 18.

<sup>251</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Award, ICSID Case No. ARB/05/16, 19. července 2008, bod 325-328.

„piercing the corporate veil“ a určování příslušnosti entity podle státní příslušnosti společníků.

Mezníkový případ Mezinárodního soudního dvora *Barcelona Traction* tento přístup potvrzuje. Celý případ vznikl z činnosti španělské vlády, v jejímž důsledku společnost Barcelona Traction zkrachovala. Belgická vláda podala žalobu proti Španělsku jménem svých občanů, kteří vlastnili akcie kanadské společnosti Barcelona Traction. Během řízení Španělsko vzneslo námitku, že Belgie nemá v daném případě procesní způsobilost, protože Barcelona Traction je kanadská společnost. Mezinárodní soudní dvůr přisvědčil Španělsku, že pouze stát inkorporace společnosti může podat žalobu jejím jménem, a žalobu zamítl. Svou argumentaci založil na tom, že většina právních řádů rozlišuje mezi právy společnosti a právy společníků. Činnost, která poškozuje jenom práva společnosti, nezakládá odpovědnost vůči společníkům, i když jsou dotčena jejich práva. Situace je jiná, kdyby byla poškozena práva společníků, např. zásahem do hlasovacích práv.<sup>252</sup>

Dvě desetiletí nato se Mezinárodnímu soudnímu dvoru naskytlá opět příležitost vyjádřit se k této problematice v případě *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*.<sup>253</sup> Soud dovolil Spojeným státům americkým obhajovat zájmy dvou amerických společností, které držely kontrolní balík akcií v italské společnosti. Přístup uplatněný v *Barcelona Traction* byl zdánlivě opuštěn.

Nicméně po několika letech Mezinárodní soudní dvůr při další příležitosti vyjádřit se k této otázce ukázal, že se drží linie naznačené v *Barcelona Traction*. Nový případ se týkal pana Diallo, guinejského občana, který byl manažerem a zároveň společníkem dvou společností založených podle práva Demokratické republiky Kongo. V r. 1995 byl p. Diallo zadržen a následně vyhoštěn, protože údajně porušil veřejný pořádek Konga. Guinea zažalovala Kongo. Mezinárodní soudní dvůr se ztotožnil s pozicí Guiney, že Guinea může hájit práva pana Diallo v rozsahu, v němž byl on osobně

---

<sup>252</sup> *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v Spain)*, Second Phase, Judgement, 5. února 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 3, bod 88, 37-58, 46, 47, 49.

<sup>253</sup> *Case Concerning the Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, U.S. v. Italy, Judgement, 20. července 1989, I.C.J. Reports 15 (1989).



poškozen. Nicméně Guiney nepřísluší obhajovat práva dvou společností, v nichž je p. Diallo společníkem.<sup>254</sup> *Diallo* je v podstatě krok zpět, neboť předcházející případ *ELSI* se jevil jako logický vývoj vzrůstající ochrany akcionářů v mezinárodním právu.

Mezinárodní právo veřejné tak stojí na pozici poskytování ochrany společnosti ze strany státu její inkorporace, nikoliv však jejích společníků.

### 4.2.3 Státní příslušnost investora právnické osoby podle ICSID a BIT.

ICSID Úmluva určuje státní příslušnost investora právnické osoby následujícím způsobem:

*Příslušníkem jiného smluvního státu je ....(b) libovolná právnická osoba, která má odlišnou státní příslušnost od státu, kterého žaluje, a to k datu, na kterém se strany dohodly, že předloží spor ke smířčímu nebo rozhodčímu řízení...*<sup>255</sup>

Jinými slovy článek 25 odst. 2 písm. b), podobně jako i ustanovení čl. 25 odst. 2 písm. a) ve vztahu k fyzickým osobám, stanoví, že právnická osoba musí mít státní příslušnost státu, který je smluvní stranou Úmluvy, a nesmí mít příslušnost toho státu, ve kterém investuje.

Je zajímavostí, že ICSID Úmluva neobsahuje definici „právnické osoby“. Toto opomenutí je nicméně záměrné, aby rozhodování o tom bylo ponecháno na rozhodčích tribunálech.<sup>256</sup>

Další otázkou, kterou Úmluva neřeší, je, jakým způsobem se určuje státní příslušnost investora-právnické osoby. Tato otázka bývá zpravidla vyřešena v příslušné BIT.

---

<sup>254</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, 24. května 2007, bod 15, 65, 66.

<sup>255</sup> Článek 25 odst. 2 písm. b) Úmluvy.

<sup>256</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 313.

Státní příslušnost právnické osoby může být založena podle 1) místa inkorporace, 2) místa sídla (*siège sociale*) nebo hlavního místa, odkud je entita řízena a 3) národnosti kontrolujícího společníka. Ani jeden z těchto způsobů však není ideální.

Ad 1). První přístup vychází z myšlenky, že entita je vždy nejvíce spojena s tím právním řadem, podle kterého je založena, nezávisle na tom, kde má skutečné sídlo a ekonomickou činnost. Příkladem takového pojetí státní příslušnosti je bilaterální dohoda o ochraně investic mezi USA a Argentinou<sup>257</sup> nebo vzorové BIT uzavírané Velkou Británií<sup>258</sup>. Výhodou tohoto způsobu určení státní příslušnosti je jasnost, o které místo se jedná, a také v tom, že sídlo inkorporace většinou zůstává na stejném místě nebo má menší sklony k přemístění, na rozdíl od skutečného sídla, které se přemísťuje v závislosti na obchodních zájmech společnosti. Velice často však společnosti nevedou žádnou ekonomickou činnost ve státě svého založení. Nabízí se proto otázka, jestli stát inkorporace chce poskytovat ochranu takové entitě, která je v podstatě schránkou.

Ad 2). Druhý přístup klade důraz na místo, odkud je společnost řízena. Takový přístup je typický pro německé BIT. Místo skutečného sídla entity nemusí být vždy snadno identifikovatelné, ale vyjadřuje důležité ekonomické spojení mezi společností a jejím národním státem.

Ad 3). Třetí přístup posuzuje otázku státní příslušnosti společnosti na základě státní příslušnosti společníka, který vykonává rozhodující vliv na jejím řízení. Takové určení je poměrně obtížné v praxi. Vyjadřuje propojení mezi kontrolujícím společníkem a společností a reflektuje faktickou skutečnost, že společnost je jen fiktivní útvar, za kterým stojí jeho vlastníci.

Některé BIT kombinují tyto tři přístupy např. tak, že vyžadují, aby se např. v jednom státě nacházelo skutečné sídlo i místo inkorporace. Příkladem může být vzorová BIT

---

<sup>257</sup> The Treaty between the United States of America and the Argentina Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, with protocol, listopad 1991.

<sup>258</sup> United Kingdom Model BIT (2005, with amendments).

Srí Lanky.<sup>259</sup> Některé BIT jsou naopak vstřícné investorům a pro založení státní příslušnosti státu umožňují vybrat buď místo inkorporace, nebo místo skutečného sídla.<sup>260</sup> Některé BIT poskytují ochranu společnostem buď založeným podle práva smluvního státu, anebo kontrolovaným příslušníky tohoto smluvního státu, viz např. nizozemské BIT.<sup>261</sup>

#### 4.2.4 Lokální společnost jako investor.

Investice je často činěna prostřednictvím společnosti, která je inkorporována na území hostitelského státu. Důvody pro takový způsob investování mohou být různé: někdy je to sám hostitelský stát, který vyžaduje, aby byla investice činěna prostřednictvím lokální společnosti, jindy iniciativa k založení lokální společnosti vychází od investora. Lokální společnost však nemá až na výjimku možnost podat žalobu k ICSID Středisku na hostitelský stát v roli investora, protože spor by byl považován za domácí spor.

Na tyto situace pamatuje Úmluva v čl. 25 odst. 2 písm. b), který stanoví, že investorem je také „...*jakákoliv právnická osoba, která měla příslušnost strany smluvního státu ve sporu k tomuto datu a která by na základě zahraniční kontroly, na niž se strany dohodly, měla být pro účely této Úmluvy považována za subjekt jiného smluvního státu*“.

Tu výjimku z obecného pravidla, že i lokální společnost bude považována za zahraničního investora, lze uplatnit pouze v případě, pokud je lokální společnost kontrolována zahraničními osobami a mezi nimi a hostitelským státem existuje dohoda, že lokální společnost bude považována za investora. Úmluva explicitně nestanoví požadavek, jakou formu by měla podobná dohoda mít. Může být začleněna do

---

<sup>259</sup> The Treaty between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, září 1991.

<sup>260</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 304-308.

<sup>261</sup> Čl. I, písm. a) Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb., o Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic.

příslušné BIT nebo stanovena ve zvláštní dohodě mezi stranami (tj. mezi státem a investorem).<sup>262</sup>

Úmluva hovoří o tom, že lokální společnost bude považována za příslušníka toho jiného smluvního státu, jehož příslušníkem je osoba vykonávající zahraniční kontrolu nad touto společností. Určení toho, kdo vykonává rozhodující vliv na společnost, není vždy jednoznačné. Určité procento účasti na společnosti v podobě prostého vlastnění akcií nebo obchodního podílu nemusí mít vždy vypovídající hodnotu. O míře kontroly napovídají hlasovací práva, rozhodovací proces ve společnosti a výkon správy společnosti.

Během přípravy Úmluvy se diskutoval pojem „kontrola“. Jednotný názor na to, co považovat za kontrolu společnosti, se neustálil, proto bylo konstatováno, že tato otázka bude ponechána na uvážení každého státu.<sup>263</sup>

Teorie<sup>264</sup> a rozhodovací praxe<sup>265</sup> se shodují v tom, že většinový podíl (tj. více než 50 %) na akciích společnosti nejspíš svědčí ve prospěch existence kontroly nad lokální společností. Nehledě na výše uvedené je však tendencí i v případě většinového nebo dokonce jediného společníka hlubší zkoumání existence kontroly, např. na základě složení statutárních nebo jiných orgánů, které se účastní rozhodovacího procesu ve společnosti.<sup>266</sup>

---

<sup>262</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 313, pozn. pod čarou 110.

<sup>263</sup> SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, str. 324.

<sup>264</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 314.

<sup>265</sup> Viz *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/81/1, 25. září 1983, odst.14 (iii), *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Sociéte Camerounaise des Engrais*, Award, ICSID Case No. ARB/81/2, 21. října 1983, 2 ICSID Reports 15/16 v SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009 str. 324.

<sup>266</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation v Republic (LETCO) of Liberia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/83/2, 24. října 1984, 2 ICSID Reports 349, 351 v SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009 str. 324.

Nejznámějším případem je *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*<sup>267</sup>, kde tribunál rozhodl o jurisdikci po 1439 dnech (tj. skoro po čtyřech letech) ode dne podání žaloby.<sup>268</sup> V uvedeném případě byla společnost Aguas del Tunari inkorporována v Bolívii, tj. byla tzv. domácí společností. Nizozemsko-bolivijská BIT obsahovala dohodu o zacházení s domácí společností jako se zahraničním investorem v případě, že tato domácí společnost je kontrolována zahraničními osobami. Zmíněná BIT však neobsahuje definici „kontroly“, proto to byla otázka, kterou musel řešit tribunál.

V otázce kontroly existují dva diametrálně odlišné přístupy. První ztotožňuje pojem „kontrola“ s pojmem „vlastnictví“, jinými slovy jedná se o právní možnost kontrolovat společnost. Na tomto výkladu pojmu „kontrola“ trval žalobce. Druhý přístup však vyžaduje skutečnou kontrolu a tímto způsobem pojem „kontroly“ v BIT vykládala Bolívie.<sup>269</sup> Tribunál uzavřel, že slovo „kontrola“ se vztahuje k možnosti vykonávat kontrolu, nikoliv ke skutečné kontrole. Tribunál se spokojil s konstatováním, že tam, kde se jedná o 100% společníka nebo o většinového společníka s hlasovacím právem, nevyhnutelně půjde o kontrolu. Byla zamítnuta argumentace Bolívie, že se má prokázat skutečná kontrola. Tribunál poznamenal, že je skoro nemožné určit přesně okamžik, kde se prostá formální kontrola založená na držení akcií transformuje do skutečné kontroly. Test, který by vyžadoval prokázání skutečné kontroly, by byl nepraktickým, vyvolával by nejistotu mezi investory a byl by v rozporu s cílem a účelem ochrany investic a bilaterálních úmluv.<sup>270</sup>

Situace je však komplikovanější pro prokazování existence kontroly, pokud zahraniční osoba nedorčí v lokální společnosti většinový podíl. Ve věci *Vacuum Salt v. Ghana* tribunál zjistil, že ghanská společnost Vacuum Salt byla z 20 % vlastněna řeckým

---

<sup>267</sup> *Aguas del Tunari, SA v Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21. října 2005.

<sup>268</sup> GRAMONT, A. de. After the Water War: the Battle for Jurisdiction in Aguas Del Tunari, S.A. v Republic of Bolivia. *Transnational Dispute Management*. 2006, Vol. 3, Issue 5. Dostupné z: [http://www.crowell.com/documents/After-the-Water-War\\_The-Battle-for-Jurisdiction-in-Aguas-del-Tunari\\_v\\_Bolivia.pdf](http://www.crowell.com/documents/After-the-Water-War_The-Battle-for-Jurisdiction-in-Aguas-del-Tunari_v_Bolivia.pdf)

<sup>269</sup> *Aguas del Tunari, SA v Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21. října 2005., bod 227.

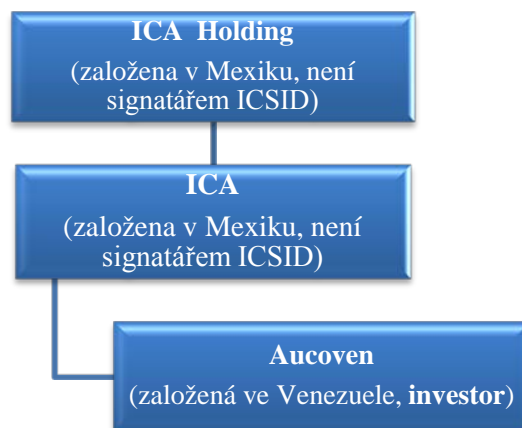
<sup>270</sup> *Aguas del Tunari, SA v Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21. října 2005., bod 247.

příslušníkem, panem Panagiotopulos, a z 80 % ghanskými příslušníky. Dále tribunál zjistil, že p. Panagiotopulos a jeho manželka byli zároveň jedinými řediteli společnosti.

Vzhledem k nízkému procentu vlastněných akcií na základním kapitálu ve společnosti Vacuum Sault zkoumal tribunál osobní roli p. Panagiotopulos ve společnosti a dospěl k závěru, že dotčený nebyl schopen vykonávat ve společnosti kontrolu nebo mít na její rozhodnutí rozhodující vliv. Důsledkem bylo zamítnutí případu pro nedostatek osobní legitimaci žalobce (společnosti Vacuum Sault), jelikož nešlo o lokální společnost se zahraniční kontrolou.<sup>271</sup>

Důležitým případem ve vývoji „případového práva“ ohledně nepřímých společníků je případ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*.<sup>272</sup> Venezuela a mexický investor, ICA Holding, měli mezi sebou dohodu, že lokální společnost (Aucoven), založená a kontrolovaná mateřskou společností ICA Holding pro účely výstavby dálnice, bude považována za zahraničního investora. Během následné krize v Mexiku provedla ICA Holding restruktulizaci vlastní skupiny, a to včetně převodu kontrolního balíku akcií společnosti Aucoven na svoji dceřinou společnost založenou ve Spojených státech amerických (Icatech Corporation). Převod byl uskutečněn se souhlasem venezuelského ministerstva průmyslu.

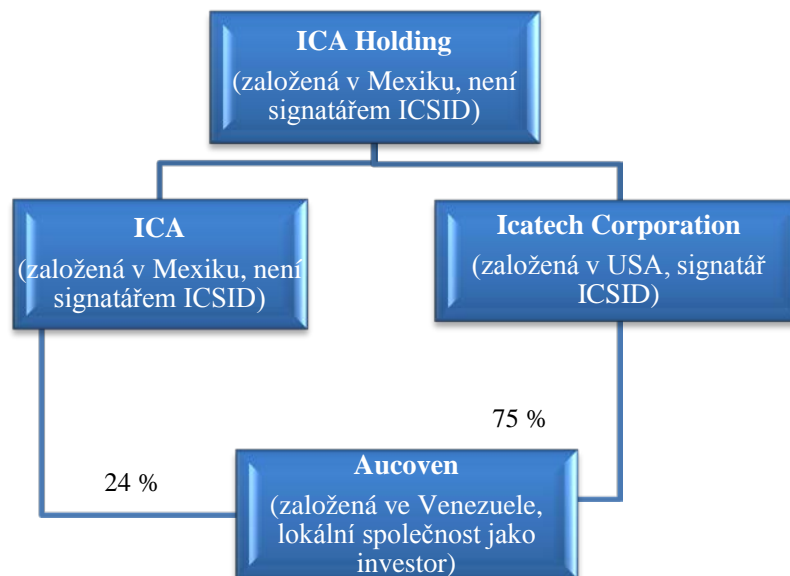
Původní struktura skupiny společností byla následující:



Nová struktura společnosti Aucoven vypadala následovně:

<sup>271</sup> *Vacuum Salt Production Limited v Government of the Republic of Ghana*, Award, ICSID Case No. ARB/92/1, 16. února 1994, 4 ICSID Rep 320 str. 351.

<sup>272</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela CA v Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/5, 27. září 2001.



Spor mezi společnostmi Aucoven a ministerstvem průmyslu se rozpoutal rok poté, co skupina dovršila restrukturalizaci. Aucoven tvrdil, že pro účely ICSID Úmluvy má být považován za amerického investora, a to vzhledem k existenci většinového kontrolujícího (75 % akcií) amerického společníka a dohody mezi stranami v této otázce. Venezuela namítala, že existence většinového amerického společníka byla pouhou formalitou, ale ve skutečnosti byl venezuelský investor i nadále kontrolován mexickou společností. Akceptace tohoto tvrzení tribunálem by znamenalo, že věc by nemohla být řešena před ICSID Střediskem, a to vzhledem k tomu, že Mexiko nebylo smluvní stranou Úmluvy.

Jak se i dalo očekávat, tribunál uznal, že pro účely ICSID byla společnost Aucoven kontrolována americkou společností. Nicméně v argumentaci tribunálu zaznělo, že je důležité zkoumat skutečnou ekonomickou aktivitu bezprostředně kontrolující společnosti. Tribunál poznamenal, že tato společnost byla založena dlouho před uzavřením smlouvy o výstavbě dálnice a před tím, než na ni byly převedeny akcie společnosti Aucoven. Dále poznamenal, že americká společnost podléhala ekonomické, daňové a sociální regulaci ve Spojených státech amerických, tj. v zemi, která není daňovým nebo administrativním rájem.<sup>273</sup>

<sup>273</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela CA v Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/5, 27. září 2001, bod 123.

Toto rozhodnutí naznačuje, že pokud tribunály zkoumají kontrolující společnost, na pořad dne může přijít nejenom prokázání řádné inkorporace kontrolující společnosti, ale také prokázání její skutečné ekonomické aktivity.

#### 4.2.5 Doktrína „piercing the corporate veil”.

V systému common law existuje doktrína „*piercing the corporate veil*“, což by se dalo přeložit doslova jako „*propíchnutí korporatního závoje*“. Její podstata spočívá v tom, že v některých případech může soud odhlédnout od toho, že společnost má vlastní právní subjektivitu, tj. je subjektem odděleným od svých společníků. V tom případě bude odpovědnými za činy společnosti nikoliv společnost sama, ale její společníci.

Tuto doktrínu se často snaží použít hostitelské státy jako důvod pro nepřislušnost tribunálu rozhodovat ve věci a přitom argumentují tím, že společnost je sice zahraniční právnickou osobou, nicméně její společníci jsou příslušníky domovského státu a v tom případě se jedná o vnitrostátní spor mezi státem a jeho občany.

Nejznámějším případem, kdy se k této otázce musel tribunál vyjádřit, je případ *Tokios*.<sup>274</sup> Tokios byla společnost založená podle litevského práva, podnikající na Ukrajině prostřednictvím tam založené dceřiné společnosti. Podíly na litevské společnosti Tokios vlastnili z 99 % ukrajinští občané. Stejně tak správa společnosti se ze dvou třetin skládala z ukrajinských příslušníků. V arbitráži Ukrajina namítala, že Úmluvu nelze používat ve sporech mezi státy a jejich vlastními občany a navrhla tribunálu odhlédnout od místa inkorporace společnosti, použít doktrínu „*piercing the corporate veil*“ a určit, že státní příslušnost musí být určena na základě státní příslušnosti jejich většinových společníků, manažmentu a místa, kde je umístěna centrála. Tribunál většinou hlasů usoudil, že mezinárodní investiční právo nedovoluje uplatnit test kontroly, což fakticky znamená nepřipuštění aplikace doktríny „*piercing the corporate veil*“. Toto rozhodnutí zároveň vyjadřuje současný směr vývoje

---

<sup>274</sup> *Tokios Tokeles v Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Dissent, ICSID Case No. ARB/02/18, 29. dubna 2004.



rozhodovací praxe investičních tribunálů, který upřednostňuje formalistické pojetí státní příslušnosti investora podle země jeho inkorporace.

Vedle většiny, zastávající názor určování státní příslušnosti investora podle jeho formálního místa inkorporace, existuje skupina odborníků, kteří nesouhlasí s formalistickým přístupem a navrhují určovat státní příslušnost společnosti podle země, odkud pochází její kapitál. Tato skupina je nejvíce spojována se jménem prof. Weila, jemuž patří autorství separátního stanoviska v již zmíněné věci *Tokios*.

Ve svém separátním stanovisku prof. Weil připomněl, že mechanismus ICSID Úmluvy nebyl určen pro investice činěné v domovském státě jeho vlastními občany skrz „tunel“ zahraniční entity, ať již existující nebo založené pro tento účel. Dále podtrhnul, že závěr většinového názoru ve věci *Tokios*, a to, že původ kapitálu je irelevantní a že jediné relevantní úvaha je místo inkorporace společnosti, je v rozporu s cílem celého ICSID systému.<sup>275</sup>

Prof. Weil nadnesl otázku, jestli rozhodčí tribunály mají zkoumat vlastnickou strukturu žalobce-společnosti. Z jeho separátního stanoviska plyne, že se nejspíš přiklání ke flexibilnímu přístupu. Rizikem toho však je, že státy začnou trvat na zkoumání vlastnické struktury investora v každém případě, což v konečném důsledku může vést ke zmaření efektivního fungování ICSID systému. Je to důvod, proč právníci praktikující v oblasti mezinárodního práva veřejného stejně tak jako v oblasti mezinárodního práva soukromého preferují jasně aplikovatelné testy, a to z důvodu jejich předvídatelnosti a z toho plynoucí stability. Test formálního místa inkorporace, který upřednostnil tribunál ve věci *Tokios*, je přijatelnější nejen pro tribunály, ale i pro investory, protože posledním poskytuje větší jistotu, že jejich investice bude chráněna.<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> Separátní stanovisko prof. Prospera Weila, odst. 19 v *Tokios Tokelos v Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Dissent, ICSID Case No. ARB/02/18, 29. dubna 2004.

<sup>276</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, str. 150-151.

Je však nutno dodat, že i zde platí zásada, že každé pravidlo má svou výjimku. V roce 2006 se objevilo rozhodnutí, které použití doktríny „*piercing the corporate veil*“ přece připustilo. Podle tribunálu ve věci *ADC Affiliate v. Hungary* se bude princip „*piercing the corporate veil*“ aplikovat v situacích, kdy došlo ke zneužití korporátní struktury skutečnými beneficienty, aby mohli skrýt svoji skutečnou identitu a uniknout odpovědnosti.<sup>277</sup>

#### 4.2.6 Většinoví společníci jako investoři

Vzhledem k tomu, že držení akcie je uznáno za investici, akcionář, který drží 100 % akcií na společnosti, většinou nemá problém s prokázáním toho, že je investorem. Velice dobře to ilustruje případ *Genin v. Estonsko*. Hostitelský stát se sice pokusil zpochybnit, že 100% podíl na estonské bance je chráněnou investicí, nicméně jeho argumentaci tribunál odmítl. Tribunál uvedl, že akcie na společnosti zjevně spadá pod definici investice na základě Estonsko-US BIT.<sup>278</sup> To, zda spadá i pod pojem investice podle Úmluvy, tribunál nezmínil, ale zřejmě ano.

Příkladem uznání většinového společníka za investora, avšak již nikoliv se 100% účastí na místní společnosti, je věc *Gas Natural v. Argentina*. V tomto případě se jednalo o 70% akcionáře argentinské společnosti. Navzdory námitkám Argentiny tribunál rozhodl ve prospěch investora:

*„Standardní režim přímých zahraničních investic v daném případě a v drtivé většině nadnárodních převodů kapitálu je ten, že se založí společnost v souladu se zákony hostitelského státu a akcie této společnosti jsou následně koupeny zahraničním investorem, nebo případně akcie již existující společnosti založené v souladu se zákony hostitelského státu jsou koupeny zahraničním investorem. ICSID Úmluva i bilaterální dohody v tomto ohledu fungují stejně, totiž, že*

---

<sup>277</sup> *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Award, ICSID Case No.ARB/03/16, 2 září 2006, odst. 358.

<sup>278</sup> *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, ICSID Case No ARB/99/2, 25. června 2001, bod 324.

*zahraniční investor nabývá práva plynoucí mu z Úmluvy a příslušné BIT, včetně práva zahájit mezinárodní arbitráž“.*<sup>279</sup>

#### **4.2.7 Minoritní společníci jako investoři.**

Na rozdíl od většinových společníků, postavení menšinových společníků jako investorů ve smyslu dohod o ochraně investic nebo Úmluvy je komplikovanější. Jen některé BIT tuto otázku výslovně upravují a pro přiznání statusu investora vyžadují např. prokázání skutečného výkonu kontroly nad společností nebo v případě společníků-společností – vykázání skutečné ekonomické aktivity.<sup>280</sup> Tato omezení jsou namířena proti praxi tzv. „treaty shopping“, kdy „skořápkové společnosti“ jako menšinoví společníci jsou využívány k tomu, aby umožnily použití příznivější BIT. Pokud BIT neobsahuje žádné omezení pro menšinové společníky, mají tribunály tendenci menšinovému společníkovi status investora přiznat.<sup>281</sup>

ICSID Úmluva v čl. 25 neobsahuje žádné omezení pro menšinové společníky. Řada ICSID případů svědčí ve prospěch závěru, že i oni mohou být kvalifikováni jako investoři.

Případ *Lanco v. Argentina* byl historicky prvním případem, kde ICSID tribunál výslovně uznal, že menšinovému společníku (18,3%) náleží práva vyplývající z dohody o ochraně investic.<sup>282</sup>

---

<sup>279</sup> *Gas Natural SDG S.A. v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10, 17. června 2005, bod 34.

<sup>280</sup> Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Democratic People's Republic of Korea for the Promotion and Protection of Investments (2002), čl. 1 (2) (b), nebo Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, čl.2 v DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 315).

<sup>281</sup> DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAHI. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008, str. 315.

<sup>282</sup> *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, ICSID Case No. ARB/97/6, 8. prosince 1998, § 10.

Jeden z nejznámějších případů je *CMS v. Argentina*. Americká společnost CMS vlastnila jenom dvacet devět procent akcií v argentinské společnosti přepravující plyn, nicméně tribunál jí přiznal status investora.<sup>283</sup> Tribunál uvedl:

„Tribunál neshledává, že by současné mezinárodní právo obsahovalo nějakou překážku pro uplatňování samostatných žalob společníky vedle žalob podaných samotnou společností, i když se jedná o minoritního či nekontrolujícího společníka“.<sup>284</sup>

Případ *CMS v. Argentina* nastínil problém spojený s uznáním menšinového společníka jako investora, a sice výši náhrady škody, která takovému investorovi přísluší v případě úspěchu ve sporu. Závěrem tribunálu bylo, že investor může žalovat na zlomek výše škody, který je proporční výši jeho podílu na společnosti.<sup>285</sup>

#### 4.2.8 Nepřímí společníci.

Další problematickou skupinu osob, která často podává žaloby ke Středisku, tvoří skupina tzv. nepřímých společníků. Je představována širokou škálou právnických a fyzických osob, které jsou společníky bezprostředních společníků právnické osoby inkorporované v hostitelském státu.<sup>286</sup>

Umožnění nepřímým společníkům podat za určitých okolností investorskou žalobu mi přijde jako zajímavá kuriozita, a to vzhledem k tomu, že investiční tribunály obecně neumožňují použití doktríny „*piercing of the corporate veil*“ v neprospěch společníka, ale přitom umožňují, aby byl stejný „*korporátní závoj*“ propíchnut „*shora*“ samotným nepřímým společníkem.

---

<sup>283</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, 17. července 2003, bod 127, 48.

<sup>284</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, 17. července 2003, bod 48.

<sup>285</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, 17. července 2003, bod 69.

<sup>286</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, str. 190.

Možnost pro nepřímého společníka uplatnit žalobu odpovídá myšlence, že investoři nemusí financovat svou investici z vlastních zdrojů.<sup>287</sup> Tento postoj podporuje investory v tvoření svých investic prostřednictvím množství holdingových společností založených v různých státech, což zajišťuje investorům potenciální využití většího množství bilaterálních dohod, a tak při potenciálním sporu s hostitelským státem možnost vybrat tu „nejpříznivější pro tento konkrétní spor BIT“. Možnost si „vybrat“ BIT není jediným důvodem členění struktury investice. Nelze opomenout, že ne všechny země výhodné z jiných (např. daňových) důvodů jsou signatáři ICSID (typicky britské indickooceánské území<sup>288</sup>), proto se ve struktuře společností musí „objevit“ společnost založená ve státě signatáře ICSID Úmluvy, má-li investor zájem na předložení svého potenciálního sporu tomuto Středisku.

Jaké jsou podmínky pro to, aby nepřímý společník uplatnil žalobu na ochranu své nepřímé investice?

Logicky první podmínkou je, aby dotyčný nepřímý společník měl státní příslušnost státu, který je signatářem Úmluvy.

Úmluva neobsahuje žádné omezení pro nepřímé společníky. Bilaterální dohody buď výslovně uvádějí, že investor může kontrolovat investici přímo nebo nepřímo, anebo se nezmiňují o způsobu držení investice vůbec. Obsahuje-li BIT takovou formulaci – jurisdikce tribunálu *ratione personae* se rozšiřuje i na žalobce, kteří vykonávají nepřímou kontrolu nad investicí skrz mezičláňkové společnosti.<sup>289</sup> Příkladem první skupiny BIT je např. BIT České republiky se Spojenými státy americkými, která stanoví, že investice může být vlastněna nebo být přímo nebo nepřímo kontrolována investorem.<sup>290</sup> Z textu uvedené BIT zřejmě plyne, že potenciálním investorem může

---

<sup>287</sup> McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007, str. 190.

<sup>288</sup> Britské indickooceánské území není samostatným státem, ale je zámořským územím Velké Británie. Na rozdíl od většiny britských zámořských území, ohledně Britského indickooceánského území výslovně platí, že se na něj Úmluva nevztahuje. Dostupné z <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130104161243/http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3706546/3892595/3892704/1961-1970> str. 25

<sup>289</sup> DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. 1. vyd. New York: Cambridge University Press, 2009, str. 310.

<sup>290</sup> Čl. I odst. 1 písm. a) Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb. m. s., Dohoda mezi Spojenými státy americkými a Českou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 22. října 1991.

být jak přímý společník, tak kterýkoliv další, který zprostředkovaně drží podíl na investici.

Vrátím se k té druhé skupině BIT, které neobsahují dovětek o tom, jestli investorem může být nepřímý společník, tj. ten, který nepřímo drží investici. Již na první pohled je zřejmé, že je tady prostor pro hostitelský stát uplatnit námitku, že žaloba nepřímého společníka je nepřijatelná, protože ze standardní části definice investice v BIT („investice zahrnuje akcie a jiné druhy účastí na společnostech“) neplyne *prima facie*, že účast na společnosti zahrnuje i zprostředkovanou účast.

Tribunály však již dlouhodobě zastávají názor, že účast na společnosti zahrnuje i nepřímou účast. Zajímavým je, že nehledě na stejné závěry, argumentace tribunálů prošla určitým vývojem. Ze starších rozhodnutí tribunálů plyne, že nepřímý společník se mohl kvalifikovat jako investor, pokud by byl ovládající osobou mezičláňkové společnosti, tj. tribunály vycházely z toho, že bylo zapotřebí posoudit, jestli je žalobce *de facto* společníkem místní společnosti.<sup>291</sup> Posléze se argumentace vyvinula směrem k interpretaci samotné BIT, a to jestli poslední umožňuje její širokou interpretaci tak, aby zahrnovala i nepřímé společníky.<sup>292</sup>

Další otázka, která vzniká v souvislosti s nepřímým společníkem, je ta, jakou státní příslušnost může mít mezičláňková společnost, aby nepřímý společník mohl úspěšně žalovat. Judikatura a komentátoři<sup>293</sup> se shodují v tom, že mezičláňková společnost může mít kteroukoliv státní příslušnost, tj. stejnou státní příslušnost, jakou má nepřímý společník<sup>294</sup> <sup>295</sup>, státní příslušnost hostitelského státu<sup>296</sup> nebo státní příslušnost třetího státu<sup>297</sup>.

---

<sup>291</sup> BENTOLILA, Dolores. Shareholders' Action to Claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration. *Trade, Law and Development: Vol. II, No. 1. Special Issue: International Investment Law*. 2010, str. 115

<sup>292</sup> *Siemens A.G. v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/8, 3. srpna 2004, bod. 137- 142.

<sup>293</sup> SCHREUER, Christoph. Shareholder Protection in International Investment Law. 23. května 2005. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpubpaper\\_2.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpubpaper_2.pdf)

<sup>294</sup> *Siemens A.G. v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/8, 3. srpna 2004, bod. 23, 137- 142.

<sup>295</sup> DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. 1. vyd. New York: Cambridge University Press, 2009, str. 310.

<sup>296</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/3, 14. ledna 2004, bod 21.

<sup>297</sup> *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/12, 8. prosince 2003, bod 65.

### 4.3 Aktivní legitimace investora podat žalobu za poškození investice, kterou již nevlastní

Není ničím výjimečným, že investor žaluje hostitelský stát, avšak k okamžiku podání žaloby již nevlastní ani jinak nekontroluje svoji investici. Typicky, kdy taková situace nastane, je případ vyvlastnění investice zahraničního investora hostitelským státem. Z logiky věci plyne, že takový investor musí mít aktivní legitimaci podat žalobu ke Středisku, přestože investici již nevlastní, v opačném případě by to znamenalo, že proti nejzávažnějšímu zásahu do podnikání investora se investor nemá čím bránit. Přestože je tento závěr logický, musel být potvrzen judikatorně, a to ve věci *El Paso v. Argentina*, kde tribunál řekl, že v mezinárodním investičním právu neexistuje pravidlo nepřetržitého vlastnictví (pozn. autora, v angličtině - „*continuous ownership*“).<sup>298</sup>

Otázkou, na niž odpověď již zcela nevyplývá, je, jestli zahraniční investor neztratí svou aktivní legitimaci k podání žaloby i v případě, že svou investici dobrovolně prodá. Pokud by byla odpověď na tuto otázku kladná, navazuje na ni otázka, za jakých okolností a v jakém časovém úseku to může investor učinit, aby stále mohl podat žalobu jako investor.

Mezi zveřejněnými rozhodnutími, kde tribunály musely řešit tuto otázku, jsou již zmíněný případ *El Paso v. Argentina* a dále *Hamester v. Ghana*. V obou rozhodnutích došlo k převodu účasti na investici na třetí osobu po registraci žaloby u Střediska: v druhém zmíněném případě – po roce od podání žaloby, v prvním případě – po jedenácti dnech ode dne podání žaloby. V případě *Hamester v. Ghana* na převod upozornil žalovaný stát, protože žalobce tuto skutečnost před tribunálem zatajil. Tribunál sice poznamenal, že v případě, kdy investor již nevlastní investici, může to mít vliv na aktivní legitimaci investora podat žalobu, v tomto konkrétním případě tak tomu však není.<sup>299</sup> Nic bližšího k tomu tribunál nedodal. Naproti tomu tribunál v *El Paso v. Argentina* poznamenal, že aktivní legitimace k podání žaloby v případě prodeje

---

<sup>298</sup> *El Paso Energy International Company v the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, 27. dubna 2006, bod 135.

<sup>299</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Award, ICSID Case No. ARB/07/24, 18. června 2010.

investice zůstává investorovi zachována, nebude-li prokázáno, že spolu s prodejem práv k investici bylo prodáno i právo požadovat odškodnění.<sup>300</sup>

Přestože se ani jedno ze dvou zmíněných rozhodnutí detailně nezabývá důsledky převodu práv k investici, je očividné, že není ani tak podstatné, kdy došlo k převodu práv k investici, ale rozhodujícím je, která všechna práva byla převedena na třetí osobu.

---

<sup>300</sup> *El Paso Energy International Company v the Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/15, 27. dubna 2006, bod 135.



## Závěr

V rámci této práce o vybraných otázkách mezinárodněprávní ochrany investic v bilaterálních investičních dohodách v rozhodovací praxi mezinárodních investičních rozhodčích tribunálů podle pravidel ICSID jsem se zaměřila na stěžejní a zároveň základní otázky mezinárodního práva ochrany investic, tj. pojetí investora a investice. Ani jedna mezinárodní investiční arbitráž se neobejde bez toho, aby nebyla položena otázka, jestli se jedná o investici a zda je osoba uplatňující nárok investorem. Cílem této práce bylo zanalyzovat a pokusit se o jakousi systematizaci, kdo je investorem a co je investicí v praxi investičních rozhodčích ICSID tribunálů.

Bilaterální dohody o ochraně investic většinou obsahují definice pojmů investor a investice. Úmluva ICSID nijak nedefinuje pojem investice, ale stanoví určité požadavky k osobě investora. V souvislosti s tím jsem si v úvodu této práce položila několik otázek. První otázkou je, jaký je vztah mezi pojmy „investor“ a „investice“ používanými oběma mezinárodními instrumenty a jak řešit případné rozpory. Další související otázkou je, jakou roli v definování těchto pojmů hrají rozhodnutí tribunálů a jestli lze jimi vypracované testy považovat za další zdroj kritérií, obzvlášť jdou-li nad rámec kritérií v příslušné BIT nebo Úmluvě, a jestli tato rozhodnutí tribunálů tvoří precedenční právo. Odpovědi na tyto otázky jsou třeba, aby bylo možné odpovědět na hlavní otázku - co to je investice a kdo je investorem.

Bilaterální investiční dohody nebo Úmluva neposkytují žádné vodítko, jaký je vzájemný vztah mezi chybějící definicí pojmu „investice“ v Úmluvě a definicí tohoto pojmu v bilaterálních dohodách. Po studiu rozhodnutí investičních tribunálů ohledně této problematiky jsem dospěla k následujícímu závěru. V rozhodnutích investičních tribunálů není jediný přístup, místo toho se dá vyčlenit několik řešení: (i) pojem investice musí splňovat kritéria podle příslušné BIT a zároveň kritéria Úmluvy, která jsou vypracována judikaturou, (ii) pojem investice podle Úmluvy (resp. související judikatury) má přednost před definicí podle BIT, (iii) existuje pouze definice podle BIT, (iv) pojem investice musí splňovat kritéria podle příslušné BIT a zároveň se musí vejít do rámce Úmluvy, který je však chápán velice široce. Jinými slovy neexistuje jednoznačná odpověď a jediné správné řešení.

Konečná podoba definice investice tak bude ve finále hodně zaležet na tom, k jakému proudu se přikloní konkrétní rozhodčí tribunál (rozhodci).

Při definování pojmu investor vzniká rovněž množství otázek. U žalobce, který je fyzickou osobou, je stěžejní otázkou státní příslušnost a otázka dvojího občanství, to vše se určuje příslušným národním právem. Praxe však ukazuje, že arbitrážní tribunál se nemusí spokojit s vystaveným potvrzením o státní příslušnosti, nýbrž se může pustit na tenký led vlastního zkoumání národního práva a ověření pravdivosti tvrzení potenciálního investora. U žalobce, který je právnickou osobou, může vzniknout ještě širší škála otázek, na které musí odpovědět rozhodce: od zkoumání charakteru právnické osoby, který je žalobcem, po oprávněnost podat žalobu nepřímými společníky, včetně tzv. konečných beneficentů.

Rozmanitost názorů rozhodců na řadu otázek souvisejících s definováním investora a investice pouze potvrzuje, že se jedná o složitou a nejednoznačnou problematiku v právu mezinárodních investic, která se navíc komplikuje absencí klasického precedenčního práva, jak ho zná *common law*.

## PRAMENY A LITERATURA

### Právní předpisy

- 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Dostupné z <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>
- Agreement between the Swiss Confederation and the United Mexican States on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments
- Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the United Mexican States on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments
- Canadian FIPA 2004. Dostupné z <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>
- Draft Agreement between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of (...) on the Reciprocal Promotion and Protection of Investmetns. Dostupné z <http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>
- German Model Treaty – 2008. Dostupné z <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>
- ICSID Model Clauses. Dostupné z <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?actionVal=ModelClauses&requestType=ICSIDDocRH>
- ICSID Rules of Procedure for Arbitration proceedings (Arbitration rules)
- ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries
- The Treaty between the United States of America and the Argentina Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, with protocol, listopad 1991
- The Treaty between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, září 1991
- United Kingdom Model BIT (2005, with amendments)

- Dohoda mezi Spolkovou republikou Německa a Státem Izrael o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Dohoda mezi vládou Kanady a vládou Argentinské republiky o podpoře a ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Dohody mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a ochraně investic Dohoda mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a ochraně investic č.8/2012 Sb. m.s.
- Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států
- Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 569/1992 Sb., o Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 573/1992 Sb., o Dohodě mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Spolkovou republikou Německo o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 574/1992 Sb., Dohoda mezi Českou republikou, Belgií a Lucemburskem o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 201/1996 Sb., o sjednání Dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic mezi Českou republikou a Ruskou federací o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 115/2002 Sb. m. s., o Dohodě mezi Českou republikou a Kyperskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 15/2011 Sb. m .s., Dohoda mezi Českou republikou a Královstvím Saúdské Arábie o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 162/1994 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Austrálií o vzájemné podpoře a ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb. m. s., Dohoda mezi Spojenými státy americkými a Českou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic

- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 187/1993 Sb. m.s., Dohoda mezi Spojenými státy americkými a Českou republikou o vzájemné podpoře a ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 297/1998 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Argentinskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 45/2004 Sb. m .s., Dohoda mezi Českou republikou a Spojenými státy mexickými o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 8/2012 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Kanadou o podpoře a ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 83/1995 Sb., Dohoda mezi Českou republikou a Albánskou republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 89/2006 Sb. m. s., Dohoda mezi Českou republikou a Čínskou lidovou republikou o podpoře a ochraně investic.
- Zákon č. 219/1995 Sb., devizový zákon

#### Monografie

- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2010.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Ochrana přímých zahraničních investic v energetice*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011.
- BISHOP, R. Doak, James CRAWFORD et al. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. 1. vyd. New York: Cambridge University Press, 2009.
- DUGAN, Christopher F., Jr. DON WALLACE, Noah D. RUBINS a Borzu SABAH. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press, Inc., 2008.
- *ICSID Reports: Volume 4: Reports of Cases Decided Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press, 1965.

- McLACHLAN QC, Campbell, Laurence SHORE a Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, Inc, 2007.
- SASSON, Monique. *Substantive law in investment treaty arbitration: The unsettled relationship between international law and municipal law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
- SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 1. vyd. Praha: LINDE Praha, 2001.

#### Články

- BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. *Právní rozhledy*. roč. 2006, č. 2.
- BENTOLILA, Dolores. Shareholders' Action to Claim for Indirect Damages in ICSID Arbitration. *Trade, Law and Development: Vol. II, No. 1. Special Issue: International Investment Law*. 2010.
- GAILLARD, Emmanuel. Identify or define?: Reflections on the Evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: *International Investment Law for the 21st century: Essays in honour of Ch. Schreuer*. Oxford, 2009.
- GRAMONT, A. de. After the Water War: the Battle for Jurisdiction in Aguas Del Tunari, S.A. v Republic of Bolivia. *Transnational Dispute Management*. 2006, Vol. 3, Issue 5. Dostupné z: [http://www.crowell.com/documents/After-the-Water-War-The-Battle-for-Jurisdiction-in-Aguas-del-Tunari\\_v\\_Bolivia.pdf](http://www.crowell.com/documents/After-the-Water-War-The-Battle-for-Jurisdiction-in-Aguas-del-Tunari_v_Bolivia.pdf)
- KALIŠ, Roman. Vývoj mezinárodního investování a právní úpravy mezinárodní ochrany investic. *Právní fórum*. roč. 2007.
- MANCIAUX, Sébastien. The Notion of Investment: New Controversies. *Journal of World Investment & Trade*. 2008, roč. 9, č. 6.

- MARTIN, Antoine. "Definition of "Investment": Could a Persistent Objector to the Salini Tests be Found in ICSID Arbitral Practice?. *Global Jurist*. 2011, Vol.11: Iss.2.
- POHL, Joachim, Kekeletso MASHIGO a Alexis NOHEN. Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey. *OECD WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT*. roč. 2012, č. 2. Dostupné z: [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf)
- SEKANINA, Ondřej. Salini test a posuzování existence investice v arbitrážích vedených podle rozhodčích pravidel Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). *Jurisprudence*. 2008, č. 7.
- SHIHATA, I a A PARRA. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1999, 14 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*.
- SCHREUER, Christoph a Matthew WEINIGER. *Conversations Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration*. 2007, 5 January. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89\\_conv\\_across\\_90.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/89_conv_across_90.pdf)
- SCHREUER, Christoph. Shareholder Protection in International Investment Law. 23. května 2005. Dostupné z: [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper\\_2.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf)
- Studie UNCTAD: Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999. Dostupné z: <http://unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>
- World Bank. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. ICSID, 1965.
- YANNACA-SMALL, Catherine. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. In: *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008. Dostupné z <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf>

Rozhodnutí arbitrážních tribunálů:

- *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, Award, ICSID Case No.ARB/03/16, 2 září 2006.

- *AES Corporation v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/17.
- *Aguas del Tunari, SA v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21. října 2005.
- *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, ICSID Case No ARB/99/2, 25. června 2001.
- *Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/07/16, 20. října 2010.
- *Ambiente Ufficio SpA and ors v. Argentina*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/08/9, 8. února 2013.
- *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509.
- *Arif v. Moldova*, Award, ICSID Case No ARB/11/23, 8. dubna 2013.
- *Autopista Concesionada de Venezuela CA v Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/5, 27. září 2001.
- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/12, 8. prosince 2003.
- *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v Spain)*, Second Phase, Judgement, 5. února 1970, I.C.J. Reports 1970.
- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A Ş v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29, 14. listopadu 2005.
- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, Award and Concurring and Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22, 18. července 2008.
- *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v Paraguay*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/07/9, 29. května 2009.
- *Burlington Resources Inc v. Ecuador*, Decision on liability, ICSID Case No ARB/08/5; 14 December 2012.
- *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, 24. května 2007.



- *Case Concerning the Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) ,U.S. v. Italy*, Judgement , 20. července 1989, I.C.J. Reports 15 (1989).
- *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles*, Award, ICSID Case No. ARB/02/14, 17. prosince 2003.
- *Ceskoslovenska obchodni banka, a.s. v. The Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/4, 24. května 1999.
- *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, 17. července 2003.
- *CMS Gas Transmsion Copany v. Argentine*, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment, ICSID Case No. ARB/01/8, 25. září 2007.
- *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal v Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/3, 14 November 2005.
- *Consortium Groupement LESI-Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria*, Award, ICSID Case No. ARB/03/8, 10 January 2005.
- *Consortium RFCC v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/6, 16. července 2001.
- *Conorzio Groupement LESI and ASTALDI v Algeria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/3, 12. července 2006.
- *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/9, 22. února 2006.
- *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, 31. října 2012.
- *El Paso Energy International Company v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, 27. dubna 2006.
- *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, 3. února 2006.
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/3, 14. ledna 2004.
- *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, 11. července 1997.

- *Fedax NV v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, 11. července 1997.
- *Gas Natural SDG S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10, 17. června 2005.
- *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/08/16, 31. března 2011.
- *Generation Ukraine Inc. V. Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB00/9, 16. září 2003.
- *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Award, ICSID Case No. ARB/07/24, 18. června 2010.
- *Helnan International Hotels A.S v Egypt*, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/19, 17. října 2006.
- *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, Award, ICSID Case No ARB/02/7, 7. července 2004.
- *Champion Trading Company and ors v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/9, 21. října 2003.
- *Jan de Nul NV & Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13, 16. června 2006.
- *Joy Mining Machinery Ltd v. The Arab Republic of Egypt*, Award on jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 30. července 2004.
- *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, ICSID Case No. ARB/97/6, 8. prosince 1998.
- *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/3, 12. července 2006.
- *LETCO v Liberia*, Award, 31 March 1986, 2 ICSID reports 346.
- *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award, 26. června 2003.
- *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/6, 31. července 2007.
- *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. The Government of Malaysia*, Award on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 10. května 2007.

- *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. The Government of Malaysia*, Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No ARB/05/10, 28. dubna 2009.
- *MCI Power Group LC and New Turbine Inc v. Ecuador*, Award, ICSID Case No. ARB/03/6, 31. července 2007.
- *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSID Case No ARB/00/2, 15. března 2002.
- *Mr. Franck Charles Arif v. Moldova*, Award, ICSID Case No ARB/11/23, 8. dubna 2013.
- *Nottebohm Case (Liechtenstein v Guatemala)*, Second Phase, Judgement, 6. dubna 1955, I.C.J. Reports 1955.
- *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, Award on jurisdiction and merits, ICSID Case No ARB/05/8, 2007.
- *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1. listopadu 2006.
- *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 9. února 2004.
- *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, Award, ICSID Case No ARB/06/5, 9. dubna 2009.
- *PSEG Global Inc and ors v. Turkey*, Award, ICSID Case No ARB/02/5, 19. ledna 2007.
- *PSEG Global Inc and ors v. Turkey*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/5, 4. června 2004.
- *Romak SA v. Republic of Uzbekistan*, Award, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, 26. listopadu 2009.
- *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Award, ICSID Case No. ARB/05/16, 19. července 2008.
- *Saipem SpA v Bangladesh*, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21. března 2007.

- *Salini Costruttori Sp.A & Italstrade Sp.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/4, 23. července 2001.
- *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Jordan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/13, 15. listopadu 2004.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/13, 6. srpna 2003.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29. ledna 2004.
- *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/8, 3. srpna 2004.
- *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, ICSID Case No. ARB/04/15, 13. září 2006.
- *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Dissent, ICSID Case No. ARB/02/18, 29. dubna 2004.
- *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29. dubna 2004, Odlišné stanovisko, prof. Prosper Weil.
- *Tradex Hellas SA v. Albania*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/94/, 24. prosince 1996.
- *Victor Pey Fasádo and President Allene Foundation v Republic of Chile*, Award, ICSID Case No. ARB/98/2, 8. května 2008.
- *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction and Partial Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/15, 11. dubna 2007.
- *Wena Hotels Ltd v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/98/4, 29. června 1999.

**SELECTED ISSUES OF INTERNATIONAL PROTECTION OF INVESTMENTS PURSUANT TO  
BILATERAL INVESTMENT TREATIES IN THE CASE-LAW OF INTERNATIONAL  
INVESTMENT ARBITRAL TRIBUNALS UNDER THE ICSID CONVENTION**

**RÉSUMÉ**

In each and every arbitration an arbitration tribunal has to decide whether there has been made an investment and whether the claimant is the investor. These issues are the basic and at the same time the most important for the claimant. On the first sight it seems that bilateral investment treaties, as primarily legal instruments containing substantive provisions, will be the only ones to look in for the answer. It is though the ICSID Convention which also brings some substantive rules to be taken into account by the tribunals when deciding on the matter.

Unlike bilateral investment treaties, which define rather in detail each of the concepts, the ICSID Convention keeps silence on the issue of investment and gives little guidance of the notion of an investor. Especially the issue of an investment revives many questions. Absence of any binding legal guidance of what is the mutual relationship between the concept of investment used by BITs and ICSID Convention, gave rise in practice to inconsistent approach of investment tribunals. Basically there can be earmarked four approaches. The situation thus brings to a potential investor some uncertainty, whether his activity is a protected investment under the ICSID arbitration.

When defining an investor there also arise lots of questions. When claimants are natural persons arbitral tribunals often deal with an issue of nationality or double nationality or permanent residence. When claimants are entities, the range of potential issues can be even wider: from the nature of the claimant up to issues of possibility to file a claim by someone who is on the top of the corporate structure of group of companies and who owns the local company indirectly (the so called ultimate beneficiary).

The law of protection of investment with an international element pursuant to the treaties on encouragement and protection of investment is very dynamic. Due to the

absence of the rule of precedens it is largely fragmented with regard to the methods of defining of an investor and an investment. This entails that all conclusions of arbitral tribunals can be overcome in future proceedings with regard to other or the same matter.

## **KLÍČOVÁ SLOVA**

Investor, investice, příslušnost a pravomoc ICSID tribunálů, Salini test, ICSID Úmluva

## **KEY WORDS**

Investor, investment, jurisdiction of ICSID tribunals, Salini test, ICSID Convention