

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Ivana Jašová

Podpora a ochrana investic v Indonésii

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: **JUDr. Petr Dobiáš, Ph.D.**

Katedra Obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 29. 8. 2016

Čestné prohlášení

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

V Praze dne 29. 8. 2016.

Poděkování

Na tomto místě bych ráda poděkovala JUDr. Petru Dobiášovi, Ph.D. za vedení diplomové práce a cenné rady při jejím vypracování. Dále bych ráda poděkovala své rodině za podporu, kterou mi po celou dobu studia věnovala.

Obsah

Seznam zkratk	1
Úvod	3
1. Indonésie	5
1.1 Základní informace	5
1.2 Historické souvislosti	5
1.3 Právo v Indonésii	6
1.3.1 Zastaralost, různé prameny práva	7
1.3.2 Hierarchie právních předpisů, nejasná právní síla	7
1.3.3 Právní vakuum	8
1.3.4 Duplicita	9
1.3.5 Odporovatelnost	9
1.3.6 Disfunkční justice	10
2. Mezinárodní investice	10
2.1 Ekonomický pojem investice	11
2.2 Právní pojem investice	11
2.2.1 Pojem investice ve Washingtonské úmluvě	12
2.2.2 Investice v judikatuře ICSID	13
2.2.3 Salini test	14
2.2.4 Negativní vymezení pojmu investice	14
2.3 Pojem investice v Indonésii	15
2.4 Pojem investice ve vztahu k České republice	16
3. Prameny práva	17
3.1 Multilaterální mezinárodní smlouvy	17
3.1.1 ICSID	17
3.1.2 MIGA	18
3.1.3 TRIMS	18
3.1.4 ASEAN	21
3.1.5 FTA	21
3.1.6 OIC	21

3.2	Bilaterální mezinárodní smlouvy (BITs).....	22
3.2.1	Nová společná politika EU na poli mezinárodních investic.....	24
3.3	Investiční zákon	26
4.	Režim zacházení s mezinárodními investicemi.....	26
4.1	Tři generace BITs.....	27
4.2	Zřizování investic.....	28
4.3	Zřizování investic v Indonésii.....	29
4.3.1	Povinnosti investora	29
4.3.2	Práva investora.....	30
4.3.3	„Investment Negative List“	31
4.3.4	Vlastnictví nemovitých věcí zahraničními investory v Indonésii.....	32
4.3.5	Vlastnictví nemovitých věcí zahraničními investory v ČR.....	34
4.4	Podnikání v Indonésii.....	36
4.4.1	PT PMA	36
4.4.2	PT PMDN	37
4.4.3	KPPA.....	37
5.	Řešení sporů z mezinárodních investic.....	38
5.1	Řešení sporů mezi investory a státy	39
5.1.1	Role vnitrostátních soudů	39
5.1.2	Smírčí řízení.....	40
5.1.3	Arbitráž.....	40
5.2	Mezinárodní Středisko pro řešení sporů.....	41
5.2.1	Arbitrážní mechanismus	42
5.3	Arbitráž v Indonésii.....	44
5.4	Spory mezi investory a Indonéskou republikou rozhodované ICSID.....	46
5.4.1	Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia.....	46
5.4.2	Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia.....	50
5.4.3	Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia	51
5.4.4	Churchill Mining v. Republic of Indonesia and Planet Mining v. Republic of Indonesia	54

5.4.5 Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia	56
Závěr	59
Seznam použité literatury a pramenů	62
Abstract	69
Abstrakt	71
Klíčová slova	73
Key words:	73

Seznam zkratek

ACIA	- Všeobecná investiční dohoda Sdružení národů jihovýchodní Asie
AFTA	- Zóna volného obchodu Sdružení národů jihovýchodní Asie
ASEAN	- Sdružení národů jihovýchodní Asie
APEC	- Asijsko-pacifické hospodářské společenství
BIT	- Dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic
BKPM	- Národní investiční agentura v Indonésii
CETA	- Komplexní hospodářská a obchodní dohoda mezi EU a Kanadou
DSB	- Orgán pro řešení sporů při WTO
EU	- Evropská unie
EUSFTA	- Dohoda o volném obchodu mezi EU a Singapurem
FTA	- Zóna volného obchodu
GATS	- Všeobecná dohoda o zboží a službách
GATT	- Všeobecná dohoda o clech a obchodu
HDP	- Hrubý domácí produkt
IBRD	- Mezinárodní banka pro obnovu a rozvoj
ICSID	- Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic
IDR	- Indonéská rupie
IIT	- Mezinárodní smlouvy o ochraně investic
KPPA	- Zastupující kancelář zahraniční společnosti v Indonésii
MAI	- Mnohostranná dohoda o investicích
MIGA	- Mnohostranná agentura pro investiční záruky
MIT	- Multilaterální smlouvy o ochraně investic
OECD	- Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
OIC	- Organizace islámské spolupráce
OSN	- Organizace spojených národů
PT PMA	- Zahraniční společnost s ručením omezeným v Indonésii
PT PMDN	- Domácí společnost s ručením omezeným v Indonésii
SFEU	- Smlouva o fungování Evropské unie
TRIMS	- Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření
TTIP	- Transatlantické obchodní a investiční partnerství mezi EU a USA
UNCITRAL	- Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo
USA	- Spojené státy americké

USD - Americký dolar
WTO - Světová obchodní organizace

Úvod

Mezinárodní investice se v dnešním globalizujícím světě staly každodenní realitou a významným jevem. Pro rozvojové státy, jako je Indonésie, může příliv zahraničního kapitálu představovat nejen přísun finančních prostředků, ale také získání moderních zahraničních technologií, snížení nezaměstnanosti či zvýšení kvalifikace pracovníků. Pro zahraničního investora pak výhody spočívají zejména ve využití levnější pracovní síly v hostitelském státě, získání přístupu na nové trhy a k novým zdrojům. Jednou ze základních podmínek pro mezinárodní pohyb investic je vytvoření příznivých podmínek a právní regulace, kterou zajišťují bilaterální dohody o vzájemné podpoře a ochraně investic a multilaterální smlouvy o ochraně investic, souhrnně mezinárodní smlouvy o ochraně investic. Pro rozvinuté státy představují tyto smlouvy zejména záruku ochrany investic v hostitelských zemích a dodržování základních zásad (zákaz diskriminace, doložka nejvyšších výhod, náhrada při vyvlastnění, ochrana legitimního očekávání). Pro méně rozvinuté státy v pozici hostitelského státu představují zejména formulaci nabídek pro zahraničního investora. Hostitelský stát se zavazuje vytvářet pro investora druhé smluvní strany příznivé podmínky a případné spory pokud možno řešit smírně konzultacemi a jednáními.

Nejdůležitějším aspektem ochrany investic je řešení případného sporu mezi investorem a hostitelským státem. Dříve mohl být investor chráněn pouze tzv. institutem diplomatické ochrany. Po zřízení Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic podle Washingtonské úmluvy z roku 1965 se investor může domáhat náhrady škody přímo pomocí mezinárodní investiční arbitráže. Dalším možným řešením, v případě že se strany na řešení sporu nedohodnou, je arbitráž u *ad hoc* tribunálů podle rozhodčích pravidel UNCITRAL.

Tato práce si klade za cíl zhodnotit podporu a ochranu investic podle nauky mezinárodního práva na konkrétním příkladu země Jihovýchodní Asie – Indonésie jakožto hostitelského státu. Na začátku práce jsou podrobně popsány historické souvislosti a mezinárodní politika Indonésie, jelikož tyto souvislosti utvářely systém práva. Vnitrostátní právní systém je pro investora důležitý, jelikož upravuje zejména režim zacházení s mezinárodní investicí, který je až na tzv. mezinárodní standard, upraven zákony hostitelského státu. V dalších kapitolách je zkoumán pojem mezinárodní investice a prameny práva relevantní pro Indonésii. Na možná úskalí zahraničního investora, možnosti zřizování investice a její limity je zaměřena kapitola 4.3, Zřizování investic v Indonésii. V této kapitole jsou především analyzována práva a povinnosti, které zahraniční investor v Indonésii má na základě Investičního zákona. Dále je detailně rozebrán tzv. *Investment Negative List*, kterým je investor

nejvíce omezen. Jedná se o prezidentské nařízení, kterým jsou některé oblasti zahraničním investicím úplně uzavřeny či otevřeny jen v případě splnění dalších podmínek. Zahraniční investor má omezeno vlastnické právo k nemovitým věcem na území Indonésie. V podkapitole je následně nabídnuta paralela k podobnému omezení zahraničních investorů v minulosti v České republice. Mezinárodní investice se mnohdy neobejde bez založení společnosti v hostitelském státě. Možné varianty řešení jsou pro zahraničního investora nabídnuty v kapitole 4.4 Podnikání v Indonésii.

Poslední kapitola se zabývá řešením sporů z mezinárodních investic. V práci jsou popsány možné způsoby řešení těchto sporů dle nauky mezinárodního práva. Jedná se zejména o možnost řešení sporu vnitrostátním soudem, o smírčí řízení a arbitráž. Hlavní institucí řešící mezinárodní spory je Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic, proto je mu věnována dostatečná pozornost a detailně analyzován způsob, jakým rozhoduje. Co se týče *ad hoc* arbitráží, je v další podkapitole předmětem rozboru indonéský arbitrážní zákon a řízení podle něj. Indonésie se stala účastníkem řízení před Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic v pěti případech. Tyto případy jsou v práci detailně rozepsány z důvodu bližšího seznámení s rozhodovací praxí ICSID.

Tato práce se soustředí na shrnutí základních poznatků z oblasti podpory a ochrany investic dle mezinárodního práva se zaměřením na konkrétní případ země Indonésie. Měla by sloužit potenciálním investorům k orientaci v pojmech, pramenech práva, institucích ochrany a mechanismech řešení sporů. Práce vychází zejména z poznatků obsažených v odborné literatuře, mezinárodních smlouvách, indonéských zákonech, v nálezech ICSID a v elektronických zdrojích.

1. Indonésie

1.1 Základní informace

Indonésie se nachází na ostrovech v Tichém a Indickém oceánu v regionu východní Asie a Pacifiku. S populací 250 milionů obyvatel je 4. nejlidnatější zemí světa. HDP v roce 2013 dosáhlo hodnoty 868,3 miliardy USD.¹ Růst ekonomiky brzdí nedostatečná infrastruktura, vysoká míra ochrany trhu, nízká produktivita práce a nedostatečně vzdělaná pracovní síla.

Země je členem velkých mezinárodních organizací jako jsou OSN, WTO, Mezinárodní měnový fond, IBRD, ASEAN, AFTA a APEC (nejedná se o úplný výčet). Z hlediska regionální spolupráce je pro Indonésii nejvýznamnější členství v ASEAN. Nejdůležitějšími obchodními partnery Indonésie jsou Japonsko, Čína, Singapur, Jižní Korea, USA a Malajsie. Indonésie nejvíce vyváží ropu, palmový olej a zemní plyn. Do země se dováží strojírenské výrobky a elektronika, rafinovaná ropa, kovy a dopravní prostředky. Podle hodnocení Světové obchodní organizace je Indonésie třetím nejvíce protekcionistickým trhem na světě. Omezení se týká hlavně dovozu alkoholických nápojů, u kterých jsou nastaveny vysoké daně a cla, potravin, kosmetiky a léčiv, textilu nebo pneumatik.²

1.2 Historické souvislosti

Za počátek ekonomického rozvoje Indonésie lze považovat nástup prezidenta Suharta v roce 1967. V prvním období jeho 32leté vlády, které je označováno za tzv. Nový řád (*New Order*), se Indonésie stala součástí mezinárodních organizací jako je Mezinárodní měnový fond, Světová banka a OSN. Dalším důležitým krokem k ozdravení ekonomiky bylo vypořádání se s hyperinflací a nastavení cenové stability. Do země začal přitékat západní kapitál a pomoc také díky novým investičním zákonům z let 1967 a 1968.³ Indonéská ekonomika rostla ročně průměrně o 7%, chudoba se výrazně snížila, životní a vzdělávací úroveň se naopak zvýšila. Pokrok byl tak veliký, že Indonésie byla v roce 1994 prohlášena za jednu z osmi nejrychleji rostoucích ekonomik Asie, čímž se dostala na úroveň vyspělých ekonomik Japonska, Taiwanu, Jižní Koreji a Singapuru.⁴

¹ Světová banka (online), dostupné z: <http://www.worldbank.org/> a Mezinárodní měnový fond (online), dostupné z: <http://www.imf.org/external/index.htm>.

² Czech Trade, doing business in Indonesia (online) dostupné z: http://www.czechtrade.cz/d/documents/01/zk_Indonesie/Doing_business_Indonesie_2015.pdf.

³ Law of the Republic of Indonesia, No. 1/1967 Concerning Foreign Investment, Law of the Republic of Indonesia, No. 6/1968 Concerning Domestic Investment.

⁴ Bath V.; Nottage L. Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 112.

Následně, v roce 1997 a ještě několik let poté zasáhla Indonésii jedna z největších světových finančních krizí od dob 2. světové války. Hodnota HDP klesla o 13% a indonéská rupie se propadla na tisícínásobek v kurzu k americkému dolaru. Stovky společností nebyly schopny splácet své půjčky a bankrotovaly, čtvrtina obyvatel celé země se potýkala s nezaměstnaností a miliony lidí čelily chudobě. Nefungující Nový řád již nemohl ospravedlnovat Suhartův autoritářský režim a represi nutnou k ekonomickému rozvoji. Dne 21. května 1998 je Suharto nucen rezignovat na svoji funkci a pro Indonésii tak nastává čas reformací.⁵

Pád Suharta předznamenává éru reform, které vedly k demokratizaci politického systému. Hlavními požadavky byly: snížení korupce a vlivu armády v politice, svoboda tisku, svoboda politických stran.⁶ Postupně došlo k ekonomickému, politickému a právnímu zotavení. V centralizované zemi, držené v tvrdé represi, se začala prosazovat decentralizace a uvolnění, vznikly základy demokracie a soudní nezávislosti. Hospodářský růst od roku 2000 se postupně přiblížil hodnotám dosahujících před finanční krizí. V oblasti investic vznikl nový investiční zákon⁷, který má nalákat nové zahraniční investory zejména tím, že zavedl princip rovného přístupu pro zahraniční a domácí investory. Přesto je Indonésii vytýkána právní nejistota. Právní normy jsou nečitelné a jejich vynucení často nevede k předvídatelným výsledkům, což se stává velkou bariérou pro zahraniční investory. Dalším problémem je byrokracie a korupce, díky které je právo často prosazováno, ohýbáno nebo ignorováno.⁸

1.3 Právo v Indonésii

Pro investory je vedle mezinárodního práva, smluv a principů stěžejní právo země, do které se rozhodli investovat. Investorovi musí být známy vnitrostátní normy, jejich právní síla a hierarchie vůči jiným normám, správní a administrativní postupy. Ačkoliv sama sebe Indonésie prohlašuje za *negara hukum*, právní stát, kde zákon je vším – strukturou i obsahem státu⁹, není z hlediska právní jistoty zrovna čitelnou zemí, a to hned z několika důvodů.

⁵ Bath V.; Nottage L. *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 112.

⁶ Bünte M.; Ufen A., *Democratization in Post-Suharto Indonesia*, Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 105.

⁷ Law of the Republic of Indonesia, No. 25/2007 Regarding Investment (“New Investment Law”).

⁸ Bath V.; Nottage L. *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 113-114.

⁹ Bünte M.; Ufen A., *Democratization in Post-Suharto Indonesia*, Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 53.

1.3.1 Zastaralost, různé prameny práva

Dodnes je indonéské právo ovlivněno nizozemským právem. Ačkoliv bylo po roce 1945, kdy Indonésie získala nezávislost, přijato mnoho nových zákonů, stále je velká část nizozemských zákoníků v platnosti, a to ve formě a znění, ve kterém byly přijaty. Mluvíme tedy o více než sto let starých zákonících, které jsou na území Nizozemí už dávno změněny či zrušeny. Právo je v tomto případě zastaralé, nejasné a neúplné a představuje velký problém při jeho výkladu pro soudce, právníky či strany sporu i v základních otázkách procesního práva.

Dalším právním zdrojem je zvykové právo (*adat*) představující škálu jedinečných zvyků a tradic hlavních indonéských etnických skupin. Jedná se o směsici hinduistických právních knih a muslimských příkázání, místních zvyků, tradic a mýtů, z nichž spousta byla kodifikována nizozemskými právními znalci. Na základě doktríny ústavního soudu je *adat* používáno jen v rámci přirozených hranic určitých obcí a regionů¹⁰ a při absenci psaného práva. Dále je nutno zmínit Islámské právo *šaría*, které používají muslimové. Dříve byla jeho aplikace limitována v oblastech rodinného práva (převážně otázky manželství a rozvodu), dnes zaznamenáváme jeho expanzi i do dalších oblastí. V roce 2006 byla udělena pravomoc islámským soudům rozhodovat v záležitostech islámského finančního sektoru a další zákony na jeho podporu byly přijaty následně v roce 2008.¹¹¹²

1.3.2 Hierarchie právních předpisů, nejasná právní síla

V historii země známe mnoho politických a ekonomických změn, což se logicky odráží i v jejím zákonodárství. Koloniální nadvláda Holanďanů, období vzniku nezávislosti, následná decentralizace a vznik nových institucí s sebou přinesl nové a nové zákony, podzákonné předpisy a nařízení, se kterými jsou spojeny problémy jako je nejednoznačnost, vzájemná odporovatelnost a právní nejistota. Obecně však lze říci, že hierarchie indonéského práva vypadá takto:

- a) Ústava z roku 1945 (*Undang-undang Dasar 1945*)
- b) zákoníky, zákony, prozatímní zákony přijaté národním parlamentem anebo ty, které zůstaly v platnosti z koloniálního období nadvlády Nizozemí (*Undang-undang*)
- c) tisíce prováděcích předpisů a rozhodnutí k těmto zákonům

¹⁰ Tyson A. D, De centralization and Adat Revivalism in Indonesia, Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2010, str. 1.

¹¹ Bath V.; Nottage L. Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 119.

¹² Law of the Republic of Indonesia, No. 21/2008 on Syariah Banking and Law of the Republic of Indonesia, No. 19/2008 on Syariah Securities.

- vládní nařízení (*Peraturan Pemerintah*)
 - prezidentské nařízení (*Peraturan Presiden*)
- d) právní předpisy vydané regionálními parlamenty a regionální exekutivou (*Peraturan Daerah*).¹³

Při aplikaci práva platí základní zásady, které jsou známy z kontinentálního práva. Zákon nižší právní síly nesmí být v rozporu se zákonem vyšší právní síly. Zákon na vyšším stupni v hierarchii může změnit jakýkoliv zákon, který má nižší právní sílu. Obecně se má za to, že právní předpisy nižší právní síly provádějí právní předpisy vyšší právní síly tím, že stanoví více informací a detailů. Příkladem může být investiční zákon z roku 2007, který stanoví, že některé oblasti budou zahraničním investicím uzavřeny, blíže je však specifikuje prezidentské nařízení (tzv. *Negative Investment List*).

Nicméně hierarchie není úplná, jelikož existuje ještě několik dalších typů právních předpisů, které nejsou ve stupnici právní síly vůbec zahrnuty a které se v běžné praxi používají. Následně vyvstává otázka, jakou právní sílu má např. prezidentských rozhodnutí (*Keputusan Presiden*), ministerská nařízení (*Peraturan Menteri*) a ministerské rozhodnutí (*Keputusan Menteri*). Stejně tak není úplně vyjasněna právní síla mezinárodních smluv ve vztahu k vnitrostátnímu právu.¹⁴

1.3.3 Právní vakuum

Některé indonéské zákony jsou naopak velice jasné a všeobecné a fungují spíše jako politické prohlášení než jako zákonný předpis. Mají za cíl pouze vytyčit základní rámec pro předpokládané podzákonné právní předpisy, které mají zákonnou úpravu více specifikovat (vládní a prezidentské nařízení).

Na prováděcí nařízení se však často musí čekat několik let, mnohdy nejsou přijata vůbec, což způsobuje velké trhliny v právní jistotě. Právní praxe tedy vypadá tak, že se zákony vyžadující prováděcí předpisy nepoužívají do té doby, než jsou podzákonné předpisy přijaty. Soudy jen velice zřídka vyplňují mezery v právu. Dalším problémem obecně psaných zákonů jsou nejednoznačné definice a právní pojmy, které nejsou judikovány ani blíže specifikovány v podzákonných předpisech.¹⁵

¹³ Bath V.; Nottage L. *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 120.

¹⁴ Tamtéž, str. 120.

¹⁵ Tamtéž, str. 121.

1.3.4 Duplicita

Jeden ze základních požadavků po rezignaci prezidenta Suharta, který zemi držel v pevném sevření centralizace, byl požadavek decentralizace a regionální autonomie. Zákony, které stanovily politický, ekonomický a právní rámec regionální autonomie, byly schváleny v roce 1999¹⁶ a následně revidovány v roce 2004¹⁷. Nejvýznamnější změnou je zákonodárná delegace pravomocí z národního parlamentu na regionální parlamenty provincií a obcí. V současné době existuje v Indonésii 33 provincií a téměř 500 obcí s legislativní a výkonnou pravomocí. Velké množství nových zákonodárců s pravomocí schvalovat zákony ve velmi širokém spektru otázek s sebou přináší obrovskou masu nových právních norem. Jelikož neexistuje žádný společný registr, vyvstávají problémy s jejich duplicitou a s otázkou jejich právní síly. Právní řád se stává nepřehledný a nečitelný. V praxi to pak může znamenat, že investor, který si chce být jistý a poctivě splnit všechny podmínky dle indonéského práva, raději zaplatí dva poplatky – jeden na místní a jeden na státní úrovni, aby předešel případným komplikacím. Tím se výdaje na zahraniční investice mohou zvýšit.¹⁸

1.3.5 Odporovatelnost

Snad největším problémem je možná odporovatelnost právních předpisů, jelikož národní a regionální parlament mají překrývající jurisdikci. Zákon č. 32/2004 upravující administrativní rozdělení země přiděluje ústřední vládě výlučnou pravomoc v oblasti zahraničních věcí, obrany, bezpečnosti, náboženství a ve věcech peněžního, fiskálního a soudního sektoru¹⁹. Regionální vlády mají pravomoc vydávat právní předpisy ve všech ostatních oblastech. Přesto zákon z roku 2004 také zmocňuje ústřední vládu upravovat oblasti, které nejsou výslovně zmíněny v čl. 10 odst. 3²⁰, což v praxi znamená, že ústřední vláda může upravovat jakoukoliv záležitost, i když je součástí pravomoci regionální vlády.

Existují dva základní mechanismy, jejichž cílem je zabránit nesrovnalostem mezi národními a regionálními zákony a vyřešit je, ale nefungují dobře. První mechanismus je soudní stanovení právní hierarchie Nejvyšším soudem pomocí rušení neslučitelných regionálních zákonů. Teoreticky, všechny zákony, prezidentské a vládní nařízení mají přednost před právem

¹⁶ Law of the Republic of Indonesia, No. 22/1999 concerning Regional Administration, Law of the Republic of Indonesia, No. 25/1999 on Fiscal Relations.

¹⁷ Law of the Republic of Indonesia, No. 32/2004 Concerning Regional Government. Law of the Republic of Indonesia, No. 33/2004 Concerning Fiscal Balance between Central Government and Regional Government.

¹⁸ Bath V.; Nottage L. Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 122.

¹⁹ Law of the Republic of Indonesia, No. 32/2004, Concerning Regional Government, čl. 10 odst. 3.

²⁰ Tamtéž čl. 10 odst. 5.

provincie, avšak Nejvyšší soud se zdráhá dojít k tomuto stanovisku, a tak regionální právo ruší jen v minimálním měřítku.

Druhým mechanismem je správní přezkum, podle kterého jsou místní zákony zasílány k posouzení na vyšší úrovni vlády. Zákon z roku 2004 vyžaduje, aby provinční zákonodárci poslali schválené zákony na Ministerstvo vnitra do sedmi dnů od přijetí. Ministerstvo má potom 60 pracovních dnů na přezkum souladu místních zákonů se zákony vyšší právní síly a s veřejným zájmem. Po uplynutí této 60denní lhůty zákon automaticky vstoupí v platnost, ať už ho ministerstvo přezkoumalo, či nikoliv. Podobný mechanismus platí i pro města a obce, které svoje zákony musí zasílat na přezkum regionálním vládám. Často jsou však tato ustanovení zákona ignorována a konkrétní zákon není na přezkum zaslán anebo se jeho přezkum v 60denní lhůtě nestihne, a tak vstoupí v platnost.

Výsledkem je situace, kdy vedle sebe 2 stojí zákony - regionální a národní. Pro investora je tento jev velice matoucí, jelikož neví, které právo má sledovat a které ignorovat.²¹

1.3.6 Disfunkční justice

Dalším otazníkem z hlediska ochrany zahraniční investice může být pro investora indonéský soudní aparát, na který je často nahlíženo jako na nefunkční, neefektivní, těžkopádný, zkorumpovaný a nezaručující nestrannost. Během vlády prezidenta Suharta prakticky neexistovala soudní nezávislost, soudy byly pod vlivem exekutivy a jejich rozhodnutí jim byla diktována. Potřebná reforma byla přijata v roce 1999, kdy se administrativní, organizační a finanční správa nižších soudů přesunula z rukou vlády na Nejvyšší soud. Hlavní cíl – soudcovská nezávislost – se postupně začala uplatňovat a případy vměšování výkonné moci do soudních procesů jsou již ojedinělé. Investoři mohou očekávat rovné zacházení ve sporech s Indonéskou vládou.²²

2. Mezinárodní investice

Definování pojmu mezinárodní investice je stěžejní otázkou mezinárodní podpory a ochrany investic. Ačkoliv je pojem běžně užíván, jeho definování není snadné, jelikož jej můžeme chápat v rovině ekonomické (materiální definice) a rovině právní (formální definice). Definice často není jednotná a různí se na základě rozdílných cílů mezinárodních instrumentů.

²¹ Bath V.; Nottage L. *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 122-125.

²² Tamtéž, str. 125-126.

2.1 Ekonomický pojem investice

Ekonomická definice je původní. Vychází z objektivních znaků, jež musí být splněny kumulativně, aby se určitá ekonomická operace stala investicí. Jedná se o:

- a) ekonomický přínos
- b) určitou dobu trvání
- c) existenci podnikatelského rizika.

Za přínos můžeme označit jak peněžité vklady, tak i předání majetku hmotného či nehmotného v naturální podobě, který však musí být oceněn a konkretizován ke dni zřízení investice. Nutnou podmínkou ekonomického přínosu je budoucí zisk z investice. Díky určité době trvání se investice odlišuje od jednoduchých obchodních jednání jako je dodávka zboží, poskytnutí služeb a dalších operací s okamžitou nebo krátkodobou návratností. Za minimální dobu trvání investice tak můžeme označit délku tří let (střednědobá), resp. sedm let (dlouhodobá). Podnikatelské riziko představuje povinnost investora podílet se nejenom na zisku společnosti, ale také jejich ztrátách.²³

Dalším důležitým dělením mezinárodních investic je dělení na investice přímé a nepřímé (portfoliové). Za typickou přímou investici můžeme považovat založení nového podniku v zahraničí, v případě, že investor ve svých rukou soustřeďuje efektivní kontrolu nad celou společností. Nemusí se vždy jednat o investora s většinovou kapitálovou účastí, důležitá je faktická kontrola zisku a rozhodování.²⁴ Vedle toho portfoliovou investici označuje Sornarajah jako převod kapitálu uskutečňovaný z důvodu koupě podílů ve společnosti založené nebo fungující v jiné zemi, přičemž jsou zde důsledně odděleny složky řízení a kontroly společnosti od podílu investora.²⁵ Dolzer a Schreuer zastávají názor, že přímá investice se skládá z těchto prvků: a) převodu finančních prostředků, b) dlouhodobého plánu, c) záměru pravidelného příjmu, d) participace osoby, která převádí finanční prostředky, alespoň částečně na řízení společnosti e) obchodního riziku. Kdežto portfoliová investice nezahrnuje bod d) - osobní podíl investora na řízení společnosti.²⁶

2.2 Právní pojem investice

Na rozdíl od ekonomické definice, jednotná právní definice pojmu investice v mezinárodním právu chybí. Absence definice však není překážkou, ale spíše výhodou, jelikož

²³ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 22.

²⁴ Tamtéž.

²⁵ Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment. 3rd edition. Cambridge: Cambridge.

²⁶ Dolzer, R., Schreuer, CH. Principles of International Investment Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, s. 60.

je možné pojem vykládat široce a flexibilně. Smluvní strany si tak mohou pojem investice definovat na základě vzájemného konsensu.²⁷ Dle Šturmy lze obecně říci, že mnohostranné smlouvy investici definují spíše široce a abstraktním způsobem, zatímco dvoustranné dohody se snaží vedle obecné formulace investice o demonstrativní výčet všeho, co chtějí smluvní strany za investici považovat.²⁸

2.2.1 Pojem investice ve Washingtonské úmluvě

Přestože Washingtonská úmluva s pojmem investice bohatě pracuje, její definici či základní vymezení a popis termínu bychom v textu dohody hledali marně. Důvodem je zejména snaha přistupovat k pojmu extenzivně spíše než na pojem investice nahlížet *stricto sensu*, čímž by mohlo případně dojít k vyloučení či omezení příslušnosti Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic v těch případech, ve kterých by nebyla definice pojmu investice ve všech znacích naplněna.²⁹

Ze starších i novějších komentářů úmluvy se můžeme dozvědět, že opomenutí definice nebylo náhodné, ale zcela úmyslné. Přípravné práce k úmluvě ukazují, že původní návrhy obsahovaly definici pojmu, podle které se za investici považuje „jakýkoliv peněžní nebo jiný majetkový přínos s ekonomickou hodnotou na neurčité časové období, nebo pokud je toto období definováno, ne na dobu kratší než pět let.“³⁰ Tato definice byla v průběhu prvních jednání navržena, ale poté odmítnuta. A. Broches, který byl předsedou přípravných jednání toto odmítnutí vysvětlil tím, že definice pojmu je možné nahradit požadavkem souhlasu stran s jurisdikcí Střediska. Stejně odůvodnění bychom mohli najít také ve Zprávě výkonných ředitelů Světové banky, ze které lze vyčíst, že definování pojmu nebylo nutné vzhledem k faktu, že smluvní strany si definici určí přímo ve smlouvě. Jelikož v úmluvě existuje podmínka souhlasu smluvních stran s řešením sporu a také jeho mechanismus, na jehož základě mohou smluvní strany dopředu oznámit, jaké druhy a kategorie sporu chtějí do budoucna u Střediska řešit, byla definice pojmu investice odmítnuta. Opomenutí definice pojmu investice tak otvírá volné působíště pro arbitrážní tribunály ICSID, které postupně vyplňují tuto mezeru jurisdikční praxí, která pojem investice vykládá spíše extenzivně.³¹

²⁷ Dolzer, R., Schreuer, CH. Principles of International Investment Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, s. 60.

²⁸ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 23.

²⁹ Tamtéž, str. 25.

³⁰ Schreuer, Ch. The ICSID Convention. A Commentary. 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, s. 115.

³¹ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 25-26.

2.2.2 Investice v judikatuře ICSID

V minulosti si můžeme povšimnout dvou základních způsobů přístupu arbitrážních soudů ICSID k výkladu pojmu. První je způsob objektivní, druhý subjektivní. Podle objektivního přístupu je třeba, aby podnikatelská aktivita prošla testem „dvojitý klíčový dírky“ (*double key-hole test, double-barreled test*). Na základě tohoto přístupu musí být splněna nejen definice obsažená ve dvoustranné dohodě smluvních stran, ale také určitá obecná kritéria, která jsou inherentně obsažena v termínu „investice“ uvedeném v článku 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. Těmito prvky jsou určitý ekonomický přínos, časová délka projektu nebo obchodní operace a riziko, které nese investor. Na základě subjektivního výkladu je definování pojmu investice ponecháno čistě na svobodné vůli smluvních stran příslušné dvoustranné dohody, na základě které se investor na ICSID obrací. Subjektivistickému rozhodci tak k naplnění definice pojmu investice postačuje, že majetková hodnota splňuje konkrétní definici uvedenou v dvoustranné dohodě.

Objektivní přístup byl poprvé aplikován v kauze *Fedax v. Venezuela* ze dne 11. července 1997³², ve které se řešil spor související s úvěrovými instrumenty typu směnky, jež lze sice bez problému označit za ekonomickou operaci s finanční hodnotou, ale je složité dokázat, že jde o investici. Venezuela tu zpochybňovala existenci investice ve smyslu článku 25 odst. 1. Washingtonské úmluvy. Soud konstatoval, že subjektivní přístup v tomto případě nestačí a že není možné aplikovat definici investice pouze na základě souhlasu stran. Nestačil zde tedy pouhý fakt, že si strany sporu ve smlouvě samy ujednaly, že se pro futuro bude jednat o investiční spor. Bylo zapotřebí najít další kritéria k přesnému vymezení pojmu investice a vyšlo se z přípravných prací Washingtonské úmluvy. Nakonec bylo konstatováno, že mezinárodní úvěry mají charakter investice a důkazem pro to je právě navrhovaná definice pojmu investice z doby prvního návrhu Washingtonské úmluvy, podle které se investicí rozumí jakýkoli příspěvek peněz nebo jiný majetek ekonomické hodnoty, který je na dobu neurčitou, nebo v případě doby určité na dobu alespoň pěti let.³³ Současně bylo rozhodnuto, že investicemi jsou také transakce, které představují přínos pro hospodářský rozvoj hostitelské země, jsou dostatečně významné nebo byly vloženy na určitou dobu, přináší výnosy z výplaty úroků a zahrnují určité riziko.³⁴

³² *Fedax N.V v Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3).

³³ Tamtéž.

³⁴ Srov. A. Escobar, *op.cit.*, s.22-23. IN Šturma, P., *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 25-26.

2.2.3 Salini test

Největší přínos v otázce definování pojmu investice v rámci rozhodovací praxe ICSID přinesl bezesporu případ Salini v Maroku³⁵, v němž tribunál ICSID vymezil klasická kritéria, která definice musí obsahovat. Předložený spor se týkal kontraktu na stavbu dálnice v Maroku. Dvě italské společnosti tvrdily, že Maroko tím, že nezaplatilo některé faktury, porušilo dvoustranné investiční smlouvy uzavřené mezi Marockým královstvím a Itálií v roce 1990. Maroko však popíralo pravomoc Střediska řešit tento spor, jelikož spor podle jeho názoru nepochází z investice tak, jak to vyžaduje čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy a čl. 1 investiční smlouvy uzavřené mezi Itálií a Marokem, a to zejména tím, že zde neexistovalo riziko pro investora. Středisko tak poprvé rozhodovalo, zda smlouva o výstavbě může být považována za investici ve smyslu pravomoci ICSID.³⁶ Námitky Maroka byly zamítnuty s tím, že stavba dálnice je investicí podle Washingtonské úmluvy i podle bilaterální dohody, kterou Maroko s Itálií uzavřelo. V rozhodnutí bylo argumentováno klasickými kritérii definujícími investici, těmi jsou: přínos, určitá doba trvání, podíl na rizicích operace – a v návaznosti na preambuli Washingtonské úmluvy - také to, že operace by měla určitým způsobem přispět k rozvoji hostitelského státu.³⁷

Přestože rozhodčí tribunály nejsou vázány svými dřívějšími rozhodnutími, a případ Salini tedy není možné považovat za pravidlo *stare decisis*³⁸, arbitrážní tribunály ICSID na tento precedent de facto odkazují. Kritéria definující pojem mezinárodní investice z případu Salini jsou často aplikována v rozhodnutích ICSID. Bylo tomu tak i v případě Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic³⁹, který doplnil 4 kritéria mezinárodní investice o další dvě: požadavek, aby investice byla v souladu s právem hostitelského státu a v dobré víře.

2.2.4 Negativní vymezení pojmu investice

Naproti tomu nelze pro účely rozhodovací pravomoci Střediska pod pojem investice podřadit vládní či státní dluhopisy. Šturma to ve své publikaci ilustruje na příkladu Argentiny, která v letech 2001-2002 prodělala finanční krizi. Věřitelé se snažili své peníze vložené do

³⁵ Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4).

³⁶ Stavební smlouvy byly Střediskem posuzovány již dříve, avšak vždy se jednalo jen o součást souhrnného investičního plánu. Yala, F., The Notion of "Investment" in ICSID Case.

³⁷ Šturma, P. Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. doplněné vydání. Linde Praha, a. s., 2008. S. 27.

³⁸ Znamená z latiny: "Setrvat u rozhodnutého". Oxford English Dictionary Second Edition on CD-ROM (v. 4.0). Oxford. Oxford University Press 2009.

³⁹ Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5), Award, 15. duben 2009.

nesplacených dluhopisů získat zpět pomocí mezinárodní arbitráže na ochranu investic. Rozhodčí tribunál v této věci vydal dvě rozhodnutí a to CMS Gas⁴⁰ a LG&E Energy⁴¹. Ve druhém zmíněném případě bylo rozhodnuto, že Argentina se v případě platební neschopnosti v letech 2001 - 2003 může dovolávat stavu nouze.⁴²

V dalším arbitrážním rozhodnutí *Mihaly v. Sri Lanka*⁴³ bylo řešeno, zda tzv. před-investiční náklady lze subsumovat pod pojem investice, a tím založit pravomoc Střediska k řešení sporu. Společnost Mihaly International se pokoušela o velmi široký výklad pojmu investice, když za ni označila výdaje, které účelně vynaložila na získání kontraktu na stavbu termální elektrárny na Srí Lance. Jednalo se zejména o náklady na zpracování rozsáhlé projektové dokumentace stavby, která vyžadovala přesná data a technické měření. Ani po několikaletém jednání však k podpisu smlouvy nedošlo. Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic tento extenzivní výklad odmítlo i přesto, že vynaložené prostředky představovaly 2-4% plánované investice. Ve svých závěrech došlo ke stanovisku, že pouze na základě existence potvrzení záměru spolupráce (*letter of intent*) mezi Srí Lankou a společností Mihaly nelze vyvozovat závaznou povinnost uzavřít smlouvu, která byla předmětem sporu. V rozhodnutí však nebylo vyloučeno, že vynaložené náklady ve fázi přípravy projektu mohou být započítány jako součást investice pokud se tak strany dohodnou anebo pokud dojde k následnému uzavření smlouvy mezi dvěma stranami a následnému zhodnocení již uskutečnění investice.⁴⁴

2.3 Pojem investice v Indonésii

V roce 2007 byl v Indonésii přijat nový investiční zákon, který nahradil staré zákony z let 1967 a 1968 představující legislativu prezidenta Suharta. Za investici je v čl. 1 odst. 1 je považována „*jakákoliv investiční aktivita provozována domácím a zahraničním investorem za účelem podnikání na území Indonéské Republiky.*“⁴⁵ V dalších odstavcích prvního článku je vysvětlen rozdíl mezi domácí investicí a zahraniční investicí. Hlavní rozdíl spočívá v tom, že zatímco domácí (indonéský) investor ke svému podnikání používá domácí (indonéský) kapitál, zahraniční investor může použít zahraniční kapitál anebo kapitál domácí společnosti.⁴⁶

⁴⁰ CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8).

⁴¹ LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1).

⁴² Šturma, P. Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. doplněné vydání. Linde Praha, a. s., 2008. S. 28.

⁴³ Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (Case No. ARB/00/2).

⁴⁴ Echandi, R. Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. United Nations Conference on Trade and Development. Geneva: United Nations Publications, 2007, s. 39.

⁴⁵ Law of the Republic of Indonesia, No. 25/2007 Concerning Investment.

⁴⁶ Tamtéž, článek 1.

2.4 Pojem investice ve vztahu k České republice

Dvoustranná Dohoda mezi vládou České republiky a vládou Indonéské republiky o podpoře a ochraně investic byla uzavřena dne 17. 9. 1998 a publikována pod číslem 156/1999 ve sbírce zákonů. V úvodu dohody obě země odkazují na přátelské vztahy a hospodářskou spolupráci, a zavazují se k vytváření a udržování příznivých podmínek v investičním prostředí obou států.⁴⁷ Investice je v Dohodě definována pomocí obecné klauzule a demonstrativního výčtu jednotlivých složek, jak je tomu mezi státy zvykem u dvoustranných smluv o podpoře a ochraně investic. „Pojem *„investice“* zahrnuje každou majetkovou hodnotu investovanou v souvislosti s hospodářskými aktivitami investory jedné smluvní strany na území druhé smluvní strany v souladu s právním řádem druhé smluvní strany a zahrnuje zejména, nikoli však výlučně:

- a) *movitý a nemovitý majetek, jakož i jakákoli jiná majetková práva, jako jsou hypotéky, zástavy, záruky a podobná práva;*
- b) *práva plynoucí z držby akcií, obligací a z jakékoli jiné formy účasti ve společnostech nebo společných podnicích na území druhé smluvní strany;*
- c) *peněžní pohledávky nebo nároky na jakékoli plnění mající ekonomickou a finanční hodnotu a související s investicí;*
- d) *práva z oblasti duševního vlastnictví, technické postupy, goodwill a know-how;*
- e) *podnikatelské koncese vyplývající ze zákona nebo ze smluvního ujednání vztahující se k investici včetně koncesí k průzkumu, těžbě, kultivaci nebo využití přírodních zdrojů.*⁴⁸

Široce pojatá definice investice je dnes již standardem v oblasti dvoustranných smluv o ochraně investic. Představuje určitě velkou výhodu z pohledu právní jistoty investora, může však vyvolávat i určité právní otázky a problémy. Definicí investic se totiž rozumí věcný rámec majetku hodný ochrany, na který se bude Dohoda vztahovat. Vedle hmotného majetku jsou ale součástí investic i práva z oblasti duševního vlastnictví, u kterých se rozsah ochrany stanovuje na základě vnitrostátního práva. Vznik práv z duševního vlastnictví lze podmínit zákonem či dokonce úředním rozhodnutím, a z tohoto důvodu se suverénní pravomoc každého státu přijímat a vydávat nové zákony může dostat do konfliktu s mezinárodní smlouvou zajišťující mezinárodní ochranu investora.⁴⁹

⁴⁷ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 156/1999 Sb, o sjednání Dohody mezi vládou České republiky a vládou Indonéské republiky o podpoře a ochraně investic.

⁴⁸ Tamtéž.

⁴⁹ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 32-33.

Odkaz na soulad definice investice s právním řádem hostitelského státu v úvodní větě lze považovat za standardní obsah Evropského modelu definice.⁵⁰

3. Prameny práva

3.1 *Multilaterální mezinárodní smlouvy*

Mnohostranné mezinárodní smlouvy jsou důležitým pramenem práva mezinárodní ochrany investic, jelikož vytvářejí obecný (potencionálně univerzální) rámec úpravy. Na rozdíl od podpory liberalizace mezinárodního obchodu a investic se přiklání a upravují převážně podporu a zajištění ochrany investic (např. před vyvlastněním).⁵¹

3.1.1 ICSID

Základní podmínku, kterou investoři zohledňují při výběru hostující země, do které se chystají investovat, je důvěryhodný mechanismus řešení případných sporů. Jestliže hostující stát umožňuje řešit případný spor na půdě nezávislého mezinárodního soudu, lze tento stát považovat za dostatečně bezpečný pro předmět mezinárodní investice. A naopak, státy, které nezaručují nezávislý mezinárodní způsob řešení sporů a nedisponují stabilní politickou situací, jsou optikou investora viděny jako příliš riskantní a neatraktivní pro investici.⁵²

18. března 1965 byla přijata Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, nazývaná též, Washingtonská úmluva, která je otevřena k podpisu všem členským státům Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj a členům Statutu Mezinárodního soudního dvora. Obsah Washingtonské úmluvy se zabývá pouze procesně právním vymezením řešení sporů z investic na základě vytvoření vhodného a funkčního aparátu pro řešení sporů z investic. Nedopadá tak na hmotně právní vztahy z investic vyplývající. V preambuli je zmíněna potřeba mezinárodní spolupráce pro ekonomický rozvoj, která je zajišťována mezinárodními investicemi. Spory mezi smluvními státy a občany druhých smluvních států je možné řešit vedle národních právních postupů i pomocí tzv. mezinárodních smírčích nebo rozhodčích řízení, pokud si strany přejí.⁵³ A právě k tomuto účelu je na základě 1. článku Úmluvy zřízeno Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic (dále jen „ICSID“). Úmluva předpokládá jak rozhodčí tak i řízení smírčí, na základě praxe ICSID si však lze všimnout

⁵⁰ Šturma, P., *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 33.

⁵¹ Tamtéž, s. 25.

⁵² Subedu, S.L. *International Investment Law*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon. 2012, s. 30.

⁵³ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států.

dominantní role rozhodčího řízení. Velký význam Střediska můžeme vidět v „depolitizaci“ sporu, který není řešen v rámci hostitelského státu anebo státu investora, ale je vzdálen od stran sporu, a tím nedochází k přímé konfrontaci.⁵⁴ Dále je třeba zmínit tzv. *Additional Facility Rules*, dodatečné možnosti operující při Středisku, díky kterým může Středisko rozhodovat i spory, které nepocházejí přímo z investic.

Mnoho rozvojových států podepsalo a ratifikovalo úmluvu ve snaze přilákat zahraniční investory a zaručit jim základní standardy ochrany investic. Jinak tomu nebylo ani u Indonésie, která Washingtonskou úmluvu přijala v roce 1968 za vlády prezidenta Suharta, když zoufale potřebovala zahraniční investice, kapitál, nové technologie a nezbytné know-how.

3.1.2 MIGA

Indonésie je též signatářem Úmluvy o Mnohostranné agentuře pro investiční záruky (též Soulská Úmluva z roku 1985), která je součástí organizace Mezinárodní banky pro obnovu a rozvoj. Cílem Agentury je podporovat příliv investic do členských, zejména rozvojových zemí. Její hlavní doménou je poskytování záruk soukromým investorům na politické neobchodní riziko země (např. znárodnění, občanské války). K tomuto účelu agentura vydává záruky, včetně pojistné spoluúčasti a kaucí. Proti rizikům neobchodní povahy v zemích, kam proudí investice, provádí příslušné doplňující činnosti podporující příliv investic a jejich pohyb mezi členskými rozvojovými zeměmi. Příležitostně také uplatňuje pravomoci, které budou pro prosazování uvedeného cíle potřebné nebo žádoucí.⁵⁵

3.1.3 TRIMS

Další podepsanou dohodou důležitou z hlediska mezinárodní podpory investic je Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření (*TRIMS Agreement*), která byla přijata jako jedna z příloh Dohody o zřízení Světové obchodní organizace. Indonésie se stala členem WTO 1. 1. 1995.⁵⁶ Mezi základní cíle WTO patří zvýšení životní úrovně, dosažení plné zaměstnanosti, růst úrovně reálného důchodu, efektivní poptávky a rozvoje obchodu se zbožím a službami, za předpokladu efektivního využívání světových zdrojů v souladu s principy trvalého rozvoje. Svých cílů chce WTO dosáhnout pomocí liberalizace (odstraňování překážek) mezinárodního obchodu, zajištěním transparentnosti a stabilitou obchodu mezi členskými

⁵⁴ Dolzer, R., Schreuer, CH. *Principles of International Investment Law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, s. 20.

⁵⁵ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států.

⁵⁶ Světová obchodní organizace, https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/indonesia_e.htm.

státy.⁵⁷ Cílem Dohody TRIMS je zakázat jakékoliv opatření aplikované vůči zahraničním investorům, které je v rozporu s pravidly GATT 1994. Konkrétně je zakázáno jakékoliv opatření, které je neslučitelné s povinným režimem národního zacházení (čl. III GATT) a se závazkem odstranění množstevních omezení (čl. XI GATT). Jednotlivé typy opatření neslučitelné s těmito závazky jsou součástí přílohy Dohody.⁵⁸ Jedná se např. o opatření, která jsou „povinná nebo vynutitelná podle domácího práva nebo správních rozhodnutí, nebo musí být dodržována pro získání výhody a která vyžadují: a) nákup nebo užívání výrobků domácího původu nebo z domácího zdroje jakýmkoliv podnikem..., b) nebo aby nákupy či užívání podnikem dovezených výrobků se omezily na množství v poměru k objemu či hodnotě domácích výrobků, které podnik vyváží.“⁵⁹ Restriktivní opatření omezují svobodný mezinárodní obchod a negativně ovlivňují tok zahraničních investic do země. Výjimku ze zákazu užívání výše zmíněných opatření stanovil článek 4 Dohody. Rozvojové země mohou dočasně používat restriktivní opatření s odůvodněním ochrany platební bilance a v rámci pomoci jejich hospodářskému rozvoji.⁶⁰

WTO v rámci své organizace disponuje také soudním orgánem, který je kompetentní k řešení sporů vzniklých mezi členskými státy.⁶¹ Tento orgán, *Dispute Settlement Body (DSB)*, je druhým nejvyšším orgánem v rámci hierarchie WTO a vedle řešení sporů zajišťuje také přezkum obchodních politik členských zemí. Institucionalizovaný a efektivní proces řešení obchodních sporů jako výsledek jednání Uruguayského kola funguje od roku 1995, ačkoliv je čerpáno z padesáti let předchozí praxe v rámci GATT 1947. V rámci systému GATT 1947 již totiž existoval mechanismus řešení sporů (DSM), jednalo se však spíše o diplomatické urovnávání sporů než o kvazi-judiciální podobu řešení sporů současné WTO.

Úpravu řešení sporů nalezneme v Příloze 2 Dohody o zřízení WTO pod názvem Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů. Celý systém řešení sporů byl tímto plně automatizován a přinesl do systému WTO stabilitu, předvídatelnost a možnost pravidla organizace vymáhat. Orgán pro řešení sporů (DSB), který je složen z diplomatických zástupců členských států, spravuje celý proces řešení sporů. DSB disponuje plnou kompetencí nad ustavením Panelu, který slouží zejména k usnadnění rozhodování. Panel je nestálým kvazi-

⁵⁷ Světová obchodní organizace, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_stand_for_e.htm.

⁵⁸ Subedu, S.L. *International Investment Law*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon. 2012, s 36.

⁵⁹ Viz příloha Dohody o obchodních aspektech investičních opatření.

⁶⁰ Konkrétně čl. 4 odkazuje na čl. XVIII GATT, Ujednání o ustanoveních o platební bilanci GATT a Deklaraci o obchodních opatřeních.

⁶¹ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb. o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO).

judiciálním útvarem skládající se běžně ze tří, nejvíce až z pěti odborníků, kteří daný případ posuzují. Jedná se o orgán první instance, v případě, že by jedna ze stran sporu nesouhlasila s výslednou zprávou, může se odvolat k Odvolacímu orgánu.

Prvním možným řešením sporu je procedura konzultace. Prámem na zahájení konzultace disponují všichni členové WTO. Jestliže druhá strana sporu neodpoví na žádost do 10 dnů od jejího obdržení nebo nezahájí konzultace ve lhůtě nepřekračující 30 dní, pokud se strany nedohodly na lhůtě jiné, pak je člen, který žádal o zahájení konzultací, oprávněn přímo zažádat o ustanovení panelu odborníků.⁶² Jestliže nedojde cestou konzultace k vyřešení sporu ani do 60 dnů po dni obdržení žádosti o konzultace, má žalující strana taktéž právo zažádat o ustanovení skupiny odborníků. Přičemž je třeba věnovat pozornost problémům a dbát zájmů rozvojových států, které jsou členy WTO. Dalším způsobem řešení sporů jsou dobré služby, smírčí řízení a zprostředkování, jestliže se tak na nich obě sporné strany dohodnou. O tyto postupy může být spornou stranou zažádáno kdykoliv a také mohou být kdykoliv ukončeny.⁶³ Pokud výše zmíněné prostředky nápravy k vyřešení sporu nevedou, lze na základě dikce čl. 6 odst. 1 požádat o ustanovení skupiny odborníků (Panelu).⁶⁴ Panel je složen z velmi kvalifikovaných odborníků, bez ohledu na jejich vztah k vládním orgánům. Členové jsou vybíráni tak, aby byla zajištěna nezávislost, za účasti osob rozličného původu, vzdělání a širokého spektra zkušeností.⁶⁵ Panel má, pokud se strany sporu nedohodnou jinak, široké zmocnění. Jde zejména o právo přezkoumat věc předloženou DSB a právo vypracovat náleze, který následně DSB slouží jako podpůrný materiál k vypracování doporučení nebo rozhodnutí.⁶⁷ Závěrečnou zprávu musí skupina odborníků vypracovat nejdéle do 6 měsíců (v naléhavém případě do 3 měsíců) a předložit stranám sporu k uvážení. DSB musí být zpráva předložena k posouzení nejpozději do 9 měsíců od ustavení Panelu. Zpráva je zaslána také všem členským státům WTO k posouzení, v případě nesouhlasu je od Panelu žádáno vysvětlení. V případě odvolání jedné ze sporných stran, je kompetentním orgánem k rozhodování Odvolací orgán. Své rozhodnutí vydává obvykle ve lhůtě 60 dnů. Zpráva Panelu a Odvolacího orgánu se stává po přijetí DSB právně závaznou pro strany sporu a její splnění je v zájmu všech členských

⁶² Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb. o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO), příloha 2, článek 4.

⁶³ Tamtéž, čl. 5

⁶⁴ Žádost musí být učiněna v písemné formě. Obligatorně musí obsahovat údaj o uskutečněných konzultacích, specifických opatřeních, která měla být přijata, a stručný přehled právních důvodů žaloby.

⁶⁵ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb. o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO), příloha 2, článek 8.

⁶⁶ Za tímto účelem jsou Sekretariátem vypracovávány seznamy osob, které mají nebo nemají vztah k vládním orgánům, a které mohou být vybrány jako členové Panelu.

⁶⁷ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb. o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO), příloha 2, článek 7.

zemí WTO. DSB následně sleduje a hodnotí realizaci nálezu a doporučení. V případě jejich nesplnění je možné přijmout vhodná protiopatření.

3.1.4 ASEAN

Další důležitou dohodou, kterou Indonésie přijala, je Všeobecná investiční dohoda ASEAN (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement - ACIA*), která vznikla revizí a sloučením Investiční zóny ASEAN (*ASEAN Investment Area*) a Investiční dohody o zárukách (*Investment Guarantee Agreements*) na 20. summitu mezinárodní organizace ASEAN v Phnom Penh. Všeobecná investiční dohoda byla vypracována se záměrem vytvořit volnější, konkurenceschopnější a otevřenější investiční režim pro členské země ASEAN, a tím dosáhnout hlubší hospodářské integrace mezi státy. ASEAN tím demonstruje svoje odhodlání vytvořit stabilní a předvídatelné podnikatelské prostředí, které je postaveno na základech režimu národního zacházení, doložce nejvyšších výhod, standartu spravedlivého a rovnoprávného zacházení spolu se zaručením plné ochrany a bezpečnosti, zákazu vyvlastnění bez náhrady a možnosti arbitráže proti hostitelskému státu.⁶⁸

3.1.5 FTA

Indonésie podepsala dohodu o volném obchodu ASEAN s Austrálií, Novým Zélandem, a dalšími asijskými státy (*Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area - AANZFTA*). Tato dohoda obsahuje zvláště pravidlo národního zacházení, standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení spolu se zaručením plné ochrany a bezpečnosti, pravidlo zákazu vyvlastnění bez náhrady a možnost žalování hostitelského státu pomocí mezinárodní arbitráže.⁶⁹

3.1.6 OIC

Indonésie je dále členem Organizace islámské spolupráce (*Organisation of Islamic Cooperation - OIC*) a ratifikovala dohodu OIC na ochranu, podporu a garanci investic vedle více než 20 dalších členských států, včetně Spojených Arabských Emirátů a Saúdské Arábie. Tato dohoda obsahuje ustanovení, rovnocenné těm, které jsou upraveny ve dvoustranných smlouvách o ochraně a podpoře investic.⁷⁰

⁶⁸ ASEAN, <http://www.asean.org>.

⁶⁹ AANZFTA, <http://aanzfta.asean.org/>.

⁷⁰ OIC, <http://www.oic-oci.org/oicv3/home/?lan=en>.

3.2 Bilaterální mezinárodní smlouvy (BITs)

Ačkoliv se státy pokusily o úpravu mezinárodních investic pomocí dalších multilaterálních smluv⁷¹, vzájemné rozpory a rozdílné požadavky na jejich znění však nedovolily uvést tyto dohody v platnost. Proto těžiště úpravy mezinárodních investic musíme hledat dnes již ve standardně přijímaných dvoustranných dohodách o podpoře a ochraně investic, které jsou jakousi syntézou požadavků prosazovaných rozvojovými státy na jedné straně a vyspělými zeměmi na straně druhé.⁷² Státy si smlouvami o podpoře a ochraně investic upravují konkrétní režim zacházení a ochranu investic vztahující se pouze na ně.

V současné době je Indonésie signatářem dvoustranných dohod s více než 60 státy.⁷³ Většina BITs obsahuje ustanovení dobře známé všem investorům.⁷⁴ Cílem je podpořit investice na svém území, takže obsahují záruku spravedlivého a rovnoprávného zacházení spolu se zaručením plné ochrany a bezpečnosti. Dále BITs poskytují doložku nejvyšších výhod, záruky proti znárodnění nebo vyvlastnění a požadují, aby zákony, týkající se investic, byly veřejné a snadno dostupné. Pokud jde o řešení sporů mezi státem a investorem, většina BITs stanoví, že se strany nejdříve musí pokusit vyřešit spor smířčí cestou pomocí konzultací a jednání. Pokud se to nepodaří, pak spor může být urovnán soudy v zemi, kde je investice uskutečňována anebo je spor řešen na půdě Mezinárodního Střediska pro řešení sporů z investic (ICSID) pomocí smířčího řízení nebo arbitráže za použití ustanovení Washingtonské úmluvy z roku 1965. Pokud se strany nedohodnou, zda použijí cestu smíru nebo arbitráže, má v tomto případě investor právo na výběr. Pokud nejsou oba státy smluvními stranami úmluvy ICSID, spor může být vyřešen na základě postupů dohodnutých stranami. Jestliže se strany ani ve lhůtě tří měsíců nedohodnou, obecně platí, že hostitelský stát musí předložit věc k rozhodčímu řízení podle rozhodčích pravidel UNCITRAL.⁷⁵

V březnu 2014 informovala Indonéská vláda holandské velvyslanectví v Jakartě s oznámením, že s platností od 1. července 2015 odstupuje od uzavřené dohody o podpoře a ochraně investic s Nizozemím. Indonésie dále naznačila, že se chystá odstoupit od dalších 67 bilaterálních dohod. Co vede Indonéskou republiku k tak drastickému opatření, které může

⁷¹ Takovým pokusem je např. Mnohostranná dohoda o investicích (MAI), která byla projednávána na půdě OECD. Vyjednávání ale zkrachovalo v průběhu roku 1999.

⁷² Šturma, P. Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. Praha: Linde Praha, a.s., 2008. Ochrana mezinárodních investic, s. 86.

⁷³ UNCTAD, Investment policy hub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97>.

⁷⁴ Dolzer, R., Schreuer, CH. Principles of International Investment Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, Chapter VII.

⁷⁵ Bath V.; Nottage L. Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 117-118.

mít na svědomí odliv zahraničních investic a kapitálu? Důvodů může být několik. Indonésie byla u Mezinárodního Střediska pro řešení sporů z investic zažalována na několikamilionové škody ve dvou případech *Churchill Mining a Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia* ⁷⁶. Tyto žaloby se opírají o uzavřenou dohodu mezi Indonésií a Velkou Británií, která v článku 7 stanoví kompetence Střediska pro případ řešení sporů.⁷⁷ Spory vyvolaly u široké veřejnosti kritiku a bývalý prezident země Susilo Bambang Yudhoyono se pro deník Financial Times nechal slyšet, že si nepřeje, aby nadnárodní společnosti vyvíjely tlak na rozvojové země jako je Indonésie.⁷⁸ Dalším důvodem může být velký ekonomický a obchodní vzestup Indonésie, který uzavřené dvoustranné dohody nereflektují, jelikož byly uzavřeny před několika dekadami, kdy v zemi panoval jak politický tak ekonomický chaos. Dvoustranné dohody jsou z tohoto důvodu pro Indonésii nevýhodné. Dalším odůvodněním může být snaha Indonésie ukončit platné smlouvy z důvodu jejich znovu uzavření, avšak s výhodnějšími podmínkami, které zohlední posílenou hospodářskou a ekonomickou situaci v zemi. Tento názor je podpořen i vyjádřením předsedy BKPM, který pro Financial Times uvedl, že cílem vlády není oslabit ochranu investorů, ale spíše obnovit indonéský investiční rámec, v souladu s vnitrostátním a mezinárodním právem. Předseda také uvedl, že mnoho dvoustranných dohod bylo podepsáno před desítkami let, a během té doby byla vydána spousta nových zákonů a nařízení týkajících se investic.⁷⁹

Přijetí nových BITs je samozřejmě možné, ačkoliv se tento proces zdá v krátkodobém horizontu nepravděpodobný. Bylo by zapotřebí započít vyjednávací dialog s více než 60 zeměmi a dále není jisté, zda budou indonéské požadavky v souladu s principy mezinárodního společenství. Dopad na zahraniční investory nebude bezprostřední. V případě konkrétních dvoustranných smluv musí Indonésie čekat na uplynutí doby, kdy je možné BIT vypovědět. Dále jsou součástí dvoustranných dohod tzv. *sunset clauses*, ustanovení o skončení platnosti, které stanoví dobu, po kterou se investoři mohou stále – i po skončení dohody - dovolávat ochrany svých investic. V případě Velké Británie je tato „ochranná doba“ stanovena na 20 let.⁸⁰ České investice na území Indonéské republiky jsou chráněny po dobu 10 let od skončení

⁷⁶ *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/14 v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40)*.

⁷⁷ Dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Velkou Británií a Indonésií.

⁷⁸ Ben Bland and Shawn Donnan, 'Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties' (26. března 2014) Financial Times (online), <https://next.ft.com/search?q=Indonesia+to+terminate+more+than+60+bilateral+investment+treaties>.

⁷⁹ Tamtéž.

⁸⁰ Dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Velkou Británií a Indonésií.

dohody.⁸¹ Dále je třeba zmínit, že Indonésie je signatářem řady mnohostranných smluv (viz kapitola 3.1 Multilaterální mezinárodní smlouvy), z nichž některé poskytují investorům rovnocennou ochranu jako BITs. V těchto případech se investoři mohou dovolávat mezinárodní ochrany svých investic i v případě neexistence příslušné bilaterální dohody. Poslední jistotou pro investory při absenci jakýchkoliv mezinárodních dohod je Investiční zákon (viz kapitola 3.3 Investiční zákon), který sám o sobě zaručuje režim zacházení na základě doložky nejvyšších výhod, zásady spravedlivého a rovnocenného zacházení spolu se zaručením plné ochrany a bezpečnosti, zákazu vyvlastnění bez náhrady a řešení sporů s vládou indonéské republiky cestou mezinárodní arbitráže.

3.2.1 Nová společná politika EU na poli mezinárodních investic

Z důvodu členství České republiky v evropském společenství a dynamicky se měnícího evropského práva, je třeba nastínit společný postoj a směřování Evropské unie v oblasti mezinárodních investic a přijímání bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic. V době před podepsáním Lisabonské smlouvy byla ochrana zahraničních investic zařazována do oblasti sdílených pravomocí vykonávaných EU a členskými státy, přičemž podíl aktivity členských států na poli mezinárodní ochrany převažoval. EU se zaměřovala spíše na soulad bilaterálních dohod, které uzavíraly členské státy s třetími zeměmi, s evropským právem. Změna přišla roku 2009, kdy vstoupila v platnost Lisabonská smlouva. Přímé zahraniční investice jsou od té doby nově podle čl. 207 SFEU podřazeny pod společnou obchodní politiku, na kterou se podle čl. 3 odst. 1 SFEU vztahuje výlučná pravomoc Evropské unie. Díky velkému počtu uzavřených BITs⁸² nebyla zpočátku EU schopná nově založenou pravomoc vykonávat. A tak se spíše než o ztrátu pravomocí členských států de facto jednalo jen o ztrátu de iure.⁸³

Další významnou změnou v oblasti mezinárodních investic bylo přijetí Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1219/2012, které zavádí přechodnou úpravu pro bilaterální dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi.⁸⁴ Cílem tohoto nařízení je harmonizace všech dosud uzavřených dohod členskými státy s třetími zeměmi a jejich následné nahrazení unifikovanými dohodami, které uzavře přímo Evropská unie. Členské státy jsou nyní

⁸¹ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 156/1999 o sjednání Dohody mezi vládou České republiky a vládou Indonéské republiky o podpoře a ochraně investic.

⁸² Členské státy mají uzavřených téměř 1200 BITs, viz Šturma, P. Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy). *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 5, s. 129.

⁸³ Přednáška Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo EU, dne 15. 12. 2015, v rámci povinně volitelného předmětu Základy mezinárodního ekonomického práva.

⁸⁴ Nařízení vstoupilo v platnost dne 9. 1. 2013.

povinný notifikovat Komisi o veškerých dvoustranných dohodách, u kterých mají v úmyslu pokračovat. Nové dohody je možno uzavírat jen po předchozím souhlasu Komise. Dále jsou členské státy povinny Komisi informovat o případných sporech, které jim hrozí. Komisi je v tomto případě umožněno se případných sporů zúčastnit.

Specifické otázky vyvolávají tzv. intraunijní dvoustranné dohody, které členské státy uzavřely mezi sebou. Jejich počet markantně vzrostl zejména v letech 2004-2007 z důvodu dvou velkých vln rozšíření EU o nové členské státy ze střední a východní Evropy. Intraunijní dohody vyvolávají zejména otázky kompatibilitosti těchto dohod s právem EU. Jejich aplikovatelnost ve sporech mezi investorem z jednoho členského státu s druhým členským státem se stala obsahem nejedné mezinárodní arbitráže.⁸⁵

Na podzim 2014 bylo zveřejněno navrhované znění nových dohod mezi EU a třetími zeměmi, které upravují problematiku ochrany investic. Jedná se o Dohodu o volném obchodu mezi EU a Singapurem (EUSFTA) a Komplexní hospodářskou a obchodní dohodu mezi EU a Kanadou (CETA). V říjnu 2015 požádala Komise SDEU o posudek k pravomoci dohody uzavřít. Vstup těchto dohod v platnost je možné očekávat v horizontu 1-2 let.⁸⁶ Vstup je podmíněn ratifikací ve všech členských zemích a Evropským parlamentem. Třetí významnou připravovanou dohodou je Transatlantické obchodní a investiční partnerství (TTIP) mezi EU a USA. Jednání jsou od počátku spojena s velkou kontroverzí, zejména jde o záměr Komise zahrnout do dohody i mechanismus řešení sporů, který by americkému investorovi umožňoval vést proti EU a členským státům investiční arbitráž. Z důvodu velkých kontroverzí byla prozatím Komisi jednání s USA přerušena.⁸⁷

Z výše zmíněného si můžeme povšimnout, že se Evropská unie stává významným hráčem na poli mezinárodních investic. Přijetí Lisabonské smlouvy a následně Nařízení 1219/2012 bylo spojeno s obavami o platnost uzavřených BITs mezi členskými státy a třetími zeměmi ve spojení s právní jistotou. Na druhou stranu je třeba zmínit, že harmonizace a následná unifikace evropského práva je nutnou součástí evropské integrace. Dosavadní dvoukolejnost není trvale únosná kvůli možnému nesouladu uzavřených BITs s evropským právem. Práce a jednání na nových dohodách mezi EU a třetími státy jako je Singapur, Kanada a USA jsou tak automatickým vyústěním požadavku právní jistoty a unifikace v oblasti mezinárodních investic a jejich ochrany.

⁸⁵ Např. v případě *Easter sugar v. ČR* (2007) bylo rozhodnuto, že intraunijní BITs jsou platné a použitelné. Následně bylo potvrzeno v případě *Eureka v. Slovensko* (2010).

⁸⁶ Přednáška *Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo EU*, dne 15. 12. 2015, v rámci povinně volitelného předmětu *Základy mezinárodního ekonomického práva*.

⁸⁷ Tamtéž.

3.3 Investiční zákon

Těžiště úpravy zahraničních investic nalezneme v investičním zákoně z roku 2007, který explicitně povzbuzuje zahraniční i domácí investory. Důležitost investic je zmíněna v úvodním ustanovení a měla by vést mimo jiné ke zvýšení národního ekonomického růstu, vzniku nových pracovních příležitostí, zlepšení udržitelného ekonomického rozvoje a konkurenceschopnosti, technologického pokroku a veřejného bohatství.⁸⁸ Zákon je postaven na zásadách právní jistoty, otevřenosti, odpovědnosti, rovného zacházení bez diskriminace na základě místa původu, jednotnosti, udržitelného rozvoje, ochrany životního prostředí, nezávislosti a rovnováhy pokroku a národní ekonomické jednoty.⁸⁹

Jedním z nejdůležitějších ustanovení zákona je odkaz na rovné zacházení se zahraničními i domácími investory, které je již automatickým standardem dle bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic. Stejně tak jako princip nejvyšších výhod, standard spravedlivého a rovnoprávného zacházení a ochrana před vyvlastněním bez náhrady. Dále je zahraničním investorům umožněno urovnat spory s indonéskou vládou prostřednictvím mezinárodní arbitráže.

4. Režim zacházení s mezinárodními investicemi

Zřizování investic je specifický proces, který musí být právem náležitě upraven. Zahraničního investora zajímá především ekonomická situace státu a daného odvětví, do kterého hodlá investovat. Hostitelský stát naopak sleduje hospodářské zájmy, které jsou prezentovány jak jeho zahraniční politikou, tak i členstvím v mezinárodních organizacích, které se zaměřují na podporu mezinárodního obchodu a odstranění jeho překážek jako jsou např. OECD, WTO nebo Světová banka.

Pravidly zacházení (*treatment*) se rozumí soubor pravidel vnitrostátního a mezinárodního práva, které upravují režim vzniku mezinárodní investice až do jejího skončení (likvidace). Tento proces je upraven převážně vnitrostátním právem hostitelského státu, který si může upravit podmínky vzniku zahraniční investice příp. zahraniční investice regulovat. Tento proces se však může v závislosti na politické situaci v zemi měnit, a tak má mezinárodní právo tendenci tuto problematiku regulovat, a tím omezit suverénní výkon územní kompetence hostitelského státu. Další otázkou je, zda v této oblasti vedle smluvních úprav existují i nějaká pravidla obecného mezinárodního práva.⁹⁰

⁸⁸ Law of the Republic of Indonesia, No 25/2007 Concerning Investment, článek 3 odst. 2.

⁸⁹ Tamtéž, článek 3 odst. 1.

⁹⁰ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 52.

Obecně lze říci, že každý stát si může na svém území upravit režim zacházení s investicemi vnitrostátním právem, avšak tato úprava nesmí být v rozporu s tzv. mezinárodním standardem, čímž se myslí standart spravedlivého a rovnoprávného zacházení (*fair and equitable treatment*).⁹¹ Tento požadavek spočívá zejména v dodržování vnitrostátního práva hostitelského státu, které je v souladu s právem mezinárodním. Důraz je kladen na rovnováhu zájmu investora, jeho státu a státu hostitelského a na zákaz diskriminace v případě uplatňování majetkových práv investora.⁹²

Podle obecného mezinárodního práva můžeme dále rozlišovat tyto režimy zacházení se zahraničními investicemi:⁹³

- národní režim – zaručuje, že se zahraniční investicí nebude zacházeno hůře než s investicí domácího investora.⁹⁴ Tento režim se hodí zejména pro státy, které disponují podobným stupněm hospodářského rozvoje a rozvinutým právním systémem.
- preferenční režim – zvýhodnění nemusí být explicitně zmíněno. Tento režim je vyžadován, jestliže vnitrostátní právní úprava nedosahuje mezinárodního standardu (např. v rozvojových zemích).
- zvláštní režim - neobsahuje zvýhodnění a stanoví zvláštní zacházení se zahraniční investicí, přičemž však nesmí dojít k diskriminaci.

4.1 Tři generace BITs

Úprava režimu zacházení s mezinárodními investicemi je jednou z nejdůležitějších obsahových součástí dvoustranných smluv o ochraně a podpoře investic. Na základě smluvní praxe států se postupně vytvořily tři generace dohod, které se liší v nahlížení na rozsah závazku hostitelského státu ve vztahu k zahraničnímu investorovi.

První generace je nazývána tzv. evropským modelem, jelikož se vytvořila na základě smluvní praxe především západoevropských států v 60. -70. letech 20. století za účelem vytvoření ochrany svých státních příslušníků (fyzických a právnických osob). Postupně se však praxe evropského modelu rozšířila i mezi bývalé socialistické státy ve střední a východní Evropě a další rozvojové státy, a tím se stala nejrozšířenějším smluvním typem dvoustranných dohod na světě. Hlavní důraz je kladen na ochranu před vyvlastněním a znárodněním,

⁹¹ Dolzer, R., Schreuer, CH. Principles of International Investment Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, s. 124.

⁹² Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 53.

⁹³ Tamtéž.

⁹⁴ Dolzer, R., Schreuer, CH. Principles of International Investment Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, s. 178.

respektive ve dvoustranné dohodě je zaručena náhrada v takovýchto případech. Zároveň evropský model dohod zaručuje kompromis mezi zájmy zahraničního investora (převážně z vyspělých států) a zájmy hostitelského (převážně rozvojového) státu. Investorům je přislíbena podpora investic, ale hostitelským státům je přiznáno právo kontrolovat a povolovat zřizování investic na základě jejich priorit pomocí vnitrostátního práva.⁹⁵

Na rozdíl od evropského modelu, druhá generace dohod o podpoře a ochraně investic (tzv. americký model) vedle ochrany investic klade důraz především na pravidla zacházení a liberalizaci investic. Spojené státy ve svých dohodách akcentují volný tok investic bez kontrolních mechanismů pro vstup investice do hostitelského státu.

Třetí generací se označují dvoustranné i vícestranné dohody, ve kterých jsou stanoveny zákazy určitých investičních opatření (např. TRIMS). Dochází tím k ještě silnější podpoře liberalizace investic a obchodu a investorům je ještě více zajištěno zacházení podle národního režimu.⁹⁶

V BIT se setkáváme se 2 principy (a jejich kombinací) zacházení s mezinárodními investicemi, a to:

a) princip národního zacházení (*national treatment: NT*) zaručuje zahraničním investicím minimálně stejně výhodné zacházení jako s domácími investicemi, čímž na trhu vzniknou stejné podmínky pro tuzemské i zahraniční investory. Zákaz diskriminace zahraničního investora lze vykládat extenzivně, nevztahuje se jen na právní diskriminační opatření, ale i na faktické překážky, příp. na opatření, která sama o sobě diskriminační nejsou, ale v konkrétním případě vyústí v rozdílné zacházení.⁹⁷

b) princip nejvyšších výhod (*most-favoured-nation-treatment MNF*) zaručuje smluvní strany výhody, které druhá smluvní strana poskytla nebo v budoucnu poskytne kterékoli třetí straně.⁹⁸

4.2 Zřizování investic

Zřízením mezinárodní investice se rozumí vyvezení kapitálu z jednoho státu na území druhého státu a jeho vložení do podniku na delší dobu. Podmínky zřízení investice musí být investorovi jasné a zřejmé již před započítím investice, v opačném případě by se jednalo o značně rizikovou operaci. Na základě principů mezinárodního obyčejového práva lze říci, že

⁹⁵ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 48.

⁹⁶ Tamtéž.

⁹⁷ Bělohávek, A. J. Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2010, s. 65.

⁹⁸ Dolzer, R., Schreuer, CH. Principles of International Investment Law. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, s. 186.

žádný stát není povinen na svém území zřizovat a povolovat zahraniční investice, ať už v nějakém konkrétním sektoru, či obecně. Právo odmítnout nebo regulovat zahraniční investice je bráno jako vyjádření státní suverenity, stejně tak jako právo státu uzavírat smlouvy o zahraničních investicích.⁹⁹ V praxi se spíše než o absolutní zákaz či povolení konkrétní investice jedná o určité kontrolní mechanismy vtělené do vnitrostátního práva, kterými hostitelský stát může kontrolovat a ovlivňovat tok investic na základě svých hospodářských priorit. Může jít o povzbuzování zahraničních investic nebo jen některých z nich, přes obligatorní povolovací řízení až po selektivní stanovení podmínek pro určitého investora.¹⁰⁰

Jakmile investor vstoupí do hostitelského státu, on i jeho majetek se stane subjektem vnitrostátního práva hostitelského státu, avšak stále mu náleží minimální právní standard na základě obyčejového práva.¹⁰¹ Vnitrostátním právem se řídí veškerý proces, který předchází vzniku investice, povaha kapitálu, který je do země vnesen, omezení zajišťující ochranu životního prostředí a okolnosti zániku zahraniční investice. Z důvodu přilákání a lepší orientace zahraničních investorů ve vnitrostátní úpravě, státy přijímají jednotné zákony, ve kterých je stanoven proces vzniku, trvání a zániku investice.¹⁰²

Jako prostředky k povzbuzení zahraničního investora jsou často ve vnitrostátních úpravách zakotveny záruky proti vyvlastnění a daňové úlevy. Na druhé straně hostitelské státy mohou k vhodnému výběru investic používat schvalovací procesy státních orgánů, které investice selektují z hlediska hospodářského přínosu, vlivu na životní prostředí, ale také v zájmu národní bezpečnosti. Tímto způsobem je možné úplně zakázat vstup zahraničních investic do některých citlivých oblastí (např. zbrojní průmysl). Dle názoru prof. Šturmy je toto protekcionistické opatření v souladu s principy mezinárodního práva.¹⁰³

4.3 Zřizování investic v Indonésii

4.3.1 Povinnosti investora

Hlavní podmínkou pro zřízení investice v Indonésii je schválení a udělení licence institucí Národní investiční agentura „*Investment Coordinating Board*” (*BKPM*) a podřízení se indonéskému vnitrostátnímu právu. Další podmínkou pro vznik přímé zahraniční investice na území Indonéské republiky je založení společnosti s ručením omezeným, ve které zahraniční

⁹⁹ Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, s. 7.

¹⁰⁰ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 52.

¹⁰¹ Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, s. 7.

¹⁰² Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment. 3rd edition. Cambridge: Cambridge University Press, s. 88.

¹⁰³ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 52.

investor vlastní podíl. Tato společnost je podřízena jak indonéskému investičnímu právu, tak právu obchodních společností (zákon č. 40/2007 o společnostech s ručením omezeným).¹⁰⁴ Každý investor je povinen používat principy dobrého řízení společnosti, plnit sociální povinnosti společnosti, informovat Národní investiční agenturu o investiční činnosti, respektovat kulturní tradici v místě svého podnikání a dodržovat všechny zákony. Tyto povinnosti patří k těm nejkontroverznějším, jelikož jejich nedodržování může podle článku 34 odst. 1 Investičního zákona k administrativním sankcím, které zahrnují varování, ale také omezení, zmrazení či zrušení investičních aktivit.¹⁰⁵ Další povinnosti investora stanoví článek 16 Investičního zákona. Investor je povinen zajistit si kapitál z legálního zdroje, splatit všechny dluhy, jestliže skončí se svým podnikáním anebo opustí Indonésii, dodržovat pravidla spravedlivé soutěže, chránit životní prostředí, zajistit ochranu, zdraví a blaho svých zaměstnanců. Investoři podílející se v oblasti využívání neobnovitelných zdrojů musí na základě ochrany životního prostředí přispět svými penězi na obnovu prostředí.¹⁰⁶ Článek 10 Investičního zákona stanoví prioritu zaměstnávání indonéských občanů, ačkoliv umožňuje zaměstnat zahraničního experta.

4.3.2 Práva investora

Investiční zákon slibuje stejné zacházení s domácími a zahraničními investory s ohledem na národní zájmy, právní a obchodní jistotu a ochranu od počátku postupu směřujícímu k udělení licence až po zánik investice.¹⁰⁷ Důležitá ochrana pro zahraničního investora je stanovena v článku 7 Investičního zákona, který stanoví, že znárodnění je možné jen na základě zákona a za náhradu, která se odvíjí podle tržní ceny. Jestliže se strany sporu nedohodnou, o ceně se rozhodne v arbitráži.¹⁰⁸ Dále je investorům zaručena volnost převodu svých aktiv na jakoukoliv třetí osobu a převod či repatriace jejich kapitálu, příjmu a dalších finančních prostředků. Každý investor disponuje právní jistotou, jistotou ochrany své investice, právem na informace v odvětví, ve kterém podniká.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Law of the Republic of Indonesia, No. 25/2007 Concerning Investment, článek 5 odst. 2.

¹⁰⁵ Bath V.; Nottage L. *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*. London. Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, str. 115-116.

¹⁰⁶ Law of the Republic of Indonesia, No. 25/2007 Concerning Investment, článek 17.

¹⁰⁷ Tamtéž, článek 4 odst. 2.

¹⁰⁸ Tamtéž, článek 7 odst. 3.

¹⁰⁹ Tamtéž, článek 14.

4.3.3 „Investment Negative List“

Největší překážku pro zahraniční investory představuje omezující článek 12 investičního zákona, na základě kterého může prezident vydat nařízení a v něm specifikovat oblasti, které jsou zahraničním investorům uzavřeny anebo otevřeny pouze za předpokladu splnění některých podmínek. Za absolutně uzavřené obory je přímo v zákoně zmíněna výroba zbraní, munice, výbušnin a válečného materiálu. Nařízení prezidenta, tzv. „*Investment Negative List*“ byl poprvé přijat indonéskou vládou v červenci 2007 a naposledy byl revidován v dubnu 2014. Zákon vyžaduje revizi listu každé tři roky, proto další změnu můžeme očekávat v roce 2017.¹¹⁰ Platné nařízení č. 39/2014 vyjmenovává jednotlivé oblasti, které jsou zahraničním investicím zcela uzavřeny („*close to*“) na základě ochrany zdraví, morálky, kultury, životního prostředí, národní obrany a ochrany a dalších národních zájmů.¹¹¹ Dále nařízení vyjmenovává oblasti, které jsou investorům otevřeny pouze za předpokladu splnění podmínek („*conditionally open to*“), což může znamenat omezení vlastnictví zahraničního investora anebo speciální podmínky při zřizování povolení. Otevřené sektory při splnění podmínek se dělí na odvětví rezervovaná pro malé a střední podniky a družstva, odvětví vyžadující spoluúčast, vlastnictví kapitálu, odvětví vyžadující specifické místo anebo specifický proces získání licence.¹¹² Odvětví, která nejsou v negativním listu vyjmenována, jsou pokládána teoreticky za otevřená pro zahraniční investice bez předpokladu splnění jakýchkoliv podmínek.¹¹³ „Investment Negative list“ platný z roku 2014 nelze aplikovat retroaktivně, jeho platnost se vztahuje pouze na nové investice, u kterých započal proces zřízení licence po 24. dubnu 2014. Hlavní změna oproti negativnímu listu z roku 2010 je liberalizace a zmírnění podmínek pro zřízení zahraniční investice v následujících sektorech: reklamní vysílání, zdravotní péče, farmaceutický průmysl, telekomunikace, doprava, rizikový kapitál („*venture capital*“), přičemž největší liberalizaci zaznamenalo reklamní vysílání, které bylo dříve uzavřeným odvětvím pro zahraniční investory. Naopak v odvětví těžby nerostných surovin, energetického průmyslu a obchodu, se režim zahraničních investic stal uzavřeným, ačkoliv dříve mohli zahraniční investoři vlastnit až 95% kapitálu společností.¹¹⁴

¹¹⁰ Linklaters, ‘Foreign investment changes in Indonesia’ (3. června 2014), Finance Asia (online), <http://www.financeasia.com/News/387232,foreign-investment-changes-in-indonesia.aspx>.

¹¹¹ Law of the Republic of Indonesia, No. 25/2007 Concerning Investment, článek 12 odst. 3.

¹¹² Negative investment list, BKPM (online), <http://www7.bkpm.go.id/en/investment-procedures/negative-investment-list>.

¹¹³ Presidential Regulation of the Republic of Indonesian No. 39/2014, článek 3.

¹¹⁴ Linklaters, ‘Foreign investment changes in Indonesia’ (3 June 2014), Finance Asia (online), <http://www.financeasia.com/News/387232,foreign-investment-changes-in-indonesia.aspx>.

„Investment Negative list“ je považováno za značně omezující nařízení, ve kterém ani po poslední revizi a příslibech indonéské vlády nebyla zrušena limitující ustanovení, která jsou v přímém rozporu se závazky Indonésie vůči WTO/GATS.¹¹⁵

4.3.4 Vlastnictví nemovitých věcí zahraničními investory v Indonésii

V důsledku realizace zahraničních investic vzniká potřeba zahraničních investorů vlastnit stavby a pozemky na území Indonésie. Indonéský agrární zákon¹¹⁶ upravující vlastnictví půdy, stanoví, že indonéská půda je darem indonéskému lidu od Boha a je třeba ji chránit jako „národní poklad“.¹¹⁷ Z tohoto důvodu článek 21 stanoví, že pouze indonéští občané mohou být držiteli titulu *hak milik* neboli být plnými vlastníky indonéské půdy. Zahraniční osoby mohou být pouze držiteli následujících práv, a to jen pod podmínkou zřízení právnické osoby podle indonéských právních předpisů, nejčastěji společnosti s ručením omezeným, se sídlem v Indonésii.

- právo obdělávat půdu (*hak gunau saha*) – Zahraniční investor má právo obdělávat státní půdu pro zemědělské účely. Doba trvání práva je maximálně 25 let s možností prodloužení o dalších 35 let. Podmínkou je zápis do katastru nemovitostí u Národní pozemkové agentury (*Badan Pertanahan Nasional/BPN*). Právo kultivace může také sloužit k zajištění pohledávky vůči věřiteli.¹¹⁸
- právo stavby (*hak guna bangunan*) – Investor má právo postavit a vlastnit budovu na cizím pozemku, který nevládní. Doba trvání práva je maximálně 30 let s možností jejího prodloužení o dalších 20 let. Právo může být prodáno, děděno, může s ním být zajištěn úvěr.¹¹⁹
- Právo užívání (*hak pakai*) – Investorovi v tomto případě náleží právo užívání a požívání plodů z pozemku ve vlastnictví státu nebo soukromých subjektů. Nejčastěji je právo *hak pakai* používáno v souvislosti s pozemky určenými ke stavebním nebo zemědělským účelům. K převodu práva je nutné mít místní oprávnění vlády.
- Právo pronájmu pozemku nebo budovy (*Hak Sewa Atas Bangunan*) – Právo pronájmu lze zřídit investorem, pokud má trvalý pobyt na území Indonésie nebo zahraniční

¹¹⁵ Investiční klima, Ministerstvo zahraničních věcí (online),

http://www.mzv.cz/jnp/cz/encyklopedie_statu/asielndonesie/ekonomika/investicni_klima.html.

¹¹⁶ Law of the Republic of Indonesia No. 5/1960 Concerning basic regulations on Agrarian Principles.

¹¹⁷ Agrární zákon tu navazuje na Indonéskou ústavu, která v čl. 33 stanoví, že veškeré přírodní zdroje jsou ve správě státu a slouží k obecnému blahu.

¹¹⁸ Law of the Republic of Indonesia No. 5/1960 Concerning basic regulations on Agrarian Principles.

¹¹⁹ Tamtéž.

společností, pokud má indonéského zástupce, bez nutného založení společnosti podle indonéského práva.¹²⁰

Přesto se u zahraničních investorů můžeme setkat s vůlí vlastnit indonéský pozemek či budovu a z tohoto důvodu se v praxi setkáváme s třemi možnostmi, jak lze Agrární zákon obejít.

- **Koupě pozemku pomocí indonéského zástupce** je běžnou praxí. Vlastnictví pozemku je nutné převést z předchozího vlastníka na indonéského zástupce. Zahraniční investor je chráněn třemi druhy dohod uzavřenými se zástupcem. Jedná se o:
 1. Smlouvu o půjčce, která uvádí, že zahraniční investor půjčil indonéskému zástupci sumu ve výši kupní ceny pozemku.
 2. Neodvolatelnou plnou moc, pomocí které zahraniční investor disponuje s jednotlivými právy k pozemku. Pozemek tak může být investorem prodán, pronajat, zastaven atd.
 3. Dohodu o trvalém užívání pozemku, díky níž má zahraniční investor plné právo pozemek užívat a držet.

Tento způsob „nabytí“ vlastnických práv k pozemku zdá se být nejjednodušším, avšak je s ním spojené velké riziko. Dle vyjádření indonéského ministra pro agrární politiku Ferry Mursyidan Baldana je vlastnictví pozemků v rukou zahraničních osob nepřijatelné a v rozporu s Ústavou. Ministr slíbil zvýšenou kontrolu vlastnických práv k pozemkům a zabavení půdy, pokud se zjistí její nelegální nabytí půdy pomocí indonéského reprezentanta.¹²¹ V tomto případě je nejasné, zda by se na vyvlastnění vztahovala ochrana mezinárodních investic a zda by připadala v úvahu arbitráž s indonéskou vládou. Názory se různí, dle některých znalců práva jde o nelegální nabytí půdy, a v tomto případě by ochrana investic podle mezinárodního práva nebyla aplikovatelná. Na druhé straně je nutno uvést, že se jedná o běžnou praxi, díky níž cizinci nabývají nemovitosti k soukromým i podnikatelským účelům.

Zde by bylo vhodné poznamenat, že ani v oblasti mezinárodních investic nelze přehlížet význam vnitrostátního práva a požadavek legality investice. Ve věci Plama¹²² bylo konstatováno, že aby bylo možné projednat možnost vyvlastnění mezinárodní investice,

¹²⁰ IndoTrade, 'Foreign Ownership Rights Relating to Land in Indonesia', 2003 (online) <http://www.expat.or.id/info/ownershiprights.html>.

¹²¹ Stanley Anthony, 'Foreign Property Ownership Under The Magnifying Glass In Indonesia', 2. dubna 2015, (online), <http://indonesiaexpat.biz/featured/foreign-property-ownership-under-the-magnifying-glass-in-indonesia/>.

¹²² Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24).

je nutné, aby tato investice již existovala a byla v souladu s vnitrostátním právem hostitelského státu. Vnitrostátní právo upravuje vznik a způsob nakládání s investicí, jestliže investice vznikne mimo ten právní rámec a regulaci, jedná se o nelegální investici, která v mezinárodním právu nemá ochrany. Investor se tak nemůže domáhat ochrany vyplývající z dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic, jelikož nebylo nabyto žádného majetku, na který by se ochrana vztahovala. Požadavek legality se liší v jednotlivých BITs v tom, zda je požadavek legality nutný pouze v momentě nabytí majetkové hodnoty, která zakládá investici, nebo zda je legalita nutná po celou dobu investice. Důležité také je, zda je požadavek legality vyjádřen v příslušné BITs explicitně. Pokud ano, představuje nesplnění tohoto kritéria důvod pro zamítnutí jurisdikce. Pokud tento požadavek v příslušné BITs vyjádřen není, jurisdikce je potvrzena, žaloba je však označena za nepřipustnou („*inadmissible*“).

Kritérium zákonnosti je relevantní jak ve sporech na základě ICSID, tak i ve sporech podle jiných pravidel, jelikož požadavek legality investice buď implicitně, nebo explicitně vyplývá z každé bilaterální dohody.

- **Založením společnosti PMA (Penanaman Model Company)** vzniká investorovi právo 30 let provozovat na území Indonésie svoji podnikatelskou činnost s možností prodloužení. K založení je třeba předložit podrobný podnikatelský plán, podnikat v oblasti, kde budou zahraniční znalosti a dovednosti pro Indonésii výhodou, a provést odpovídající vklad v hotovosti na účet banky (částka se liší v závislosti na výši kapitálu společnosti).
- **Prostřednictvím nájemního titulu** může cizinec, který má trvalý pobyt v Indonésii na základě pracovních víz KITAS pronajmout pozemek na 25 let s možností prodloužení. Nejedná se tudíž o vlastnické právo, ale dlouhodobý pronájem (*hak pakai*).¹²³

Dále je třeba zmínit, že v rámci agrárního práva existují dva typy pozemků. Registrovaný pozemek s certifikací je spravován místním pozemkovým úřadem, zatímco neregistrovaný pozemek (*Adat land*) je v komunitním vlastnictví.

4.3.5 Vlastnictví nemovitých věcí zahraničními investory v ČR

Určitou paralelu s omezeným režimem nabytí nemovitých věcí zahraničními investory v Indonésii můžeme najít také v minulosti v českém právním řádu. V dnešní době platí pro zahraniční investory v oblasti nabytí nemovitostí na území ČR v zásadě stejný

¹²³ „Buying costs are very high in Indonesia“, 17. února 2016 (online), dostupné z: <http://www.globalpropertyguide.com/Asia/indonesia/Buying-Guide>.

režim jako pro občany České republiky. Nebylo tomu však tak vždy, novelou č. 206/2011 Sb. devizového zákona č. 219/1995 Sb. byl zrušen § 17, který obsahoval určitá omezení pro cizozemce.¹²⁴ Zrušený § 17 Devizového zákona omezoval nabývání pozemků, tvořících nebo patřících do zemědělského půdního fondu a lesních pozemků, pouze pro cizozemce, kteří buďto disponují českým státním občanstvím anebo průkazem o povolení k pobytu pro státního příslušníka některé členské země v rámci Evropského společenství, vedených v evidenci zemědělských podnikatelů u obecního úřadu obce s rozšířenou působností na území České republiky a s trvalým pobytem v délce minimálně 3 let. Ostatní cizozemci mohli nabývat zemědělské a lesní pozemky pouze děděním, pro diplomatické zastoupení státu za podmínky vzájemnosti, do společného jmění manželů, kde jeden z manželů je českým státním občanem, od příbuzného v přímé řadě, od sourozence, manžela/manželky, výměnou za jiný pozemek na území ČR s cenou nižší než byla cena původního zemědělského pozemku, na základě předkupního práva z titulu podílového spoluvlastnictví, a dále v případě, že je předmětem nabytí pozemek tvořící jeden funkční celek s nemovitou stavbou ve vlastnictví cizozemce anebo v případě, že tak výslovně určí zákon. Ostatní nemovitosti (mimo zemědělských a lesních pozemků) mohli cizozemci nabývat, resp. vlastnické právo k nim pouze taxativně uvedeným způsobem, a to děděním, výměnou za jinou nemovitost na území České republiky s cenou obvyklou, která nebyla vyšší než cena původní nemovitosti, pro diplomatické zastoupení jiného státu za podmínky vzájemnosti, v případě bezpodílového spoluvlastnictví manželů, kde jeden manžel byl cizozemec a druhý tuzemec, v případě předkupního práva z titulu podílového vlastnictví, v případě, že nemovitost byla postavena na pozemku patřícím cizozemci, či stanovil-li tak zvláštní zákon.

Cizozemci, jakožto právnické osoby, mohli nemovité věci na našem území nabývat prostřednictvím založené společnosti podle české právní úpravy, popř. vstupem do založené české společnosti. Od 1. ledna 2002 byl novelou devizového zákona¹²⁵ rozšířen okruh cizozemců o právnické osoby, které umístily podnik či organizační složku podniku v České republice.

Další změna nastala od 1. května 2004 po vstupu České republiky do EU. Nabývání nemovitostí v tomhle ohledu spadá pod oblast volného pohybu kapitálu. Česká republika si však jako součást Smlouvy o přistoupení České republiky k EU vyjednala výjimky. První, pětiletá výjimka se týkala nabývání objektů vedlejšího bydlení (např. rekreační chaty, chalupy,

¹²⁴ Cizozemcem je dle výkladových ustanovení devizového zákona fyzická nebo právnická osoba, která není tuzemcem. Přičemž hlavní kritérium pro rozlišení cizozemce a tuzemce je kritérium trvalého pobytu.

¹²⁵ Zákon č. 482/2001 Sb.

pozemky sloužící k jejich výstavbě apod.), druhá, sedmiletá výjimka se týkala zemědělských a lesních pozemků.

Poslední změna devizového zákona z roku 2011 reflektuje již zmíněné sedmileté období, které platilo pro nabytí zemědělských a lesních pozemků. Nutnost zrušení § 17 vyplývá České republice ze závazku členství v EU, resp. z článku 63 Smlouvy o fungování Evropské unie, který zakazuje všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými zeměmi a mezi členskými zeměmi a třetími zeměmi. Svým vstupem do EU se Česká republika zavázala dodržovat unijní právo a harmonizovat vnitrostátní úpravu s evropským právem, a tak s účinností od 19. července 2011 je pro všechny cizozemce (fyzické i právnické osoby) možné nabývat jakékoliv nemovitosti včetně zemědělských a lesních pozemky na území ČR. Cizozemci tak už nemusí zřizovat obchodní společnost z důvodu legálního nabytí nemovité věci, jak bývalo v praxi časté, a tudíž je Česká republika z pohledu zahraničního investora zemí bez překážek v oblasti nabývání nemovitostí.

4.4 Podnikání v Indonésii

Se zahraničními investicemi v Indonésii je spojeno i založení společnosti, nejčastěji typu společnosti s ručením omezeným. Následující tři příklady společností lze považovat za nejpoužívanější.

4.4.1 PT PMA

Většina investorů podnikajících na území Indonésie se rozhodne pro založení společnosti s ručením omezeným PT *PMA* (*Penanaman Modal Asing*), která může být ze 100% vlastněna zahraniční osobou, což investorovi zaručuje plnou kontrolu nad řízením společnosti. Zahraniční investor tedy nemusí spoléhat na nejistou dohodu a spolupráci s indonéským partnerem. Existují však některá odvětví, která v případě zahraničních investic a podnikání vyžadují indonéského partnera, který ve společnosti vlastní určitý podíl (ten se různí dle daného odvětví)¹²⁶. Náležitosti vzniku, stejně jako fungování společnosti jsou upraveny v zákoně obchodních společností č. 40/2007¹²⁷. Společnost musí mít předmět podnikání, který není v rozporu se zákonnými předpisy, veřejným pořádkem a dobrými mravy. Společníci nejsou osobně odpovědní za podepsané dohody jménem společnosti a neručí za ztráty společnosti přesahující jejich podíl. Společnost musí být založena na základě notářského zápisu

¹²⁶ Presidential Decree No. 39/2014, Negative Investment List.

¹²⁷ Company Law of the Republic of Indonesia No. 40/2007.

v indonéském jazyce nejméně dvěma společníky.¹²⁸ BKPM vydala nařízení¹²⁹, ve kterém jsou vyjmenovány požadavky k úspěšnému registračnímu postupu. Ten určí, že Investoři musí investovat 1 milion USD v rámci svého podnikatelského plánu, z něhož musí být minimálně 25% splaceno. Kapitál může být upsán jak hotovými penězi, tak hmotným majetkem. Jestliže společnost není schopná investovat více než 1 milion USD, není pro ni možné získat oprávnění k podnikání v podobě trvalé licence, dovozní licence anebo jiné licence, která se týká odvětví společnosti. Výhodou společnosti PT PMA je rychlý proces vzniku, udělení licence a povolení k podnikání, minimální organizační struktura a možnost sponzoringu zahraničních zaměstnanců. Za nevýhodu můžeme označit povinnost vypracovávat daňové zprávy za každý měsíc a zprávy o průběhu podnikání BKPM za každé tři měsíce, takže BKPM může kontrolovat proces vývoje společnosti.¹³⁰

4.4.2 PT PMDN

Některé oblasti podnikání jsou na základě Negativního listu zahraničním investorům úplně uzavřeny. V tomto případě není jiná možnost, než si založit *Local PT company (Perseroan Terbatas)*, která je 100% vlastněna dvěma indonéskými společníky, kteří jsou zodpovědní do výše svého vkladu, avšak zahraniční investor má nad společností kontrolu. Výhodou tohoto typu společnosti může být rychlé a snadné zvýšení kapitálu, efektivní možnost výměny vedení společnosti na základě rozhodnutí valné hromady a nižší kapitál, který musí být splacen. V případě malé společnosti se jedná o 600 milionů IDR, u společnosti střední velikosti je třeba kapitál ve výši 600 milionů - 10 bilionů IDR a v případě velké společnosti více než 10 bilionů IDR. Mezi nevýhody patří zdanění dividend, složitější proces založení a likvidace společnosti a také potřeba sepsání spolehlivé tzv. *nominee agreement*, na základě které zahraniční investor ve svých rukách soustřeďuje veškeré vedení společnosti, a tím je mu zaručena její kontrola.

4.4.3 KPPA

Třetí nejčastější možností v případě podnikání zahraničního investora na území Indonésie je založení tzv. *representative office* již založené zahraniční společnosti na území Indonésie. Činnost zastupující kanceláře je omezená, zpravidla jen dohlíží, koordinuje a stará se o zájmy domácí společnosti v Indonésii. Vznik *representative office* je obvykle

¹²⁸ Company Law of the Republic of Indonesia No. 40/2007.

¹²⁹ BKPM Regulation No. 5/2013.

¹³⁰ Company Law of the Republic of Indonesia No. 40/2007.

prvním krokem zahraničních investorů při budování svého podnikání v Indonésii a slouží zpravidla k posouzení obchodovatelnosti a vhodnosti produktu na indonéském trhu. Následně, po pozitivních výsledcích posouzení, zahraniční investor zpravidla přistupuje k založení společnosti, ať už se jedná o model společnosti PT PMDN nebo PT PMA.¹³¹

5. Řešení sporů z mezinárodních investic

Dle nauky tradičního mezinárodního práva neměli v minulosti investoři, jakožto soukromé subjekty, přímý přístup k mezinárodním opravným prostředkům a k podání žaloby proti cizímu státu z důvodu porušení jejich práva. Mezinárodní právo veřejné fyzickým a právnickým osobám až na výjimky mezinárodní subjektivitu nepřiznává, a tak byl spor ve většině případů řešen na základě diplomatické ochrany, kterou investorům zajišťuje jejich domovský stát. Řešení sporu tak probíhalo mezi dvěma státy, jakožto subjekty mezinárodního práva veřejného.¹³² Aplikace diplomatické ochrany však není povinností státu, ale pouze jeho právem a záleží na diskreční pravomoci vlády, která je často ovlivněna ekonomickým a politickým kontextem. Domovský stát tak může poskytnutí diplomatické ochrany odmítnout, přerušit nebo se jí vzdát. Další podmínkou pro použití diplomatické ochrany je vyčerpání všech vnitrostátních opravných prostředků (ať už soudních nebo správních) a státní příslušnost domovského státu poškozené osoby. Dle ustálené mezinárodní judikatury¹³³ lze poznamenat, že pokud dojde k jakékoliv změně státní příslušnosti poškozené osoby, platí pravidlo, že diplomatickou ochranu lze realizovat, jestliže existovala v okamžiku vzniku škody a v okamžiku uplatnění nároku. V případě dvojího občanství nelze uplatňovat diplomatickou ochranu proti státu, který poškozenou osobu považuje také za svého státního příslušníka.¹³⁴ U fyzických i právnických osob platí další podmínka nezbytného užšího vztahu k domovskému státu.¹³⁵

Jak již bylo zmíněno, diplomatická ochrana není povinností, ale právem státu a záleží jen na jeho výlučné rozhodovací pravomoci, zda toto právo uplatní či nikoliv. Stát pak má k dispozici několik prostředků, jimiž může být diplomatická ochrana vykonávána. Za základní metodu lze považovat vyjednávání, v případě neúspěchu je pak přistoupeno k postoupení věci

¹³¹ Pandu Biasramadhan, Angela Putri Adiati, 'Comparison of foreign-owned company, local company and representative office in Indonesia' 9 February 2015, (online), <http://www.cekindo.com/comparison-of-foreign-owned-company-local-company-and-representative-office-in-indonesia.html>.

¹³² Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, s. 211.

¹³³ Rozsudek Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti ze dne 1. 11. 1923 ve věci Lusitania Cases (USA v. Germany).

¹³⁴ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 105.

¹³⁵ Jedná se o tzv. genuine link. K tomuto vztahu více viz rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora z roku 1955 ve věci Nottebohm.

některé mezinárodní soudní instituci, k zahájení arbitráže či dokonce i k užití tzv. odvetných opatření.¹³⁶ V každém případě, právní jistota investorů je tímto velice omezena, jelikož nemají nad procesem řešení sporů žádnou kontrolu.¹³⁷

Po druhé světové válce institut diplomatické ochrany ztrácí na svém významu a je vystřídán tzv. transnacionální arbitráží mezi státem a zahraničními investory podle Washingtonské úmluvy z roku 1965. Státy, které jsou signatáři úmluvy, se na základě čl. 27 odst. 1 zavázaly své spory řešit prostřednictvím Střediska pro řešení sporů z investic (ICSID), a přislíbily, že nebudou svým příslušníkům poskytovat diplomatickou ochranu v případě, kdy se státy dohodly předložit spor arbitráži.¹³⁸ Pro investory se tak nabízí rychlejší a efektivnější cesta k řešení svých sporů prostřednictvím mezinárodní arbitráže, která se bude odehrávat na neutrální půdě mezinárodní instituce.

V dnešní době je ochrana mezinárodních investic upravována především v dvoustranných dohodách o podpoře a ochraně investic. Ty zpravidla poskytují dva typy doložek o řešení sporů. Vedle klasické doložky, která upravuje řešení sporů mezi smluvními státy o výklad dohody, je součástí BITs i arbitrážní doložka nabízející možnost řešení sporů mezi investory a státem. Tyto doložky typicky k urovnání sporů použijí diplomatických prostředků a v případě neúspěchu je věc postoupena rozhodčímu soudu ad hoc.¹³⁹

5.1 Řešení sporů mezi investory a státy

5.1.1 Role vnitrostátních soudů

Mezinárodní spory mezi investorem a státem jsou v případě absence jakékoliv dohody tradičně řešeny pomocí vnitrostátního soudu hostitelského státu, ve kterém byla investice prováděna, a tudíž má k tomuto státu nejbližší vztah. Na rozdíl od výhodného postavení hostitelského státu je postavení investora v případném sporu nezáviděníhodné. Vnitrostátní soudy hostitelského státu nejsou v případě řešení sporů z mezinárodních investic často objektivní a nestranné. Lze také předpokládat, že vnitrostátní soudy neoplývají dostatečnou odbornou znalostí ve srovnání se specializovanými mezinárodními institucemi, které jsou v oblasti mezinárodního investičního práva nezbytné. Vnitrostátní soud je také často vázán vnitrostátním právem, které je povinen použít, i přestože je to v rozporu s předpisy

¹³⁶ Dolzer, R; Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008. s. 211.

¹³⁷ Tamtéž, s. 212.

¹³⁸ Šturma, P., Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů. 2. vydání. Praha: Linde, 2008, s. 110.

¹³⁹ Tamtéž, s. 111.

mezinárodního práva, které zajišťují investorovu ochranu.¹⁴⁰ Právě z důvodu nevýhodnosti pro zahraničního investora, bývá způsob řešení případných sporů doplněn o další možnosti, z kterých si investor může vybírat.¹⁴¹

5.1.2 Smírčí řízení

Alternativu mezinárodního řešení sporů z investic nabízí smírčí řízení, které je považováno za flexibilní a neformální. Řízení probíhá před smírčím orgánem, který napomáhá stranám sporu s objasněním sporných záležitostí a k dosažení dohody. Výsledkem řízení je zpráva pro strany nezávazná, která předkládá řešení konkrétního sporu, avšak konečné rozhodnutí je ponecháno na uvážení smluvních stran. Smírčí řízení je upraveno v ustanoveních Washingtonské úmluvy¹⁴² jako alternativa k řízení arbitrážnímu. Obě tato řízení mají dle úmluvy rovnocenné postavení. Jestliže strany ve svých dvoustranných dohodách odkazují na jurisdikci ICSID, je možné konat jak arbitrážní, tak smírčí řízení. Ve věci SPP v. Egypt¹⁴³ bylo judikováno, že není třeba uvádět, zda se souhlas k řešení sporu na půdě Střediska týká arbitrážního nebo smírčího řízení. Strana sporu, která žalobu podává, se může rozhodnout až při předložení sporu Středisku. Z rozhodovací praxe Střediska si můžeme povšimnout, že smírčí řízení je spíše vedlejším prostředkem řešení sporů a že dominantní postavení zaujímá arbitráž.¹⁴⁴

5.1.3 Arbitráž

Arbitráž je považována za nejefektivnější a nejčastější prostředek ochrany mezi investorem a hostitelským státem. Investorovi je nabídnut na rozdíl od diplomatické ochrany přímý přístup k ochraně svých investic, hostitelskému státu je zase díky arbitrážnímu mechanismu řešení sporů umožněno lákat zahraniční investory na příznivé investiční klima, ve kterém má investor přímou kontrolu nad ochranou svých investic. V porovnání se smírčím řízením se jedná o formálnější proces rozhodování, jelikož výstupním nástrojem je rozhodnutí,

¹⁴⁰ Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, s. 214

¹⁴¹ Bělohávek, A. J. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. Právní rozhledy. 2006, roč. 14, č. 2, str. 55-60.

¹⁴² Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 28-35.

¹⁴³ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3).

¹⁴⁴ ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes. The ICSID Caseload Statistics, January 2016, (online),

[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf)

kteří je pro strany sporu finální a závazné. Další výhodou je odbornost rozhodců, kteří jsou vybíráni stranami sporu, z oblasti investičního práva.

V mezinárodním právu rozeznáváme dva druhy arbitráží. Za prvé se jedná o ad hoc arbitráže, které vznikají až v případě vzniku sporu, a to pouze pro jeden případ. Tato varianta předpokládá sepsání arbitrážní smlouvy, ve které se strany dohodnou na způsobu volby rozhodců, rozhodčího práva, místa konání arbitráže a dalších procesních otázek. Pokud se strany sporu na těchto esenciálních věcech nedohodnou, je možné použít vzorová pravidla vypracovaná odbornými institucemi. Mezi taková pravidla patří Rozhodčí pravidla UNCITRAL neboli Komise pro mezinárodní obchodní právo (*UN Commission on International Trade Law*), která byla schválena Valnou hromadou OSN dne 15. prosince 1976 v New Yorku. Pravidla vytváří ucelený právní rámec, který slibuje usnadnění fungování mezinárodního obchodu a investic. V roce 2010 byla pravidla revidována a tak reflektují změny, ke kterým od roku 1976 došlo.

Dalším typem arbitrážního řízení je arbitráž institucionální, která je vykonávána specializovanými institucemi trvalého charakteru. V dnešní době existuje několik institucí, které poskytují ochranu v oblasti mezinárodních investic. Známe tzv. soukromé arbitrážní instituce, které vedle klasických obchodních arbitráží řeší vzniklé investiční spory v rámci smíšeného arbitrážního řízení.¹⁴⁵ Mezi tyto instituce patří Mezinárodní obchodní komora a při ní zřízený Mezinárodní arbitrážní soud, Rozhodčí institut při Obchodní komoře ve Švédsku, Londýnský soud pro mezinárodní arbitráž, Regionální arbitrážní centra v Káhiře, Kuala Lumpur a Hong Kongu a Čínská mezinárodní ekonomická a obchodní arbitrážní komise.

Řízení před těmito arbitrážními institucemi se řídí zpravidla interními řády anebo pravidly UNCITRAL. Stranám sporu je umožněno si vybrat rozhodce a rozhodné právo. Strany sporu si mohou také zvolit složení tribunálu a aplikovatelné právo. Rozhodnutí o některých dalších otázkách, jako například o kompetencích tribunálu či volbě procesních pravidel, pak patří vlastnímu tribunálu, pokud tak ovšem neučinily samy strany.¹⁴⁶

5.2 Mezinárodní Středisko pro řešení sporů

Za nejvýznamnější instituci řešící mezinárodní spory z investic je však bezesporu Mezinárodní středisko pro řešení sporů z investic, tzv. ICSID (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), které bylo zřízeno Washingtonskou úmluvou v roce 1966. Specifikum Střediska spočívá v tom, že řeší jen typ smíšené arbitráže, tj. mezinárodní spor

¹⁴⁵ Arbitrážní spory mezi investorem jednoho státu a druhým státem

¹⁴⁶ Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, s. 226.

v oblasti investic, který vzniká mezi investorem na jedné straně a hostitelským státem na straně druhé. Dále vytváří tzv. *self-contained* systém, který vylučuje použití kompetence vnitrostátních soudů jakkoliv zasahovat do přijímaných rozhodnutí, rušit je nebo přezkoumávat.¹⁴⁷ Tím je nastavena absolutní nezávislost Střediska ať už na vnitrostátním právu hostitelského státu investice, tak na jakémkoliv jiném vnitrostátním řádu. Rozhodnutí jsou konečná a závazná pro strany sporu. Přezkum je možný jen, co se týče vad řízení, nikoliv věcné správnosti. V oblasti vynucování svých rozhodnutí obsahuje Washingtonská úmluva speciální úpravu, čímž vylučuje použití Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z roku 1958. Newyorská úmluva se tedy použije pouze v případech, které nejsou upraveny pro ICSID.¹⁴⁸

Mezinárodní středisko pro řešení sporů je používáno zejména státy, které podepsaly Washingtonskou úmluvu, nemusí to však být pravidlem. Díky mechanismu tzv. *Additional Facility* je možné, aby se kompetence Střediska dovolala strana sporu, která není signatářem úmluvy, či soukromá osoba, která není občanem státu, který je signatářem úmluvy. Na tento zvláštní typ řízení se nepoužijí ustanovení Washingtonské úmluvy, ale pouze tzv. Dodatková pravidla, *Additional Facility Rules*. Těmi nejsou upraveny všechny oblasti, kterými se zabývá Washingtonská úmluva, a v praxi to například znamená, že na rozhodnutí učiněná v rámci pravidel *Additional Facility* se nepoužijí ustanovení o uznání a výkonu rozhodnutí a aplikuje se obecná úprava mezinárodního práva.¹⁴⁹

5.2.1 Arbitrážní mechanismus

Ačkoliv stěžejní úpravu mechanismu arbitráže nalezneme ve Washingtonské úmluvě a Pravidlech rozhodčího řízení z roku 2012¹⁵⁰, je možné, aby se strany sporu na podmínkách a pravidlech řízení dohodly mezi sebou, a tím nastavily pravidla odlišná. Obecně však lze říci, že řízení je zahájeno na základě písemné žádosti jedné ze stran sporu, adresované generálnímu tajemníkovi.¹⁵¹ Ten ještě před její registrací přezkoumá, zda je v daném případě ICSID kompetentní spor řešit. Jedná se o tzv. *screening power*, pravomoc generálního tajemníka žádost odmítnout pokud se „jednoznačně netýká soudní pravomoci“¹⁵² Jedná se o nesplnění

¹⁴⁷ Tamtéž, s. 223.

¹⁴⁸ Bělohávek, A. J. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. Právní rozhledy. 2006, roč. 14, č. 2, s. 60.

¹⁴⁹ Dolzer, R. Schreuer, Ch. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, s. 225.

¹⁵⁰ Ty slouží jako jednací řád při příslušných řízeních vykonávaných rozhodčími soudy zaštitěnými ICSIDem v případech, že se strany nedohodly jinak.

¹⁵¹ Generální tajemník je společně se svými zástupci členem Sekretariátu, který je volen Správní radou.

¹⁵² Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 36.

formálních požadavků, a to zejména o podmínku souhlasu stranami sporu s kompetencí Střediska spor řešit.¹⁵³ Dále je zkoumána státní příslušnost investora, tedy požadavek zda je stát, jehož je příslušníkem, signatářem Washingtonské úmluvy. Podobně se tento vztah zkoumá u státu, proti kterému se řízení bude vést. Nejde tedy v žádném případě o přezkoumání věcné správnosti. Tato pravomoc by rozhodně neměla zasahovat do pravomoci Střediska, které může i po zaregistrování přijmout rozhodnutí, že spor nepatří do jeho kompetence. Pokud byla žádost odmítnuta, přezkum není možný, ale žádost může být podána znovu.

Po registraci žádosti se neprodleně přistoupí k sestavení rozhodčího soudu. Ten se může na základě dohody stran skládat buď z jednoho rozhodce, nebo z jiného lichého počtu rozhodců. Pokud se strany sporu nedohodnou na počtu rozhodců, platí, že se rozhodčí soud bude skládat ze tří rozhodců, přičemž každá strana jmenuje jednoho rozhodce a třetí rozhodce je jmenován na základě dohody stran.¹⁵⁴ Strany sporu nejsou vázány Seznamem rozhodců vedeným u Střediska¹⁵⁵ a mohou za rozhodce navrhnout i osobu, která v tomto seznamu není. Nutnou podmínkou je však soulad osoby s požadavky v čl. 14 Washingtonské Úmluvy. Mělo by se jednat o osoby „vysokých morálních kvalit a uznávaných odborností v oblastech práva, obchodu, průmyslu nebo financí, na něž je spolehnouti, že budou vydávat nezávislá rozhodnutí.“ Odborné právnické vzdělání není podmínkou, ale má „zvláštní význam“¹⁵⁶.

Pokud není rozhodčí soud sestaven ani po uběhnutí devadesátidenní lhůty od registrace, jsou rozhodci jmenováni předsedou Správní rady na žádost jedné ze stran sporu, a to pokud možno po poradě s oběma stranami.¹⁵⁷ Těto možnosti je často využíváno, pokud strany sporu nejsou schopny dojít ke konsensu ve věci třetího rozhodce – předsedy rozhodčího soudu či pokud strana sporu ani přes vynaložení veškeré snahy není schopna navrhnout svého rozhodce.¹⁵⁸ Uplynutím lhůty však automaticky nevzniká právo předsedovi Správní rady jmenovat tři rozhodce, toto právo mu vzniká až na základě žádosti jednou ze stran sporu.¹⁵⁹

¹⁵³ Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 36.

¹⁵⁴ Tamtéž, čl. 37

¹⁵⁵ ICSID vede Seznam rozhodců, do kterého každý smluvní stát Washingtonské úmluvy může jmenovat rozhodce čtyři osoby nezávisle na jejich státní příslušnosti.

¹⁵⁶ Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 14.

¹⁵⁷ Tamtéž, čl. 38.

¹⁵⁸ Schreuer, Ch. H. *The ICSID Convention. A Commentary. 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. s. 491.

¹⁵⁹ Tamtéž, s. 492.

Řízení je ukončeno vydání rozhodčího nálezů, který nelze uveřejnit bez souhlasu stran¹⁶⁰, čímž je navázáno na neveřejné jednání. Po věcné stránce se jedná o rozhodnutí konečné, proti němuž nelze - až na výjimky stanovené ve Washingtonské úmluvě - podat odvolání nebo jiný opravný prostředek za účelem jeho změny nebo zrušení a strany jsou jím vázány.¹⁶¹ Úmluva od státu vyžaduje, aby rozhodčí nález uznal za závazný, a ukládá mu povinnost splnění peněžních závazků tak, jako by se jednalo o rozhodnutí vnitrostátního soudu daného státu.¹⁶²

5.3 Arbitráž v Indonésii

Dohody o případném arbitrážním řešení sporu jsou častou součástí mezinárodních obchodních smluv. Zahraniční investor se tak elegantně vyhne soudnímu řízení v Indonésii, které se potýká s několika nedostatky. Indonéští soudci nejsou zpravidla obeznámeni se složitými investičními transakcemi s mezinárodním rozměrem. Zahraniční investor se navíc nemůže nechat zastupovat právníkem své národnosti, ale musí obligatorně využít služeb místních právníků. Další nevýhodou je fakt, že všechny předkládané dokumenty musí být v indonéském jazyce, což obnáší značnou administrativní zátěž v podobě překladu a tlumočení. Indonéské strany sporu obvykle vybírají k řešení sporu arbitráž institucionální, jelikož v zemi panuje mylný dojem, že rozhodčí řízení musí probíhat pod správou instituce.

Stěžejním právním předpisem v oblasti mezinárodní i domácí obchodní arbitráže je zákon č. 30/1999 o rozhodčím řízení a alternativním řešení sporů (dále jen Arbitrážní zákon), který byl schválen vládou a vyhlášen dne 12. srpna 1999 jako první svého druhu. Arbitrážní zákon nevychází z modelu UNCITRAL, ale ze zásad svého předchůdce, dříve platného nizozemského občanského soudního řádu z roku 1849¹⁶³, který byl ve své účinnosti od dob holandské kolonizace Indonésie. Arbitrážní zákon se vztahuje na všechna rozhodčí řízení vedená na území Indonéské republiky, pokud se strany sporu nedohodly na jiném právu nebo rozhodčích pravidlech. Arbitrážní zákon lze dle potřeby doplnit aplikací Pravidel rozhodčího řízení indonéského rozhodčího orgánu (dále jen rozhodčí pravidla BANI).¹⁶⁴ Zákon obsahuje ustanovení o uznání a výkonu mezinárodních rozhodčích nálezů, které v předchozí legislativě

¹⁶⁰ Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 48.

¹⁶¹ Tamtéž, čl. 53.

¹⁶² Tamtéž, čl. 54.

¹⁶³ Konkrétně z ustanovení 615–651.

¹⁶⁴ BANI Arbitration centre, (online), <http://www.baniarbitration.org/procedures.php>.

chyběly. Indonéské právo je tak v souladu s Newyorskou úmluvou o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, jejímž signatářem je od roku 1981.¹⁶⁵

Arbitrážní dohoda musí mít obligatorně písemnou formu a být v souladu s obecnými požadavky platné smlouvy, které jsou obsaženy v občanském zákoníku.¹⁶⁶ Tyto požadavky zahrnují např. svéprávnost a svobodný souhlas kontrahujících stran, jasné vymezení povinností stran, účel smlouvy atd. V případě arbitrážní dohody sepsané až po vzniku sporu, je zapotřebí forma notářského zápisu, strany musí vymezit podstatu sporu, identifikovat sebe a navržené rozhodce a časový rámec budoucí arbitráže.¹⁶⁷ Nedodržením těchto požadavků by dohoda pozbyla platnosti.

Dohoda může mít podobu rozhodčí doložky, která stanoví závazné arbitrážní řízení pro všechny v budoucnu vzniklé spory anebo podobu smlouvy o rozhodci sepsané následně, po vzniku sporu. Dále musí dohoda specifikovat rozhodčí pravidla, na základě kterých bude řízení vedeno, procesní jazyk, místo řízení a zda bude rozhodováno na základě práva či principech spravedlnosti a vhodnosti (*ex aequo et bono*). Vnitrostátní soudy nemají pravomoc rozhodovat spory, ve kterých jsou strany vázány dohodou o rozhodčím řízení a jsou povinny věc odmítnout.¹⁶⁸ Spor je možné řešit cestou arbitráže pouze, pokud je komerční povahy (oblast obchodu, bankovníctví, kapitálových investic, průmyslového vlastnictví). Arbitráž není přípustná ve věci, která nemůže být vyřešena v soukromoprávním sporu a kde je zapotřebí státní intervence.¹⁶⁹ Jedná se např. o záležitosti korupce, rozvodu, adopce a trestního práva. Ze zákona implicitně vyplývá,¹⁷⁰ že pouze arbitrážní tribunál má pravomoc rozhodovat o své jurisdikci rozhodovat daný spor.

Strany sporu si mohou dispozitivně jako rozhodné právo vybrat jakékoliv právo zahraničního státu, přičemž zde neplatí žádný požadavek spojitosti ke stranám sporu nebo ke sporu jako takovému. Dále si v arbitrážním řízení ad hoc mohou strany sporu tradičně vybrat buď jednoho rozhodce anebo dva, kteří následně jmenují třetího.¹⁷¹ Stranám sporu však není bráněno si rozhodce vybrat i jiným způsobem, musí však splňovat určité podmínky. Minimální kvalifikace rozhodců v ad hoc řízení sestává z plné svéprávnosti, věku nejméně 35 let, vyloučen je jakýkoliv příbuzenský vztah se spornými stranami a finanční nebo jiný zájem na výsledku

¹⁶⁵ Indonésie ratifikovala Newyorskou úmluvu prezidentským dekretem č. 34/1981.

¹⁶⁶ Indonesian Civil Code no. 39/1847, čl. 1320 a násl.

¹⁶⁷ Law of the Republic of Indonesia, No. 30/1999 Concerning on Arbitration and Alternative, čl. 4 odst. 2, čl. 9 odst. 1, 2.

¹⁶⁸ Tamtéž, čl. 3 a 11.

¹⁶⁹ Tamtéž, čl. 5.

¹⁷⁰ Tamtéž, čl. 3 a 11.

¹⁷¹ Tamtéž, čl. 14 a 15.

sporu, nutná je alespoň 15letá zkušenost v oboru a aktivita v něm.¹⁷² Soudcům, státním zástupcům, úředníkům soudního dvora a dalším úředníkům zaměstnaným v justici, je zakázáno působit jako rozhodce.¹⁷³ V případě, že se strany sporu neshodnou na výběru rozhodců, bude tribunál ustaven na základě rozhodnutí předsedy okresního soudu.

Výstupem rozhodčího řízení je rozhodčí nález, který musí být odůvodněný a v psané formě.¹⁷⁴ Rozhodčí nález má stejné účinky jako pravomocné rozhodnutí soudu. Vnitrostátní soud může do arbitrážního řízení zasáhnout až po vydání rozhodčího nálezu, a to jen ve dvou případech. V prvním případě se jedná o návrh na zrušení nálezu. Lhůta k tomuto podání činí 30 dní ode dne, kdy byl vydán. Arbitrážní zákon poskytuje jen omezený počet důvodů a striktní procesní pravidla vedoucí ke zrušení rozhodčího nálezu.¹⁷⁵ Důvodem může být např. falešný nebo padělaný předložený důkaz, důkaz, který byl záměrně ukrytý stranou sporu a k jeho nálezu došlo až po rozhodčím řízení anebo je návrh na zrušení nálezu možný v případě, kdy byl nález vydán v důsledku podvodu spáchaného jednou ze sporných stran. Proti rozhodčímu nálezu se nelze odvolat, je to jasné z dikce ustanovení čl. 60, který stanoví, že rozhodčí nález je pro strany sporu závazný a konečný. Druhým případem, kdy soud může do řízení zasáhnout, je situace výkonu rozhodčího nálezu. Strana, která spor vyhrála, může požádat o vydání doložky vykonatelnosti okresní soud v Jakartě. Po vydání je doložka zaslána na okresní soud, který je příslušný k výkonu rozhodčího nálezu. Existuje několik důvodů k zamítnutí výkonu rozhodčího nálezu. Jedná se o situace, kdy povaha sporu a rozhodčí dohody nesplňují požadavky vymezené v Arbitrážním zákoně, kdy je rozhodčí nález v rozporu s veřejnou morálkou a pořádkem.¹⁷⁶ Na rozdíl od pravidel modelu UNCITRAL, indonéský arbitrážní zákon neupravuje postup související s výkonem rozhodčího nálezu.

5.4 Spory mezi investory a Indonéskou republikou rozhodované ICSID

5.4.1 Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia

Tento rozhodčí nález vydaný Mezinárodním střediskem pro řešení sporů z investic řeší řadu důležitých otázek mezinárodního investičního práva (investičními spory, investici jako takovou, dvoustranné smlouvy a mezinárodní ochranu investic). Případ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (dále je Amco v Indonesia) se zabýval sporným zabráním

¹⁷² Law of the Republic of Indonesia, No. 30/1999 Concerning on Arbitration and Alternative, čl. 12 odst. 1.

¹⁷³ Tamtéž, čl. 12 odst. 2.

¹⁷⁴ Další náležitosti jsou vymezeny v čl. 54.

¹⁷⁵ Tamtéž, čl. 70.

¹⁷⁶ Tamtéž, čl. 4, 5, 62 odst. 2.

hotelu, obchodu a kancelářského komplexu zahraničního investora jeho indonéským obchodním partnerem za asistence ozbrojeného vojenského a policejního doprovodu. Zahraničnímu investorovi byla dále správními orgány zrušena investiční licence z důvodu údajného porušení povinností. Následné soudní řízení jen potvrdilo obecnou zákonnost provedených aktů indonéských úřadů jako celku. Investorem byla z tohoto důvodu zahájena arbitráž u ICSID na základě rozhodčí doložky obsažené v investiční licenci. Spor Amco v. Indonesia je, jak již bylo řečeno, důležitý, neboť se při jeho řešení Středisko zabývalo důležitými aspekty mezinárodního investičního práva, řešena byla otázka rozhodného práva, principů mezinárodního práva týkající se vyvlastnění, odpovědnosti hostitelského státu za škody způsobené zahraničnímu investorovi, odepření spravedlnosti, právní povahy investiční licence a v neposlední řadě otázka náhrady škody v případě porušení povinností. První nálezný vydaný v této věci by částečně zrušen ad hoc zrušujícím výborem (*ad hoc Annulment Committee*) v souladu s čl. 52 Washingtonské úmluvy.¹⁷⁷ Věc tedy byla rozhodnuta až druhým rozhodčím nálezem ve věci. Návrh na zrušení druhého nálezu již neuspěl.

Společnost Amco Asie se sídlem v americkém státě Delaware, uzavřela v roce 1968 smlouvu o pronájmu a vedení (*management agreement*) týkající se výstavby hotelu a administrativní budovy vlastněné indonéskou společností PT Wisma Kartika (dále jen PT Wisma). Všechny akcie společnosti PT Wisma vlastnil Inkopad, spolupracující s Indonéskou armádou. Společnosti PT Wisma a Amco Asie dále uzavřely dohodu o rozdělení zisku. Na základě investičního zákona bylo společnosti Amco Asia přiznáno povolení k příslušné podnikatelské činnosti na území Indonésie a byla založena společnost PT Amco Indonesia (dále jen PT Amco) jako právnická osoba zřízená podle Indonéského práva, se sídlem v Indonésii. Všechna práva společnosti Amco Asia vyplývající ze smluv o nájmu a vedení hotelového komplexu byla převedena na společnost PT Amco. Dále byly uzavřeny společností PT Amco dvě další smlouvy o podnájmu.

V letech 1979-1980 docházelo k řadě neshod mezi společnostmi PT Amco a PT Wisma, které se týkaly především rozdělení zisku a uhrazených splátek. Společnost PT Wisma informovala svého obchodního partnera s upozorněním, že pokud jí nebude nárokovaná částka splacena do 30. března 1980, bude společnost PT Amco v prodlení a smlouva o spolupráci bude považována za neplatnou. Společnost PT Wisma, jakožto právoplatný vlastník, též pohrozila převzetím vedení hotelu.

¹⁷⁷ Jednalo se o druhé zrušení nálezu v rámci rozhodovací praxe ICSID. Dříve byl nálezný zrušen v případě Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais.

Jelikož ani po platebním avízu společnosti PT Wisma nebyly finanční prostředky PT Amco vyplaceny, společnost PT Wisma převzala dne 31. března 1980 kontrolu nad celým hotelem za pomoci Indonéské armády. Kromě toho společnost PT Wisma nahlásila Indonéské investiční koordinační radě (*Indonesian Capital Investment Co-ordinating Board*) údajné nedostatky zahraničního kapitálu společnosti PT Amco k investování a nesplnění daňových povinností, což následně vedlo ke zrušení investičního povolení společnosti PT Amco.

Společnost Amco Asia podala návrh na arbitrážní řízení u Střediska z důvodu nelegálního zabrání hotelového komplexu a předčasného zrušení investiční licence. Indonéská republika na straně žalovaného popřela nelegálnost zabavení hotelu a zrušení investiční licence, což zdůvodnila nedostatečným základním kapitálem společnosti a neplněním daňové povinnosti.

První arbitrážní rozhodnutí (Amco I) sestávalo ze dvou samostatných částí. Za prvé Středisko posuzovalo legálnost vyvlastnění a za druhé otázku legálnosti odnětí investiční licence. V nálezů bylo zdůrazněno, že k vyvlastnění dochází nejenom, když hostitelský stát zabaví soukromý majetek investora, ale také když hostitelský stát neposkytne ochranu investora pomocí vnitrostátního soudu a mlčky *de facto* umožňuje zabavení soukromého majetku investora.¹⁷⁸ Dále bylo zmíněno, že sice zabavení majetku nelze přičítat Indonéské republice, stejně tak jako ostatní jednání společnosti PT Wisma, kdy jednala v nezákonné svépomoci, nicméně Indonésii je v této věci vytýkáno, že neposkytla zahraničnímu investorovi nezbytnou pomoc a nezajistila jeho dostatečnou ochranu.

Co se týče druhého tvrzení, v nálezů byla řečeno, že následky neoprávněného zrušení licence jsou stejné, jako ty, které vyplývají při porušení smlouvy. V závěru bylo řečeno, že ani dohody o podnájmu a údajné nedostatečné množství investovaného zahraničního kapitálu uvedené v žádosti pro udělení licence, nejsou dostatečnými a podstatnými důvody ke zrušení licence. Společnost PT Amco nebyla předem upozorněna a nebyla jí dána příležitost k nápravě údajného porušení. Tím, že licence byla zrušena bez řádného soudního procesu a bezdůvodně, Indonéská republika porušila závazky mezinárodního práva. A z tohoto důvodu by Indonésie na straně žalovaného měla nést důsledky své odpovědnosti za škodu.

Ve výpočtech náhrady škody se vycházelo z toho, že indonéské právo, stejně jako všechny další systémy občanského práva používají při náhradě škody doktrínu skutečné škody (*damnum emergens*) a ušlého zisku (*lucrum cessans*). Náhradu škody je tedy třeba stanovit pomocí současné hodnoty podniku a ušlého zisku v průběhu daného období.

¹⁷⁸ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Jurisdiction 25. září 1983.

V souladu s čl. 52 Washingtonské úmluvy podala Indonésie žádost na zrušení rozhodčího nálezu. Jako odůvodnění uvedla, že společnost PT Amco zjevně překročila svou pravomoc tím, že neuvedla důkazy, na nichž staví svou žalobu. Výbor¹⁷⁹ zamítl většinu námitek Indonéské republiky, avšak žalovanému dal za pravdu v tvrzení, že zrušení investiční licence bylo oprávněné. Argumentováno bylo tím, že společnost PT Amco skutečně nesplnila licenční podmínky, když neinvestovala požadovanou sumu zahraničního kapitálu tak, jak předpokládá Investiční zákon. Podle Výboru první rozhodčí nálezh pochybil ve dvou významných věcech. Za prvé, nebyla v něm zmíněna základní povinnost PT Amco registrovat své uváděné investice v bankovní instituci *Bank of Indonesia*. A zadruhé, se v arbitrážním nálezu neaplikovala ustanovení Investičního zákona, který omezuje zahraniční investice nutnou výší základního kapitálu. Při aplikaci příslušných ustanovení indonéského Investičního zákona tak Výbor zjistil, že společnost Amco překročila svoji pravomoc. Navíc, investovaný kapitál v prvním rozhodčím nálezu zahrnoval i půjčku ve výši 1 000 000 USD, což vedlo ke špatnému výpočtu celkové výše investice. V tomto případě tedy došlo ke ztrátě důvodů, na kterých byl rozhodčí nálezh založen.¹⁸⁰ Závěr rozhodnutí o neodůvodněném zrušení licence společnosti Amco byl tedy Výborem zrušen. Zabráni hotelu armádou a policií však bylo i Výborem shledáno za neoprávněné. Výbor zdůraznil, že žalobci v každém případě náleží náhrada škody za tohle jednání. Jelikož však Výbor nedokázal oddělit výši náhrady škody způsobené zásahem armády a policie vyměřené v prvním rozhodčím nálezu a celkovou náhradou škody, zrušil Výbor i rozhodnutí o náhradě škody v prvním rozhodčím nálezu.¹⁸¹

Následně, společnost Amco i Indonéská republika znovu předložila spor ICSID v souladu s čl. 52 odst. 6. Druhý rozhodčí nálezh ve věci Amco II¹⁸² z roku 1990 se týkal pouze zrušených částí prvního rozhodčího nálezu (Amco I), zbytek nálezu Amco I se stal věcí rozhodnutou, *rei iudicatae*. Merit rozhodovací pravomoci Střediska tedy spočíval v tom, zda odejmutí licence společnosti Amco bylo protiprávní, či nikoliv a zda a do jaké míry je žalovaná strana, Indonéská republika, odpovědná za škody tím vzniklé. Tato odpovědnost je v nálezu podmíněna chováním, které by vedlo k odepření spravedlnosti. S ohledem na mezinárodní precedenty, zejména na rozsudek Mezinárodního soudního dvora (ICJ) ve věci *Electronica*

¹⁷⁹ V souladu s čl. 52 odst. 3 Washingtonské úmluvy byl sestaven tříčlenný Výbor ad hoc ze seznamu rozhodců.

¹⁸⁰ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 52 odst. 1 písm. e.

¹⁸¹ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment, 16. květen 1986.

¹⁸² *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Award in Resubmitted Proceeding, 5. června 1990..

Sicula¹⁸³ bylo poukázáno, že ne každá vada řízení implikuje odepření spravedlnosti a že je třeba rozlišovat mezi protiprávností obecného práva a svévolí podle mezinárodního práva. Rozhodčí nález Amco II. však vyhodnotil, že stížnost společnosti PT Wisna, schválená prezidentem Indonésie, která vedla ke zrušení licence, byla odepřením spravedlnosti. Zrušení licence bylo v rozporu se závazky vyplývajícími z mezinárodního práva a Indonéska republika za ně byla shledána odpovědnou. Dále bylo třeba se vypořádat s problematikou škod. Škoda způsobená indonéskou armádou a policejním zásahem byla stanovena paušální částkou. Druhá škoda spojená s odejmutím licence se stala předmětem odborné analýzy za použití relevantních principů náhrady škody podle indonéského a mezinárodního práva. Bylo rozhodnuto, že odepřením spravedlnosti byla společnost PT Amco zkrácena na svých právech vyplývajících ze smluvních vztahů, a tím pádem je ušlý zisk vymahatelný. Společnosti PT Amco tedy přísluší ušlý zisk, který by získala až do konce platnosti Dohody o rozdělení zisku, tedy až do konce roku 1999.

Oba rozhodčí nálezy, Amco I i Amco II, stejně jako rozhodnutí Výboru se shodly v tom, že úkony indonéských veřejných činitelů spojené s ozbrojeným obsazením, založily odpovědnost státu. Z důvodu nesprávným použití obecného investičního práva došlo ke zrušení prvního nálezu Výborem. Druhý nález Amco II je bezpochyby velkým přínosem z hlediska práva mezinárodní ochrany investic. Obsahuje ucelený vztah obyčejového mezinárodního práva k pojmu odepření spravedlnosti. Dále byl nahrazen široký výklad pojmu vyvlastnění v Amco I, který téměř splýval s povinností poskytnout plnou ochranu a bezpečnost. Mimo to, Amco II provedl širokou analýzu zásad, které mají být dodržovány při výpočtu náhrady škody. V této věci je nutno odlišit mezi tržní hodnotou náhrady škody, pokud jde o případ vyvlastnění, a principem plného odškodnění, v případě porušení právní povinnosti, ať už vyplývá ze smlouvy či z mezinárodního práva.

5.4.2 Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia

Dalším případem, kterým se Středisko zabývalo, byl případ Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia¹⁸⁴ (dále jen Cemex). Singapurská dceřiná společnost mexické společnosti Cemex podala žalobu pro porušení smlouvy podle dohody ASEAN z roku 1987 o podpoře a ochraně investic. Tato dohoda zaručuje, že spory vyplývající z mezinárodních investic mezi členským státem a občanem jiného členského státu organizace ASEAN je možné

¹⁸³ Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy). 1989 ICJ Rep. 15, 28 ILM 1109 (1989).

¹⁸⁴ Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/04/3).

řešit cestou arbitráže u ICSID.¹⁸⁵ Společnost Cemex Asia Holdings Ltd. byla minoritním vlastníkem indonéské cementové společnosti PT Semen Gresik vlastněné indonéskou vládou. V roce 2001 se naskytla příležitost koupit 51% podíl, avšak tato možnost privatizace byla odmítnuta indonéskou vládou z důvodu nesouhlasu pracovníků a politiků, kteří odmítali zahraniční převzetí společnosti.¹⁸⁶ Před začátkem arbitrážního řízení se nakonec strany dohodly na urovnání sporu, které bylo vydáno formou arbitrážního nálezu dne 23. února 2007 v souladu s článkem 43 odst. 2 Arbitrážních pravidel.¹⁸⁷

5.4.3 Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia

Velmi kontroverzním se stal případ britského bankéře Rafata Ali Rizvi, který byl indonéskou justicí odsouzen dne 16. prosince 2010 k patnácti letům vězení poté, co byl shledán vinným v případě kolapsu banky, ve které byl držitelem akcií. Tento kolaps si následně vyžádal finanční pomoc zhruba 700 milionů USD, které zaplatili indonéští daňoví poplatníci. Rafat Ali Rizvi předložil Středisku arbitrážní návrh na základě bilaterální investiční dohody uzavřené mezi Spojeným Královstvím a Indonéskou republikou, ve kterém tvrdil, že se Indonésii nepodařilo zajistit spravedlivé a rovné zacházení jeho investice, když Indonésie převzala do správy banku PT Bank Century Tbk (nyní přejmenovanou na PT. Bank Mutiara Tbk.).¹⁸⁸ Rizvi podal žalobu zejména z důvodu náhrady škody spojené se zabráním jeho podílu v bance a jeho odsouzením za podvod a praní špinavých peněz.

Ohledem na ustavení tribunálu, předložila Indonéská republika žádost v souladu s čl. 41 odst. 5 ICSID arbitrážních pravidel, která požadovala ukončení řízení s ohledem na to, že nárok je zjevně neoprávněný (*manifestly without legal merit*). Indonésie argumentovala zejména tím, že investici nebylo řádně uděleno povolení v souladu s uzavřenou dvoustrannou investiční dohodou mezi Indonésií a Spojeným královstvím. Působnost Dohody je totiž omezena pouze na investice státních příslušníků nebo společností Spojeného království Velké Británie na území Indonéské republiky, kterým byl udělen vstup (*granted admission*) v souladu s Investičním zákonem z roku 1967 nebo jakýmkoliv jiným zákonem, který Investiční zákon mění nebo ho nahrazuje.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Gaillard E., *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, Juris Publishing, Inc, 2005, str. 268.

¹⁸⁶ ,Editorial: In for messy litigation', *Jakarta Post*, 3. března 2014, <http://m.thejakartapost.com/news/2004/02/06/indonesia-messy-cemex-litigation.html>.

¹⁸⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, (online), <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/3&tab=PRO>.

¹⁸⁸ Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13), Decision on Jurisdiction (16. července 2013).

¹⁸⁹ Dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Velkou Británií a Indonésií, čl. 2 odst 1.

V prvním článku Investiční zákona č. 1/1967 je výslovně zmíněno, že nepřímé nebo portfoliové investice jsou z definice pojmu investice vyloučeny. V důsledku toho je možný výklad, že akcie držené Rafatem Ali Rizvi a obchodované na indonéské burze (IDX) nejsou chráněny bilaterální dohodou uzavřenou mezi Indonésií a Spojeným Královstvím a Investičním zákonem. Toto tvrzení je podpořeno i názorem profesora M. Sornarajaha, který byl jmenován Indonéskou republikou na místo rozhodce v tomto sporu. Dle jeho názoru je v případě portfoliových investic obecně uznáváno, že investor na sebe bere rizika spojená s investicí. Investor tedy nemůže v případě ztráty žalovat domácí burzu hostitelského státu nebo veřejný subjekt, který ji provozuje. Podobná situace by nastala nákupem zahraniční akcie, dluhopisu nebo jiného investičního nástroje, i zde by nebyla možná náprava. Portfoliové investice nebyly ani v minulosti chráněny mezinárodním obyčejovým právem a vždy byly spojeny s obchodním rizikem, kterého si investor musel být vědom. Naproti tomu je mezinárodním obyčejem chráněn hmotný majetek a další jmění investora, které je investováno přímo, a to prostřednictvím diplomatické ochrany a principu odpovědnosti státu.¹⁹⁰

V únoru 2012 se konalo slyšení v rámci předběžné námítky Indonéské republiky souladu s čl. 41 odst. 5 ICSID arbitrážních pravidel. Právní zástupce Rafata Ali Rizvi se k aplikaci čl. 41 odst. 5 vyjádřil tak, že celá věc je příliš složitá na to, aby byla řešena v rámci předběžného postupu. Tuto možnost Středisko zvažovalo v minulosti pouze v pěti případech, u kterých byl nárok zjevně nepřiměřený. Indonéská žádost na předběžný postup byla tímto zamítnuta.

Mezi hlavní argumenty Indonéské republiky patřilo tvrzení, že smlouva se vztahuje pouze na investice schválené Indonéskou Investiční koordinační radou (*Indonesia Investment Coordinating Board*), institucí, která vznikla v roce 1973 za účelem regulace zahraničních investic v určitých odvětvích, avšak s výjimkou pojišťovnictví, těžby ropy a zemního plynu a bankovníctví. Tyto sektory jsou upraveny odděleně a nejsou vůbec pod ochranou příslušné BIT. Registrace nebo schvalovací požadavky na zahraniční investice jsou podle indonéského právního zástupce běžnou záležitostí u smluv podepsaných zeměmi jihovýchodní Asie a představují tzv. další překážku pro žalobce. Investoři by z tohoto důvodu měli nejdříve prověřit, zda jejich investice splňuje všechny požadavky, než započnou s arbitrážním řízením. Jelikož panu Rizvimu jako zahraničnímu investorovi nebyl udělen vstup do podnikání v bankovním sektoru, není jeho investice chráněna dvoustrannou dohodou mezi Velkou Británií a Indonésií. Dále Indonésie argumentovala tím, že BIT i Investiční zákon z roku 1967 se

¹⁹⁰ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, str. 8-9.

vztahoval pouze na přímé investice, kdežto pan Rizvi držel svůj bankovní podíl prostřednictvím bahamské dceřiné společnosti. V tomto případě byl podán i důkaz, že akcie byly na bahamskou společnost převedeny ještě dříve, než k údajnému porušení podle BIT došlo.

Žalobce naopak tvrdil, že BIT přímo neodkazuje na koordinační úřad BKPM a nespécifikuje konkrétní postup pro přijetí zahraniční investice. Za pomoci příslušné judikatury ICSID odrazoval rozhodce od pedantské analýzy byrokratických požadavků a místo toho nabádal se soustředit na věcné oprávnění podle příslušných vnitrostátních předpisů. Rizvi dále argumentoval tím, že jednání indonéských správních úřadů, státních zástupců a soudů, které s ním zacházely jako s akcionářem banky, lze de facto považovat za jeho přijetí.

V nálezu rozhodci Gavan Griffith a Joan Donoghue odmítli argument Indonésie, podle kterého bylo možné udělit vstup do odvětví pouze skrze instituci BKPM. Avšak bylo rozhodnuto, že žalobce Rizvi nedokázal představit dostatečné důkazy o tom, že si správní úřady byly dostatečně vědomy jeho postavení akcionáře banky, když došlo k údajnému de facto vstupu do odvětví. Ve světle těchto zjištění, rozhodci Griffith a Donoghue uvedli, že další tvrzení Indonésie vztahující se k tomu, zda BIT pro svoji ochranu vyžaduje pouze existenci přímé investice či nikoliv, již není třeba posuzovat. Stejně tak nebylo třeba určovat, zda Rizvi skutečně držel vlastní akcie v době, kdy spor podle BIT vznikl. Naproti tomu, australský rozhodce Muthucumaraswamy Sornarajah se ve svém samostatném stanovisku přiklonil k argumentu Indonésie, totiž, že nutnou podmínkou pro přijetí do odvětví je nutný souhlas koordinační rady BKMP. Dále potvrdil, že se panu Rizvi nepodařilo prokázat, pro účely výkladu podle BIT, skutečnost, že správní orgány mohou potvrdit vstup zahraničních investorů jako akcionářů do bankovního sektoru. V případě, že správní úřady mohou vstup potvrdit, je nutné, aby tak bylo učiněno při vzniku investice. Investor se nemůže dovolávat pozdějšího potvrzení. Dále dle názoru Sornarajaha je z příslušné BIT zřejmé, že nepřímé investice prováděné prostřednictvím třetí země nejsou chráněné. Všichni tři rozhodci se shodli, že se Rafat Ali Rizvi nemůže dovolávat ani doložky nejvyšších výhod obsažené v BIT¹⁹¹ a tím nemusí splnit podmínku přijetí. Rozhodci se shodli na tom, že není nutné vést debatu o využívání doložek nejvyšších výhod, když BIT výslovně uvádí požadavek přijetí jako podmínku ochrany.

¹⁹¹ Dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Velkou Británií a Indonésií, čl. 4 odst 1.

5.4.4 Churchill Mining v. Republic of Indonesia and Planet Mining v. Republic of Indonesia

Případy Churchill Mining¹⁹² a Planet Mining¹⁹³ jsou založeny na stejných faktech, jen se v každém případě jedná o různé investory (australská společnost Planet Mining je dceřinou společností britské Churchill Mining). Oba investoři vznesli svoje nároky na základě uzavřených bilaterálních dohod Indonésie s Velkou Británií a Austrálií. Churchill a Planet Mining investovali do indonéské společnosti PT Indonesian Coal Development (dále jen PT ICD) za účelem provedení průzkumu a těžby uhlí v oblasti East Kutai na ostrově Kalimantan. Společnost PT ICD měla pouze licence k všeobecné těžbě a souvisejícím službám, a proto uzavřela několik dohod o spolupráci a zástavě akcií se společností Ridlatama Group, která měla licenci i na průzkum a těžbu podle projektu East Kutai Coal Project (EKCP). V důsledku decentralizace jsou místní úřady v Indonésii nadány kompetencí stejně jako ústřední orgány státu vydávat povolení k těžbě. Z tohoto důvodu byly licence k průzkumu vydány i jiným společnostem a některé se překrývaly s licenci Ridlatama Group v projektu East Kutai. V roce 2010 se správce oblasti East Kutai rozhodl zrušit licenci společnosti Ridlatama Group z důvodu překrývání a možného padělání. Zahraniční investoři se proto rozhodli podat své spory ICSID.

V obou případech argumentovala Indonésie nedostatečnou pravomocí Střediska, jelikož nebyla splněna podmínka předběžného souhlasu stran k předložení sporu ICSID v obou bilaterálních dohodách, tak jak to požaduje čl. 25 odst. 1 Washingtonské úmluvy. „Soudní pravomoc Střediska se vztahuje na každý právní spor vznikající přímo z investice mezi smluvním státem (nebo orgánem či zastoupením smluvního státu určeným Středisku tímto státem) a občanem jiného smluvního státu, o němž strany ve sporu písemně souhlasí, že bude předložen Středisku. Pokud strany vyslovily souhlas, nemůže žádná z nich jednostranně svůj souhlas odvolat.“¹⁹⁴ V případě Churchill Mining tribunál shledal, že Indonésie projevila svůj souhlas tím, že vzala na vědomí přípravné materiály k bilaterální dohodě mezi Velkou Británií a Indonésií. Tím pádem tribunál došel k závěru, že v tomto případě má pravomoc. Naproti tomu v případě Planet Mining bylo zjištěno, že bilaterální dohoda mezi Austrálií a Indonésií neobsahuje žádný předběžný souhlas, ale souhlas byl investorovi dán schválením Indonéské

¹⁹² Churchill Mining v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/12/14), Decision on Jurisdiction, 24. února 2014.

¹⁹³ Planet Mining v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/12/40), Decision on Jurisdiction 24. února 2014.

¹⁹⁴ Sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států, čl. 25

Investiční Koordinační Rady. I v tomto druhém případě tedy Středisko disponuje pravomocí řešit spor.

Indonésie dále tvrdila, že dané investice nespadají pod definici investice v BITs. argumentovala podobně jako v případě Rafat Ali Rizvi. Tedy, že čl. 2 odst. 1 BIT mezi Velkou Británií a Indonésií hovoří o ochraně investic, kterým bude „udělen vstup“ do odvětví v souladu s Investičním zákonem z roku 1967 nebo zákonem, který Investiční zákon z roku 1967 mění nebo ho nahrazuje. Tato vstupní klauzule (*admission clause*), je často používána rozvojovými zeměmi, které chtějí chránit svoje strategické přírodní bohatství před zahraničními investory. Dále Indonésie upozorňovala na to, že indonéska společnost PT ICD, prostřednictvím které investor uskutečňoval svoji činnost, měla pouze licenci k obecné těžbě a pomocným pracím, žalobce tedy obcházel zákon, když průzkum a těžbu uhlí v oblasti East Kutai prováděl prostřednictvím licence společnosti Ridlatama, se kterou byly sepsány smlouvy o spolupráci. Zahraniční investor totiž nemůže získat požadované licence ke specifické těžbě a v případě těžby musí přímo spolupracovat s indonéskou vládou¹⁹⁵.

Na druhé straně, žalobce se bránil tím, že všechny investice byly založeny v souladu se zahraničním investičním právem a byl jim udělen vstup do daného odvětví kompetentními autoritami. PT ICD byla schválena BKPM v roce 2005 a získala trvalou obchodní licenci v roce 2007. Po akvizici PT ICD společnostmi Churchill a Planet Mining v roce 2006, BKPM opět vše schválila.

Tribunál shledal, že požadavek BITs uzavřených mezi Velkou Británií a Austrálií s Indonéskou republikou, aby investice byly přijaty v souladu s vnitrostátními právními předpisy, byl splněn, neboť na základě skutkových okolností bylo prokázáno, že nezbytný souhlas indonéských státních autorit byl získán. Tento požadavek přijetí je nutný pouze v okamžiku vzniku investice a nikoli během jejího trvání.

Indonésie se proti rozhodnutí odvolala a ve dnech 3. - 10. srpna 2015 se konalo odvolací řízení, v němž bylo předvedeno mnoho svědeckých a znaleckých výpovědí. Avšak ne všichni svědkové se dostavili, jeden z klíčových – Isran Noor, správce oblasti, který vydával licence – se ke slyšení nedostavil. Soud z tohoto důvodu nařídil jeho svědecké prohlášení vyškrtnout ze seznamu, a tak se k němu nebude přihlížet. K vydání rozhodnutí nemá tribunál žádné určené datum a na věc je zatím pohlíženo jako na neuzavřenou.

¹⁹⁵ Law No. 1 on Foreign Investment (1967), Art. 8(1) (Exh. RLA-006). “[f]oreign capital investment in the field of mining shall be based on a cooperation with the Government on the basis of a contract of work (‘kontrak karya’) or other form in accordance with applicable laws and regulations”.

Případy Churchill Mining a Planet Mining nám ukazují ne zrovna úspěšný výsledek decentralizačních snah Indonésie, kdy centrální vláda ztrácí kontrolu nad těžbou minerálních zdrojů, olejů a plynu. Místní úřady jsou podle nového zákona o těžbě z roku 2009 nadány pravomocí vydávat těžební povolení, což v konečném důsledku vede k vydání tisíců těžebních povolení. Důvodem může být ekonomický přínos pro region, ale velkou roli zde hraje také korupce, kdy se zpoplatněná licence často stává i zdrojem osobního zisku, jak uvedl ředitel agentury The Indonesian Resources Studies Marwan Batubara.¹⁹⁶ Povolení a licence nejsou mnohdy vydávány korektním postupem a navzájem se překrývají. Těžební licenci na určité území tak vlastní vícero společností, což logicky vyústí ve spory vnitrostátní ale i mezinárodní povahy. Marwan Batubara zhodnotil celou situaci s tím, že indonéska vláda by se měla z případu Churchill and Planet Mining poučit a vydávání licencí v oblasti těžby by měla omezit pouze na kompetenci centrálních úřadů. Centrální vláda Indonésie na situaci zareagovala tak, že po těžebních společnostech vyžaduje získat od vlády „čistý“ status (*clean and clear*), který zaručuje, že aktivity společnosti se nebudou navzájem překrývat a budou v souladu s vládními environmentálními politikami a daňovými závazky.¹⁹⁷

5.4.5 Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia

V červenci 2014 byla u Střediska pro řešení sporů podána žaloba nizozemskou společností Newmont Mining Corporation na Indonéskou republiku na základě indonésko-nizozemské BIT.¹⁹⁸ Společnost Newmont je jednou z největších těžbařských společností, která operuje v rozličných regionech světa, jako je Austrálie, USA, Peru, Indonésie, Ghana, Nový Zéland a Mexiko. V Indonésii podniká prostřednictvím společnosti Newmont Nusa Tenggara, jejíž majoritním vlastníkem je společnost Nusa Tenggara B.V. partnership, která má sídlo v Nizozemí. Newmont tedy žaloval indonéskou vládu společně s Nizozemskou společností na základě BIT. Společnost tvrdila, že připravované plány indonéské vlády realizovat zákaz vývozu nezpracovaných nerostných surovin porušují investiční dohodu uzavřenou mezi oběma zeměmi.

¹⁹⁶ Raras Cahyafitri, 'Indonesia should learn from Churchill case: Analysts', 28. února 2014, Jakarta Post (online), <http://www.thejakartapost.com/news/2014/02/28/indonesia-should-learn-churchill-case-analysts.html>.

¹⁹⁷ Tamtéž.

¹⁹⁸ Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/14/15), 29 August 2014.

V roce 2009 byl v Indonésii vydán zákon č. 4/2009 o těžbě minerálů a uhlí¹⁹⁹ (dále jen Horní zákon), který od těžebních společností vyžaduje zpracování surovin před jejich exportem ze země, s účinností do pěti let od vydání zákona, tedy do roku 2014. Vývoz polotovarů z minerálů, jako je měď, je umožněn až do roku 2017 avšak s přihlédnutím k progresivní exportní dani. Nový Horní zákon má za cíl rozvíjet zpracování nerostných surovin na území Indonésie, a tím získat větší podíl z jejich těžby. Dalším cílem je nacionální snaha omezovat zahraniční vlastnictví těžebních společností. V článku 112 Horního zákona je zahraničním investorům uložena povinnost vlastnictví postupně v horizontu nadcházejících 10 let převést na centrální vládu, regionální vlády, státem vlastněné společnosti či indonéské soukromé společnosti, čímž se zahraniční investor stane pouze minoritním akcionářem. Z dikce zákona může být zřejmé, že se Indonésie snaží o větší nezávislost v oblasti těžby nerostných surovin ve prospěch místního a národního rozvoje a politiky státní zaměstnanosti. Nadnárodním společenstvem působícím v těžářském průmyslu se to logicky nelíbí a důrazně se proti zákonu ohradily. Po intenzivním lobbingu a tlaku byly pro společnost Newmont učiněny výjimky s tím, že povinnost vybudovat minerální rafinérii bude odložena²⁰⁰, avšak společnost bude povinna převést minoritní část akcií na vládu a platit sníženou vývozní daň. Společnost Newmont na podmínky nepřistoupila a rozhodla se proti indonéské vládě podat žalobu u ICSID.²⁰¹

V březnu 2014 indonéská vláda oznámila, že nebude obnovovat bilaterální dohodu uzavřenou s Nizozemím. Důvodem je celosvětový trend nárůstu sporů mezi zahraničními investory a rozvojovými hostitelskými státy. Indonésie čelí hned několika investičním sporům, které si žádají škody v řádu stovek milionů dolarů. BITy uzavřené Nizozemím jsou známé svoji širokou ochranou poskytovanou zahraničním investorům, což v kombinaci výhodnými daňovými podmínkami vede k tzv. *treaty-shopping*, situaci, kdy se společnosti usazují v Nizozemsku pouze formálně a aktivně využívají těchto výhod. Jinak tomu není ani u společnost Nusa Tenggara B.V. Partnership, která má své sídlo v Amsterdamu, ačkoliv zde nemá žádného zaměstnance a další trvalejší vazby.²⁰² Nově zvolený indonéský prezident Joko Widodo ve své volební kampani slíbil, že Indonésii vrátí její bohatství a přírodní zdroje. Navazuje na svého předchůdce Susilo Bambang Yudhoyono, vydavatele nového Horního zákona, plánuje pokračovat v zákazu vývozu a suroviny zpracovávat na území Indonésie.

¹⁹⁹ Law of the Republic of Indonesia, No. 4/2009 concerning mineral and coal mining.

²⁰⁰ Bosman Batubara, 'Indonesian government continues to serve extractive companies', 13. březen 2014, Stiftung Asienhaus (online) http://www.asienhaus.de/uploads/tx_news/asienhaus-hintergrundinformation4-2014.pdf.

²⁰¹ Simon Webb, 'Indonesia offers tax cut to miners, Freeport to soon resume exports', 24. červenec 2014, Reuters (online), <http://www.reuters.com/article/2014/07/24/indonesia-mining-copper-idUSL4N0PZ18220140724>.

²⁰² The case of Newmont Mining vs Indonesia (online), 12. listopad 2014, <https://www.tni.org/es/node/1591#11>.

Společnost Newmont nakonec svoji žalobu po měsíci stáhla. Předcházelo tomu však ne zcela transparentní jednání za zavřenými dveřmi s indonéskou vládou, které vyústilo ve sjednání výjimky. Newmont se zavázala v Memorandu o porozumění (MoU) platit pouhých 7,5% vývozního cla a do budoucna postavit závod pro zpracování nerostných surovin.²⁰³

Případ Newmont ukazuje nerovné postavení rozvojového hostitelského státu a zahraničního investora, který často ke svému osobnímu prospěchu využívá bilaterálních dohod o ochraně investic ke vznesení mnohdy i několikamilionového nároku. Rozvojové státy jsou žalobou v mnoha případech zastrašeny a z právních předpisů stanoví zahraničním společnostem výjimky, které zásadním způsobem podkopávají právní prostředí demokracie a hospodářského vývoje.

²⁰³ „Newmont gets export permit despite pending smelter fund“, 20 September 2014, Jakarta Post (online), <http://www.thejakartapost.com/news/2014/09/20/newmont-gets-export-permit-despite-pending-smelter-fund.html>.

Závěr

Indonésie se během posledních desetiletí svého vývoje zařadila mezi rychle rostoucí asijské ekonomiky, a stala se tak významným hráčem na poli mezinárodních investic. Zásadní význam v ekonomice této země hrají suroviny, zejména ropa, zemní plyn, uhlí a s nimi spojený těžební průmysl. Mezi další klíčová odvětví lze uvést telekomunikace, bankovní služby, zemědělství a turistický ruch. Pro zahraničního investora je Indonésie zemí velice zajímavou kvůli nerostnému bohatství ale také díky levné pracovní síle. Co naopak může investora odradit, je vysoká míra korupce, nepřehlednost a zastaralost právních předpisů, které si mnohdy odporují, či naopak právní vakuum, které je ze strany investora jistě nežádoucí. (více viz kapitola 1.3 Právo v Indonésii). Investor potřebuje zejména jistoty v podobě přehledného a ustáleného právního řádu hostitelské země, v případě sporu nezávislou a nestrannou justici a nejlépe mezinárodní garanci ochrany své investice u nezávislé instituce.

Indonésie je členem hned několika významných mezinárodních institucí. Mimo členství v OSN, Světové bance a Mezinárodním měnovém fondu, je z hlediska mezinárodního investování důležité členství v ASEAN, WTO, MIGA a ICSID. Mnohostranné mezinárodní smlouvy jsou pro investora nezbytným předpokladem jeho investice, jelikož vytváří obecný a univerzální rámec úpravy podpory a zajištění ochrany investic. Při výběru hostitelské země investoři zohledňují možný mechanismus řešení případných sporů. Hostitelský stát, který poskytuje možné řešení sporu na půdě mezinárodní instituce, lze považovat za dostatečně bezpečný pro budoucí mezinárodní investici. Z tohoto důvodu lze říci, že ratifikace Washingtonské úmluvy v roce 1968 byla pro Indonésii z hlediska podpory zahraničních investic stěžejní. Za ochranu proti rizikům neobchodní povahy, jako je znárodnění, občanské války a jiné nestabilní politické situace, lze považovat členství Indonésie v MIGA, která k tomuto účelu vydává záruky. Další zárukou pro investora je Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření (*TRIMS Agreement*) přijatá jako jedna z příloh Dohody o zřízení WTO, kterou je Indonésie vázána a pomocí které jsou odstraňovány překážky mezinárodního obchodu a zajištěna jeho stabilita. V neposlední řadě je třeba mezi mnohostranné mezinárodní smlouvy, kterými je Indonésie vázána, zmínit Všeobecnou investiční dohodu, která vznikla na půdě ASEAN s cílem prohloubit hospodářskou integraci mezi členskými zeměmi. (více viz kapitola 3.1 Multilaterální mezinárodní smlouvy).

Těžiště úpravy mezinárodních investic je však třeba hledat zejména ve dvoustranných dohodách o podpoře a ochraně investic, které jsou výsledkem vyjednávání a požadavků dvou konkrétních zemí. Upravují zejména režim zacházení a ochranu investic, který platí pouze pro

strany dohody. Cílem BITs je podpora investic, proto obsahují hlavně záruky spravedlivého a rovnoprávného zacházení spolu se zaručením plné ochrany a bezpečnosti, dále upravují řešení možného investičního sporu, mnohdy pomocí Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (ICSID). V roce 2014 informovala Indonéská vláda o svém záměru vypovědět více než šedesát dvoustranných dohod o podpoře a ochraně investic, kterými je vázána. Důvod lze spatřovat zejména ve dvou žalobách vznesených u Střediska, ve kterých je od Indonésie požadováno zaplacení několikamilionové škody. BITs byly Indonésií uzavřeny před několika dekadami, a proto jsou často velice nevýhodné. Indonésie je tak mnohdy pod tlakem nadnárodních společností, které si pomocí mezinárodních arbitráží a vyhrožováním milionových škod vynucují speciální podmínky. Indonéská vláda tedy směřuje k uzavření nových dvoustranných dohod s podmínkami, které zohlední ekonomický růst v zemi. Dopad na samotné investory však nebude bezprostřední, jelikož součástí BIT jsou tzv. *sunset clauses*, ustanovení, které stanoví dobu, po kterou se investoři stále mohou dovolávat ochrany svých investic. (více viz kapitola 3.2 Bilaterální mezinárodní smlouvy).

Režim zacházení s mezinárodní investicí je mimo tzv. mezinárodní standard upraven zejména v Investičním zákoně, který explicitně povzbuzuje zahraniční a domácí investory, a který poukazuje na jejich rovné zacházení. Podmínky zřízení investice, její regulace, povinnosti investora a jeho práva jsou tak upraveny vnitrostátním právem. Největším omezením pro zahraniční investory je bezesporu tzv. *Investment Negative List*, nařízení vydané prezidentem republiky, ve kterém jsou specifikovány oblasti, které jsou zahraničním investorům uzavřeny či otevřeny za splnění dalších podmínek. Dále je investor značně omezen v případě vlastnictví nemovitých věcí. (více viz kapitola 4.3 Zřizování investic v Indonésii).

V případě sporu z mezinárodních investic má investor hned několik možných prostředků ochrany. Ochrana vnitrostátními soudy hostitelského státu není ve většině případů preferovaným řešením. Vnitrostátní soud není mnohdy plně objektivní a nestranný, také mu chybí požadované odborné znalosti z oblasti mezinárodního investičního práva. Alternativním řešením může být smírčí řízení, jehož výhodou je flexibilní a neformální mechanismus. Smírčí orgán v tomto případě pouze napomáhá stranám sporu objasnit sporné záležitosti, výsledná zpráva je pro strany nezávazná. Stěžejním typem mechanismu řešení mezinárodních investičních sporů však zůstává arbitráž. Od smírčího řízení se liší zejména formálnější procesem a závazným rozhodnutím. Hlavním vnitrostátním předpisem upravující oblast mezinárodní a domácí arbitráže v Indonésii je Arbitrážní zákon, doplněn o aplikaci Rozhodčích pravidel BANI. Nejvýznamnější institucí řešící mezinárodní spory z investic je Mezinárodní

středisko pro řešení sporů z investic. Indonésie se stala stranou sporu v pěti případech. (více viz kapitola 5.4 Spory mezi investory a Indonésií).

Indonésie je otevřená vůči zahraničním investicím. Staví je na roveň domácím investicím a při splnění všech podmínek jim poskytuje stejnou ochranu. Záruky za ně nalezneme jak v multilaterálních smlouvách tak bilaterálních dohodách, popř. ve vnitrostátní úpravě. V případě možného sporu si zahraniční investor může vybrat hned z několika variant řešení sporu. Z těchto důvodů je Indonésie dostatečně bezpečnou hostitelskou zemí pro potenciální zahraniční investory.

Seznam použité literatury a pramenů

Monografie

Bath V.; Nottage L. *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*. London, Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, 296 s. ISBN 978-0-415-6107-4-2.

Bělohlávek, A. J. *Ochrana přímých zahraničních investic v Evropské unii*. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 2010, 416 s. ISBN 978-80-7400-345-5.

Bünte M.; Ufen A., *Democratization in Post-Suharto Indonesia*. London, Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2011, 352 s. ISBN 978-0415438933.

Dolzer, R. Schreuer, CH. *Principles of International Investment Law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008, 433 s. ISBN 978-0-19921176-0.

Echandi, R. *Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. United Nations Conference on Trade and Development. Geneva: United Nations Publications, 2007, 110 s. ISBN 978-92-1-112720-1.

Gaillard E. *Towards a Uniform International Arbitration Law?* Paris, Juris Publishing, Inc, 2005, 343 s.

Schreuer, Ch. *The ICSID Convention. A Commentary. 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, 1524 s. ISBN 978-0-521-88559-1.

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3rd edition. Cambridge: Cambridge University Press 2010, 556 s. ISBN 9780521747653.

Subedu, S.L. *International Investment Law*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon. 2012, 258 s. ISBN 978-1849462457.

Šturma, P. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a řešení sporů*, 2. vyd. Praha, Linde Praha a. s., 2008. 334 s. ISBN 978-80-7201-709-6.

Tyson A. D. *De centralization and Adat Revivalism in Indonesia*, London, Routledge research in international economic law. Abingdon, Oxon, 2010, 224 s. ISBN 978-0415626682.

Odborné články

Bělohlávek, A. J. Způsoby řešení sporů v souvislosti s ochranou mezinárodních investic. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 14, č. 2, str. 55-60. ISBN 1210 6410.

Šturma, P. Nová společná politika Evropské unie v oblasti mezinárodních investic (uzavírání smluv a rozdělení odpovědnosti mezi EU a členskými státy). *Obchodněprávní revue*, 2013, č. 5.

Seznam citovaných rozhodnutí

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25. září 1983.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment, 16. květen 1986.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award in Resubmitted Proceeding, 5. června 1990..

Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/04/3, Award, 23. února, 2007.

Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/14 v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40. Decision on Jurisdiction, 24. února 2014.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17. červenec 2003.

Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27. března 2007.

Eureka B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, Award 7. prosince 2012.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy). 1989 ICJ Rep. 15, 28 ILM 1109 (1989).

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11. červenec 1997.

LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Jurisdiction, 3 října 2006.

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Case No. ARB/00/2, Award, 15. března 2002.

Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/14/15, Award, 29. srpna 2014.

Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15. duben 2009.

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

Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/11/13, Decision on Jurisdiction, 16. července 2013.

Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ve věci Nottebohm, ze dne z roku 1955.

Rozsudek Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti ve věci Lusitania Cases (USA v. Germany), ze dne 1. 11. 1923.

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

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20. května 1992.

Seznam elektronických pramenů

AANZFTA [online], [cit. 24. 11. 2015], dostupné z: <http://aanzfta.asean.org/>.

ASEAN [online], dostupné z: <http://www.asean.org>.

BANI Arbitration centre, [online], dostupné z: <http://www.baniarbitration.org/procedures.php>.

Ben Bland and Shawn Donnan, *Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties*, Financial Times [online], [cit. 2. 12. 2015], dostupné z:

<https://next.ft.com/search?q=Indonesia+to+terminate+more+than+60+bilateral+investment+treaties>.

Bosman Batubara, *Indonesian government continues to serve extractive companies*, Stiftung Asienhaus [online], [cit. 26. 11. 2015], dostupné z:

http://www.asienhaus.de/uploads/tx_news/asienhaus-hintergrundinformation4-2014.pdf.

Global property guide, *Buying costs are very high in Indonesia*, [online], [cit. 26. 11. 2015], dostupné z: <http://www.globalpropertyguide.com/Asia/indonesia/Buying-Guide>.

Czech Trade, doing business in Indonesia [online], [cit. 24. 10. 2015] dostupné z:

http://www.czechtrade.cz/d/documents/01/zk_Indonesie/Doing_business_Indonesie_2015.pdf

Indonesia in for messy cemex litigation, Jakarta Post [online], [cit. 2. 11. 2015] dostupné z:

<http://m.thejakartapost.com/news/2004/02/06/indonesia-messy-cemex-litigation.html>.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, [online], [cit. 12. 12. 2015] dostupné z:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/3&tab=PRO>.

ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes. The ICSID Caseload Statistics, January 2016, [online], [cit. 14. 7. 2016] dostupné z: [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf).

IndoTrade, *Foreign Ownership Rights Relating to Land in Indonesia* [online], [cit. 22. 12. 2015], dostupné z: <http://www.expat.or.id/info/ownershiprights.html>.

Ministerstvo zahraničních věcí, *Investiční klima* [online], [cit. 4. 11. 2015] dostupné z: http://www.mzv.cz/jnp/cz/encyklopedie_statu/asiie/indonesie/ekonomika/investicni_klima.html.

Linklaters, *Foreign investment changes in Indonesia*, Finance Asia [online], [cit. 3. 12. 2015] dostupné z: <http://www.financeasia.com/News/387232,foreign-investment-changes-in-indonesia.aspx>.

Mezinárodní měnový fond [online], [cit. 24. 10. 2015] dostupné z: <http://www.imf.org/external/index.htm>.

Negative investment list, BKPM [online], [cit. 13. 11. 2015] dostupné z: <http://www7.bkpm.go.id/en/investment-procedures/negative-investment-list>.

Newmont gets export permit despite pending smelter fund, Jakarta Post [online], [cit. 29. 12. 2015] dostupné z: <http://www.thejakartapost.com/news/2014/09/20/newmont-gets-export-permit-despite-pending-smelter-fund.html>.

Pandu Biasramadhan, Angela Putri Adiati, *Comparison of foreign owned company, local company and representative office in Indonesia*, Cekindo. Com [online], [cit. 4. 12. 2015] dostupný z: <http://www.cekindo.com/comparison-of-foreign-owned-company-local-company-and-representative-office-in-indonesia.html>.

OIC [online], [cit. 12. 11. 2015] dostupné z: <http://www.oic-oci.org/oicv3/home/?lan=en>.

Raras Cahyafitri, *Indonesia should learn from the Churchill case*, Jakarta Post [online], [cit. 24. 10. 2015] dostupné z: <http://www.thejakartapost.com/news/2014/02/28/indonesia-should-learn-churchill-case-analysts.html>.

Simon Webb, *Indonesia offers tax cut to miners, Freeport to soon resume exports*, Reuters [online], [cit. 2. 12. 2015] dostupné z: <http://www.reuters.com/article/2014/07/24/indonesia-mining-copper-idUSL4N0PZ18220140724>.

Stanley Anthony, *Foreign Property Ownership Under The Magnifying Glass In Indonesia*, [online], [cit. 26. 10. 2015] dostupné z: <http://indonesiaexpat.biz/featured/foreign-property-ownership-under-the-magnifying-glass-in-indonesia/>.

Světová banka [online], [cit. 24. 10. 2015] dostupné z: <http://www.worldbank.org/>.

Světová obchodní organizace [online], [cit. 24. 10. 2015] dostupné z: https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/indonesia_e.htm.

UNCTAD, Investment policy hub [online], [cit. 1. 10. 2015] dostupné z: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97>.

Hilde van der Pas & Riza Damanik, *The case of Newmont Mining vs Indonesia*, Indonesia for Global Justice (IGJ), Transnational Institute (TNI) and the EU-ASEAN FTA Network [online], [cit. 1. 10. 2015], dostupné z: <https://www.tni.org/es/node/1591#11>.

Seznam právních předpisů

Dohoda o obchodních aspektech investičních opatření, dostupná z:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A21994A1223\(08\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A21994A1223(08)).

Dvoustranná dohoda o podpoře a ochraně investic mezi Velkou Británií a Indonésií, dostupná z: <https://cil.nus.edu.sg/rp/id/pdf/1976%20BIT%20UK-Indonesia-pdf.pdf>.

BKPM Regulation No. 5/2013, dostupné z: <http://www3.bkpm.go.id/>.

Company Law of the Republic of Indonesia No. 40/2007 Concerning Limited Liability Companies, dostupné z:

http://www.thaibizindonesia.com/upload/pdf/01_company_law40_2007.pdf.

Indonesian Civil Code no. 39/1847, dostupné z:

[https://www.tribunais.tl/files/Codigo_Civil_Indonesio_\(Ingles\).pdf](https://www.tribunais.tl/files/Codigo_Civil_Indonesio_(Ingles).pdf).

Law of the Republic of Indonesia No. 5/1960 Concerning basic regulations on Agrarian Principles, dostupné z: <http://faolex.fao.org/docs/pdf/ins3920.pdf>.

Law of the Republic of Indonesia, No. 1/1967 Concerning Foreign Investment, dostupné z: [http://www.flevin.com/id/lgso/translations/Laws/Law%20No.%201%20of%201967%20on%20Foreign%20Investment%20\(BI\).pdf](http://www.flevin.com/id/lgso/translations/Laws/Law%20No.%201%20of%201967%20on%20Foreign%20Investment%20(BI).pdf).

Law of the Republic of Indonesia, No. 30/1999 Concerning on Arbitration and Alternative, dostupné z:

http://www.arbiter.com.sg/Laws_Rules_Indonesia_Content.html.

Law of the Republic of Indonesia, No. 6/1968 Concerning Domestic Investment, dostupné z: [http://www.flevin.com/id/lgso/translations/Laws/Law%20No.%206%20of%201968%20on%20Domestic%20Investment%20\(BI\).pdf](http://www.flevin.com/id/lgso/translations/Laws/Law%20No.%206%20of%201968%20on%20Domestic%20Investment%20(BI).pdf).

Law of the Republic of Indonesia, No. 22/1999 concerning Regional Administration

Law of the Republic of Indonesia, No. 25/1999 on Fiscal Relations.

Law of the Republic of Indonesia, No. 32/2004 Concerning Regional Government.

Law of the Republic of Indonesia, No. 33/2004 Concerning Fiscal Balance between Central Government and Regional Government, dostupné z:
<http://www.kemenkeu.go.id/en/Peraturan/law-republic-indonesia-number-33-2004>.

Law of the Republic of Indonesia, No. 25/2007 Concerning Investment (“New Investment Law”), dostupné z:
http://www.flevin.com/id/lgso/translations/JICA%20Mirror/english/3002_UU_25_2007_e.html.

Law of the Republic of Indonesia, No. 19/2008 on Syariah Securities, dostupné z:
<http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2010/07/Law-No.19.2008.pdf>.

Law of the Republic of Indonesia, No. 21/2008 on Syariah Banking, dostupné z:
<http://www.bi.go.id/en/perbankan/syariah/Documents/UUN0212008.pdf>.

Law of the Republic of Indonesia, No. 4/2009 concerning mineral and coal mining, dostupné z:
https://www.pwc.com/id/en/energy-utilities-mining/assets/mineral-coal-mining-lawno4_2008.pdf.

Nářízení Evropského parlamentu a Rady č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi, dostupné z:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1219>.

Presidential Decree of the Republic of Indonesia, No. 39/2014, dostupné z: <http://www.bsd-kadin.org/document/publications/Negative-Investment-List-2010-3.pdf>.

Presidential Decree of the Republic of Indonesia, No. 34/1981.

Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států. Sbírka zákonů České republiky 1992, částka 83, ze dne 21. 8. 1992.

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb. o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO). Sbírka zákonů České republiky, částka 51, ze dne 19. 9. 1995.

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 156/1999 Sb., o sjednání Dohody mezi vládou České republiky a vládou Indonéské republiky o podpoře a ochraně investic. Sbírka zákonů České republiky 1999, částka 52, ze dne 21. 7. 1999.

Smlouva o fungování Evropské unie. Úřední věstník Evropské unie, C 115/49, ze dne 9. 5. 2008.

World Trade Organization. Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute. Marrakesh: 15. duben 1994. Dostupné z:

http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_e.htm.

Všeobecná dohoda o clech a obchodu 1994, dostupná z:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX%3A21994A1223\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/ALL/?uri=CELEX%3A21994A1223(03)).

Zákon č. 482/2001 Sb. kterým se mění zákon č. 219/1995 Sb., devizový zákon, ve znění pozdějších předpisů. Sbírka zákonů České republiky, částka 176 ze dne 31. 12. 2001.

Abstract

Promotion and protection of foreign investment in Indonesia

In last few decades Indonesia became an important player on a field of international investment. Since the early Soeharto years Indonesia has enjoyed impressive economic growth and became an attraction for the foreign investors. Foreign investors are mainly attracted by the natural resources, low-cost labor market and large Indonesia's domestic market. The goal of my thesis is to analyze the security of the foreign investment in Indonesia and in case of the dispute the protection of foreign investment.

The introductory chapter deals briefly with the basic information about Indonesia and its history which influenced Indonesian law system during the past century. First chapter analyze the main issues which can be for foreign investors discouraging such as the legal uncertainty, corruption and untransparency of the law.

The second chapter compares the interpretation of the 'investment' term from the viewpoint of the economic science reading and the legal view. Furthermore, it analyzes the term in case law of ICSID, in Indonesia law system and in the bilateral investment treaty between Indonesia and Czech Republic.

The third chapter analyzes the multilateral and bilateral investment treaties by which Indonesia is bound and the Indonesian Investment law. Indonesia became a member of several important international institutions. Aside the membership in United Nations, the World Bank and the International Monetary Fund, in concern of international investment the most important the membership in ASEAN, WTO, MIGA and ICSID. The multilateral investment treaties represent for investors the basic and universal framework of the promotion and protection the international investment. However, the main treatment remains in the bilateral investment treaties which are the result of the negotiations and requirements between the two individual countries. They contain the security of the fair and equitable treatment, the protection of the investment and the settlement of the potential investment dispute.

Fourth chapter deals with the treatment of the international investment in Indonesia. Specific rights and responsibilities of the investors in Indonesia are analyzed according to the Indonesian Investment law. Moreover, based on the presidential decree No. 39/2014 some sectors are for foreign investors closed or open with only after accomplishing specific conditions. This can be perceived as a discrimination of the foreign investors which does not meet the WTO commitments. Furthermore, the issue of ownership of the immovable property

by the foreign investors and the possibilities of starting the business in Indonesia are described as well.

Last chapter of the thesis analyzes the settlement of the potential dispute and the possibility of the protection of the foreign investment. Aside the domestic judiciary foreign investor has options to settle the dispute either by the ad hoc arbitration or by the institutional arbitration. ICSID is the most important institution and represents the independent and impartial judicial guarantee. Therefore its organizational structure and the arbitration mechanism are analyzed in detail. Indonesia became a party to the dispute in five cases which are described in detail as well in order to demonstrate the case law of the ICSID.

Abstrakt

Podpora a ochrana investic v Indonésii

Indonésie se v posledních desetiletích stala významným hráčem na poli mezinárodních investic. Již od počátku vlády prezidenta Suharta země zaznamenala ekonomický vzestup a stala se atraktivní pro zahraniční investory. Velkým lákadlem jsou zejména přírodní zdroje, levná pracovní síla a široký vnitřní trh. Má práce je zaměřena na zhodnocení podpory a ochrany investic, která je zahraničním investorům v Indonésii poskytnuta.

Úvodní kapitola se zabývá základními poznatky, historií země a jejím právním systémem, který se vyvíjel během posledního století. Dále je poukázáno na možné problémy, s kterými se zahraniční investor může setkat, jedná se zejména o právní nejistotu, korupci a netransparentnost zákonů.

V druhé kapitole je porovnáván pojem investice v ekonomické a právní rovině. Dále je analyzován pojem investice z hlediska judikatury ICSID, v rámci indonéského právního systému a dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic mezi Indonésií a Českou republikou.

Třetí kapitola se věnuje pramenům práva, tedy multilaterálním investičním smlouvám a bilaterálním investičním dohodám, kterými je Indonésie vázána. Mimo členství v OSN, Světové Bance a Mezinárodním měnovém fondu, je z hlediska mezinárodní investice pro Indonésii důležité zejména členství v ASEAN, WTO, MIGA a ICSID. Mnohostranné investiční dohody reprezentují obecný a univerzální rámec podpory a ochrany mezinárodní investice. Avšak, těžiště úpravy je třeba hledat ve dvoustranných investičních dohodách, které jsou výsledkem vyjednávání a požadavků dvou konkrétních zemí. BIT zahrnují zejména záruky spravedlivého a rovného zacházení, ochranu investice a řešení případného sporu.

Čtvrtá kapitola analyzuje režim zacházení s mezinárodní investicí v Indonésii. Konkrétní práva a povinnosti investora jsou upraveny v Investičním zákoně. Dále je třeba zmínit prezidentské nařízení č. 39/2014, kterým jsou některá odvětví mezinárodním investicím buď zcela uzavřena či otevřena jen v případě splnění dalších podmínek. V prezidentském nařízení tak lze spatřovat určitou diskriminaci zahraničních investorů, která je v rozporu se závazky Indonésie k WTO. Dále je v kapitole analyzována problematika vlastnictví nemovitých věcí zahraničními investory v Indonésii a možnosti podnikání.

Poslední kapitola se věnuje možným řešením případného investičního sporu a zajištění ochrany investice. Vedle ochrany pomocí vnitrostátního soudnictví má zahraniční investor

možnost se své ochrany dovolávat u *ad hoc* arbitráže nebo u arbitráže institucionální. ICSID je nejvýznamnější institucí zajišťující ochranu mezinárodní investice, proto je její struktura a arbitrážními mechanismy věnována dostatečná pozornost. Indonésie se stranou sporu před Střediskem stala v pěti případech. Tyto případy jsou opět detailně analyzovány z důvodu hlubšího seznámení s judikaturou ICSID.

Klíčová slova: Mezinárodní investice, Indonésie, zahraniční investor

Key words: International Investment, Indonesia, foreign investor